

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1176

(Ano XV)

(11/11/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1176



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

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1176 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 636 *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



STJ decide que citação por redes sociais não é válida devido à dificuldade de encontrar o réu

Valdinei Cordeiro Coimbra, 09.

ARTIGOS

A Resolução TCE /PI nº 23/2016 e a prestação de contas dos atos de admissão de pessoal pelos jurisdicionados

Benigno Núñez Novo, 11.

A retroatividade do acordo de não persecução penal e o trânsito em julgado como marco temporal firmado pelo Supremo Tribunal Federal à luz do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica

Matheus Fernandes de Oliveira, 23.

Contratações e licitações públicas: Sistema de Registro de Preços sob o prisma de uma administração gerencial

Matheus Henrique Pleutim de Miranda, 47.

O direito e a liberdade de expressão

Marcello Magnani Moreira, 61.

Apontamentos sobre a possibilidade de utilização da justiça restaurativa nas varas de família

Matheus Paulo de Andrade, 78.

Tutela de urgência de natureza antecipada requerida em caráter antecedente: coisa julgada material versus estabilidade

Lucianne Solano de Macedo Martiniano, 95.

O desenvolvimento regional econômico impulsionado pelo trabalho carcerário

Erika Alves Mendonça e Guilherme Sampaio Gomes, 124.

Trabalho infantil: aspectos constitucionais e infraconstitucionais e o desafio contemporâneo

Augusto César Pires Souza Junior, 142.

Prova testemunhal: críticas e soluções

João Paulo de Moura Rosa, 153.

Da Inconstitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal face à Violação ao Princípio da Presunção de Inocência

Leandro Lucas Alves Ribeiro e Thiago Gonçalves Costa, 167.

Trabalho Análogo à Escravidão: Quais os desafios e políticas de combate a essa prática no Brasil contemporâneo?

Amanda Suellen de Oliveira e Viviane Cristine Costa Neto, 182.

Alimentos legítimos e indenitários e as especificidades inerentes às respectivas naturezas

Italo Menezes da Silva, 200.

Diferenças entre a colaboração premiada, a leniência anticorrupção e a leniência antitruste e qual o papel desses institutos no combate aos crimes econômicos

Priscila Targino Soares Beltrão, 217.

Execução específica das obrigações no direito contratual brasileiro

Massiminiano Fernandes Biliu, 225.

Os efeitos e impactos do Estatuto da Igualdade Racial- Lei 12.088/10 na cidade de Frutal/MG

Rogério de Cássio Neves Ferreira Filho, 252.

Condições análogas a escravidão: o impacto da Emenda 150/2015 como instrumento de erradicação das condições análogas a escravidão vivenciadas pelas empregadas domésticas.

Heloisa Ferreira Gonçalves e Joice Paula da Silva Souza, 263.

A reforma trabalhista e seus impactos nas relações de trabalho

Flavia Carolina Valerio, 280.

Análise acerca da superação da jurisprudência defensiva como entrave para o conhecimento de recursos aos tribunais superiores

Matheus Henrique Pleutim de Miranda, 296.

Análise evolutiva da jurisprudência do STF acerca do direito ao aborto e sua (in)constitucionalidade

Dimaikon Dellon Silva do Nascimento, 311.

Princípio da insignificância: importância, requisitos e aplicabilidade no âmbito dos Tribunais Superiores em situações de reincidência ou reiteração criminosa

Irineu Siqueira Leite, 319.

Transfusão de sangue em criança ou adolescente: direito à vida versus liberdade religiosa

Jéssica Renata Gomes Perez, 329.

Notas sobre a laicidade na Constituição Federal de 1988

Matheus Paulo de Andrade, 341.

Olhar Histórico-Social Sobre o Trabalho Exercido pela Pessoa com Deficiência

Bianca Reitmann Pagliarini, 358.

Alienação parental nos casos de rompimento nas relações conjugais e as hipóteses de indenização à vítima

Rogério de Cássio Neves Ferreira Filho, 369.

A Fraude à Cota de Gênero como Instrumento de Abuso do Poder Político: Uma Análise das Sanções à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Geraldo Zimar de Sá Júnior, 390.

A desconsideração da personalidade jurídica se aplica aos casos de responsabilidade tributária?

Letícia Ribeiro Pires, 404.

Estado constitucional, cooperação e processo administrativo: a colaboração processual aplicada aos processos tutelados pela Administração Pública

Gabriel Garcia Solidade, 417.

Responsabilidade civil e suas repercussões

Mario Jose Gomes de Melo Silva, 436.

Mudanças na legislação e nas políticas públicas brasileiras decorrentes de casos submetidos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Julia Rubim Pimentel, 455.

Norma Penal em Branco e a Complementação por Atos Infralegais à luz do Tema n.º 1.246 de Repercussão Geral do STF

Guilherme Grunfeld Zenicola Mendes, 479.

Superencarceramento no Brasil: o confronto frente aos impactos do direito na economia

Guilherme Augusto Brito Andrade, 489.

TESE DE DOUTORADO

Burocracia y eficiencia en el sistema de justicia: celeridad en la entrega de la prestación jurisdiccional

Luiz de França Belchior Silva, 429.

STJ DECIDE QUE CITAÇÃO POR REDES SOCIAIS NÃO É VÁLIDA DEVIDO À DIFICULDADE DE ENCONTRAR O RÉU

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)¹.

A dificuldade de encontrar o réu não justifica a citação por meio de redes sociais, de acordo com decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no RECURSO ESPECIAL Nº 2.026.925 – SP. A empresa credora recorreu ao tribunal buscando a autorização para citar o devedor por meio de mensagem eletrônica em suas redes sociais, devido à dificuldade de citá-lo pessoalmente.

No entanto, o colegiado do STJ entendeu que a comunicação de atos processuais e a realização de intimações ou citações por aplicativos de mensagens ou redes sociais não possuem base ou autorização legal. O uso desses meios de comunicação pode caracterizar vício de forma e resultar na declaração de nulidade dos atos comunicados dessa forma.

A relatora do recurso, ministra Nancy Andrighi, destacou que o princípio da instrumentalidade das formas, previsto no artigo 277 do Código de Processo Civil (CPC), pode autorizar a convalidação dos atos já praticados em desacordo com a formalidade legal. No entanto, esse princípio não deve ser invocado para validar previamente a prática de atos de forma distinta daquela prevista em lei.

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

A ministra ressaltou que o CPC prevê a citação por edital nos casos em que o réu não é encontrado para a citação pessoal. Portanto, já existe uma regra específica para essas situações.

Nancy Andrichi também apontou a necessidade de uniformização das regras sobre a comunicação eletrônica de atos processuais. Desde 2017, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou o uso de ferramentas tecnológicas para a comunicação de atos processuais, surgiram diferentes regulamentações em comarcas e tribunais. A relatora defendeu a adoção de uma norma federal que estabeleça regras isonômicas e seguras para todos.

A ministra destacou que a Lei 14.195/2021 modificou o artigo 246 do CPC para disciplinar o envio da citação ao e-mail cadastrado pela parte, estabelecendo um procedimento detalhado de confirmação e validação dos atos comunicados. No entanto, essa lei não trata da possibilidade de comunicação por aplicativos de mensagens ou redes sociais.

Nancy Andrichi ressaltou que nem o artigo 270 do CPC, nem o artigo 5º, parágrafo 5º, da Lei 11.419/2006, nem qualquer outro dispositivo legal autorizam a citação por redes sociais. Além disso, essa prática apresenta problemas como a existência de homônimos e perfis falsos, a facilidade de criação de perfis sem dados básicos de identificação e a incerteza sobre o efetivo recebimento do mandado de citação.

Em conclusão, a decisão da Terceira Turma do STJ reforça a importância da conformidade com as regras legais e processuais estabelecidas para a citação e intimação no contexto jurídico brasileiro. A citação por meio de redes sociais, apesar de apresentar potencialidades, carece de autorização legal específica e enfrenta desafios práticos, como a identificação segura do destinatário e a garantia do efetivo recebimento do mandado de citação. Portanto, enquanto não houver uma regulamentação específica que autorize tal prática, a citação por redes sociais não deve ser considerada válida nos procedimentos judiciais. A uniformização de normas nacionais nesse contexto é uma necessidade que deve ser considerada para garantir a efetividade e segurança dos atos processuais.

REFERÊNCIA:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 2.026.925 – SP. Relatora Ministra Nancy Andrichi.

A RESOLUÇÃO TCE /PI Nº 23/2016 E A PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS ATOS DE ADMISSÃO DE PESSOAL PELOS JURISDICIONADOS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, com o título de doutorado reconhecido pela Universidade de Marília (SP), mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação²

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta dispor sobre a Resolução TCE/PI nº 23/2016 e a prestação de contas dos atos de admissão de pessoal pelos jurisdicionados ao Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução TCE nº 23/2016; Prestação de contas; Atos de admissão de pessoal; Jurisdicionados.

ABSTRACT: This article aims to succinctly provide information on Resolution TCE/PI nº 23/2016 and the accountability of acts of admission of personnel by those under the jurisdiction of the Court of Auditors of the State of Piauí.

KEYWORDS: TCE Resolution No. 23/2016; Accountability; Personnel admission acts; Jurisdictions.

INTRODUÇÃO

O controle externo, em sentido amplo, é toda fiscalização exercida por um ente que não integra a estrutura na qual o fiscalizado está inserido. A Constituição Federal reservou aos Tribunais de Contas atividades de cunho técnico, como a realização de auditorias e o exame e julgamento da gestão dos administradores públicos.

O ingresso de servidores ou funcionários nos quadros da Administração Pública pode se dar pelo provimento originário, pelo provimento derivado, pela contratação temporária e há ainda os admitidos sem concurso público antes da vigência da

² área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessor de gabinete de conselheira no Tribunal de Contas do Estado do Piauí (TCE/PI). E-mail: benignonovo@hotmail.com

Constituição Federal de 1988.

A competência constitucional dos TC's para fiscalizar e apreciar a legalidade do registro dos atos de admissão de pessoal tem a previsão legal no art. 71, III, da CF. Tomando-se como exemplo o Tribunal de Contas do Estado do Piauí, que é o mais antigo Tribunal de Contas estadual do Brasil, a sua competência para fiscalizar e apreciar a legalidade do registro dos atos de admissão de pessoal se encontra nos seguintes dispositivos (Art. 86, III, "a", da Constituição do Estado do Piauí, Lei Orgânica do TCE/PI, Art. 2º, IV, Art. 104, II, do Regimento Interno do TCE/PI, Art. 1º, IV, Art. 82, V, "a", Art. 197, I, Art. 316, I, Art. 375, § 3º e a Resolução TCE/PI nº 23, de 06 de outubro de 2016).

DESENVOLVIMENTO

Por ocasião do registro da admissão de pessoal, no caso de provimento originário, os TC's iniciarão o exame do controle de legalidade pelo ato de nomeação para determinado cargo ou emprego a partir do respectivo edital do concurso público. Os órgãos de instrução dos TC's, tomando-se, por exemplo, o TCE/PI, a Divisão de Fiscalização de Admissão de Pessoal (DFPESSOAL1) verificará desde a publicação do edital, fase de inscrição, realização de provas, fases recursais, homologação, ordem de classificação, prazo de validade, nomeação, entre outros requisitos. Essa fiscalização aqui no Estado do Piauí ocorre simultaneamente com a realização do concurso público ou do processo seletivo simplificado.

De sorte que, publicado o edital de determinado concurso público ou processo seletivo simplificado, os TC's, pela sua unidade técnica (Divisão), no caso do TCE/PI pela Divisão de Fiscalização de Admissão de Pessoal (DFPESSOAL1), pesquisa junto ao Diário Oficial dos Municípios Piauienses (DOM), Diário Oficial das Prefeituras Piauienses (DOP) e demais diários oficiais, a publicação do edital do certame e começa desde logo o controle concomitante de legalidade do instrumento convocatório, propondo ou não alteração no instrumento convocatório (através de um quadro de avisos em contato com os gestores por celular dos municípios piauienses e gestores do Estado) e, a partir deste ponto, acompanhará a realização de todas as etapas do concurso ou processo seletivo simplificado. Importante dizer que, verificada alguma impropriedade, a unidade técnica/Divisão (DFPESSOAL1) acionará o TC para, por exemplo, conceder medida cautelar.

1. Concurso público

O ente precisar observar a Resolução TCE/PI nº 23/2016 informando os atos do concurso público como rezam os arts. 3º, 4º, 7º, 8º e 9º:

"Art.3º No prazo de 05 (cinco) dias contados da publicação do edital de abertura do

concurso público para provimento de pessoal efetivo ou do processo seletivo público fixado no art. 198, §4º da CF, nos respectivos veículos de divulgação obrigatória, a autoridade responsável deverá cadastrar, via sistema RHWeb, informações relativas ao certame, anexando, inclusive, os seguintes documentos, em arquivo digital com formato PDF:

I. Edital regulador do concurso, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) Nomenclatura dos cargos ou empregos públicos, discriminando quantidade de cargos/vagas, remuneração inicial, carga horária, atribuições, qualificação profissional e escolaridade exigidas, além da indicação da legislação que cria as vagas e define o estatuto jurídico dos servidores;

b) Reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência, além de outras situações previstas em legislação local, especificando o percentual, bem como, fixando a quantitativo reservado no quadro de vagas do edital, além da previsão de resultado à parte para a concorrência específica;

c) Hipóteses de suspeição e impedimento dos membros da banca examinadora e da comissão organizadora do concurso;

d) Inscrição: valor da taxa, forma de pagamento, hipóteses de isenção, locais e horários;

e) Provas: data, horário, pontuação por disciplina e total, pesos, conteúdo programático e meio de divulgação do local de aplicação;

f) Recursos: forma, que deverá ser acessível, e fixação de prazos razoáveis, além do meio de divulgação;

g) Resultado final e homologação: critérios de desempate e previsão de meio de divulgação;

h) Indicação do prazo de validade do certame e se haverá possibilidade de prorrogação;

i) Requisitos para posse (documentação necessária).

II. pronunciamento do órgão de controle interno sobre a existência de recursos orçamentários, autorização na LDO (art. 169, §1º, I e II da CF), bem como do cumprimento dos artigos 19, 20 inciso II e 21 da Lei Complementar nº 101/00, conforme modelo

proposto no anexo I desta resolução;

III. Informações sobre o número de vagas existentes e sua origem, destacando o quantitativo já ocupado e o disponível para provimento antes da abertura do certame, conforme anexo II desta resolução;

IV. ato designando a Banca Examinadora, quando for o caso, e a Comissão Organizadora, indicando a publicação;

V. declaração assinada pelo Chefe do Poder respectivo informando se houve cumprimento da determinação contida no art.16, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme anexo III desta resolução.

Art. 4º Deverão, ser encaminhados, ainda, no prazo de 5 (cinco) dias após a publicação em diário oficial, os seguintes atos:

I. Listagem contendo o resultado final no concurso e a respectiva homologação;

II. Atos de convocação dos aprovados;

III. Termos de desistência, de reposicionamento de candidato para o final de lista, entre outros atos que alterem a classificação no resultado final no certame;

IV. Ato de prorrogação da validade do certame;

V. Demais editais e avisos relativos ao concurso.

Do cadastramento dos atos de admissões

Art.7º A autoridade responsável por ato de admissão em caráter efetivo ou temporário na administração direta e indireta, nos poderes e no Ministério Público da administração estadual e municipal, deverá informá-lo ao Tribunal de Contas via sistema RHWeb, no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da posse ou contratação, anexando o termo de posse em caso de cargo público efetivo, ou extrato contratual, em caso de emprego público ou contratação temporária.

Art. 8º As informações referentes aos atos de nomeações deverão conter os números e as datas de publicação do edital normativo e do resultado final, bem como a classificação e a origem da vaga, informando, se originária, a lei que a criou, e se derivada, o motivo da vacância e o nome do anterior ocupante.

Art.9º Nos casos de servidores cadastrados no sistema RHWeb que optarem pela exclusão ou desligamento, vacância, rescisão contratual, as unidades gestoras deverão

registrar no sistema as referidas informações, 10 (dez) dias após o respectivo ato”.

Critérios a serem observados quando da análise de um edital de um concurso público por Órgão de Controle Externo, tomando-se, por exemplo, o Tribunal de Contas do Estado do Piauí pela Divisão de Fiscalização de Atos de Pessoal (DFPESSOAL1) em conformidade com a Resolução TCE/PI nº 23/2016:

1. Edital regulador do concurso, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) Nomenclatura dos cargos ou empregos públicos, discriminando quantidade de cargos/vagas, remuneração inicial, carga horária, atribuições, qualificação profissional e escolaridade exigidas, além da indicação da legislação que cria as vagas e define o estatuto jurídico dos servidores;

b) Reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência, além de outras situações previstas em legislação local, especificando o percentual, bem como, fixando a quantitativo reservado no quadro de vagas do edital, além da previsão de resultado à parte para a concorrência específica;

Observar a legislação estadual quando se tratar de concursos públicos estaduais para cargos da administração pública estadual, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controlada pelo Governo do Piauí:

* Obrigatoriedade de questões de conhecimento regionais nas provas de concurso público promovido pelo Governo do Estado do Piauí para atender a Lei Estadual nº 7.323, de 30 de dezembro de 2019.

* Em todos os concursos públicos realizados no Estado do Piauí, sejam na administração direta ou indireta, autarquias ou fundações públicas, para o preenchimento de quaisquer cargos públicos efetivos, haverá uma prova de redação adequada ao nível do concurso, a ser aplicada pelo órgão responsável pelo certame para atender a Lei Estadual nº 7.386, de 26 de agosto de 2020;

* Fica assegurado o direito de atendimento especializado para as pessoas com Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade (TDAH) e Dislexia nos concursos públicos e vestibulares realizados no âmbito do Estado do Piauí para atender a Lei estadual nº 7.607, de 20 de outubro de 2021.

* A Lei Estadual nº 7.626, de 11 de novembro de 2021 que determina a reserva 25% das vagas em concursos públicos e processos seletivos a pessoas negras e pardas. A medida é para cargos da administração pública estadual, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controlada pelo Governo do Piauí.

* Assegurado o direito das mães amamentarem seus filhos durante a realização de concursos públicos na Administração Pública direta e indireta no âmbito do Estado do Piauí para atender a Lei Estadual nº 7.737, de 10 de março de 2022.

* Isenção de pagamento de taxa de inscrição em concurso público da administração direta, indireta e fundacional do Estado do Piauí a doadores de sangue para atender a Lei Estadual nº 5.268, de 10 de dezembro de 2002.

* Isenção para candidato doador de medula óssea: isenção conforme a Lei Estadual nº 5.397 de 29/06/2004: Declaração de efetivo doador de medula óssea expedida do Registro Nacional de Doadores de Medula Óssea - REDOME e fornecida pelo Centro de Transplantes onde ocorreu a doação de medula óssea, bem como a data de doação.

* Isenção para candidato que efetivamente tiver trabalhado como mesário e colaborador nas eleições político partidárias, plebiscitos e referendos realizados pela Justiça Eleitoral do Estado do Piauí – conforme a Lei Estadual nº 6.882, de 26/08/2016.

* Isenção para candidato desempregado – conforme a Lei Estadual nº 5.953, de 17/12/2009.

* Isenção para candidato cuja renda familiar for igual ou inferior ao salário mínimo – desconto conforme a Lei Estadual nº 5953, de 17/12/2009.

c) Hipóteses de suspeição e impedimento dos membros da banca examinadora e da comissão organizadora do concurso;

*** O edital deve contemplar as causas e suspeições dos membros da banca examinadora e da comissão organizadora do concurso, em respeito ao princípio da moralidade e isonomia, evitando a participação, na qualidade de candidato, de cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau. Além de alicerçada nos referidos princípios constitucionais, a previsão tem supedâneo no art. 20 da Lei Nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e é aplicável de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria, nos termos da Súmula 633 do STJ.**

d) Inscrição: valor da taxa, forma de pagamento, hipóteses de isenção, locais e

horários;

e) Provas: data, horário, pontuação por disciplina e total, pesos, conteúdo programático e meio de divulgação do local de aplicação;

f) Recursos: forma, que deverá ser acessível, e fixação de prazos razoáveis, além do meio de divulgação;

g) Resultado final e homologação: critérios de desempate e previsão de meio de divulgação;

h) Indicação do prazo de validade do certame e se haverá possibilidade de prorrogação;

i) Requisitos para posse (documentação necessária).

2. pronunciamento do órgão de controle interno sobre a existência de recursos orçamentários, autorização na LDO (art. 169, §1º, I e II da CF), bem como do cumprimento dos artigos 19, 20 inciso II e 21 da Lei Complementar nº 101/00, conforme modelo proposto no anexo I da Resolução TCE/PI nº 23/2016.

No que diz respeito ao limite de gasto com pessoal nos municípios, o percentual é de 60%, quando 54% é o relativo de gastos com pessoal do executivo municipal, e 6% é de gastos com pessoal do legislativo.

Há limites também para cada poder em cada esfera:

I – na esfera federal: 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União; 6% (seis por cento) para o Judiciário; 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo; 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II – na esfera estadual: 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado; 6% (seis por cento) para o Judiciário; 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo; 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III – na esfera municipal: 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver; 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

Ultrapassado o teto efetivo de gastos com pessoal (54%), então o município terá 8

(oito) meses para corrigir os excessos e, para isso, a LRF previa que, dentre as atitudes a serem tomadas, seria possível, segundo o artigo 23, §§ 10 e 20, a redução de valores de cargos e funções, bem como redução temporária de jornada de trabalho e a consequente redução dos vencimentos.

Observar a flexibilização da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) pelo art. 15, da Lei Complementar nº 178/2021:

“Art. 15. O Poder ou órgão cuja despesa total com pessoal ao término do exercício financeiro da publicação desta Lei Complementar estiver acima de seu respectivo limite estabelecido no art. 20 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, deverá eliminar o excesso à razão de, pelo menos, 10% (dez por cento) a cada exercício a partir de 2023, por meio da adoção, entre outras, das medidas previstas nos arts. 22 e 23 daquela Lei Complementar, de forma a se enquadrar no respectivo limite até o término do exercício de 2032”.

3. Informações sobre o número de vagas existentes e sua origem, destacando o quantitativo já ocupado e o disponível para provimento antes da abertura do certame, conforme anexo II da Resolução TCE/PI nº 23/2016.

Observar a (s) lei (s) que criaram os cargos e quantidade de cargos ofertados no edital do certame para que o saldo não seja negativo, ou seja, as vagas estejam devidamente criadas por lei e em quantidades suficientes.

4. Ato designando a Banca Examinadora, quando for o caso, e a Comissão Organizadora, indicando a publicação.

Necessária à publicação em Diário Oficial de ampla divulgação de portaria que cria a Comissão Organizadora do Concurso Público para acompanhar, supervisionar e fiscalizar: lançamento de edital, aplicação de provas, divulgação de resultado, assim como proceder outros atos legais, a portaria deve estar devidamente assinada pelo Gestor responsável. É recomendável que a mesma seja formada por servidores do quadro efetivo da entidade.

5. Declaração assinada pelo Chefe do Poder respectivo informando se houve cumprimento da determinação contida no art.16, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme anexo III da Resolução TCE/PI nº 23/2016.

2. Processo seletivo simplificado

O ente precisa observar a Resolução TCE/PI nº 23/2016 informando os atos do processo seletivo simplificado como rezam os arts. 5º, 6º, 7º, 8º e 9º:

“Art. 5º No prazo de 05 (cinco) dias após a publicação do edital de abertura do processo de contratação de pessoal por tempo determinado, deverão ser cadastrados no Sistema RHWeb – Módulo: Admissões Web os seguintes documentos, em arquivo digital com formato PDF:

I. Edital de abertura do processo seletivo, publicado em Diário Oficial, contendo no mínimo, as seguintes informações:

a) Identificação das atribuições, quantidade de vagas disponíveis, remuneração total, carga horária, duração do contrato, qualificação profissional e escolaridade exigidas, indicação da lei municipal que autoriza o processo seletivo;

b) Reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência, além de outras situações previstas em legislação local, especificando o percentual, bem como, fixando a quantitativo reservado no quadro de vagas do edital, além da previsão de resultado à parte para a concorrência específica;

c) Hipóteses de suspeição e impedimento dos membros da banca examinadora e da comissão organizadora do concurso;

d) Inscrição: valor da taxa, forma de pagamento, hipóteses de isenção, locais e horários;

e) Provas: data, horário, pontuação por disciplina e total, pesos, conteúdo programático e meio de divulgação do local de aplicação;

f) Recursos: forma, que deverá ser acessível, e fixação de prazos razoáveis, além do meio de divulgação;

g) Resultado final e homologação: critérios de desempate e previsão de meio de divulgação;

h) Indicação do prazo de validade da seleção e se haverá possibilidade de prorrogação;

i) Requisitos para contratação (documentação necessária).

II. Lei do ente federado que estabeleça os casos de contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme exige o artigo 37, IX, CF, fixando, ainda, direitos e deveres do contratado, regras do processo de seleção, regime de trabalho, duração dos contratos, entre outras matérias

correlatas ao tema;

III. Autorização da autoridade competente, indicando a necessidade temporária de excepcional interesse público que afasta a obrigatoriedade de realização do concurso público, atendendo aos parâmetros postos na legislação específica local.

IV. pronunciamento do órgão de controle interno sobre a existência de recursos orçamentários, autorização na LDO (art. 169, §1º, I e II da CF), salvo se decorrente de convênio, bem como do cumprimento dos artigos 19,20 inciso II e 21 da Lei Complementar nº 101/00, conforme modelo proposto no anexo I desta resolução;

V. ato designando a Banca Examinadora, quando for o caso, e da Comissão Organizadora, indicando a publicação;

VI. declaração assinada pelo Chefe do Poder respectivo informando se houve cumprimento da determinação contida no art.16, II, da Lei de Responsabilidade.

Art. 6º Deverão, ser encaminhados, ainda, no prazo de 5 (cinco) dias após a publicação, os seguintes atos:

- I. Listagem contendo o resultado final no concurso e a respectiva homologação;
- II. Atos de convocação dos aprovados;
- III. Termos de desistência, de reposicionamento de candidato para o final de lista, entre outros atos que alterem a classificação no resultado final no certame;
- IV. Ato de prorrogação da validade do processo seletivo, quando for o caso;
- V. Demais editais e avisos relativos ao certame.

Do cadastramento dos atos de admissões

Art.7º A autoridade responsável por ato de admissão em caráter efetivo ou temporário na administração direta e indireta, nos poderes e no Ministério Público da administração estadual e municipal, deverá informá-lo ao Tribunal de Contas via sistema RHWeb, no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da posse ou contratação, anexando o termo de posse em caso de cargo público efetivo, ou extrato contratual, em caso de emprego público ou contratação temporária.

Art. 8º As informações referentes aos atos de nomeações deverão conter os números e as datas de publicação do edital normativo e do resultado final, bem como a classificação e a origem da vaga, informando, se originária, a lei que a criou, e se derivada,

o motivo da vacância e o nome do anterior ocupante.

Art.9º Nos casos de servidores cadastrados no sistema RHWeb que optarem pela exclusão ou desligamento, vacância, rescisão contratual, as unidades gestoras deverão registrar no sistema as referidas informações, 10 (dez) dias após o respectivo ato”.

CONCLUSÃO

O instituto do concurso público tem um importante papel na sociedade atual, além de contribuir para uma seleção transparente e isonômica entre os candidatos para admissão nos quadros dos órgãos públicos, ele também constitui uma íntima relação com o princípio da eficiência, de forma que a seleção seja adequada para admitir os candidatos mais qualificados para desempenharem os serviços públicos.

A fiscalização dos tribunais de contas é importante para evitar possíveis irregularidades e garantir a lisura dos processos seletivos simplificados. A atuação desses órgãos contribui para a transparência na contratação de servidores temporários, evitando práticas como o nepotismo e a contratação de pessoas sem qualificação adequada.

Em suma, os tribunais de contas desempenham um papel fundamental na fiscalização dos concursos públicos e dos processos seletivos simplificados. Sua atuação contribui para a transparência, a legalidade e a eficiência, garantindo a qualidade dos serviços prestados pela administração pública. Portanto, é essencial que esses órgãos continuem atuando de forma efetiva na fiscalização desses processos, promovendo assim uma gestão pública mais responsável e transparente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de out. de 2023.

BRASIL. **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em: <<http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14853>>. Acesso em: 28 de out. de 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 28 de out. de 2023.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 28 de out. de 2023.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <<https://www.tcepi.tc.br/>>. Acesso em: 28 de out. de 2023.

BRASIL. TCE/TO. **Manual de Análise de Atos de Pessoal - Concurso Público Admissões de Pessoal Efetivo Reintegração, Recondução, Reversão, Readaptação e Aproveitamento**. Disponível em: <https://www.tce.to.gov.br/profissaogestor/images/gestaodePessoal/ManualDeAtosDePessoal_TCE_TO.pdf>. Acesso em: 28 de out. de 2023.

TCE/PI. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/LOTCE.-atualizada-2021.pdf>>. Acesso em: 28 de out. de 2023.

TCE/PI. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-05-01-2022-.pdf>. Acesso em: 28 de out. de 2023.

TCE/PI. **Resolução nº 23/2016, de 06 de outubro de 2016**. Dispõe sobre o envio e acesso a informações necessárias e estabelece procedimentos para exame, apreciação e registro dos atos de admissão de pessoal pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-23-16-Com-altera%C3%A7%C3%B5es-da-Resolu%C3%A7%C3%A3o-33-2016.pdf>>. Acesso em: 28 de out. de 2023.

A RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O TRÂNSITO EM JULGADO COMO MARCO TEMPORAL FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA

MATHEUS FERNANDES DE OLIVEIRA:

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)³

RESUMO: O artigo tem como foco a análise da aplicação da retroatividade da lei penal benéfica aos casos anteriores à vigência da lei 13.964/2019, que prevê o acordo de não persecução penal (ANPP). O ANPP surgiu como meio alternativo à persecução penal, sendo um acordo firmado entre o investigado e o Ministério Público. Uma vez que o acordo é aceito e cumprido, a punibilidade é extinta e o investigado se mantém primário para todos os efeitos legais. Apesar do claro benefício para o investigado, surgiram diversas ações questionando o não oferecimento do acordo, sob a justificativa de que o ANPP somente seria aplicado aos casos em que ainda não houvesse sido oferecida a denúncia. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal adotou duas posições principais, a primeira, de que o ANPP somente seria aplicável até o oferecimento da denúncia e, a segunda, que o instituto poderia ser aplicado até o trânsito em julgado. Diante dessa celeuma, questiona-se se essas interpretações estariam de acordo com o princípio constitucional da retroatividade penal benéfica, contido no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e se o trânsito em julgado pode ser um delimitador para a aplicação do instituto.

Palavras-chave: retroatividade penal benéfica; ANPP; trânsito em julgado; artigo 28-A, do CPP.

ABSTRACT: The article focuses on analysing the application of the retroactivity of beneficial criminal law to cases prior to the enactment of Law 13.964/2019, which provides for the Non-Prosecution Agreement (ANPP). The ANPP emerged as an alternative to criminal prosecution, being an agreement signed between the investigated person and the Public Prosecutor's Office. Once the agreement is accepted and complied with, punishability is extinguished and the investigated person remains primary for all legal purposes. Despite the clear benefit for the investigated, several lawsuits have arisen questioning the non-offering of the agreement, on the grounds that the ANPP would only be applied to cases in which charges had not yet been filed. As a result, the Federal Supreme Court adopted two main positions: firstly, that the ANPP would only be applicable until charges had been filed, and secondly, that the institute could be applied until the final

³ E-mail: Matheus_fernandes@ufms.br.

judgment had been handed down. Faced with this controversy, the question is whether these interpretations are in line with the constitutional principle of beneficial criminal retroactivity, contained in article 5, item XL, of the Federal Constitution, and whether the final judgment can be a delimiter for the application of the institute.

Keywords: beneficial criminal retroactivity; ANPP; final and unappealable judgement; article 28-A of the Criminal Procedure Code.

INTRODUÇÃO

No dia 24 de dezembro de 2019, foi sancionada a Lei nº 13.964, conhecida como “Pacote Anticrime”, promovendo mudanças na legislação penal e processual penal, sob a justificativa de aumentar a eficácia e a eficiência da justiça criminal. Dentre essas mudanças, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro o acordo de não persecução penal (ANPP), previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal (CPP).

O objetivo central do ANPP é a solução alternativa da lide penal, por meio de um acordo, sendo aplicado aos casos de pequena e média gravidade, permitindo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário que se dediquem aos casos de maior gravidade.

Além disso, o ANPP permite o desafogamento do sistema carcerário, sendo benéfico, também, aos investigados e denunciados por crimes, uma vez que aceitando e cumprindo o acordo, têm a punibilidade extinta, evitando, desse modo, a estigmatização oriunda de uma eventual condenação criminal e mantendo-se primário para todos os efeitos legais.

Em que pese haver claros benefícios para o Estado e para a sociedade, há divergência jurisprudencial sobre o limite temporal para a aplicação do instituto. Desse modo, a pesquisa tem como finalidade responder “qual o limite temporal para a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal aos processos que estavam em curso quando da entrada em vigor da lei 13.964/2019?”. Seria o recebimento da denúncia, a prolação da sentença ou não há limite temporal, podendo ser aplicado até mesmo após o trânsito em julgado?

O tema da pesquisa se mostra atual e relevante, uma vez que o STF ainda não pacificou o entendimento acerca da retroatividade do ANPP, e a depender do entendimento firmado, o investigado, denunciado, ou até mesmo sentenciado, irá sofrer as consequências da persecução penal ou poderá firmar o acordo, cumpri-lo, ter a punibilidade extinta, e por conseguinte, continuar primário para todos os efeitos legais.

Foi utilizado na pesquisa o método dedutivo e a abordagem qualitativa, por meio da revisão de livros, artigos científicos, revistas especializadas e da jurisprudência.

Os resultados da pesquisa estão divididos em três tópicos. O primeiro tópico aborda a justiça penal negociada, a sua finalidade e a sua inserção no sistema criminal brasileiro, bem como a sua aplicação na formulação do ANPP e os seus requisitos.

O segundo tópico trata do mandamento constitucional contido no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, analisando a sua finalidade e incidência para o direito criminal, principalmente nos casos envolvendo lei processual penal mista.

Por fim, no terceiro tópico, será realizada uma análise do posicionamento do STF acerca da retroatividade penal benéfica e a aplicação do ANPP aos casos anteriores a sua vigência, em especial o trânsito em julgado como marco temporal para o seu oferecimento, indicando ao final, a solução que se apresenta como a mais harmônica com o texto constitucional.

1. JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O processo penal brasileiro foi baseado em sua concepção no formalismo, tendo sido formulado com base na ideologia ditatorial do “Estado Novo” e com fortes influências do Código de Processo Penal Italiano, de inspiração fascista, tendo, nesse sentido, a ideia de utilização do Poder Estatal para a repressão (GIACOMOLLI, 2015, p. 144).

Conforme Pedro Faraco e Vinicius Basso, houve um choque entre o modelo apresentado pela Constituição Federal de 1988 e o adotado pelo Código de Processo Penal, o que acarretou, após 20 anos, em sua reforma parcial. (FARACO NETO; BASSO LOPES, 2020, p. 23).

Somado a isso, a grande demanda de processos levados ao Poder Judiciário e sua consequente lentidão para a prestação jurisdicional, promoveu a necessidade de se buscar maior eficácia na atuação concreta do sistema criminal (MARTINELLI; SILVA, 2020, p. 52/54).

De acordo com levantamento apresentado no relatório Justiça em Números, na edição 2023, em 2022 ingressaram no Poder Judiciário 3,1 milhões de casos novos criminais, sendo 2,4 milhões (63,8%) na fase de conhecimento de primeiro grau. O número de casos criminais pendentes de julgamento chegou a 6.4 milhões (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023, p. 224).

Ainda, esse resultado é muito aquém da média global e reflete a classificação do Brasil em 112º lugar (em um total de 140 países avaliados) quanto ao quesito “eficiência da Justiça Criminal”, no ranking *WJP Rule of Law Index 2022 performance*, elaborado pela organização internacional *World Justice Project* (WORLD JUSTICE PROJECT, 2022).

A partir dessa necessidade, busca-se encontrar uma solução que atenda de forma adequada às demandas de prevenção e repressão de infrações penais, levando em conta a gravidade do delito, sem sobrecarregar recursos públicos ou causar excessivo esforço e desgaste aos envolvidos, mantendo uma relação equilibrada entre o esforço empregado e os benefícios alcançados, tendo ganhado força no ordenamento jurídico brasileiro a denominada justiça penal negocial.

Essa é uma tendência mundial, nos Estados Unidos, por exemplo, os acordos penais superam 90% da resolução dos casos (VASCONCELLOS, 2018, p. 50.), sendo que na Europa, desde 1987, há a recomendação R(87)18 do Conselho da Europa, que versa sobre a simplificação da justiça penal, buscando desestimular a intervenção judicial de forma primária.

A partir disso, a justiça penal negocial se apresenta como um contraponto a hegemonia da prisão como método mais eficaz de sanção penal, uma vez que o seu papel ressocializador é questionado, assim como sua função de prevenção.

Vinicius Gomes de Vasconcelos define a justiça criminal negocial como:

(...) modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa- a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes” (VASCONCELLOS, 2018, p. 50).

Nesse sentido, a justiça criminal negocial está intimamente relacionada aos conceitos de obrigatoriedade e oportunidade da ação penal, uma vez que se baseia em espaços de oportunidade no processo. No entanto, ela se distingue de mecanismos puramente baseados na oportunidade, nos quais a não persecução de delitos ocorreria em casos específicos, sem a imposição de qualquer sanção ou consequência penal. Nos mecanismos negociais, ambos os lados do processo penal (acusação e defesa) participam, manifestando sua vontade com o mesmo sentido e propósito. Por outro lado, decisões

exclusivas sobre critérios de oportunidade podem ser tomadas pelo órgão acusador. (VASCONCELLOS, 2022, p. 14/15).

Desse modo, são institutos da justiça criminal negocial no processo penal brasileiro a colaboração premiada, a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de leniência e o acordo de não persecução penal (ANPP), sendo caracterizados como facilitadores da persecução penal, uma vez que incentivam a não resistência do acusado, sua conformidade com a acusação, em troca de benefícios ou prêmios, como a redução da pena. Esses acordos visam concretizar o poder punitivo do Estado de forma mais ágil e menos onerosa. (VASCONCELLOS, 2022, p. 15).

Como exemplo da inserção da justiça criminal negocial no processo penal brasileiro, têm-se a implementação dos juizados especiais criminais, introduzidos pela Lei 9.099/95, contudo, já previsto no artigo 9, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que previu, também, a transação penal.

Portanto, criou-se um microsistema para o julgamento de processos penais que receberam a denominação de “infrações de menor potencial ofensivo”, caracterizados por serem contravenções e crimes com pena abstrata máxima de 2 anos, sendo possível a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Esses institutos representam a ideia de justiça criminal negocial, uma vez que é necessária a concordância do réu em aceitar a acusação, em que pese não haver confissão ou reconhecimento da responsabilidade, consentindo, assim, com o cumprimento das obrigações contidas no acordo, sem que haja o transcurso normal do processo, com a produção de provas.

Apesar dos referidos institutos poderem ser aplicados às infrações de menor potencial ofensivo, os crimes de médio potencial ofensivo praticados sem violência ou grave ameaça não possuíam instituto semelhante que pudesse ser aplicado, e que evitasse, desse modo, a reclusão como meio de sanção penal.

Diante disso, no início de 2018, o Deputado Federal José Rocha (PR-BA) apresentou o Projeto de Lei n. 10.372/2018, que tinha dentre as propostas de alteração do Código de Processo Penal, a inserção do acordo de não persecução penal.

Na justificativa do Projeto, o Deputado encampou manifestação do Ministro Alexandre de Moraes, que, apresentou uma divisão tripartida da situação carcerária, mencionando que 1/3 dos presos estão confinados pela prática de crimes sem violência ou grave ameaça (BEM e MARTINELLI, 2020. p. 77/116).

A solução apresentada pelo Ministro para o problema do excesso de presos, seria a adoção do ANPP, a ser iniciado pelo Ministério Público e com a participação direta da defesa, submetendo a proposta à homologação judicial.

Em 2019, o Projeto foi encaminhado à Presidência da República, e em 24/12/2019, foi promulgada a Lei nº 13.964/2019. Essa legislação resultou do texto final do Projeto Substitutivo, que combinou elementos da proposta da Comissão liderada pelo Ministro Alexandre de Moraes (PL nº 10.372/2018) e parte do que ficou conhecido como "Pacote Anticrime" do Ministério da Justiça e Segurança Pública, sob a liderança do então Ministro Sérgio Moro (PL nº 882/2019). Entretanto, vale ressaltar que a hipótese de celebração do acordo já havia sido proposta por meio da Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.

O instituto então promulgado e inserido ao Código de Processo Penal (CPP) no artigo 28-A, previu requisitos objetivos e subjetivos para sua celebração. São os requisitos objetivos: i) não ser o caso de arquivamento; ii) pena mínima inferior a 4 anos; iii) ausência de emprego de violência e grave ameaça no cometimento do delito; iv) necessidade do cumprimento das funções político-criminais; v) não envolver delito passível de transação penal; e, vi) não tenha sido cometido no âmbito de violência doméstica ou familiar ou praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

O artigo 28-A do CPP estabelece que, além dos requisitos objetivos, o autor do delito deve satisfazer requisitos subjetivos para ser elegível ao benefício do ANPP, ou seja, o indivíduo deve atender a determinadas condições pessoais, que são as seguintes: i) não pode ser um criminoso reincidente, habitual, reiterado ou profissional; ii) não deve ter celebrado um ANPP, acordo de transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos 5 anos (período depurador); iii) deve fazer uma confissão formal e detalhada da prática do delito.

Nesse sentido, Vasconcellos apresenta o ANPP como um mecanismo de simplificação procedimental, realizado por meio de um negócio jurídico entre acusação e defesa, em que o imputado abre mão do exercício de direitos fundamentais, como o direito ao processo, à prova, ao contraditório, ao silêncio, entre outros. Em troca, o imputado se conforma com a pretensão acusatória, submetendo-se voluntariamente às condições (sanções) pactuadas e confessando o delito. Essa cooperação com a acusação resulta em benefícios para o acusado, como uma sanção menos gravosa, além de evitar o início do processo ou uma sentença condenatória definitiva, bem como seus efeitos, como constar como Maus antecedentes (VASCONCELLOS, 2022, p.37).

Conforme Vasconcellos, o ANPP é uma espécie da justiça criminal negocial:

Trata-se de uma espécie de justiça criminal negocial ao se consolidar como “um instrumento de consensualidade político-criminal ligado ao princípio da oportunidade da ação penal pública, em favor da economia processual e da celeridade na realização da justiça criminal”. Pode-se afirmar que o ANPP é “um pacto de arquivamento condicionado” ao cumprimento das condições definidas no termo negociado pelas partes. Assim, seu fundamento normativo, além de embasar-se no art. 28-A, também é respaldado no art. 28, *caput*, do CPP, que regula o arquivamento da investigação.” (Vasconcellos, 2022, p. 37/38).

Sendo cumprido o acordo, a punibilidade do autor do fato é extinta, e os autos são arquivados. Nesse sentido, o ANPP possui além da natureza processual, também possui natureza material ao produzir reflexos ao exercício do poder punitivo estatal (VASCONCELLOS, 2022, p. 38).

Destaca-se que o termo acordo de não persecução penal pode apresentar um problema interpretativo ao se condicionar a aplicação do instituto ao não início da persecução penal, ou seja, uma vez que a persecução penal se inicia, não há impeditivo para a aplicação do ANPP. Nesse sentido, elenca Vasconcellos:

Quanto à **terminologia** utilizada, importante destacar que o ANPP não resulta, efetivamente, em uma não persecução penal. Primeiramente, tal mecanismo é implementado, em regra, ao final da fase de investigação, a qual é uma das partes da persecução penal. Ademais, ainda que as condições impostas ao autor do fato no ANPP não sejam definidas como penas, são conceituadas como “equivalentes funcionais à pena”, o que, de certo modo, caracteriza uma resposta sancionatória, em meio a uma persecução penal, o que não é evitado pelo ANPP. Portanto, pensa-se que a expressão “acordo de não persecução penal” pode induzir uma ideia equivocada, de que se exclui por completo toda a persecução penal e que não haveria nenhum tipo de sanção ao imputado, o que não é correto. (VASCONCELLOS, 2022, p. 38).

Outro importante ponto acerca do ANPP e sua natureza jurídica, é se este se enquadra como um negócio jurídico discricionário ou um direito subjetivo do imputado. Uma vez que cabe ao Ministério Público oferecer o acordo, questiona-se quais critérios e limites para a decisão de oferecimento ou sua negativa.

Essa celeuma é similar a que ocorreu em relação à transação penal e a suspensão condicional do processo, que foram introduzidas pela Lei n. 9.099/1995. A posição adotada de forma majoritária pelos tribunais superiores é a aplicação, por analogia, do artigo 28 do Código de Processo Penal. Conforme o dispositivo, havendo discordância do magistrado quanto a postura do promotor, determinará o encaminhamento do caso ao Procurador-Geral de Justiça, preservando, desse modo, a separação das funções (VASCONCELLOS, 2022, p. 41).

Nesse sentido, conforme a súmula 696 do Supremo Tribunal Federal, “reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

Com relação ao ANPP, a interpretação de haver um controle interno em caso de recusa do Ministério Público é prevista no artigo 28-A, § 14, do Código Penal. Nesse caso, havendo recusa do Ministério Público em propor o ANPP, o investigado poderá requerer a remessa do caso ao órgão superior do Ministério Público. Desse modo, conforme Vasconcellos, “o ANPP deve ser oferecido ou aceito pelo MP se atendidos os requisitos previstos na legislação atual e eventual recusa precisa ser devidamente motivada, podendo ser submetida à revisão por órgão superior internamente na instituição.” (VASCONCELLOS, 2022, p. 41).

2. A RETROATIVIDADE PENAL BENÉFICA E REFLEXOS PARA O ANPP

Vinicius de Toledo Piza Peluso destaca que a Constituição é a base essencial do Direito Penal, pois estabelece os princípios, valores e ideias fundamentais que orientam a ordem política e jurídica, conferindo-lhe legitimidade e justificando seu uso em certos atos coercitivos, que devem estar sujeitos a condições, requisitos e limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico (PELUSO, 2012, p. 12).

Desta forma, por conter uma carga significativa de restrição de direitos, o Direito Penal é considerado como uma das mais importantes, severas e violentas formas de coerção jurídica que o Estado pode utilizar para garantir a obediência às suas normas, ameaçando constantemente a liberdade dos indivíduos. Portanto, devido ao seu potencial sancionatório, o Direito Penal deve ser limitado e constantemente fiscalizado, sendo necessário rever seu conteúdo para evitar a possibilidade de se tornar constitucionalmente ilegítimo (PELUSO, 2012, p. 15).

Desse modo, a Constituição Federal impõe uma série de limites ao Direito Penal, através de valores, princípios e regras jurídicas que desempenham papel fundamental na tomada de decisões. Essas limitações têm como objetivo controlar o exercício do Direito

Penal e evitar possíveis abusos por parte do Estado, que podem violar os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos (PELUSO, 2012, p. 15).

Dentre esses princípios limitadores, a Constituição Federal consagrou o da retroatividade da lei penal mais benéfica em seu artigo 5º, inciso XL, dispondo que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Desse modo, a retroatividade da lei penal mais benéfica é dotada de extra-atividade, ou seja, “retroage para alcançar fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor e continua sendo aplicada quando houver conflito com *lex gravior posterior*” (PRADO, 2020, p. 72).

Nesse sentido, Peluso afirma que a regra quanto a aplicação da lei penal, é a sua irretroatividade, contudo, há a possibilidade de sua aplicação retroativa, conquanto resulte em benefício aos cidadãos. Essa regra possibilita que haja efeitos presentes a fatos que ocorreram anteriormente, modificando, caso necessário, situações jurídicas que já foram consolidadas, sob aplicação de lei anterior. A retroatividade da lei, acarretando inovações na seara penal deve ocorrer somente quando auxilia, protege e melhora a situação do réu ou sentenciado (PELUSO, 2012, p. 36).

Aury Lopes Júnior disserta que a doutrina se socorre na distinção clássica entre as leis puras, processuais penais puras e mistas. A lei penal pura é a que disciplina o poder punitivo estatal, dispondo sobre o conteúdo material, o Direito Penal, como na disposição das penas, regime de cumprimento. Para essa espécie de lei, se aplica as regras do Direito Penal, retroagindo a lei penal mais benéfica (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 50).

Quanto a lei processual penal pura, esta regula o início, desenvolvimento e fim do processo, dispondo acerca de institutos processuais, como perícias e forma dos atos processuais. Para essa espécie de lei, deve ser aplicado o princípio da imediatividade, aplicando-se a lei sem efeitos retroativos (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 50).

Ainda, existem as leis mistas, que possuem características penais e processuais, aplicando-se a regra do Direito Penal, ou seja, de retroatividade da lei penal mais benéfica. Esse tipo de norma disciplina atos realizados no processo que dispõe acerca do poder punitivo estatal, como a liberdade e extinção da punibilidade, o que ocorre no ANPP (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 50).

Com base nessa distinção, percebe-se que o ANPP se enquadra como uma norma mista, em que é aplicada a retroatividade da lei penal mais benéfica, alcançando os fatos ocorridos antes de sua entrada em vigência.

Analisando o direito comparado, Peluso elenca que na Alemanha, no §2, III, do seu Código Penal, prevê: “se a lei que rege na cominação do fato é alterada antes da decisão, então há de se aplicar a lei mais benigna”. No Código Penal italiano, encontra-se previsto no artigo 3º, §§ 2º e 3º, “se a lei vigente no momento da comissão do delito e a lei posterior forem distintas, se aplicará a que resulte mais favorável ao réu, salvo que se tenha pronunciado sentença irrecorrível” (PELUSO, 2012, p. 42).

Na Espanha a retroatividade se apresenta mais abrangente. Conforme o artigo 2.2 do Código Penal espanhol, a lei mais benéfica pode retroagir aos processos em que a sentença penal condenatória já transitou em julgado: “não obstante, terão efeito retroativo aquelas leis penais que favoreçam ao réu, ainda que ao entrar em vigor tivesse recaído uma sentença firme e o sujeito estivesse cumprindo condenação. Em caso de dúvida sobre a determinação da lei mais favorável, será ouvido o réu” (PELUSO, 2012, p. 42).

Por fim, em Portugal, a retroatividade da lei penal benéfica está inserida no texto constitucional. O artigo 29.4 da Constituição portuguesa prevê que: “ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroativamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido” (PELUSO, 2012, p. 43).

Desse modo, a partir da análise do direito comparado, a retroatividade penal benéfica é aplicada em outros países, inclusive aos processos que transitaram em julgado, como na Espanha.

Além disso, conforme elenca Peluso, analisando os mencionados países, percebe-se que a retroatividade penal benéfica não consta de forma expressa em suas constituições, sendo inserida no campo infraconstitucional, objeto dos Códigos Penais (PELUSO, 2012, p. 47).

Contudo, assim como no Brasil, em Portugal o instituto é previsto na constituição, sendo uma norma jurídico constitucional, o que traz ou deveria trazer modificações na perspectiva dogmática da retroatividade penal benéfica (PELUSO, 2012, p. 47).

A Constituição Federal declara que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, em seu artigo 1º, *caput*. Desse modo, é um Estado de direitos fundamentais, em que deve ocorrer a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem. Nesse sentido, os direitos fundamentais asseguram ao homem autonomia perante o poder estatal.

Os direitos fundamentais como parte integrante da ordem constitucional, servem com fundamento e limite de todas as demais normas do ordenamento jurídico. Desse

modo, para que haja a garantia constitucional desses direitos, a sua limitação deve ser justificada e legitimada na salvaguarda de outros direitos, interesses ou bens constitucionalmente protegidos (PELUSO, 2012, p. 47).

Portanto, se o Estado Democrático de Direito tem como uma de suas funções a defesa, garantia, máxima efetivação e respeito aos direitos fundamentais individuais, em especial o direito à liberdade, este só poderá ser limitado na medida em que seja indispensável para a defesa de outros direitos e liberdades constitucionalmente consagrados (PELUSO, 2012, p. 47).

Ao se projetar essa mínima restrição dos direitos fundamentais na aplicação da lei penal no tempo, deve se analisar a retroatividade penal benéfica, uma vez que o legislador entende que “uma pena menos gravosa – e, portanto, menos limitadora do direito fundamental de liberdade – é suficiente para realizar as funções preventivo-retributivas das penas criminais, então, obrigatoriamente, tal lei deve ser aplicada retroativamente” (PELUSO, 2012, p. 47).

Além de um direito fundamental, deve ser analisado se a retroatividade penal benéfica é um princípio ou uma regra constitucional.

Os princípios são normas com elevado grau de abstração, não apresentando uma hipótese de fato nem uma consequência jurídica abstratamente determinada, sendo *standarts* finalísticos de otimização e estabelecendo os valores a serem observados ou alcançados, aplicando-se a um número indeterminado de situações fáticas e a um número indeterminado de pessoas, razão pela qual exigem elevado grau de subjetivismo do aplicador, que atribui o peso aos princípios envolvidos, e ocorrendo conflito de princípios, não invalida um deles, mas estabelece a prevalência de um sobre o outro (PELUSO, 2012, p. 48).

Quanto as regras, estas apresentam pouco ou nenhum grau de abstração, contendo uma hipótese de fato e uma consequência jurídica, com mandamentos normativos imperativos e definidos, aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido, destinado a um número certo de situações e a pessoas determinadas, inexistindo subjetividade na sua aplicação. Desse modo, o aplicador deve confrontar o fato com a norma pelo método da subsunção, e ocorrendo a identidade, aplicar as consequências previstas. Ainda, ocorrendo conflito entre as regras, deverá optar em aplicar uma delas e invalidar as demais normas conflitosas (PELUSO, 2012, p. 48).

Quanto a eficácia, as regras exercem função definidora e concretizadora, delimitando o comportamento a ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas

pelos princípios, possuindo uma rigidez maior para sua superação, que só é admissível quando exista razão extraordinária. Por esse motivo, em caso de conflito entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, a regra deverá prevalecer (PELUSO, 2012, p. 49).

Nesse contexto, para Peluso, “parece indiscutível que, entre nós, a retroatividade penal benéfica estatuída pelo art. 5º, XL, da Constituição Federal tem a natureza jurídica de verdadeira regra constitucional” (PELUSO, 2012, p. 49).

A norma constitucional apresenta pequeno grau de abstração, estabelecendo uma hipótese de fato (uma nova lei penal mais favorável) e uma consequência jurídica (sua aplicação retroativa), configurando mandamentos normativos definidores e imperativos. Ainda, é destinada a uma situação específica (a existência de posterior *lex mitior* penal) e aplicada a um número determinado de pessoas (autores dos fatos penalmente ilícitos abrangidos pela *lex mitior*), exigindo aplicação obrigatória, pelo método da subsunção (PELUSO, 2012, p. 49).

Portanto, conforme assevera Peluso:

A regra jurídico-constitucional instituída pelo art. 5º, XL, da Constituição Federal é norma imediatamente descritiva por estabelecer uma obrigação, mediante a descrição da determinada conduta (ou comportamento) a ser adotada pelo julgador, e que, portanto, proporciona uma solução constitucional, com caráter de decidibilidade, a um problema conhecido e certo (a sucessão de uma lei penal mais benigna), solução que a própria Constituição, pela técnica adotada, torna menos flexível e, pois, afasta *prima facie* qualquer outra solução existente no ordenamento jurídico (*applicable in all-or-nothing fashion*), já que uma regra vale e deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais nem menos (PELUSO, 2012, p. 49).

Importante elencar que a lei n. 13.964/2019 não estabeleceu um marco temporal para a sua aplicação, sendo que os entendimentos acerca de sua aplicação surgiram dos casos práticos explicitados na Jurisprudência. O que é expresso é a regra constitucional da retroatividade penal benéfica, sem ressalvas.

Desse modo, a regra constitucional da retroatividade penal benéfica tem eficácia definidora, delimitando o poder estatal, e que só poderá ser superada mediante razões constitucionais extraordinárias.

Resta claro, portanto, que no caso do tema da presente pesquisa, a lei posterior que instituiu o ANPP, é a lei mais favorável àqueles que foram indiciados e julgados, que em tese, teriam direito a aplicação do instituto. Nesse sentido, a conclusão que se pode chegar tendo como base o princípio constitucional, é que a citada lei deve ser aplicada de forma retroativa a fim de beneficiar todos os que cumprem os requisitos legais.

3. POSICIONAMENTO DO STF ACERCA DA APLICAÇÃO DA RETROATIVIDADE PENAL BENÉFICA DO ANPP E O TRÂNSITO EM JULGADO COMO MARCO TEMPORAL

O STF durante um período vinha firmando o entendimento de que o ANPP somente seria aplicado aos casos em que os fatos tivessem sido praticados em momento anterior a sua vigência, se a denúncia não tivesse sido recebida. Ao pesquisar no Sítio Eletrônico do STF, diversas são as decisões nesse sentido, podendo se mencionar:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. CRIMES PREVISTOS NO ART. 29, §1º, III, DA LEI 9.605/1998 E NO ART. 296, § 1º, III, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA SUSCITADA NÃO EXAMINADA PELA INSTÂNCIA ANTECEDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. (...).

(...)

4. A finalidade do acordo de não persecução penal (ANPP) é evitar que se inicie o processo; portanto, o entendimento do STJ, de que o acordo aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia, não revela quadro de ilegalidade, uma vez que encontra amparo em julgados desta CORTE: HC 199950, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 18/6/2021; HC 191124 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 13/4/2021; HC 191.464-AgR/SC, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020; ARE 1294303 AgR-segundo-ED, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 26/4/2021; RHC 200311 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 4/8/2021. 5. **Agravo Regimental a que nega provimento. (BRASIL. STF. HC 206876 AgR). (grifei).**

Além do julgado colacionado, pode-se citar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1344247/PR.

Nesse sentido, importante foi o posicionamento da 1ª Turma do STF, que decidiu de forma unânime no julgamento do HC nº 191464 AgR/SC, de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, uma vez que o julgado e sua fundamentação foram citados por outros Ministros para negar o provimento de diversos processos com o mesmo tema. Desse modo, importante elencar a ementa do referido julgado:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o tempus regit actum.

2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.

3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: "o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia". (BRASIL. STF. HC: 191464/SC). (grifei).

Em seu voto, o Ministro Roberto Barroso afirma que conforme o disposto no artigo 28-A, do CPP, a possibilidade de composição tem seu fim na fase anterior ao recebimento da denúncia, não somente porque o artigo faz referência ao termo investigado (e não réu), a juiz das garantias (que não atua na instrução processual), mas principalmente porque o

descumprimento do acordo ou de sua não homologação é a oferta e recebimento da denúncia (artigo 28-A, §§8º e 10º). (BRASIL, STF. HC: 191464/SC).

Ainda, conforme o Ministro, o ANPP foi instituído por norma penal híbrida, possuindo tanto norma de direito material, como de direito processual, sendo que essas leis penais estão subordinadas tanto à retroatividade penal benéfica, como ao *tempus regit actum*, desse modo, uma vez que o ANPP se esgota na fase pré-processual, o recebimento da denúncia é o marco limitador para sua celebração, sendo que a retroatividade penal benéfica incidiria para autorizar a aplicação do ANPP para os fatos ocorridos em momento anterior a Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia (BRASIL, STF. HC: 191464/SC).

O Ministro disserta que a retroatividade penal benéfica sem um limite temporal ensejaria o colapso do sistema criminal ao admitir a instauração da discussão da oferta do ANPP inclusive aos processos com sentença transitada em julgado, o que acarretaria no encaminhamento de quase todos os processos ao titular da ação penal para a avaliação do cabimento do acordo, o que seria inaceitável ao se observar a finalidade do ANPP, de impedir o início da persecução penal (BRASIL, STF. HC: 191464/SC).

Em que pese a 1ª Turma do STF ter firmado o entendimento no sentido de que a retroatividade do ANPP se aplica somente aos casos em que os fatos ocorreram em período anterior a sua vigência, e não tendo sido recebida a denúncia, a 2ª Turma possui entendimento contrário, no sentido de que o ANPP é aplicável aos processos iniciados antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado (BRASIL. STF. HC: 206.660/SC e HC 220.249/SP).

Conforme o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, o ANPP é norma processual penal mais benéfica, devendo ser aplicado o referido acordo aos processos iniciados em data anterior a vigência da Lei 13.964/2019, com a ressalva de que os processos não tenham transitado em julgado.

Diante da celeuma interpretativa dentro do STF, o Ministro Gilmar Mendes, afetou o HC 185.913/DF ao plenário do STF, para o fim de “abstrativização” do tema, sob o sistema da repercussão geral. Em sua decisão o Ministro delimitou dentre as questões a serem decididas pelo Pleno, a possibilidade de oferecimento do ANPP aos processos em curso, quando da entrada em vigência da Lei 13.964/19 e a possibilidade de sua aplicação retroativa em benefício do imputado (BRASIL, STF. HC 185.913/DF).

O Ministro Gilmar Mendes adiantou o seu voto, apresentando a seguinte tese:

É cabível o acordo de não persecução penal em casos de processos em andamento (ainda não transitados em julgado) quando da entrada em vigência da Lei 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento. Ao órgão acusatório cabe manifestar-se motivadamente sobre a viabilidade de proposta, conforme os requisitos previstos na legislação, passível de controle, nos termos do artigo 28-A, §14, do CPP (MENDES, 2022).

Apesar do avanço no entendimento que foi firmado pela 1ª Turma do STF, o Ministro estipulou como marco limitativo o trânsito em julgado. Desse modo, caso prevaleça o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, ficarão prejudicados os réus que manifestaram interesse em firmar o ANPP, mas que os processos tenham transitado em julgado (MENDES, 2022).

Nesse sentido, conforme Tiago Mendes, surgiria uma nova celeuma quanto a retroatividade do entendimento jurisprudencial, com a impetração de diversas revisões criminais e Habeas Corpus sobre o tema, "salvo se houvesse modulação dos efeitos da decisão proferida no HC 185.913/DF" (MENDES, 2022).

Apesar da 1ª Turma possuir o entendimento da aplicabilidade do ANPP somente nos casos em que não foi recebida a denúncia e a 2ª Turma da aplicabilidade somente até o trânsito em julgado, dentro da STF surge uma nova interpretação, a de que o ANPP pode ser aplicado aos processos com trânsito em julgado.

O Ministro Edson Fachin, no Ag. Reg. no HC 217.275/SP, apesar de ter ocorrido o trânsito em julgado, reconheceu a retroatividade do ANPP, concedendo a ordem de ofício a fim de oportunizar ao Ministério Público, em primeira instância, a propositura do Acordo de Não Persecução Penal, caso preenchidos os requisitos (BRASIL, STF. HC: 217.275/SP).

Conforme o Ministro, a expressão "lei penal" contida no art. 5º, inciso XL, da CF, deve ser interpretada como gênero, devendo abranger tanto leis penais como processuais penais, as quais disciplinam a pretensão punitiva do Estado ou interferem diretamente no *status libertatis* do indivíduo. Desse modo, essas normas, quando beneficiam o réu, devem retroagir, em conformidade com o texto constitucional (BRASIL, STF. HC: 217.275/SP).

O Ministro ressalta, ainda, que o ANPP, após o seu cumprimento integral extingue a punibilidade, não caracterizando como maus antecedentes ou reincidência (BRASIL, STF. HC: 217.275/SP).

Nesse sentido, o recebimento da denúncia ou a prolação da sentença não esvaziam a finalidade do ANPP, uma vez que a sua celebração evita a condenação criminal e seus

efeitos, como o cumprimento da pena, a reincidência, maus antecedentes, e sobretudo o processo em si. Esses marcos processuais não afastam a aplicação da garantia constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica (BRASIL, STF. HC: 217.275/SP).

Por fim, o Ministro Edson Fachin reconheceu que apesar de haver sentença transitada em julgado, o processo estava em curso no momento da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, portanto, reconheceu o efeito retroativo do ANPP e determinou a remessa dos autos ao Ministério Público para a propositura do ANPP, caso houvesse o preenchimento dos requisitos previstos (BRASIL, STF. HC: 217.275/SP).

Diante do decidido, o Ministério Público interpôs agravo regimental, sendo negado o provimento, por unanimidade. Participaram do julgamento os Ministros André Mendonça (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin e Nunes Marques.

Destaca-se que em consulta realizada no Sítio Eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Ministério Público ofereceu proposta de ANPP à ré, que o aceitou, tendo sido homologado pelo juízo (autos n. 0000641-89.2016.8.26.0369).

No mesmo sentido da decisão do Ministro Edson Fachin, o Ministro Nunes Marques proferiu decisão em que reconheceu a retroatividade do ANPP a processo com sentença transitada em julgado (BRASIL, STF. ARE 1.437.781/PR).

Conforme o Ministro, o ANPP é norma processual com conteúdo material, por ser instituto de direito processual penal, pois prevê a possibilidade de composição entre as partes e evita a instauração penal, e, concomitantemente, possui natureza material em razão da possibilidade da extinção da punibilidade. (BRASIL, STF. ARE 1.437.781/PR)

Desse modo, por ser norma penal de conteúdo material, deve ser aplicada a retroatividade penal benéfica, em conformidade como artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" (BRASIL, STF. ARE 1.437.781/PR).

Conforme elenca o Ministro, "essa mesma razão é revelada no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, ao dispor que "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado"" (BRASIL, STF. ARE 1.437.781/PR).

Por fim, o Ministro Nunes Marques elenca que a Lei 13.964/2019 entrou em vigência em momento em que a sentença penal não havia transitado em julgado, desse

modo, "é possível que, durante o curso da persecução penal (fases investigativa e judicial), as partes optem pela formalização do acordo previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal" (BRASIL, STF. ARE 1.437.781/PR).

Dessa forma, o Ministro reconheceu a retroatividade do ANPP e determinou a remessa dos autos ao juízo de primeira instância para encaminhamento ao Ministério Público a fim de oportunizar a propositura do ANPP, observados os requisitos previstos na legislação (BRASIL, STF. ARE 1.437.781/PR).

Verifica-se que o entendimento do STF acerca da retroatividade do ANPP não se encontra pacificado, a 1ª Turma entende que o instituto pode ser aplicado a processos anteriores à vigência da lei 13.964/2019, desde que não tenha sido recebida a denúncia. A 2ª Turma, de modo diverso entende que o ANPP pode ser aplicado, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado e, em entendimento recente, foi reconhecida a possibilidade de celebração do ANPP a processo em que houve o trânsito em julgado.

É indiscutível que enquanto a questão não for decidida de forma definitiva pelo plenário do STF, permanecerá a insegurança jurídica, persistindo violações, principalmente quanto à isonomia e à legalidade, uma vez que não há garantia de que, indivíduos em situações análogas, tenham a mesma oportunidade de oferta do ANPP (MEDEIROS, 2022).

Ainda, a superação da regra constitucional da retroatividade penal benéfica somente poderia ser admitida diante de razões fortes o suficiente (PELUSO, 2013, p. 236), contudo, não parece ser o caso, uma vez que as justificativas apresentadas pelos Ministros para negar a aplicação da retroatividade do ANPP se baseiam em não ser a intenção do legislador que o ANPP seja aplicado aos processos em curso, mas sim evitar o seu início e que a aplicação do ANPP aos processos em andamento provocaria aumento do trabalho desempenhado pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público.

Apesar dos argumentos expostos nas decisões elencadas, com base nos argumentos expostos na pesquisa, não devem prevalecer sobre o princípio da retroatividade da lei penal benéfica, principalmente porque uma vez que o ANPP não seja aplicado ao réu, este sofrerá o processo penal, com a possibilidade de lhe ser aplicada uma pena. Contudo, sendo oferecido o ANPP ao réu, e sendo cumprido, haverá a extinção da punibilidade e, como consequência, continuará sendo primário.

A justificativa de que haveria um colapso no sistema criminal ao permitir a aplicação do ANPP em qualquer fase processual está em desconformidade com o texto constitucional, pois fere os direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana, dando ênfase a questões procedimentais e burocráticas em prejuízo ao Cidadão (BETTA, 2022).

O julgamento do HC 185.913/DF, sob o regime de Repercussão Geral, continua pendente, contudo, vislumbra-se a possível pacificação do tema pelo STF, que pode ir além do proposto pelo Ministro Gilmar Mendes (retroatividade penal benéfica até o trânsito em julgado), e instituir um novo marco temporal e em conformidade com a interpretação conforme a Constituição estabelecer “a aplicação da retroatividade da lei penal benéfica aos casos anteriores à vigência da Lei 13.964/2019, mesmo havendo o recebimento da denúncia ou decisão condenatória definitiva com trânsito em julgado, com fulcro no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal c/c o artigo 2º, parágrafo único do Código Penal”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ANPP é um instituto importante para a justiça criminal brasileira, principalmente em razão do seu potencial de desafogar o sistema carcerário, assim como a celeridade na tramitação dos processos, uma vez que é uma solução alternativa efetiva para os crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, praticados sem violência ou grave ameaça às pessoas e que uma vez cumpridas as obrigações pactuadas extinguem-se a punibilidade.

Apesar disso, o ANPP não é suficiente para a solução de todos os problemas da Justiça Penal, nem é a sua pretensão, contudo, é inegável que com a redução das ações criminais e diminuição da carga de trabalho do Ministério Público e do Poder Judiciário, estes poderão se dedicar com mais tempo, recursos humanos e financeiros na solução dos crimes mais graves.

Todavia, com a aplicação do instituto surgiram divergências sobre o marco temporal limite para o seu oferecimento ao imputado, nos crimes cometidos antes da entrada em vigência da lei 13.964/2019. Desse modo, surgiram várias teses, com diferentes limitações temporais, destacando-se: i) até o recebimento da denúncia; ii) até a sentença condenatória transitada em julgado; e, iii) a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado.

No decorrer da pesquisa a partir da análise do princípio da retroatividade penal benéfica, foram apresentados posicionamentos notadamente os favoráveis à retroatividade penal benéfica mesmo após o trânsito em julgado, por ser a tese que se apresenta em maior conformidade com o texto constitucional.

Quanto a jurisprudência, diversos julgados foram analisados, sendo constatado que apesar do posicionamento da retroatividade do ANPP até o recebimento da denúncia, há decisões que reconhecem a retroatividade aos processos que transitaram em julgado.

Destacou-se, também, que o Ministro Gilmar Mendes afetou o HC 185.913/DF ao Plenário do STF, para fins de “abstrativização” do tema em estudo, conforme a sistemática da Repercussão geral, com a finalidade de resolver a celeuma, tendo como questões a serem decididas a possibilidade de oferecimento do ANPP aos processos em curso, quando da entrada em vigência da Lei 13.964/19, e a possibilidade de sua aplicação retroativa em benefício do imputado (BETTA, 2022).

O Ministro Gilmar Mendes já adiantou o seu voto tendo apresentado a seguinte tese: “*É cabível o acordo de não persecução penal em casos de processos em andamento (ainda não transitados em julgado) quando da entrada em vigência da Lei 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento*”, ainda, conforme o Ministro, cabe ao Ministério Público se manifestar apresentando razões motivadas sobre a possibilidade do ANPP, tendo como base os requisitos constantes na legislação, sendo possível o controle nos termos do artigo 28-A, § 14, do CPP (MENDES, 2022).

Portanto, apesar da tese ser um avanço em relação ao entendimento anteriormente firmado pelo STF, o Ministro firmou como marco limitativo o trânsito em julgado.

Desse modo, enquanto a questão não for resolvida de maneira definitiva pelo STF no julgamento do HC 185.913/DF, permanecerá a insegurança na prática diária de formulação e celebração do ANPP, persistindo violação da isonomia, uma vez que indivíduos que respondem processos idênticos não terão a mesma oportunidade de celebrar o acordo (MEDEIROS, 2022).

Conforme analisado, a superação da regra constitucional da retroatividade penal benéfica só poderia ser admitida se existem razões constitucionais suficientemente fortes para tanto (PELUSO, 2013, p. 236).

Contudo, esse não parece ser o caso. Analisando as justificativas apresentadas em algumas decisões do STF apresentadas no presente trabalho, percebe-se que não aparentam ter embasamento constitucional, tendo base em premissas como: i) o objetivo da lei que previu o ANPP não é o de incidir nos processos em cursos, mas evitar o seu início, ii) aplicar o ANPP para os processos em curso ou com trânsito em julgado acarretaria maior carga de trabalho ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, que teriam que reanalisar diversos processos para avaliar o cabimento do ANPP.

Essas justificativas, com base na pesquisa realizada, não parecem prevalecer a luz do princípio constitucional da retroatividade penal benéfica, principalmente, porque dependendo do entendimento adotado, o imputado sofrerá o processo penal e suas

consequências, ou poderá ter a oportunidade de celebrar o ANPP, cumpri-lo, ter extinta a punibilidade e, como consequência, continuar primário para todos os efeitos legais.

A justificativa de que permitir a retroatividade plena do ANPP causaria um colapso no sistema criminal não aparenta estar em conformidade com a Constituição, uma vez que se contrapõe a direitos e garantias fundamentais, como a retroatividade penal benéfica e tratamento igualitário, dando primazia a questões procedimentais e burocráticas em prejuízo ao cidadão (BETTA, 2022).

É grande a quantidade de processos em curso e que seriam objeto de formulação de ANPP, contudo, isso não deve ser utilizado como justificativa para o não oferecimento do acordo. De modo contrário, o oferecimento do ANPP trará maior economicidade e eficiência, uma vez que evita a continuidade de processos em curso, possíveis recursos e execuções. Portanto, é ilegítimo negar a aplicação de um direito expresso na Constituição Federal, sem justificativa de ordem também constitucional (BETTA, 2022).

Ressalta-se, ainda, que não seriam todos os casos em que caberia a discussão acerca da retroatividade do ANPP, mas somente aqueles em que foi negado sob a justificativa da retroatividade. Portanto, nos casos em que o Ministério Público negou a aplicação do ANPP por não vislumbrar ser suficiente para reprovação e prevenção do crime, ou por outra justificativa legal, não seria cabível a reanálise.

Outrossim, mesmo que se o reconhecimento da retroatividade plena do ANPP tenha por consequência um colapso do sistema criminal, isso não deve ser utilizado como justificativa para o cerceamento de um direito constitucional. Caberia ao Poder Público promover meios para a sua concretização, uma vez que não seria uma justificativa constitucional para a não aplicação, mas meramente uma questão burocrática.

Por fim, têm-se que no julgamento do HC 185.913/DF, sob o regime de Repercussão Geral, o STF pode pacificar a questão e colocar um fim a celeuma que surgiu com a aplicação da Lei 13.964/2019, podendo ir além do proposto pelo Ministro Gilmar Mendes (retroatividade penal benéfica até o trânsito em julgado) e seguindo o entendimento apresentado em julgados pelos Ministros Edson Fachin e Nunes Marques, firmados na interpretação Conforme a Constituição, determinar a “Aplicação da retroatividade da lei penal benéfica aos casos anteriores à vigência da Lei 13.964/2019, mesmo havendo o recebimento da denúncia ou decisão condenatória definitiva com trânsito em julgado, com fulcro no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal c/c o artigo 2º, parágrafo único do Código Penal”.

REFERÊNCIAS FINAIS

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

BETTA, Emerson de Paula. A retroatividade do ANPP: impossibilidade de limitação temporal. **Revista Consultor Jurídico**, 26/01/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-26/tribuna-defensoria-retroatividade-anpp-impossibilidade-limitacao-temporal>. Acesso em: 28 ago. de 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, Brasília. Acesso em: 11 ago. de 2023.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, Brasília. Acesso em: 11 ago. de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Brasília. Acesso em: 11 agos. de 2023.

BRASIL. Lei 13.964, 24 de dezembro de 2019. **Altera a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 11 ago. de 2023.

BRASIL. STF. **ARE 1344247**, Relator: Ministro Dias Toffoli, Data de Julgamento: 11/10/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 14/10/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348240269&ext=.pdf>. Acesso em: 25 ago. de 2023.

BRASIL. STF. **ARE 1437781**, Relator: Ministro Nunes Marques, Data de Julgamento: 30/05/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358560052&ext=.pdf>. Acesso em: 25 ago. de 2023.

BRASIL. STF. **HC 185913**, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 22/09/2020, Data de Publicação: DJe 24/09/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344488197&ext=.pdf>. Acesso em: 25 ago. de 2023.

BRASIL. STF. **HC 191464 AgR**, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 11/11/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 26/11/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>. Acesso em: 25 ago. de 2023.

BRASIL. STF. **HC 206660 AgR-segundo**, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 06/03/2023, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 31/03/2023.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766650465>.

Acesso em: 25 ago. de 2023.

BRASIL. STF. **HC 206876 AgR**, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 11/11/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 18/11/2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758231160>.

Acesso em: 25 ago. de 2023.

BRASIL. STF. **HC 217275 AgR-segundo**, Relator: Ministro Edson Fachin, Data de Julgamento: 27/03/2023, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 10/04/2023.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766775443>.

Acesso em: 25 ago. de 2023.

BRASIL. STF. **Súmula nº 696**. Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal. Diário da Justiça, Brasília, DF, p. 5, 09 out. 2003.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2023 / Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em 18 set. de 2023.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. E-book.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene. **Mecanismo de Justiça Consensual e o ANPP**. BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. Acordo de não persecução penal. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

MEDEIROS, Caroline França. **ANPP e Retroatividade: aguardam-se respostas após 2 anos de insegurança jurídica**. Disponível em: <https://achuttieosorio.com.br/blog/anpp->

e-retroatividade-aguardam-se-respostas-apos-2-anos-de-inseguranca-juridica-QSV0562/. Acesso em: 25 ago. de 2023.

MENDES, Bunning Tiago. A retroatividade do acordo de não persecução penal: uma luz no fim do túnel. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-04/bunning-retroatividade-acordo-nao-persecucao-penal#:~:text=O%20julgamento%20teve%20in%C3%ADcio%20no,13.964%2F2019%2C%20mesmo%20se%20ausente>. Acesso em: 24 ago. de 2023.

NETO, Pedro; LOPES, Vinicius. Acordo de não persecução penal – a retroatividade da lei penal mista e a possibilidade dos acordos após a instrução processual. **Boletim especial: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, [s. /], 14 maio 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/51/boletim-331-especial-lei-anticrime>. Acesso em: 27 jul. de 2023.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A conjugação de leis penais sob a ótica constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 88, p. 143-162, 2011.

PELUSO, Vinicius de Toledo P. **Retroatividade penal benéfica: uma visão constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. E-book.

PELUSO, Vinicius de Toledo Pizza, **Retroatividade Penal Benéfica**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e justiça criminal negocial**. 2ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

WORLD JUSTICE PROJECT. **Criminal Justice for Brazil, 2022**. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Brazil/Criminal%20Justice>. Acesso em: 24 de jul. de 2023.

CONTRATAÇÕES E LICITAÇÕES PÚBLICAS: SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS SOB O PRISMA DE UMA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

MATHEUS HENRIQUE PLEUTIM DE MIRANDA:

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, no ano de 2014. Pós-graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Unigran Capital, em 2019. Auditor do Estado da Controladoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. Advogado, inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Mato Grosso do Sul⁴.

RESUMO: o desempenho das funções da administração pública de modo célere e eficiente constitui mandamento nuclear do interesse público. A ideia que norteia essa nova concepção de administração pública relaciona-se com os conceitos de eficiência, flexibilização, controle finalístico, contrato de gestão, qualidade e cidadão-cliente. O planejamento adequado de gastos insere-se no conjunto de propostas e medidas elaboradas no sentido de alcançar a modernização e a adaptação do estado brasileiro às novas demandas do mercado. O sistema de registro de preços constitui-se em importante ferramenta de gestão em busca da almejada eficiência, pois proporciona racionalização às compras públicas. Além de apresentar os conceitos e os aspectos relevantes que compreendem a sua sistemática, analisar-se-á o instituto denominado carona, que possibilita a adesão à ata de registro de preços por órgãos e entidades da administração pública não participantes do certame.

Palavras-chave: Administração Gerencial. Contratação Pública. Licitação. Sistema de Registro de Preços.

ABSTRACT: Performing The Functions Of Public Administration In A Quick And Efficient Manner Constitutes The Nuclear Commandment Of The Public Interest. The Idea That Guides This New Conception Of Public Administration Relates To The Concepts Of Efficiency, Flexibilization, Finalistic Control, Management Contract, Quality And Citizen-Client. Adequate Expenditure Planning Is Part Of The Set Of Proposals And Measures Prepared To Achieve Modernization And Adaptation Of The Brazilian State To New Market Demands. The Price Registration System Constitutes An Important Management Tool In The Search Of Desired Efficiency, As It Provides Rationalization To Public Purchases. In Addition To Presenting The Concepts And Relevant Aspects That Comprise Its Systematics, The Institute Called Carona Will Be Analyzed, Which Enables Adherence To The Price

⁴ E-mail: matheusmiranda_17@hotmail.com

Registration Minutes By Public Administration Bodies And Entities Not Participating In The Certificate.

Keywords: Management Administration. Public Procurement. Bidding. Price Registration System.

SUMÁRIO: introdução. 1. Da licitação pública – evolução do instituto. 2. O sistema de registro de preços como resposta à exigência de uma Administração Gerencial. 3. Ata de registro de preços. 4. A adesão à ata de registro de preços. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 estabelece que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, inciso XXI).

Para além disso, o desempenho das funções da Administração Pública de modo célere e eficiente constitui mandamento nuclear do interesse público.

A ideia que norteia essa nova concepção de administração pública relaciona-se com os conceitos de eficiência, flexibilização, controle finalístico, contrato de gestão, qualidade e cidadão-cliente.

O planejamento adequado de gastos insere-se no conjunto de propostas e medidas elaboradas no sentido de alcançar a modernização e a adaptação do Estado brasileiro às novas demandas do mercado.

O sistema de registro de preços constitui-se como um importante instrumento para a obtenção da proposta mais vantajosa. Nele, a Administração promove o procedimento licitatório, na modalidade de concorrência ou pregão, propondo-se a selecionar produtos e serviços e os respectivos fornecedores. Os interessados formulam suas propostas e, selecionados os vencedores, é firmado instrumento de cunho normativo, denominado ata de registro de preços.

Na ata de registro de preços, deverão constar o objeto licitado com suas especificações, as condições para sua execução, o preço por unidade ofertado, a qualificação de quem assume a obrigação perante a Administração, o prazo de vigência e o procedimento para a formalização de futuros contratos.

Discute-se a legalidade da adesão à ata de registro de preços, figura vulgarmente conhecida como carona, em que uma entidade estatal que não tenha participado da licitação que deu origem à ata de registro de preços possa a ela aderir como se sua fosse.

1. DA LICITAÇÃO PÚBLICA – EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

A Constituição da República de 1988 estabelece ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, inciso XXI).

Nada obstante a previsão estabelecida pelo Constituinte Originário, a matéria passou uma importante evolução ao longo dos tempos, até que finalmente restasse expressa na Carta Maior de 1988, senão vejamos:

Licitação é um procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.

Consoante ensina a brilhante Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 370), licitação é:

O procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Desenvolve-se por meio de sucessão ordenada de atos vinculados para a Administração e os licitantes, no intuito de proporcionar igualdade aos interessados e fornecer eficiência e moralidade à atividade administrativa.

A contratação de um particular pela Administração Pública, intitulada contrato administrativo, justifica-se, para Justen Filho (2012, p. 11-2), nos seguintes aspectos:

Relevância política: em um Estado Democrático, os bens ou serviços dos particulares somente poderão ser obtidos mediante a

observância de certos procedimentos e dentro de limites específicos. O Estado e o particular celebram o acordo mediante consenso de ambas as partes.

Relevância econômica: o contrato com o particular representa a satisfação das necessidades do Estado – revela-se como economicamente mais vantajoso que o Estado promova a contratação de particulares para o desempenho de atividades necessárias à satisfação das necessidades coletivas. Ao invés de adquirir a propriedade de bens e instrumentos necessários à execução de serviços e à satisfação de necessidades coletivas, o Estado recorre à iniciativa privada.

Relevância político-econômica: os gastos públicos são um fator essencial para a promoção do desenvolvimento econômico e social, na consecução das políticas públicas.

Até 1967, as compras públicas estavam regidas pelo Decreto n. 4.536/1922, conhecido como Código da Contabilidade Pública da União. Não existia, ainda, o instituto da licitação propriamente dito. Havia apenas a previsão de que *“ao empenho da despesa deverá preceder contracto, mediante concorrência pública”*.⁵

Por meio da Lei n. 4.401/1964, o termo licitação foi introduzido, pela primeira vez, em seu sentido de gênero abrangente de variadas espécies ou modalidades (DAYRELL, 1973, p. 15).

Somente com o advento da Reforma da Administração Federal de 1967 é que se iniciou a sistematização das licitações, ao estabelecer normas gerais para seu procedimento e preceitos particulares para suas modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, nos termos dos arts. 125-144 do Decreto-lei 200/1967.

Sob as mesmas diretrizes, as compras públicas passaram a ser regidas pelo Decreto-lei 2.300/1986, com alterações proporcionadas pelos Decretos-lei 2.348/1987 e 2.360/1987.

Atualmente, estão em vigor dois diplomas que tratam do estatuto jurídico das licitações e dos contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações

⁵Decreto n. 4.536/1922, art. 49.

e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Após recente alteração legislativa a Lei n. 8.666/1993 terá vigor até o dia 30 de dezembro de 2023, ocasião em as licitações e contratos administrativos serão exclusivamente regidas pela lei n. 14.133/2021, conforme previsão nesta última:

Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

~~II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.~~

~~II - em 30 de dezembro de 2023: (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023) — Vigência encerrada~~

~~a) a Lei nº 8.666, de 1993; (Incluído pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023) — Vigência encerrada~~

~~b) a Lei nº 10.520, de 2002; e (Incluído pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023) — Vigência encerrada~~

~~c) os art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 2011. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023) — Vigência encerrada~~

II - em 30 de dezembro de 2023: (Redação dada pela Lei Complementar nº 198, de 2023)

a) a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; (Redação dada pela Lei Complementar nº 198, de 2023)

b) a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002; e (Redação dada pela Lei Complementar nº 198, de 2023)

c) os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. (Redação dada pela Lei Complementar nº 198, de 2023)

Com a integral revogação da Lei n. 8.666/93, a matéria passará a ser regida pela Lei n. 14.133/21, com algumas ressalvas:

Art. 2º Esta Lei aplica-se a:

I - alienação e concessão de direito real de uso de bens;

II - compra, inclusive por encomenda;

III - locação;

IV - concessão e permissão de uso de bens públicos;

V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados;

VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia;

VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

Art. 3º Não se subordinam ao regime desta Lei:

I - contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos;

II - contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.

Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas:

I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;

II - no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima

admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.

Verifica-se, portanto, o arranjo evolutivo da legislação regente, resultando, atualmente, na obrigatoriedade constitucional de licitar.

A licitação não consiste em faculdade da Administração Pública, mas sim em verdadeira obrigação, cujo escopo é garantir isonomia, vantajosidade nos contratos, transparência e moralidade, consoante estampado no art. 37, XXI, da CF/88.

2. O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS COMO RESPOSTA À EXIGÊNCIA DE UMA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

Conforme é amplamente divulgado, todo o regramento acerca das contratações e licitações públicas passou, e continuamente passará, por uma grandiosa transformação: o fenômeno da Administração Gerencial.

Rafael Carvalho Rezende define (OLIVEIRA, 2021):

O aparelho estatal foi reduzido e a "Administração Pública burocrática" foi substituída pela "Administração Pública gerencial" a partir da Reforma Administrativa instituída pela Emenda Constitucional 19/1998. Enquanto a Administração Pública burocrática se preocupa com os processos, a Administração Pública gerencial é orientada para a obtenção de resultados (eficiência), sendo marcada pela descentralização de atividades e pela avaliação

de desempenho a partir de indicadores definidos em contratos (ex.: contrato de gestão ou de desempenho).

A ideia que norteia essa nova concepção de administração pública relaciona-se com os conceitos de eficiência, flexibilização, controle finalístico, contrato de gestão, qualidade e cidadão-cliente.

O planejamento adequado de gastos insere-se no conjunto de propostas e medidas elaboradas no sentido de alcançar a modernização e a adaptação do Estado brasileiro às novas demandas do mercado.

Fixada tal premissa, passa-se à análise procedimental do sistema de registro de preços.

Em processo de contratação comum, a Administração decide o que e em que quantidade pretende contratar e os interessados no certame oferecem propostas, cujo detentor da mais vantajosa será, depois de concluído o procedimento, convocado para firmar contrato.

Com o contrato, o licitante obriga-se a prestar o ofertado na licitação e a Administração Pública, por seu turno, obriga-se a recebê-lo e por ele pagar.

O sistema de registro de preços foge dessa sistemática ao introduzir mecanismos específicos que visam a facilitar o gerenciamento de contratos, mormente nos casos em que a necessidade da Administração em relação a determinados bens é contínua, dispensando a realização de onerosos procedimentos licitatórios.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2011, p. 357), sistema de registro de preços:

É o conjunto de procedimentos para registro e assinatura em Ata de Registro de Preços que os interessados se comprometem a manter por um determinado período de tempo, para contratações futuras de compras ou de serviços frequentes, a serem realizadas nas quantias solicitadas pela Administração e de conformidade com o instrumento convocatório da licitação.

A definição legal não destoa da doutrina. A Lei n. 14.133/2021, em seu art. 6º, inciso XLV, define sistema de registro de preços como o “conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras.”.

O registro de preços abrange três etapas: licitação, ata de registro de preços e contrato.

Inicialmente, lança-se a licitação, nas modalidades concorrência ou pregão, que se constitui no processo de seleção do futuro fornecedor, assegurando a todos o direito de disputarem em igualdade de condições as futuras contratações.

Devidamente homologada, o vencedor da licitação é convocado para assinar a ata de registro de preços, documento em que assume perante a Administração a obrigação de prestar o objeto licitado de acordo com a necessidade dela e dentro do prazo de validade da ata e dentro do quantitativo definido do edital.

Depois de assinada a ata de registro de preços, a Administração poderá convocar o fornecedor para firmar contrato, quantos necessários forem, de acordo com suas demandas e necessidades.

O sistema de registro de preços não é modalidade de licitação, pois a sua promoção engloba o emprego das modalidades concorrência ou pregão. Trata-se de instrumento disponibilizado para que a Administração gerencie suas demandas, na medida em que a contratação acontece de acordo com elas.

Para Niebuhr (GUIMARÃES, NIEBUHR, 2013, p. 28):

A principal vantagem do registro de preços ocorre em relação aos objetos cujos quantitativos sejam de difícil previsibilidade, como ocorre com pneus, peças, combustível, material de expediente, medicamentos, insumos de informática, etc.

No processo de contratação ordinária, a Administração inicia o procedimento licitatório para aquisição de tais objetos e, com o vencedor do certame, firmará contrato, em que ambos assumirão obrigações recíprocas: o fornecedor, entregar o objeto; a Administração, pagar por ele.

Contudo, devido à imprevisibilidade, o quantitativo adquirido para o ano fiscal poderá ser insuficiente, sendo necessária a realização de novo certame, com todas as formalidades e burocracia, prejudicando a continuidade do serviço público.

Com o sistema de registro de preços, a Administração Pública realiza a licitação com quantitativo superior a sua real estimativa, porquanto o vencedor da licitação não assinará de imediato contrato.

Além disso, permite um controle eficaz da qualidade dos produtos e serviços licitados, bem como dos estoques da Administração Pública.

A título de ilustração, Niebuhr expõe o caso dos medicamentos, que ao serem licitados de maneira ordinária, devem ser guardados em lugar apropriado, devidamente refrigerado e sem umidade.

Hipoteticamente, no ápice do verão, o sistema de refrigeração é danificado e, em decorrência disso, os medicamentos perecem. Ou, ainda, a quantidade contratada fora superior a demanda e o restante ultrapassa o prazo de validade, obrigando a Administração a inutilizá-los (GUIMARÃES, NIEBUHR, 2013, p. 30).

Não resta dúvida, portanto, de que a sistemática do registro de preços se alinha e é consentânea à vertente moderna de uma administração com viés gerencial, notadamente caracterizada por uma gestão planejada e eficiente.

3. ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

No procedimento comum, que não envolva o registro de preços, a contratação ocorre em duas grandes etapas: a licitação e o contrato, que é decorrência imediata daquela.

O Sistema de Registro de Preços, contudo, modificou essa sistemática na medida em que o vencedor da licitação não assina imediatamente contrato com a Administração.

Antes do contrato, há a pactuação da ata de registro de preços, em que o vencedor do certame registra o seu preço, obrigando-se a oferecer à Administração, de acordo com a demanda dela, o objeto licitado.

O prazo de vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.

A ata de registro de preços não é contrato, mas sim instrumento obrigacional unilateral sem a necessária contraprestação por parte do ente público, própria dos contratos resultantes das licitações comuns (LEÃO, 2001, p. 112).

Nesse sentido, define a própria legislação regente:

Art. 6º, inciso XLVI - ata de registro de preços: documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os

fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas;

Art. 83. A existência de preços registrados implicará compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, mas não obrigará a Administração a contratar, facultada a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, desde que devidamente motivada.

Art. 84. O prazo de vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.

Veja, portanto, que se trata de instrumento de cunho unilateral porque, frise-se, a Administração não está obrigada a firmar o contrato, e apenas o fará de acordo com a sua demanda.

4. A ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

O Decreto Federal n. 7.892/2013, que regulamentou o registro de preços no âmbito da Administração Pública federal, introduziu a possibilidade da ata de registro de preços ser aproveitada por outros órgãos ou entidades da Administração Pública que não participaram do certame.⁶

Nas palavras de Fernandes, “[...] esse procedimento vulgarizou-se sob a denominação de carona que traduz em linguagem coloquial a ideia de aproveitar o percurso que alguém está desenvolvendo para concluir o próprio trajeto, sem custos” (FERNANDES, 2007).

O tema foi regulamentado pela Lei n. 14.133/2021, em seu art. 86, que possibilita que os órgãos e entidades poderão aderir à ata de registro de preços na condição de não participantes, desde que apresentem justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público, demonstrem que os valores registrados estão compatíveis com os valores praticados pelo

⁶ Decreto Federal n. 7.892/2013, art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

mercado e que haja prévias consulta e aceitação do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor.

A adesão estará limitada a órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal que, na condição de não participantes, desejarem aderir à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora federal, estadual ou distrital.

Além disso, a adesão não poderá exceder, por órgão ou entidade, a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório registrados na ata de registro de preços.

Para os agentes administrativos, a adesão à ata de registro de preços é prática extremamente cômoda, porquanto oferece oportunidade de contratação sem promover a licitação.

Do ponto de vista do órgão aderente, "pegar carona" é algo muito prático. Além de acelerar o processo de contratação, ele fica desobrigado da tarefa de planejar e enfrentar um processo licitatório, com todos os custos, retardos e desgastes que lhe são inerentes.

Sua utilização é justificada na economia que pode proporcionar ao erário, pois ao estender a melhor proposta obtida por um ente da Administração aos outros, estes poderão dirigir seus esforços na consecução de suas atividades-fim, no escopo de satisfazer o interesse público.

CONCLUSÃO

O desempenho das funções da Administração Pública de modo célere e eficiente constitui mandamento nuclear do interesse público.

A ideia que norteia essa nova concepção de administração pública relaciona-se com os conceitos de eficiência, flexibilização, controle finalístico, contrato de gestão, qualidade e cidadão-cliente.

O planejamento adequado de gastos insere-se no conjunto de propostas e medidas elaboradas no sentido de alcançar a modernização e a adaptação do Estado brasileiro às novas demandas do mercado.

Por sua vez, o Sistema de Registro de Preços é uma ferramenta que possibilita o gerenciamento de estoques, o controle de qualidade, a não necessidade de reserva orçamentária e a não realização de licitações para a aquisição do mesmo objeto no decorrer do exercício financeiro.

Por meio dele, é realizado um conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens para contratações futuras. Em seguida, é assinado um documento, denominado ata de registro de preços, que estabelece a possibilidade de contratação futura, em que se registram os preços, fornecedores e condições a serem praticadas.

Essa possibilidade é justificada na medida em que se evita a repetição de licitações e, conseqüentemente, há diminuição de custos e tempo para que a Administração Pública possa focar os seus esforços na consecução de suas atividades fim.

O procedimento de adesão à ata de registro de preços é, à vista de todo o exposto, compatível com o ordenamento jurídico pátrio pois, enquanto instrumento da Administração Pública gerencial, permite que seja realizado o controle da quantidade e da qualidade das contratações realizadas pelo Estado.

Para além disso, concluiu-se que a sistemática do registro de preços se alinha e é consentânea à vertente moderna de uma administração com viés gerencial, notadamente caracterizada por uma gestão planejada e eficiente.

REFERÊNCIAS

DAYRELL, Carlos Leopoldo. **Das Licitações na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle**. O Pregoeiro, v. 3, out. 2007. Disponível em: <<http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>>. Acesso em 10 set. de 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed., - Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

GUIMARÃES, Edgar Guimarães. NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços. Aspectos práticos e jurídicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LEÃO, Eliana Goulart. **O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

O DIREITO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

MARCELLO MAGNANI MOREIRA:

graduando em Direito pelo Centro
Universitário de Jales - UNIJALES⁷

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA

(orientador)

RESUMO: A liberdade de expressão é um dos pilares fundamentais de uma sociedade democrática, permitindo que indivíduos expressem suas opiniões, ideias e visões sem medo de censura ou repressão. No entanto, essa liberdade frequentemente coloca os Estados em uma posição delicada, onde devem equilibrar o direito à livre expressão com outros valores e interesses, como a segurança pública e a proteção contra discurso de ódio. A presente pesquisa explora a complexa relação entre o Estado e o direito de liberdade de expressão, analisando as várias posturas adotadas e as consequências resultantes. Ademais, também serão abordados no presente artigo, o conceito de liberdade de expressão, como ela é utilizada como direito fundamental e os limites de sua aplicação.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Sociedade Democrática. Segurança Pública.

ABSTRACT: *Freedom of expression is one of the fundamental pillars of a democratic society, allowing individuals to express their opinions, ideas and views without fear of censorship or repression. However, this freedom often places States in a delicate position, where they must balance the right to free expression with other values and interests, such as public safety and protection from hate speech. This research explores the complex relationship between the State and the right to freedom of expression, analyzing the various positions adopted and the resulting consequences. In addition, this article will also address the concept of freedom of expression, how it is used as a fundamental right and the limits of its application.*

Keywords: *Freedom of expression. Democratic Society. Public security.*

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão, como um pilar fundamental da democracia moderna, desempenha um papel relevante na garantia dos direitos individuais e na promoção do

⁷ E-mail: mmagnanimoreira@gmail.com

debate público.

No entanto, essa liberdade não é absoluta e encontra limites em situações que podem ameaçar a segurança, a integridade e os direitos de terceiros. O desafio está em tentar encontrar um equilíbrio entre a proteção da liberdade de expressão e a provenção dos discursos prejudiciais e negativos.

A definição dos limites da liberdade de expressão, como será tratado no artigo, muitas vezes se dá através da avaliação de contextos específicos. A incitação à violência, a disseminação dos discursos de ódio e a calúnia são exemplos de situações em que a liberdade de expressão encontra seus limites legais e éticos. Afinal, a sociedade reconhece que as palavras ditas podem trazer consequências reais e graves, influenciando atitudes e comportamentos.

No contexto político, a interseção entre a liberdade de expressão e o abuso de poder durante a eleição apresenta desafios únicos. A disseminação de informações falsas, a manipulação de discursos e a interferência externa podem distorcer a vontade popular e comprometer a integridade do processo democrático. Neste cenário, a liberdade de expressão deve ser examinada à luz do seu potencial para minar a capacidade dos cidadãos de tomar decisões controladas e livres.

O uso indevido da liberdade de expressão com fins eleitorais levanta questões importantes sobre a responsabilidade dos agentes públicos e provados. As redes sociais, por exemplo, se tornaram plataformas poderosas para a divulgação de informações, mas também podem ser exploradas para a influência de informação em larga escala. Regular ou não, a disseminação de informações enganosas pode prejudicar o processo democrático e o procedimento das eleições.

A promoção de uma esfera pública e saudável e bem controlada exige um esforço conjunto da sociedade. Mecanismos de verificação de fatos, educação midiática e transparência na divulgação de informações são ferramentas essenciais para combater o abuso da liberdade de expressão em períodos eleitorais. Além disso, a conscientização sobre a responsabilidade individual ao se comunicar de forma online, é fundamental para evitar a manifestação irresponsável de informações duvidosas.

Em última análise, a presente pesquisa mostra que a liberdade de expressão é um direito fundamental que deve ser protegido e preservado. No entanto, é reconhecer que essa liberdade não é só um passe livre para modificar, difamar ou manipular. Encontrar o equilíbrio entre a proteção da liberdade de expressão e a prevenção do abuso de poder é uma tarefa complexa e contínua, que exige um compromisso constante com os valores democráticos e a responsabilidade individual e coletiva.

2 DEFINIÇÃO DE ESTADO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Definição de Estado

..Estado origina-se do latim *status*, que significa “estar firme”. De acordo com o entendimento de Fernando de Azevedo, a palavra também pode ser definida como “imóvel, regular, constante”, que pode ser utilizada para caracterizar uma condição generalizada de estado, de ser, como por exemplo o termo *status libertatis*, que tem como significado a liberdade de um indivíduo em face do Estado (em sentido estrito), bem como os seus direitos de defesa (em sentido amplo). (Azevedo, 1953).

Ademais, Alexandre Groppali (1962, p. 264-265), conceitua Estado da seguinte forma:

O Estado, inegavelmente, significa o domínio dos mais fortes e organiza os serviços públicos, mas seria revelar um conceito unilateral da realidade, o de não se admitir que é no interesse da coletividade também que esse domínio é exercido e que o Estado, além dos serviços públicos, deve visar outros fins mais altos, de natureza ética e social, que perduram no tempo, se não quer transformar-se, degradando-se, em um mero órgão técnico de administração.

A definição de Estado está relacionada com a organização político-administrativa de um território. É o conjunto de ordenamentos jurídicos que gerencia a população e sua principal função é administrar um território através de ações governamentais.

Os pilares que sustentam as origens do Estado, na prática, sempre lhe conferiram um caráter conservador, contratual, sinônimo de submissão e obediência. Alguns pensadores, definiram o que o Estado é simplesmente a vontade da sociedade, não a mera vontade individual, mas uma vontade racional, indefectível, completa, acabada e perfeita. É preciso dizer que desde as primeiras questões racionais sobre o Estado Liberal, este sempre desempenhou um papel conservador.

Mostesquieu estabeleceu, como condição para o estado de direito, a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário. A ideia de equivalência é que essas três funções devem ser dotadas de igual poder. Trata-se, nessa ordem, de assegurar a existência de um poder capaz de se opor a outro poder.

A efetividade da Revolução Francesa não representou necessariamente a redução das crises sociais, assim como a Revolução Industrial associada à organização política e econômica liberal. A omissão do Estado liberal direcionou as reivindicações de uma nova forma de organização política, o Estado Social. Surgiu a instalação de um Estado fatalmente intervencionista, produzindo igualdade real.

Como colônia portuguesa, a legislação vigente no Brasil era a de Portugal. Após a Independência do Brasil, foi necessário criar um poder judiciário próprio, além de promulgar a Constituição que regeria o país. No total foram sete Constituições, sendo a de 1988 a que ainda se encontra em vigor. Em 1827, foram fundadas as primeiras escolas de direito do Brasil: as Academias de Direito e de Ciências Sociais de São Paulo e Olinda.

Existem alguns elementos indispensáveis para a formação de um Estado, são eles: território, governo, população e soberania. Não existe um Estado sem um território, sem um espaço para que ele seja efetivamente formado, para que assim possa estabelecer suas relações de poder governamental de forma central. Em seguida, é necessário um governo, que administra o Estado. A população, sendo outro elemento importante, é o conjunto de pessoas que se vinculam ao poder do Estado e seguem a sua administração. E por fim, a soberania, que é primordial para que o governo estatal se torne independente, e tenha o controle do território de forma unificada e pacífica.

O Estado, como é visto nos dias atuais, é uma formação política recente e que ainda passa por constantes mudanças. Pinto Ferreira sumariza cinco fases de mudanças socioculturais sofridas pelo Estado: o Estado latente, com foco na organização tribal; o Estado primitivo de conquistadores; o Estado feudal; o Estado absoluto e o Estado democrático e constitucional. (Ferreira, 1975, p. 174).

2.2 Características dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são aplicados a todos os seres humanos, e reconhecidos pelo Estado, ou seja, são positivados no ordenamento jurídico brasileiro e protegidos pela Constituição da República Federativa de 1988.

Destarte, os Direitos Fundamentais, tem como objetivo proteger a dignidade da pessoa humana, fazendo com que os direitos básicos de toda pessoa sejam resguardados e respeitados.

Os direitos e garantias fundamentais encontram-se fundamentados nos artigos 5º a 17 da CRFB/88 e, podem ser divididas em direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta geração. Em se tratando de direitos de primeira geração, temos: direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à participação política e religiosa, à

inviolabilidade de domicílio, entre outros. Quanto aos direitos de segunda geração, tratam-se dos direitos sociais, econômicos e culturais, e precisam da intervenção do Estado para que sejam garantidos de forma efetiva. Os direitos de terceira geração, estão relacionados a fraternidade ou solidariedade, vinculados ao desenvolvimento, ao meio ambiente, entre outros. Os direitos de quarta geração são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, relacionando-se ao futuro dos cidadãos e a proteção à vida. E por fim, os direitos de quinta geração, que consistem no direito à paz.

As características dos direitos fundamentais podem ser vistas como princípios norteadores, pois precedem qualquer ordenamento jurídico. Desse modo têm-se as seguintes características: universalidade, imprescritibilidade, historicidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, inexauribilidade, concorrência, aplicabilidade, constitucionalização, vedação ao retrocesso e relatividade (Equipe LFG, online, 2022):

- a) **Universalidade:** os direitos e garantias fundamentais são direcionados a todos os seres humanos, sem diferenciar entre cor, raça, crença, nacionalidade, sem quaisquer restrições.
- b) **Imprescritibilidade:** não estão submetidos à prescrição, sendo assim, não se perdem com o passar do tempo. No entanto, não cabe a todo direito, como por exemplo, o direito a propriedade, que pode ser atingido através da usucapião, quando não é exercido.
- c) **Historicidade:** os direitos fundamentais fazem parte de uma ordem histórica, ou seja, foram criados devido a várias revoluções.
- d) **Irrenunciabilidade:** são irrenunciáveis pelo seu titular.
- e) **Inalienabilidade:** são intransferíveis, indisponíveis.
- f) **Inexauribilidade:** os direitos fundamentais não excluem outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, ou por Tratados Internacionais.
- g) **Concorrência:** os direitos fundamentais são de mútua dependência, uma vez que se vinculam uns aos outros, ou precisam ser complementados por outros direitos.
- h) **Aplicabilidade:** têm aplicabilidade de forma imediata, sendo vedada em qualquer hipótese a postergação.
- i) **Constitucionalização:** são positivados pela Constituição Federal.

j) Vedação ao retrocesso: não podem ser tomados de volta.

k) Relatividade: os direitos fundamentais são absolutos, ou seja, tem natureza relativa e limitada.

3. DOCTRINA DOS LIMITES

O ordenamento jurídico germânico criou a doutrina dos limites da prescrição sob o nome de *Schranken-Schranmken*, a qual estabeleceu que é vedado proibir o exercício dos direitos fundamentais além do necessário. Consequentemente, a limitação dos direitos fundamentais é limitada.

Canotillo salienta que a avaliação da amplitude das restrições representa um terceiro paradigma de procedimento restritivo. (Canotillo, 2002). Corroborando essa alegação ao categorizar a determinação da extensão da salvaguarda e a busca pela existência de uma restrição efetiva por meio de legislação como a primeira fase, e, como a segunda fase, a verificação de que a legislação restritiva está em conformidade com os requisitos constitucionais.

Inicialmente, é pertinente ressaltar que a aplicabilidade da doutrina dos limites só se manifesta a partir da conjectura externa das limitações sobre os direitos fundamentais, uma vez que a conjectura interna sustenta que os limites são “inerentes ao processo de fundamentalização” dos respectivos conteúdos, sendo, portanto, particulares. Isso implica que não há limitações suscetíveis de serem restringidas, visto que o escopo de salvaguarda está protegido. Ademais, destaca-se que a restrição dos direitos fundamentais deve ser compatível, tanto formal quando materialmente, com a Constituição.

Em termos de compatibilidade formal, faz referência ao fato de que as disposições da lei fundamental encapsulam os atos de autoconstituição democrático-fundamental devido à prevalência e precedência da constituição no sistema jurídico.

Relativamente à congruência material, implica que embora a constituição não estabeleça restrições explícitas a uma ampla gama de prerrogativas, ela estabelece um conjunto de princípios substanciais, constituídos pelos valores inerentes à dignidade humana e a proteção dos direitos fundamentais, que demandam a busca de um equilíbrio entre as delimitações. Além disso, existe uma supervisão formal e substantiva da constitucionalidade. A análise formal procura investigar a competência, o procedimento e a configuração do processo.

Em contrapartida, tais conteúdos têm como objetivo resguardar o cerne dos direitos, de acordo com os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem como a proibição

de apelo àquilo que a doutrina da limitação define como: várias são as razões que conferem à educação o status de direito fundamental.

O exercício dos direitos fundamentais pode trazer alguns embates entre os direitos constitucionais, fazendo com que seja preciso definir um âmbito de proteção desses direitos. Ato contínuo, a determinação desse âmbito indaga a identificação de dos bens jurídicos que são abrangidos dentro dessa proteção.

Ademais, conforme entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, ainda é possível a intervenção legislativa nos direitos fundamentais quanto aos direitos que não possuem um limite pré-estabelecido em seu âmbito de proteção. Conforme a doutrina do direito comparado, nem tudo que está no âmbito de proteção possui de fato a proteção dos direitos fundamentais. (Mendes, 2002, p. 240).

No entanto, em relação à teoria dos limites, existem algumas dificuldades de estabelecer a existência de um mínimo essencial, ou seja, o que será definido em cada caso concreto, através da proporcionalidade. A respeito disso, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink entendem:

[...] o conteúdo essencial tem de ser determinado em separado não só em relação a cada direito fundamental em concreto, mas até mesmo a cada caso per se. Apenas o pesar e o ponderar os bens e interesses públicos e provados envolvidos no caso concreto permitem verificar se o conteúdo essencial foi afetado ou não. (Pieroth; Schlink, 2012, p. 90).

Neste sentido, os direitos fundamentais, embora tendo todas as suas características já mencionadas, podem ser limitados através de disposição constitucional ou por lei ordinária com fundamento na CRFB/88. Existem duas formas de restrição: a reserva legal simples, a qual se baseia na autorização constitucional expressa, pelo legislador, para restringir um direito, sem que seja necessária uma exigência complementar; e por fim, a reserva legal qualificada, a qual se refere a restrição constitucional que determina limites ao desempenho legislativo.

4 CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A LIBERDADE E O ABUSO DE PODER SOBRE A ELEIÇÃO

4.1 Conceito de Liberdade de Expressão

No Brasil, a liberdade de expressão foi mencionada nas Constituições de 1824, 1891 e 1934. Contudo, no ano de 1937, deu-se início a censura advinda da Era Vargas, que teve seu fim em 1946, com a promulgação de uma nova Constituição, que previu novamente os direitos de liberdade individual aos cidadãos. (Carvalho, 2021).

Tal liberdade pode ser conceituada como o direito que permite que as pessoas possam se manifestar sem aversão de ser represado. Ademais, corrobora que as informações sejam recepcionadas de maneira independente por diferentes meios e sem censura e, é garantida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19 e pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º:

Art. 19. Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras. (ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. 1948).

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:*

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...] (Brasil. 1988).

Ainda sobre o seu conceito, José Afonso da Silva (2006, P. 241 e 243), menciona que a liberdade de expressão envolve a liberdade de pensamento, de opinião e de comunicação, conceituando a liberdade de pensamento como o direito de exteriorizar o que pensa. Já a liberdade de opinião:

[...] se resume como a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade primária e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública ou a liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro. (SILVA, 2006, p. 241).

Quanto à liberdade de comunicação, Silva entende que:

As formas de comunicação regem-se pelos seguintes princípios básicos: (a) observado o disposto na Constituição, não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou veículo porque se exprimam; (b) nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; (c) é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; (d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade; (e) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de autorização, concessão ou permissão do Poder Executivo Federal, sob controle sucessivo do Congresso Nacional, a quem cabe apreciar o ato, no

prazo art. 64, §§ 2º e 4º (45 dias, que não correm durante o recesso parlamentar); (f) os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio. (Silva, 2006, p. 243).

A conexão entre os meios de comunicação e a liberdade de expressão é essencial, visto que os meios englobam as ferramentas que ampliam as oportunidades das mais diversas formas de expressão, como a escrita e a representação visual.

Ato contínuo, o exercício do direito de se expressar não implica ausência de restrições éticas e morais. Consequentemente, a difamação não é tolerada, assim como atos de ultraje, pois desta forma existem direitos que deixariam de ser resguardados.

Quanto à garantia do direito a liberdade de expressão, deve ser mantida em todos os canais de comunicação bem como a internet, uma vez que com o avanço da tecnologia, se tornou o principal meio de comunicação dentre todos os existentes.

A proteção integral à liberdade de expressão é vista como essencial para a promoção de um debate público saudável, desenvolvimento intelectual e progresso social, onde o Estado desempenha o papel de guardião desse direito, assegurando que as vozes dissidentes e minoritárias tenham espaço para se expressar, mesmo que suas opiniões sejam impopulares.

No entanto, esse compromisso com a liberdade de expressão também pode enfrentar dilemas éticos quando discursos podem incitar violência ou prejudicar grupos marginalizados.

Por essa razão, surgem questionamentos, como por exemplo: até onde vai o direito a liberdade de expressão? Desse modo, pode-se concluir que não se trata de um direito absoluto, e deve ser exercido dentro dos limites impostos pela lei, caso contrário, poderá ser definido como abuso de direito.

A respeito disso, Cauê Bouzon Ribeiro (2023), a liberdade de expressão abrange a liberdade de crítica, mas, desde que de forma respeitosa, sem que haja mentiras ou palavras de baixo calão. O defensor público ainda complementa:

É interessante que a gente tenha discordância. A gente mora em um país democrático, a discordância é o coração da democracia. Mas a partir do momento em que a discordância vira discurso de ódio, a gente tem que combater. O limite do direito de liberdade de expressão se dá quando, sob essa pretensa liberdade, atinge-se a honra, a dignidade ou mesmo a democracia. Inclusive existem crimes,

previstos no Código Penal, que definem a limitação da chamada liberdade de Expressão, como os crimes de injúria, difamação e calúnia.

A liberdade de expressão é usada por muitas pessoas como respaldo para justificar suas ações, mas, compreende-se que essa liberdade possui limites. Esses limites estão ligados, principalmente quando essa manifestação prejudica outros direitos fundamentais estabelecidos na CRFB/88.

Não se deve utilizar a liberdade de expressão como prerrogativa para difamar, injuriar e caluniar, causando prejuízos de natureza material ou moral a terceiros.

4.2 Liberdade e o abuso de poder sobre a eleição

Quando um candidato decide entrar na corrida por um posto eletivo, sua vida passa por uma investigação minuciosa e está sujeito a uma série de estimativas e rótulos, inclusive em relação a alegações de atividades ilícitas que possam ser (ou não) verdadeiras.

A atuação da Justiça Eleitoral deve ser restrita e focalizada, limitando-se a casos em que o uso excessivo da liberdade de expressão for evidente. A imputação de condutas criminosas faz parte do embate eleitoral, não no sentido técnico de cada delito, mas em um sentido figurativo, como por exemplo, o uso dos termos “ladrão” e “corrupto” em debates públicos entre candidatos.

A respeito da liberdade de manifestação, automaticamente considera-se a liberdade de verbalizar, de sustentar pontos de vista e de apresentar ideias. E, de fato, esse é um aspecto do livre diálogo.

No entanto, existe ainda a liberdade informativa. A respeito disso, as pessoas se instruem por meio de relações, da mídia, plataformas de mídia social, programas televisivos, entre outros. A liberdade de expressão subsiste não apenas para permitir que as pessoas se comuniquem, mas principalmente para possibilitar que escutem e se informem. Constitui a dimensão social e coletiva da liberdade de expressão.

Resguardar a liberdade informativa contra discursos enganosos, tendenciosos, fora de contextos tem sido a principal preocupação da Justiça Eleitoral com o processo eleitoral. A disseminação de informações incorretas prejudica as discussões públicas, uma vez que o eleitorado pode moldar as opiniões não com base no que de fato é real, mas sim com base em estratégias para iludir e influenciar o discernimento das pessoas, levando-as a agir de acordo com as emoções e não a lógica.

Uma das principais táticas de desinformação consiste na utilização de discursos que empregam temas como a proteção da família, da infância e da fé, quer para suscitar sentimentos de apreensão, raiva e indignação, quer para explorar predisposições inerentes à natureza humana.

Em entrevista para o programa Eleições 2022, na TV Senado, o Professor de Gestão de Políticas Públicas, formado pela USP, Pablo Ortellado, mencionou que a liberdade de expressão pode ser pensada de várias maneiras e, que no Brasil este direito é pleno e livre, mas encontra limites nos direitos humanos, ou seja, sempre que a liberdade de expressão gerar um conflito com os direitos humanos, este exercício será limitado.

Em um caso concreto, muitos candidatos querem ter o direito de ter a liberdade de expressão, mas muitas vezes o oponente, quando o assunto não é agradável para si, não quer que o outro tenha a mesma liberdade que lhe é disposta. A respeito disso, Ortellado menciona:

O exercício da liberdade de expressão as vezes é muito incômodo. Precisam-se separar as coisas que afetam que incomodam pessoalmente, de não gostar de ser criticado, de não gostar de ser acusado de certas coisas, das coisas que violam direitos. Então, mesmo o direito de imagem e de honra que são mais pessoais, dentre outros direitos, como por exemplo, quando se trata de racismo, e discriminação de gênero, quando começam a entrar na seara dos direitos, é aí que a liberdade de expressão encontra limites e a lei brasileira tem os mecanismos para reparar essa violação de direitos. (Ortellado, 2022, entrevista concedida em 16/09/2022).

Quanto ao abuso do direito de voto, é previsto pelo artigo 14, §9º da Constituição Federal:

Art. 14 [...] §9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (CRFB, 1988).

José Jairo Gomes vê o poder como “domínio e controle sobre situações, recursos ou meios que permitem alcançar ou transformar algo”. Dessa forma, manifesta-se como força,

resistência, o potencial para alcançar algo. A respeito das origens do abuso de poder, Gomes explana conforme ensinamentos de Mazzilli (2008, p. 238):

Nota-se, todavia, que o interesse público nem sempre coincide com o do Estado, como pessoa jurídica. Embora essas duas categorias possam aparecer reunidas em muitos casos, é preciso separá-las, sobretudo porque às vezes entram em conflito. Conforme sublinha Mazzilli (2002:42), nem sempre os governantes fazem o melhor para a coletividade: políticas econômicas ruins, guerras, desastres fiscais, decisões equivocadas, malbaratamento de recursos públicos e outras tantas ações daninhas não raro contrapõem governantes e governados, Estado, sociedade e indivíduos. (Gomes, 2008, p. 238).

Com efeito, este mesmo poder por ser utilizado de forma abusiva. O abuso de poder não possui definição explícita no ordenamento jurídico, no entanto, pode ser entendido como o uso excessivo de um direito que se possui, com a finalidade de satisfazer interesses diferentes dos previstos pelo texto legal, atribuindo-lhe um desvio de finalidade. Ato contínuo, para constituir o abuso de poder, é necessário o excesso e o mau uso, excesso e o desvio, que resultam da ultrapassagem de um limite ou padrão de comportamento imposto pela lei.

A respeito do excesso de poder, José dos Santos Carvalho Filho diz:

É a forma de abuso própria da atuação do agente fora dos limites de sua competência administrativa. Nesse caso, ou o agente invade atribuições cometidas a outro agente, ou se arroga o exercício de atividades que a lei não lhe conferiu. (Carvalho Filho, 2008, p. 40).

Ademais, o abuso de poder político é caracterizado quando o agente público usa de seu poder ou de seu cargo em benefício próprio ou de terceiro, para obter vantagens em meio ao processo eletivo, violando os princípios constitucionais previsto na legislação.

A despeito das *"fake news"* e da desinformação, são fatores que podem gerar problemas nas eleições. Como já mencionado, a disseminação deliberada de informações falsas através das redes sociais, pode influenciar o pensamento dos eleitores, levando a decisões baseadas em dados incorretos. Isso faz com que a capacidade dos cidadãos de tomarem certas decisões seja prejudicada, colocando em risco a legitimidade do resultado eleitoral e acarretando prejuízos a democracia.

Além disso, o abuso de poder sobre a eleição não se limita apenas à disseminação de informações falsas. Pode envolver também a manipulação do debate público, a polarização extrema e o uso indevido de recursos financeiros para promover candidatos específicos ou prejudicar adversários.

Com efeito, os cidadãos têm a responsabilidade de serem críticos quanto às informações que consomem e compartilham. Verificar fontes, consultar várias perspectivas e promover um debate respeitoso são elementos essenciais para fortalecer a esfera pública e reduzir a influência do abuso do poder nas eleições.

Por fim, as autoridades governamentais também têm um papel importante em assegurar que as leis existentes sejam aplicadas de maneira eficaz para prevenir a disseminação de desinformação e combater o uso indevido da liberdade de expressão para fins eleitorais. No entanto, é crucial que essas ações sejam conduzidas de forma transparente e respeitando os princípios democráticos, para evitar práticas autoritárias que possam prejudicar ainda mais a liberdade de expressão.

5. CONCLUSÃO

Em uma sociedade democrática, a liberdade de expressão é indiscutivelmente um dos direitos fundamentais mais preciosos. Ela representa a capacidade de indivíduos expressarem seus pensamentos, ideias e opiniões sem temor, fomentando um debate saudável e uma pluralidade de perspectivas.

No entanto, como qualquer direito, a liberdade de expressão não é absoluta e incondicional. A compreensão dos limites dessa liberdade é crucial para evitar abusos e preservar a integridade do sistema democrático.

Os limites da liberdade de expressão são estabelecidos quando o uso desse direito incita a violência, difamação, calúnia, discriminação ou quando representa uma ameaça direta à segurança nacional. O desafio reside na definição desses limites sem comprometer os princípios democráticos, uma vez que restrições excessivas podem facilmente ser exploradas para silenciar vozes dissidentes e prejudicar o direito fundamental em si.

No contexto das eleições, a liberdade de expressão ganha uma dimensão ainda mais crítica. As eleições são o meio pelo qual os cidadãos exercem a democracia, e a liberdade de expressão desempenha um papel crucial na formação da opinião pública e na tomada de decisões informadas pelos eleitores. Contudo, como exposto no artigo, a manipulação dessa liberdade para fins de abuso de poder pode distorcer o processo eleitoral e democrático e prejudicar a legitimidade.

O abuso de poder sobre as eleições acontece quando a liberdade de expressão é explorada para disseminar desinformação, espalhar fake News, criar divisões extremas ou promover candidatos através de meios ilícitos. Isso ressalta a necessidade de uma abordagem proativa por parte das plataformas de mídias sociais, dos órgãos reguladores e da sociedade para combater a propagação de informações falsas e garantir um ambiente informado e equilibrado durante os períodos eleitorais.

Ademais, o abuso de poder nas propagandas eleitorais, demonstra de forma clara a necessidade de limitação dos direitos fundamentais uma vez que, neste caso, a alegação do simples exercício da liberdade de expressão perde a sua validade. Assim, quando a igualdade de condições entre os candidatos é quebrada e exerce influência sobre a vontade dos votantes, os votos permanecem falhos e, considerando que a soberania popular se manifesta com o direito ao voto, o vício deste direito impacta a soberania popular.

A soberania popular por sua vez, é um elemento importante que constitui a definição do Estado democrático de direito, o que leva a entender que o abuso do poder na propaganda eleitoral, por ir contra as normas e princípios fundadores da democracia, é uma afronta à ordem democrática que deve ser contida.

Em conclusão, a liberdade de expressão e seu potencial abuso em relação às eleições exigem um delicado equilíbrio entre proteção dos direitos individuais e a proteção dos valores democráticos.

6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, F. de. **Pequeno dicionário latino-português**. 5ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1953, verbete status.

BEZERRA, J. **Liberdade de Expressão**. Disponível em:
<https://www.todamateria.com.br/liberdade-de-expressao/> - Acesso em: 16/07/2023.

CAMPOS, M. **Estado**. Mundo Educação. Disponível em:
<https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/conceito-estado.htm> - Acesso em: 14/07/2023.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Poderes e Deveres dos Administradores Públicos: Uso e Abuso de Poder. Manual de Direito Administrativo**. 19. Ed. Rev., ampliada e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 40.

CARVALHO, T. **Ditadura Militar no Brasil**. Politize, 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/ditadura-militar-no-brasil/> - Acesso em: 17/07/2023.

DELVAUX, D. P.; MAGALHÃES, J. D.; CARVALHO, H.; OLIVEIRA, V. F. R. de. **A liberdade de expressão e os seus limites no Estado democrático de direito**. Disponível em: <http://www.faculdadedinamica.com.br/repositorio/a-liberdade-de-expressao-e-os-seus-limites-no-estado-democratico-de-direito/#:~:text=CONSIDERA%C3%87%C3%95ES%20FINAIS-,A%20liberdade%20de%20express%C3%A3o%20%C3%A9%20considerada%2C%20por%20excel%C3%A2ncia%20pilar%20de,n%C3%A3o%20prejudicando%20o%20%C3%A2mbito%20alheio> – Acesso em: 14/07/2023.

FERREIRA, L. P. **Teoria Geral do Estado**. 1 v. 3ª ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 174.

GOLTZMAN, E. M. **Liberdade de expressão em campanhas eleitorais: a imputação delitiva**. Publicado em: 17/10/2022. Revista ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-17/direito-eleitoral-liberdade-expressao-campanhas-eleitorais-imputacao-delitiva> - Acesso em: 15/07/2023.

GOMES, J. J. **Abuso de poder. Direito Eleitoral**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 238.

GROPPALI, A. **Doutrina do Estado**. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 264-265.

MARTINELLI, G. **Principais aspectos jurídicos da liberdade de expressão**. Publicado em: 12/06/2023. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/liberdade-de-expressao/> - Acesso em: 14/07/2023.

NUNES, D. H.; NETTO, C.E.M. e SILVEIRA, S.S. **A aplicação da teoria dos limites dos limites aos direitos fundamentais pelo supremo tribunal federal**. Revista Direitos Culturais, 16(39), 275-297. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/444/251> - Acesso em: 15/07/2023.

Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> - Acesso em: 06/07/2023.

ORTELLADO, P. **Liberdade de expressão e eleições: entenda regras da democracia brasileira**. [Entrevista concedida ao programa Eleições 2022. TV Senado] Entrevistador:

Thiago Tibúrcio. 16/09/2023. Disponível em:
<https://www12.senado.leg.br/tv/programas/eleicoes-2022/2022/09/liberdade-de-expressao-e-eleicoes-entenda-regras-da-democracia-brasileira> – Acesso em: 25/07/2023.

PARDO, R. G. dos S. **Liberdade de expressão x Propaganda eleitoral.** Disponível em:
<https://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-3-ano-3/liberdade-de-expressao-x-propaganda-eleitoral> – Acesso em: 13/07/2023.

Quais são os limites da Liberdade de Expressão? Defensoria Pública do Estado do Paraná. Publicado em: 23/03/2023. Disponível em:
<https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/Quais-sao-os-limites-da-Liberdade-de-Expressao#:~:text=23%2F03%2F2023%20%2D%2014,sociedade%20brasileira%20nos%20%C3%BAltimos%20anos.> – Acesso em: 20/07/2023.

RAMOS, E. da R. **Noções gerais sobre origem do Estado e Estado moderno.** Disponível em: <https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes/2012/Eduardo-da-Rosa-Ramos-Nocoos-Gerais-Sobre-a-Origem-do-Estado-Moderno.pdf> - Acesso em: 14/07/2023.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 27. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 241 e 243.

SILVA, D. N. **Três Poderes.** Brasil Escola. Disponível em:
<https://brasilescola.uol.com.br/politica/tres-poderes.htm#:~:text=J%C3%A1%20Montesquieu%20determinou%20que%20o,de%20poderio%20leva%20%C3%A0%20tirania.> – Acesso em: 21/07/2023.

Tudo sobre Direitos Fundamentais. Equipe LFG. Publicado em: 20/06/2022. Disponível em: <https://blog.lfg.com.br/estudos/direitos-fundamentais/> - Acesso em: 03/07/2023.

APONTAMENTOS SOBRE A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NAS VARAS DE FAMÍLIA

MATHEUS PAULO DE ANDRADE:

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Campos Elíseos. Defensor Público do Estado do Paraná⁸.

Resumo: O presente artigo versa sobre o tema “dos benefícios da justiça restaurativa para aumentar a satisfatividade nas varas de família”, sob a ótica jurídica e científica, uma vez que os processos que tramitam nas Varas de Família possuem caráter sensível, assim o principal intuito é compreender os benefícios garantidos através da adoção de um sistema processual mais empático, como o benefício da justiça restaurativa. A grande problemática é que atualmente os processos não adotam soluções adequadas e satisfatórias para as famílias envolvidas judicialmente em confrontos. Assim, a fim de analisar o processo que levou a essa realidade brasileira, foram feitas pesquisas bibliográficas e documentais com o intuito de entender sobre a origem da justiça restaurativa, bem como sobre o funcionamento dos processos na seara da família e como seria a aplicação do referido benefício em tais varas. Ao término, observar-se-á que é imperiosa a adoção da justiça restaurativa nas Varas de Família, para que os processos entendam a necessidade de cada sujeito processual e se dirijam para uma solução menos onerosa do litígio.

Palavras-chave: Justiça restaurativa; Família; Satisfatividade processual; Direito de Família; Proteção;

1 - INTRODUÇÃO

A justiça restaurativa tem por objetivo a resolução de um conflito, mediado por uma autoridade, a qual leva os litigantes a, juntos, encontrarem uma solução para o problema em que estão envolvidos.

Eles devem assumir suas responsabilidades dentro do problema que vivenciam em comum, não para se sentirem culpados, mas sim para entenderem seu papel dentro do trauma, bem como unir-se em um círculo de diálogo para encontrarem uma forma de

⁸ Graduado em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados-UFGD (2017). Pós graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Campos Elíseos. Defensor Público do Estado do Paraná, com lotação na comarca de Umuarama/PR. E-mail: matheusandrade.adv@gmail.com

sentirem-se restituídas - e restauradas - por meio de um acordo no qual tenham influenciado.

O conceito teve início no Canadá e na Nova Zelândia, mas vem se expandindo para os demais países do mundo. No Brasil, ele ainda vem sendo difundido - mas já é plenamente autorizada por norma legal expressa.

O que falta atualmente é o conhecimento da população sobre esse instituto, bem como que sejam incentivados a participar do procedimento, que tem muitas vantagens em relação ao oneroso e longo processo judicial, em que a sentença pode não ser, ainda assim, suficiente para satisfazer plenamente as partes litigantes.

Os estudos apontam para o seu uso de maneira mais recorrente em sociedades afetadas por crimes, colocando infratores, vítimas e demais coletividade para conversarem, a fim de restaurar as relações humanas, e não apenas apontar um culpado. Assim, como o sistema judiciário, o penitenciário encontra-se abarrotado, podendo ser ineficaz em reeducar o apenado, e em fazer sentir-se justicadas as vítimas e suas famílias.

O objetivo é que, por meio de pesquisa documental e revisão bibliográfica, possa-se identificar a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa na seara familiar, como forma de atrair mais satisfação aos litigantes.

Frisa-se que as relações familiares são sensíveis e devem ser conservadas ao máximo, independentemente dos dissídios judiciais, permitindo o bom relacionamento entre os envolvidos e a criação harmoniosa de crianças envolvidas, que podem estar presentes em vários tipos processuais, como divórcios, arbitramento ou exoneração de pensão alimentícia, investigação de paternidade e outros.

Os objetivos específicos são entender a justiça restaurativa, seu conceito e princípios, o funcionamento das Varas de Família, bem como a importância da entidade familiar, e, por fim, encontrar a possibilidade ou impossibilidade de que a justiça restaurativa seja utilizada como meio para o alcance de satisfação verdadeira pelos litigantes.

2 - DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

2.1 - O que é a justiça restaurativa?

A princípio, há questionamentos se a tradução correta do inglês, "*restorative justice*", seria realmente "justiça restaurativa", ou se seria melhor "justiça restauradora". Na prática,

essas e outras traduções similares são igualmente utilizadas como sinônimos para um mesmo todo (PINTO, 2011).

No Brasil, há conceituação legal do que é a justiça restaurativa, conforme o art. 1º, *caput*, da Resolução nº. 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 31 de maio de 2016:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, [...] (BRASIL, 2016)

A intenção é utilizar-se de um processo organizado em fases, baseado em diálogo, a fim de resolver problemas que haja entre as partes litigantes, os quais tenham levado a existência do processo judicial.

O procedimento todo se baseia na entrada de consenso entre as partes afetadas pela situação de crise, colocando-os como sujeitos centrais na construção da solução que restaurará os traumas e perdas causados. Conforme Renato Sócrates:

Tais procedimentos propiciam às partes a apropriação do conflito que originalmente lhes pertence, legitimando-os a construir um acordo e um plano restaurativo, alcançando o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator (PINTO, 2011, p. 16)

Tudo se baseia em um processo que deve ser realizado voluntariamente pelas partes, ocorrendo de maneira relativamente informal (afinal, continuará vinculado ao judiciário), servindo-se de um facilitador, cuja função é servir de meio para a condução de uma conversa saudável entre as partes. Assim, realizam-se reuniões coletivas, em que se permite e estimula a participação das pessoas envolvidas direta e indiretamente no problema, sejam elas os próprios litigantes ou pessoas que os rodeiam e se sentem, de alguma forma, afetados e/ou prejudicados pelo que quer que tenha acontecido.

Assim, é inquestionavelmente necessário que os participantes tenham disponibilidade psíquica e emocional para participar do procedimento, afinal, esse método de resolução de conflitos não pode ser corretamente aplicado de modo forçoso. O que se está buscando é estabelecer:

[...] um diálogo claro sobre o trauma dos envolvidos, permitindo-lhes protagonizarem a solução da desordem, sensação muitas vezes não vivenciada na sentença do juiz, que se detém a resolver o problema judicial, ou seja, uma resolução formal, não necessariamente palpável e concreta quanto às relações humanas envolvidas. (AZEVEDO, 2023, p. 2145)

Isso tudo por que, mais detalhadamente,

[...], não raro, é a sentença não encerrar o problema social, mas, apenas, o judicial, deixando as partes inseguras com o Estado, já que esse não parece confiável. Outrossim, o perder x ganhar do processo pode provocar novas desavenças e a impressão de injustiça após esperar solução por anos. [...]. Por isso, criou-se a opção de desjudicializar, um sistema multiportas que possibilita encontrar o modo adequado de resolver o litígio, ouvindo os envolvidos que, por meio do diálogo, decidirão a solução, empoderando-lhes para protagonizarem a sentença, e, intrinsecamente, agilizarem o fim da lide (AZEVEDO, 2021, p. 2037)

Para que o procedimento realmente funcione, tornando concreta a pretensão estabelecida pelo conceito da justiça restaurativa, é necessário

[...] a identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado, oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a Justiça, avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades [...] sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado.

A ideia, então, é voltar-se para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. (PINTO, 2011, p. 17)

Dessa maneira, o objetivo final é a obtenção de um resultado restaurativo, ou seja, basicamente, um acordo construído no processo restaurador, em que se encontram reunidas as respostas e programas que as partes criaram nas reuniões para os fins de reparação do trauma que vivenciaram, a de atender as necessidades tanto individuais

quanto coletivas dos envolvidos, responsabilizando-se os litigantes pela sua participação no conflito e, por fim, permitir a sua reintegração e que voltem a convivência comum.

2.2 - Dos princípios norteadores

Conforme estabelece a Resolução nº. 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 31 de maio de 2016, em seu art. 2º:

Art. 2º. São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade (BRASIL, 2016)

Destrinchando-se o ali contido, cumpre-se estabelecer algumas explicações.

O princípio da corresponsabilidade pode ser definido como, conforme o DICIO - Dicionário Online de Português (online), a “responsabilidade compartilhada, qualidade da pessoa que é responsável em conjunto com outra ou com outras pessoas, geralmente sendo ambas autoras de uma ação e respondendo conjuntamente por seus atos” e também como “qualidade do que é responsável juntamente com outro”.

Não obstante estarem todos os conceitos correlativamente interligados, o princípio da reparação dos danos e o princípio do atendimento às necessidades de todos os envolvidos merecem especial atenção, pois ambos se referem ao resultado restaurador a ser alcançado pelas partes.

Quanto ao princípio da informalidade, se refere ao procedimento poder ser ajustado às necessidades das pessoas envolvidas, apesar de dividir-se em várias fases. Nesse mesmo diapasão, mostra-se ligado à possibilidade e estímulo da oralidade entre as partes, as quais são colocadas como iguais. Um subprincípio da informalidade é o da adaptabilidade, que objetiva que as partes

[...] se utilizem de um meio mais tranquilo para se resolver um conflito, sem ser necessário se utilizar da tensão de um processo no judiciário, pois muitas das vezes a formalidade do judiciário inibe as partes e causa um certo pânico e medo, contribuindo para que os envolvidos não participem de uma forma efetiva no processo (MIRANDA NETO, 2019, p. 24)

Além disso, encontram-se o princípio da informalidade conexo com o princípio da celeridade, em atendimento às necessidades constitucionais e dos litigantes. Por este princípio, busca-se dar andamento mais rápido aos processos, solucionando-os tão logo quanto possível, enxugando-se as mais diversas formalidades que existem na justiça comum.

Quanto ao princípio da voluntariedade,

[...] é válido em todo o curso do processo, não importando se o mesmo está em seu início, meio ou fim. O sistema restaurativo deve respeitar a voluntariedade das partes em todos os momentos do processo, ou seja, os participantes participam do devido processo legal se assim quiserem. (MIRANDA NETO, 2019, p. 22)

Dessa maneira, as partes podem, a todo tempo, desistir das reuniões restauradoras, já que o diálogo não deve ser forçado, bem como tem a possibilidade de renunciar o acordo caso se sintam prejudicados de alguma forma. O princípio da participação está amplamente relacionado com o anterior, pois a presença da parte deve ser incentivada e não obrigatória.

O princípio da imparcialidade afeta, em suma, a autoridade que está conduzindo o círculo de conversa, mais conhecido como facilitador, que deve agir em prol de todos, tentando alcançar uma solução que não prejudique a nenhum dos sujeitos que estejam participando do procedimento.

O princípio do empoderamento existe, pois, as partes tornam-se protagonistas na construção da solução de seu problema.

A consensualidade se refere às partes darem sua permissão para os assuntos tratados, bem como desejarem a tentativa de restauração, afinal, "sem um consenso não existe acordo e sem acordo não existe solução de problema" (MIRANDA NETO, 2019, p. 23). O princípio da confidencialidade é uma forma de dar segurança aos participantes, vez que concede a estas transparência e confiança, bem como a garantia de que nada que ali ocorrer poderá ser utilizado como prova processual, sentindo-se, assim, protegidos para falar o que pensam e estabelecer acordos para solucionar os problemas.

O princípio da urbanidade, por fim, tem ligação com o tratamento cordial e respeitoso entre as partes, que devem conversar em um ambiente tranquilo e harmônico, independentemente do trauma que tenham se causado mutuamente. Isto pois, se querem resolver os problemas, precisam ser capazes de pensar em conjunto.

3 - DA SEARA DA FAMÍLIA E DOS LITÍGIOS

3.1 - Da Constituição Federal e a proteção a entidade familiar

A família brasileira é marcada por um início com fortes interferências do sistema patriarcal, de forma que a mulher era vista como propriedade e pessoa responsável pelos afazeres domésticos e criação dos filhos, enquanto o homem era o chefe do lar e responsável por trazer o sustento da entidade familiar, assim pode-se dizer que “o patriarcado e uma ética da honra masculina foi tecido nas civilizações por todo o planeta, e na história da formação da sociedade brasileira, especialmente no período da colonização do Brasil, não foi diferente” (JÚNIOR, 2022, p. 19).

Ocorre que com a evolução do ser humano, bem como o acontecimento de movimentos, como o movimento feminista, o lugar da mulher na sociedade foi alterado e, com isso, a família contemporânea passou a apresentar diferentes características, haja vista que para formação familiar antes só se permitia a presença de laços, agora passou a permitir a formação de famílias a partir de vínculos afetivos, conforme pode-se ver:

Noutro giro, em face a evolução humana, a família contemporânea possui como principal característica a diversidade, baseada, principalmente, no afeto e na convivência dos seus indivíduos. Assim, abrangendo a possibilidade da filiação não ser apenas aquela que deriva dos laços consanguíneos, mas também a relação de amor e identificação, como é o caso da filiação socioafetiva. (JÚNIOR, 2022, p.21)

Ante as transformações no entendimento de entidade familiar, o Direito não poderia se manter inerte e deixar de regulamentar as novas relações familiares, motivo pelo qual, através de seu art. 226 da Constituição Federal de 1988, passou a assegurar que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988).

Por trazer o termo família, sem conceituar, atribui-se para tal o conceito amplo, haja vista que na contemporaneidade não existe uma única forma de família, assim, todas se tornam amparadas pelo dispositivo constitucional. Ademais, o estado prevê que a liberdade do cidadão tenha seu próprio planejamento familiar, não sendo cabível que o Estado conduza qual o modelo familiar é apropriado ou não, sobre isso:

(...) a família é traduzida como uma comunidade de afeto, usando a locução da psicanálise, locus do desenvolvimento e amparo da pessoa; é uma instituição a serviço da formação e bem-estar da pessoa e não o contrário. O direito de personalidade à

autodeterminação ético-existencial do sujeito também não pode ceder a um modelo único de estrutura familiar, haja vista que é permitido ao cidadão o seu próprio planejamento familiar. Não cabe ao Estado dirigir a conduta do cidadão para este ou aquele modelo familiar, pois esta decisão envolve aspectos de sua autonomia ético-existencial. (...) o direito geral de personalidade não permite influência do Estado na vida afetiva do indivíduo, tampouco na sua opção sexual, devendo ser-lhe assegurado o direito de constituir família com pessoa do mesmo ou do sexo oposto; a procriação natural ou assistida; o direito à adoção, ou mesmo o direito de não ter filhos, etc. (MENEZES, 2008, p. 120-124)

Neste sentido, quando analisada a Constituição Federal de 1988, nota-se que o art. 1º traz o princípio da dignidade da pessoa humana, assim, atrelado a ele, o referido dispositivo legal deixou de se basear nos fundamentos religiosos e passou a amparar os interesses da pessoa humana em si, salvaguardando o direito de desenvolvimento da personalidade, logo, garantindo-lhe a livre escolha de formação familiar. Menezes sabiamente disserta:

O epicentro da Constituição de 1988 é a dignidade da pessoa humana, substrato essencial dos direitos fundamentais. Desta forma, a pessoa ganha notável destaque na atuação do Estado e na conformação das instituições, em geral. A família, instituição secular de forte matiz religiosa, assume feição laica e função instrumental em face do desenvolvimento da pessoa. Deixa de ter um fim em si mesmo, para se conformar como instituição de apoio e amparo à pessoa de seus membros, garantindo-lhe o livre desenvolvimento da personalidade.(MENEZES, 2008, p. 1228)

Isto posto, quando se falar em proteção constitucional da família, deve-se levar em consideração que a Constituição vigente busca proteger a família como um todo, não determinando um tipo ideal, mas considerando como família aquelas decorrentes de vínculos sanguíneos e/ou afetivos, para que o máximo de entidades familiares possam estar incluídas na proteção assegurada através do art. 226 da Constituição Federal.

3.2 - Da onerosidade às relações humanas em decorrência das soluções judiciais dos processos de família

Como supramencionado, os processos em que a família é objeto de litígio são carregados de teor sensível e emocional, ocasionando, durante todo seu deslinde, um abalo na estrutura familiar que já não se encontrava estável.

Os processos legais relacionados a questões familiares, normalmente, são complexos e envolvem considerável investimento de tempo, dinheiro, bem como de capacidade emocional. Estes processos podem se desenrolar por meses, às vezes anos, criando tensão e conflito que vão além das partes diretamente envolvidas, e afetam significativamente outros membros da entidade familiar.

Infelizmente, os processos de família, muitas vezes, deixam de ser sobre a discussão da lide e passam a ser uma disputa de egos e sentimentos entre as partes, o que ocorre com frequência em processos de guarda, oportunidade em que os filhos passam a ser pensados como objeto.

As implicações emocionais dos processos de família são desafiadoras. O estresse, a ansiedade e a hostilidade associados à litigação podem deixar cicatrizes emocionais profundas em todas as partes envolvidas, resultando em relações familiares enfraquecidas e diversas vezes irreparáveis.

Ademais, salienta-se que a onerosidade financeira, incluído os custos legais, despesas judiciais e a possível diminuição da capacidade de ganho durante os processos, agrava ainda mais o fardo das disputas familiares.

Segundo Mauro Cappelletti é possível verificar que o acesso à justiça tem duas vertentes básicas, sendo que a primeira busca garantir o direito de recorrer ao poder Judiciário para a solução de conflitos, enquanto a segunda traz a necessidade do litígio apresentado ser solucionado de forma efetiva, neste sentido, "vê-se que o princípio do acesso à justiça determina, não somente, o quantitativo de indivíduos socorridos pela jurisdição, mas se relaciona, também, com a qualidade, tempestividade e efetividade da jurisdição prestada" (BORGES, 2020, p. 96134).

Assim, é nítido que mesmo garantindo o acesso das partes às vias judiciais, ainda há muito o que se fazer em relação à satisfação da lide processual.

O abalo familiar é tão grande que muitas vezes os pais ou mães preferem se afastar dos filhos, no afã de evitar eventual contato com o outro genitor, prejudicando cada vez mais a estrutura familiar e demonstrando a necessidade do benefício da justiça restaurativa.

4 - DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NAS VARAS DE FAMÍLIA

4.1 - Da regulamentação legislativa

De pronto, cumpre destacar que não existem, atualmente, normas específicas que definam o uso da justiça restaurativa nas Varas de Família.

No entanto, a atual Constituição Federal brasileira (CF), datada de 1988, prevê em seu art. 4º que faz parte dos princípios de nossa existência como república:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II - prevalência dos direitos humanos;

[...]

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos; (BRASIL, 1988)

No mais, em complemento, os métodos de solução alternativa de conflitos são amplamente incentivados pelo Código de Processo Civil (CPC), como, por exemplo, pode-se ler no seu art. 3º, §3º:

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015)

Isso encontra-se reforçado pelo art. 139, V, do mesmo dispositivo legal, sendo que a justiça restaurativa é uma das práticas nesse sentido, não havendo, portanto, dúvidas da possibilidade de que seja aplicada à seara familiar, *in verbis*.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; (BRASIL, 2015)

Especificamente nas Varas de Família, o CPC prevê que, conforme o seu art. 694:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. (BRASIL, 2015)

Além disso, a supramencionada Resolução nº. 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 31 de maio de 2016, é inteiramente dedicada a dispor sobre a política nacional da Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, bem como algumas outras providências.

O art. 1º da referida resolução, em seus incisos, estrutura a forma como o procedimento deve se dar, notoriamente:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade,

destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

Como é legível e já foi mencionado, a prática hoje se encontra mais voltada à seara criminal, por isso a menção frequente de haver “agressores” e “vítimas” envolvidos nos conflitos que buscam reparação. Ainda assim, como não há proibição legal, não há expresso problema em estender o conceito para outras áreas - mas o ideal seria a criação de normas voltadas às especificidades que os processos de cada um podem encontrar pelo caminho.

Contudo ao exposto, Rodston R. M. de Carvalho (2022) destaca que:

Apesar de a Justiça restaurativa estar em funcionamento há cerca de 15 anos no Brasil, suas práticas nas lides processuais ainda são muito discretas, tendo uma enorme necessidade de ser expandida, conhecida e divulgada sempre que possível. É preciso que a sociedade tenha um conhecimento mais amplo e aprofundado sobre o assunto. Ela está intimamente ligada à cultura da paz, [...]. (CARVALHO, 2022, p. 174)

Sendo assim, é relevante refletir se a prioridade agora seriam as iniciativas legislativas ou a divulgação e o incentivo à prática da justiça restaurativa, afinal, a regras existentes podem se estender às áreas do direito, mas sem que as pessoas sejam incentivadas a realizar tal, não há como essa ser uma solução eficiente, por mais desejosa e benéfica que seja.

4.2 - Da aplicabilidade para maior satisfatividade na seara familiar

Como foi possível verificar ao longo do aqui exposto, fica claro que a justiça restaurativa faz parte de uma cultura de paz que merece atenção, que deveria ser mais difundida por entre a sociedade.

Assim, logo de início, deve-se esclarecer que:

[...] as relações familiares são extremamente favoráveis à aplicação da justiça restaurativa, pois, existe a oportunidade de reconstruir vínculos afetivos que foram desgastados pelos mais diversos motivos, sendo um terreno muito delicado, se faz necessária a real reconciliação das partes com técnicas específicas desse novo sistema

que ainda não foi amplamente difundido por todos os Tribunais de justiça, e principalmente, nas comarcas do interior. Se apresentando assim, como uma proposta mais preocupada com o indivíduo em si, o ser humano, que sente e sofre todos os desgastes de um processo. (CARVALHO, 2022, p. 173-174)

Como já dito também, as relações de família são complexas. As estruturas familiares são diversas, mas os problemas são muito pessoais. Todo conflito de família é muito oneroso a todos, sejam ex-casais ou não, com filhos ou não. Carregar todo esse ódio mostra-se ruim e perigoso, seja para a psique dos envolvidos, seja para a criação dos filhos ou pelo risco de incorrer na vontade de se vingar. Essa é a ideia que traz Rodston (2022) em seu estudo:

O direito de família alcança situações que envolvem esses aspectos familiares como o casamento, separação, divórcio, guarda de filhos, adoção e pensão alimentícia que trata ainda do reconhecimento da união estável, testamento, partilha de bens, inventários, entre outros.

Diante dessas inúmeras questões familiares apresentadas se faz necessário equilibrar os ânimos e ter racionalidade para lidar com questões tão sensíveis, haja vista, a carga emocional que eventuais lides de direito de família possuem levando em consideração também sua complexidade, necessitando serem tratadas com muita polidez. (CARVALHO, 2022, p. 175)

Até porque “não raro, é a sentença não encerrar o problema social, mas, apenas, o judicial, deixando as partes inseguras com o Estado, já que esse não parece confiável” (AZEVEDO, 2021, p. 2037) uma vez que sentenciado o processo, os litigantes ainda assim não encontram a paz, tranquilidade e satisfação que imaginaram ao ingressar com o litígio. Além disso, “o perder x ganhar do processo pode provocar novas desavenças e a impressão de injustiça após esperar solução por anos” (AZEVEDO, 2021, p. 2037), trazendo ainda mais revolta para relacionamentos interpessoais que já se encontravam em linhas tênues.

Sendo assim, desde o princípio, a justiça restaurativa não é só uma boa ideia, é de fato necessária, já que, aqui, são relações humanas muito íntimas que restam abaladas pela existência de dissídios.

As sentenças judiciais são dotadas de caráter objetivo, e os processos têm visão limitada sobre os acontecimentos que os geram: esses procedimentos decisórios são portadores de um olhar direto sobre o conflito, que se baseia no que a lei culpa ou deixa

de culpar, restrito as provas processuais, afastando qualquer discricionariedade e, portanto, infelizmente, ignorando os sentimentos dos envolvidos.

E veja bem, isso não está errado: a decisão do juiz deve ser imparcial, tomando em conta aquilo que realmente viu nos autos e sendo baseada nos ditames legais, a fim de evitar injustiças. Isso não quer dizer, no entanto, que as pessoas não se sentirão desassistidas ou injustiçadas, vez que, por se tratar de questões muito emocionais e psicológicas, os litigantes esperam “encontrar mais” no “fim do arco-íris”.

É exatamente nesse espaço que a justiça restaurativa se encaixa e pode ser mais satisfatória que uma decisão final de um juiz: tudo se baseia no que as partes estão sentindo, e em como se sentem. Conforme vem se demonstrando ao longo deste estudo, cumpre ressaltar que no “contexto dos conflitos de família, haveria a necessidade de ambas as partes exporem suas mágoas e ressentimentos, para que se possa chegar a um denominador comum, em que as partes envolvidas compreendam o ponto de vista do outro” (CARVALHO, 2022, p. 184).

Dessa maneira, juntos, em um círculo de conversa aberta e saudável, em ambiente harmonioso e mediado por um facilitador, os litigantes devem assumir suas responsabilidades e expor seu traumas, apontando maneiras de se sentirem melhor com tudo o que ocorreu, coisas a fazer, desculpas a prestar, a fim de finalmente encontrarem a paz que tanto queriam, construindo por si só a justiça (utilizando-se de seu próprio senso de justiça) para constituírem um acordo que acalenta ao seus ânimos interiores, sentindo-se, no fim de todo esse processo, verdadeiramente atendidos e satisfeitos com o resultado obtido. Sendo assim, a “justiça nesse contexto busca não a uniformidade de decisões, mas a necessária provisão de apoio e oportunidades para todos dentro desse processo” (CARVALHO, 2022, p. 179).

Em perspectivas ainda mais felizes, a relação que um dia existiu poderá ser restaurada, para que os ex-litigantes vivam em paz um com outro, de maneira que o acordo seja uma resolução não tão somente para o processo, mas também para a vida, que é o que realmente importa.

O direito deve ser pensado para muito além de pontos finais judiciais: o que acontece no mundo real é determinante para o futuro da sociedade, e não deve ser mais ignorado. É hora de parar de implantar barreiras que predam as pessoas à justiça tradicional, e possibilitar o acesso aos métodos alternativos de solução de conflito, que se mostram mais efetivos e saudáveis.

A justiça restaurativa nem sempre será possível, pois depende do atendimento de todos os princípios norteadores, mas sempre que houver a possibilidade, deveria ser aplicada, por ser mais satisfatória e menos onerosa aos envolvidos.

5 - CONCLUSÃO

A justiça restaurativa é uma abordagem inovadora que possui interesse na resolução de conflitos de forma mais empática possível, principalmente nas Varas de Família, em que os processos envolvem menores, incapazes, além de vínculos familiares, que merecem um tratamento cuidadoso, por conta de seu caráter sensível e emocional.

Através deste estudo, podemos destacar diversos benefícios da justiça restaurativa que contribuem significativamente para o aumento da satisfação de todas as partes envolvidas.

Em primeiro lugar, a justiça restaurativa enfatiza a comunicação aberta e o diálogo, dando oportunidade para que a parte expresse de forma inequívoca suas necessidades, preocupações e expectativas. Frisa-se que tal atitude auxilia não somente na compreensão do caso, mas também a promover a empatia e a construção de relacionamentos mais saudáveis entre os envolvidos. A abordagem restaurativa também promove a responsabilização, incentivando as partes a assumirem a responsabilidade por suas ações, e conseqüentemente acordos mais duradouros e cumpridos de forma satisfatória.

Além disso, a justiça restaurativa é uma alternativa eficaz ao modo tradicional de resolução do litígio, o que pode resultar em economia de tempo e de recursos, além de reduzir o estresse e a hostilidade associados a processos legais contenciosos. A capacidade de as partes participarem ativamente na resolução de seus próprios conflitos, com o auxílio de mediadores qualificados, traz mais humanidade ao processo e garante soluções adaptadas às peculiaridades da situação familiar objeto de litígio.

Por fim, a justiça restaurativa demonstrou ser eficaz na preservação de relacionamentos familiares, promovendo a cooperação e a reconciliação quando possível, mesmo em situações de conflito intenso. Isso não apenas beneficia as partes envolvidas, mas também pode ter um impacto positivo nas crianças e em outros membros da família, reduzindo o trauma e a tensão emocional.

Ante o exposto, este artigo científico demonstrou que a justiça restaurativa oferece inúmeros benefícios para aumentar a satisfação nas Varas de Família, quando instiga a comunicação, a responsabilização, a eficiência e a preservação de relacionamentos, pois apresenta uma abordagem valiosa e positiva para a resolução de conflitos familiares, motivo pelo qual é interessante a integração e a expansão dessa prática no sistema de

justiça, para que cada vez mais o ambiente jurisdicional adote condutas mais empáticas, colaborativas e satisfatórias em relação a todas as partes envolvidas.

6 - REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Kariny Leal. A justiça restaurativa para reparar os danos causados às relações humanas: caminho para uma sociedade pacífica. **Universidade Paranaense (UNIPAR): Anais completos do VII Congresso Internacional de Ciência, Tecnologia e Inovação e XXII Encontro Anual de Iniciação Científica, 2023**, p. 2145. ISSN 2525-5967. Disponível em: <https://sisweb02.unipar.br/eventos/anais/index5632.php?codevento=5632>. Acesso em: 02 out 2023.

AZEVEDO, Kariny Leal. O protagonismo no processo e o acesso à justiça no Brasil: resolvendo conflitos ou distribuindo insatisfação?. **Universidade Paranaense (UNIPAR): Anais completos do XX Encontro Anual de Iniciação Científica, 2021**, p. 2037. ISSN 2525-5967. Disponível em: <https://sisweb02.unipar.br/eventos/anais/index5005.php?codevento=5005>. Acesso em: 23 out 2023.

BORGES, Clarianne Martins Braga. A efetividade das audiências de conciliação e mediação – reflexões sobre varas de família de Brasília. **Brazilian Journal of Development**, ISBN 2525-8761, v. 6, n. 12, p. 96126-96151, 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil (CPC)**. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 out 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out 2023.

BRASIL. **Resolução nº. 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**, de 31 de maio de 2016: dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em 20 out 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Rodston Ramos Mendes de. Justiça restaurativa como método alternativo de solução de conflitos no direito de família. **Barra do Garças: REI, 2022**. Disponível em: <http://revista.sear.com.br/rei/article/view/323>. Acesso em: 01 nov 2023.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Juspodivm, 2016. v.1.

JÚNIOR, Lúcio Marcos Granado. **A Proteção da Família na Constituição Federal de 1988**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito e Relações Internacionais - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/4185>. Acesso em: 29 out 2023.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na Constituição Federal de 1988 – Uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 119-130, 2008. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/53652>. Acesso em: 05 de nov. 2023.

MIRANDA NETO, Luciano Abrantes de. Os efeitos da justiça restaurativa no Brasil. **Campina Grande: UFCG, SISTEMOTECA - Sistema de Biblioteca da UFCG (Biblioteca Digital de Teses e Dissertações), 2019**. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/11451>. Acesso em: 37 out 2023.

NAVES, Gabriela Gomes dos Santos; SILVA, Isabela Cristina. Justiça restaurativa: métodos alternativos para resolução de conflitos no direito de família. **Anápolis: Repositório Institucional, 2019**. Disponível em: <http://45.4.96.19/handle/aee/17178>. Acesso em: 25 out 2023.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da justiça restaurativa no Brasil. **São Paulo: UNAERP, Revista Paradigma, 2011**. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/65>. Acesso em: 30 out 2023.

Significado de corresponsabilidade. **DICIO - Dicionário Online de Português: online**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/corresponsabilidade/>. Acesso em: 27 out 2023.

SOARES, Cynthia Fernanda Oliveira. Justiça restaurativa: ampliando suas fronteiras para o direito de família. **Belém: Repositório UFPA, 2021**. Disponível em: <https://repositorio.ufpa.br/handle/2011/15476>. Acesso em: 25 out 2023.

TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE: COISA JULGADA MATERIAL *VERSUS* ESTABILIDADE

LUCIANNE SOLANO DE MACEDO MARTINIANO:
Assessora de Gabinete de Juiz. Graduada em Direito e pós-graduada em Processo Civil⁹.

EDUARDO AUGUSTO MADRUGA DE FIGUEIREDO FILHO
(orientador)

RESUMO: Esta monografia trata de um estudo sobre o instituto da tutela de urgência e as modificações trazidas com o Código de Processo Civil de 2015, com enfoque no instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente e suas repercussões no mundo jurídico. Desse modo, esse trabalho tem por objetivo principal a análise dos efeitos causados a partir do deferimento e a, conseqüente, estabilização da referida espécie de tutela de urgência, ressaltando a não aplicação da coisa julgada material e a incidência ou não de ação rescisória sobre tal decisão. Para isso, inicialmente, realiza-se um breve estudo do CPC/73 e do CPC/15 no que se refere ao tratamento das tutelas provisórias, destacando as efetivas mudanças ocorridas que objetivaram, principalmente, a celeridade processual e, no âmbito das tutelas provisórias, a unificação. Em seguida, como problemática, aborda-se a possibilidade de rediscussão da decisão proferida em sede de estabilização da tutela antecipada antecedente em relação ao prazo previsto no §5º do art. 304 do CPC. Por fim, apresenta-se o questionamento sobre o cabimento da ação rescisória em face do exaurimento do prazo de dois anos previsto no artigo já mencionado.

Palavras-chave: Tutelas Provisórias. Tutela de Urgência. Antecipada. Caráter Antecedente. Estabilização. Coisa Julgada. Ação Rescisória.

ABSTRACT: This article deals with a study on the institute of urgent relief and the innovations brought with the advent of the new Civil Procedure Code, among them the phenomenon of stabilization of the advance (preventive) injunction and its repercussions in the legal world. In this way, this work has as its main objective the analysis of the effects caused by the deferment and consequent stabilization of this kind of urgent relief, emphasizing the non-application of the material res judicata and the incidence or not of rescission action on such decision. To this end, a brief comparative study of CPC/73 and CPC/15 is carried out, highlighting the effective changes that have been made, which

⁹ E-mail: solanolucianne@gmail.com

mainly aimed the procedural promptness and, in the interim protection scope, the unification. Subsequently, as problematic, the possibility of discussion of the decision made in the context of the stabilization of the preceding advance injunction, in relation to the deadline envisaged in the §5º of the article 304 of CPC. Finally, the question on the adequacy of the rescission action in face of the two years deadline is raised, as preceding in the mentioned article.

Keywords: Interim Protection. Urgent Relief. Advance Injunction. Stabilization. Res Judicata. Motion to set aside judgment.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 TUTELAS PROVISÓRIAS: BREVE ANÁLISE COMPARATIVA A LUZ DO CPC/73 E CPC/15. 2.1 TUTELAS PROVISÓRIAS NO CÓDIGO CIVIL DE 1973. 2.2 ROUPAGEM CONFERIDA AS TUTELAS PROVISÓRIAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. 2.2.1 Tutela provisória de evidência. 2.2.2 Tutela Provisória de Urgência. 3 MOMENTO DO REQUERIMENTO: ANTECEDENTE E INCIDENTE. 3.1 TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. 3.2 TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. 3.3 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. 4 O INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. 4.1 REQUISITOS DA ESTABILIZAÇÃO. 4.2 AÇÃO AUTÔNOMA. 4.4 COISA JULGADA versus ESTABILIZAÇÃO. 4.4 COISA JULGADA versus ESTABILIZAÇÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 realizou mudanças substanciais no que se refere ao instituto das tutelas provisórias, iniciando pela abolição do processo cautelar e dispendo de capítulo específico para as tutelas provisórias. Assim, o diploma legislativo citado prevê as tutelas provisórias como gênero, do qual são espécies: a tutela de urgência e a tutela de evidência.

Assim, a tutela de urgência caracteriza-se pela comprovação da probabilidade do direito pretendido e a demonstração do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, sendo necessário que a parte requerente demonstre a urgência no pleito. Apesar disso, para ser concedida a tutela de evidência não se faz necessário a demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando restar caracterizada as hipóteses previstas nos incisos do art. 311 do Código de Processo Civil.

Em linhas introdutórias faz-se importante mencionar a relevância desse instituto no mundo jurídico e, principalmente, na realidade do Poder Judiciário brasileiro, o qual se encontra com grandes números de processo para julgamento e com ausência

de celeridade processual. A morosidade processual ocasiona, indubitavelmente, falhas na prestação jurisdicional efetiva, sendo assim, as tutelas provisórias possuem a finalidade de diminuir essa má prestação.

Ademais, as tutelas provisórias, mais precisamente a espécie tutela de urgência são meios processuais que objetivam solucionar a “crise” do risco – do tempo - ao resultado útil do processo, ou seja, possuem a finalidade de efetivar sumariamente a prestação jurisdicional por meio de um juízo de probabilidade e incerteza, tendo em vista que se não for concedida naquele dado momento processual, a sua concessão *a posteriori* não terá mais eficácia prática, em razão do perecimento do direito pleiteado.

Nessa senda, a tutela de urgência possui duas naturezas, as quais têm os requisitos para sua concessão descritos no texto do CPC/15, sendo de natureza cautelar ou de natureza antecipada; para concessão de ambas faz-se necessário que seja demonstrado a probabilidade do direito e o perigo de dano ao resultado útil do processo. Assim, verifica-se que a lei exige os mesmos requisitos para concessão da tutela de urgência cautelar ou antecipada, todavia, o que vai diferenciá-las é a prática, a depender de qual se amolda melhor ao caso concreto.

Além disso, é importante salientar que a doutrina conjuntamente com a jurisprudência entende que no que se refere à concessão da tutela de urgência de natureza antecipada o Código de Processo Civil prevê outro requisito além daqueles supramencionados - o requisito da reversibilidade -, assim, caso os efeitos da concessão da tutela no caso concreto sejam irreversíveis o magistrado não deverá conceder a tutela de urgência antecipada, como apregoa o §3º do artigo 300 do Código de Processo Civil.

Nesse diapasão, outro ponto relevante que adveio com a legislação processual civil foi acerca do momento de requerimento das tutelas de urgência, as quais podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental. Importante pontuar que essa possibilidade foi prevista apenas para as hipóteses de tutelas de urgência, sendo quesito inaplicável as tutelas de evidência, o que é meio de críticas pelos doutrinadores - Daniel Amorim Assumpção Neves - ao argumento de que a tutela de evidência é semelhante à tutela antecipada, uma vez que se caracterizam por ser tutelas satisfativas, possuindo igual satisfação prática, razão por que se fazia razoável e proporcional estender essa previsão à tutela de evidência (NEVES, 2018).

Considera-se requerida em caráter antecedente a tutela pleiteada antes do processo principal, possuindo uma exposição sumária da lide e outros requisitos, a

depende da sua natureza, se cautelar ou antecipada, conforme será visto minuciosamente ao decorrer da presente monografia. Quanto ao requerimento formulado em caráter incidental, a tutela será pleiteada na petição inicial ou a qualquer momento do trâmite do processo.

No que tange a concessão da tutela de urgência de natureza antecipada em caráter antecedente, a qual é o cerne do presente trabalho, o CPC/15 abordou de forma inédita o instituto denominado “Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente”, sendo a novidade mais importante no que se refere às regras das tutelas provisórias. Salienta-se que institutos correlatos já existiam em outros ordenamentos jurídicos, como na Itália e na França. Assim, o novel instituto vem dando azo a diversos questionamentos no mundo jurídico, tais como:

A parte demandada só pode se valer do meio recursal para impugnar a decisão que concede a tutela antecipada antecedente?

Sendo estabilizada a tutela - em virtude da não impugnação - a ausência de eventual de propositura da Ação prevista no §5º do art. 304 do CPC/15 ocasiona a coisa julgada material?

Qual seria a diferença entre coisa julgada material e estabilização?

Depois de esgotado o prazo de 2 (dois) anos da Ação prevista no §5º do art. 304 do CPC/15, as partes poderão se valer da Ação Rescisória?

Em vista desses questionamentos, surge a existência de uma decisão estabilizada, a qual foi proferida em sede de cognição sumária e juízo de probabilidade, não assegurada pela coisa julgada material conforme expressa disposição legal. Contudo, a lei prevê (art. 304, §2º, CPC) uma ação ordinária específica para revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, por qualquer das partes, com prazo de 2 (dois) anos e, em não sendo proposta a respectiva ação, a decisão torna-se imutável e indiscutível.

Nessa senda, depois de esgotado o prazo supracitado há quem sustente não haver coisa julgada material, mas sim um instituto semelhante, tendo em vista que acarreta os mesmos efeitos de imutabilidade e indiscutibilidade, próprio de uma decisão de mérito que pode ser impugnada por meio de ação rescisória.

A problemática surge após o esgotamento do prazo para ação específica, nessa hipótese, haverá coisa julgada material, apta a ser objeto de ação rescisória? Sustenta-se que não, ao argumento de que a lei prevê expressamente a inexistência de coisa

ulgada material, de modo que passa a existir em nosso ordenamento jurídico uma decisão definitiva que jamais será objeto de ação rescisória, mas que foi proferida em sede de cognição sumária e juízo de probabilidade.

Desta feita, a presente monografia objetiva discorrer acerca da estabilização da tutela antecipada, os meios pelos quais o réu poderá insurgir-se da decisão, bem como diferenciar os institutos da coisa julgada material e da estabilidade; por fim, analisar-se-á a (im) possibilidade de essa decisão ser revestida de coisa julgada material, com o respectivo cabimento de ação rescisória após o esgotamento do prazo de ação própria.

2.TUTELAS PROVISÓRIAS: BREVE ANÁLISE COMPARATIVA A LUZ DO CPC/73 E CPC/15

É fundamental que se perpasse pela análise das tutelas no anterior diploma processual civil para entender o objetivo do legislador em estabelecer novos contornos a esse instituto, compreendendo alterações de caráter legal propriamente ditas, bem como reformulações procedimentais.

Para iniciarmos o presente estudo, neste capítulo, será analisado o tratamento jurídico conferido às tutelas provisórias no Código de Processo Civil de 1973 e o código vigente, observando as modificações ocasionadas e as intenções legislativas.

2.1 TUTELAS PROVISÓRIAS NO CÓDIGO CIVIL DE 1973

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê o acesso à justiça, contudo, sabe-se que apesar de garantido pela Constituição Federal o acesso à justiça e o direito a uma prestação jurisdicional célere, conforme prevê o artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, a burocracia e a morosidade do judiciário vêm se destacando como principais dificuldades na efetividade dos referidos direitos.

Diante da necessidade de criar mecanismos que garantissem que o objeto da pretensão não fosse prejudicado com o decurso do tempo e a incerteza da decisão, o legislador criou o instituto das tutelas provisórias e, no Código de Processo Civil de 1973 destinou alguns artigos para tratar o tema.

A tutela provisória caracteriza-se por ser um instrumento do direito processual que tem como intuito antecipar a tutela jurisdicional e resguardar a eficácia do bem da vida pretendido, através de uma cognição sumária e não definitiva. Tal entendimento prevalecia no código passado e se manteve intacto, entretanto houve mudanças de terminologia e classificação, as quais serão exploradas no presente capítulo.

O Código de Processo Civil de 1973 trazia quatro espécies de tutelas provisórias, que estavam distribuídas pelo diploma normativo, quais sejam: as Tutelas Cautelares, as Tutelas Antecipadas, as Tutelas de Evidência e as Tutelas Satisfativas Autônomas.

Essas espécies não estavam compreendidas em um único espaço no código, pelo contrário, encontravam-se espalhadas pelo diploma legal. O processo cautelar, por exemplo, juntamente com os processos de conhecimento e de execução, formava o tripé do Código de Processo Civil na obtenção da prestação da tutela jurisdicional, e estava regulado no Livro III do CPC/73, dispondo sobre a aplicação de processo autônomo para preservar a eficácia do provimento jurisdicional. Já a tutela antecipada, que buscava antecipar os efeitos da futura decisão, estava consagrada no artigo 273, dentro do Livro I do CPC/73 (LEITE, 2018).

No que se refere à tutela de evidência não havia previsão expressa, mas a doutrina e a jurisprudência defendiam sua aplicação por meio do inciso II do artigo 273 do CPC/73. Por sua vez, as tutelas satisfativas autônomas, consideradas medidas atípicas, eram previstas dentro do rito cautelar, no já citado Livro III, resguardando o poder geral de cautela do magistrado (ALVES, 2018).

O Novo CPC, no entanto, alterou tal disposição, além de suprimir o livro que tratava do processo cautelar, objetivando a celeridade e a efetividade na prestação jurisdicional. Nesse contexto, distribuiu em seu Livro V todas as modalidades de tutelas provisórias, a partir do artigo 294, divididas em tutela de urgência e de evidência. Sistematizou o regime das tutelas de urgência já que unificou o procedimento de suas espécies, cautelar e antecipada, havendo, inclusive, a possibilidade de fungibilidade entre elas.

Nesse diapasão, afirma Humberto Theodoro Júnior (2016, p.786):

Sob o rótulo de 'Tutela Provisória', o novo CPC reúne três técnicas processuais de tutela provisória, prestáveis eventualmente em complemento e aprimoramento eficaz da tutela principal, a ser alcançada mediante o provimento que, afinal, solucionará definitivamente o litígio configurador do objeto do processo. Nesse aspecto, as ditas 'tutelas provisórias' arroladas pela legislação processual civil renovada correspondem, em regra, a incidentes do processo, e não a processos autônomos ou distintos. De tal sorte que a antiga dicotomia do processo principal (de cognição ou execução) e cautelar, existente no Código revogado, não mais subsiste na nova lei, pelo menos como regra geral, restando bastante simplificado o procedimento. Correspondem

esses provimentos extraordinários, em primeiro lugar, às tradicionais medidas de urgência – cautelares (conservativas) e antecipatórias (satisfativas) -, todas voltadas para combater o perigo de dano que possa advir do tempo necessário para cumprimento de todas as etapas do devido processo legal. [sic]

Outro ponto de destaque foi à criação da figura da estabilização da tutela antecipada, objeto de maior análise na presente monografia, que ocorre quando a medida é deferida por meio de tutela antecipada – satisfativa – em caráter antecedente, mas não é impugnada pelo “respectivo recurso”, conforme preleciona o artigo 304 do CPC/15.

Ocorrerá, então, a extinção do processo e um efeito semelhante à coisa julgada, tendo em vista que a tutela estabilizada não será alterada, a não ser por ação própria de impugnação e desde que ajuizada em um prazo de 2 (dois) anos, como dispõe o §5º do referido artigo.

2.2 ROUPAGEM CONFERIDA AS TUTELAS PROVISÓRIAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

É imprescindível a análise da roupagem conferida às tutelas provisórias no Código de Processo Civil vigente, observando a natureza jurídica e as peculiaridades inerentes a cada espécie.

Como é sabido no ordenamento jurídico brasileiro a prestação jurisdicional pode ser concedida de forma definitiva ou provisória, tem-se por prestação definitiva aquela obtida por meio de cognição exauriente e juízo de certeza, demandando, via de regra, um trâmite processual mais demorado e com aptidão de forma coisa julgada material.

Observa-se que com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, não existe mais o “processo cautelar”, haja vista que o livro destinado a esse instituto foi inteiramente extinto, com o novo regime, as medidas cautelares serão concedidas dentro do processo principal (BORBA, 2018, p.55).

As tutelas provisórias no CPC/15 é gênero, que tem duas espécies, quais sejam: a tutela provisória de urgência e a tutela provisória de evidência. No ordenamento jurídico brasileiro as tutelas provisórias foram inseridas pelo legislador para serem concedidas de forma provisória, por meio de cognição sumária e juízo de mera probabilidade, tendo em vista que poderá ser modificada ou revogada a qualquer momento no processo, conforme dispõe o artigo 296 do CPC.

2.1.1 Tutela provisória de evidência

A tutela provisória tem como uma de suas espécies a tutela de evidência, que se caracteriza por ser concedida independente da existência de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que a hipótese pleiteada se adequa a um dos incisos previsto no artigo 311 do Código de Processo Civil.

A característica mais importante dessa espécie é a desnecessidade de demonstrar o perigo de dano, quem pleitear a concessão da tutela de evidência deve requerer alguma das hipóteses previstas para sua concessão, não havendo necessidade de preencher o requisito do perigo de dano, por outro lado, para concessão da tutela de urgência a presença deste requisito é imprescindível.

As hipóteses para sua concessão são: quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação e multa; e quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

No que tange a tutela de evidência, verifica-se que o Código de Processo Civil no artigo 311 previu quatro hipóteses de concessão e, no parágrafo único desse dispositivo legal o CPC estabeleceu que o juiz poderá decidir liminarmente duas das quatro hipóteses de concessão, quais sejam: quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante e quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação e multa. Assim, o dispositivo ao prevê que o juiz decidirá liminarmente, quis dizer que o magistrado decidirá sem ouvir a parte requerida acerca do pleito.

O objetivo desta espécie é de conferir tratamento jurídico diverso para aquele autor que é titular de um direito evidente, pois não é razoável nem proporcional exigir que o autor de um direito evidente suporte a demora do trâmite processual para obter uma tutela definitiva, quando é portador de um direito evidente.

A doutrina entende que o legislador foi feliz ao destinar um artigo específico para a tutela de evidência, pecando apenas na enumeração das hipóteses, as quais deveriam

teruma enumeração mais abrangente, louvável também é a possibilidade da tutela de evidência ser pleiteada em qualquer espécie de processo e de procedimento, podendo ser concedida no âmbito dos Juizados Especiais, no bojo da impetração de um Mandado de Segurança e dos demais tipos de processos e procedimentos.

Nesse sentido, preleciona Daniel Amorim Assunção Neves (2018, p.541):

O art. 311, *caput*, do Novo CPC consagra expressamente o entendimento de que tutela de evidência independe da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, em diferenciação clara e indiscutível com a tutela e urgência. É cabível em qualquer espécie de processo ou de procedimento (exemplificativamente o Enunciado 49 da I Jornada de direito processual civil do CJF: “A tutela de evidência pode ser concedida em mandado de segurança”), inclusive nos Juizado Especiais.

Apesar de ser divergência entre os doutrinadores, prevalece que o rol previsto no artigo 311 do Código de Processo Civil, o qual enumera as hipóteses de cabimento da tutela de evidência, trata-se de rol exemplificativo, tendo em vista que no próprio Código de Processo Civil há outras hipóteses de tutela de evidência, tais como: a liminar em ações possessórias e a concessão liminar do mandado monitório.

2.1.2 Tutela Provisória de Urgência

Como supracitado, as tutelas provisórias sofreram uma reformulação no Códigode Processo Civil vigente em razão da tentativa de adequação à realidade social e o constante combate a morosidade do judiciário. Desse modo, o legislador buscou sistematizar tal instituto, atribuindo-lhe a unificação, facilitando seu entendimento e sua aplicação, principalmente em relação às tutelas de urgência que compartilham os mesmos requisitos de concessão e, por isso, tornam-se sujeitas a fungibilidade.

A tutela provisória de urgência, seja antecipada ou cautelar, é uma medida que visa afastar o risco de prejuízo gerado em função da demora do processo e pressupõe a demonstração de dois requisitos próprios para sua concessão, quais sejam: o juízo de probabilidade e o risco ao resultado útil do processo,é o que dispõe o artigo 300 do CPC/2015 (BRASIL, 2018), vejamos:

Artigo 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Assim, para sua concessão é necessário que se esteja presente a aparência do direito alegado, ou seja, as alegações do requerente devem demonstrar a probabilidade jurídica do pleito, conhecida como “*fumus boni iuris*” e, diferentemente da tutela de evidência, tem que está presente o “*periculum in mora*”, demonstrando a necessidade de amparo imediato visto o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Ademais, de acordo com §1º do artigo supra, o juiz pode exigir como garantia, caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo esta caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la, assim, o CPC prevê a possibilidade da exigência da prestação de caução, de acordo com o doutrinador Daniel Amorim Assunção a prestação só deve ser exigida quando ou juiz estiver e, dúvida a respeito da concessão da tutela e notar, no caso concreto, a presença da irreversibilidade recíproca (NEVES, 2018, p. 509).

Ao prevê a possibilidade de fixação de caução, o legislador visou uma forma de proteger a parte requerida em razão do princípio geral do direito de que todo aquele que causar prejuízo tem o dever de indenizar, bem como da teoria do risco-proveito, de modo que o beneficiário responde objetivamente pelos danos causados à parte contrária na hipótese de eventual e futura revogação ou modificação da tutela.

Além disso, a prestação de caução também serve para que a finalidade do instituto não seja desviada, devendo o requerente pleitear a tutela nos casos que seu direito seja provável e que exista efetivamente o perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Salienta-se que a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo são requisitos idênticos para concessão da tutela de urgência de natureza cautelar e de natureza antecipada, contudo, a finalidade dessas duas subespécies de tutela de urgência é distinta.

As espécies de tutela de urgência se distinguem quanto ao que objetivam; enquanto a cautelar busca conservar o objeto da demanda, assegurando a futura prestação, a tutela antecipada tem caráter satisfativo, adiantando o direito pretendido. Ou seja, nas palavras de Pontes de Miranda, “a tutela cautelar garante para satisfazer, já a tutela antecipada satisfaz para garantir” (*apud* ORTEGA, 2016).

Apesar dessa distinção, e em razão de tais institutos possuírem *os mesmos fundamentos para a sua concessão e viverem sob o mesmo rótulo da urgência*, admite-se fungibilidade, conforme aduz o art. 305 do CPC/15, parágrafo único, e o enunciado 502 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Sendo assim, entende-se que se o pedido tem natureza satisfativa, mas foi postulado como tutela cautelar antecedente, cabe ao juiz examinar o requerimento de acordo com a sua verdadeira natureza e vice-versa, ainda que omissos o código nesse sentido (CASADO, 2018).

Importante frisar que quanto ao momento de interposição, elas podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental. Diz-se antecedente aquela pleiteada antes da dedução em juízo do pedido principal, enquanto a última refere-se àquela requerida depois de iniciada o processo, com pedido de tutela como tópico na própria petição inicial ou através de petição devidamente fundamentada, sem a necessidade de novas custas (NEVES, 2016).

3. MOMENTO DO REQUERIMENTO: ANTECEDENTE E INCIDENTAL

O CPC inova ao trazer a possibilidade de concessão da tutela de urgência, podendo ser concedidas em caráter antecedente ou incidental, nos termos do parágrafo único do artigo 294 do CPC. Essa classificação é feita quanto ao momento processual que a tutela for requerida.

Neste capítulo, serão abordadas as considerações acerca das tutelas de urgências requeridas em caráter antecedente e incidental, haja vista que a depender do instante que é requerida os atos processuais subsequentes serão diferentes, bem como os efeitos porventura ocorridos também serão diversos e, por fim, será destinado um tópico para tratar sobre a aplicação do Princípio da Fungibilidade às tutelas provisórias de urgência.

É importante frisar que o dispositivo exclui a possibilidade da tutela de evidência, prevista no artigo 311 e já abordada exaustivamente no capítulo anterior, ser concedida de forma antecedente, ou seja, em momento anterior ao pedido principal da demanda (NEVES, 2018, p. 495).

3.1 TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

A tutela cautelar caracteriza-se por ser a subespécie da tutela de urgência que visa assegurar o direito pleiteado pelo autor, encontra-se prevista no artigo 301 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), que dispõe:

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

Essa tutela cautelar pode ser requerida de forma antecedente ou incidental, esta última se verifica quando o autor requer a tutela junto com a Petição ou curso do processo. Assim, a forma incidental é aquela que o autor faz o pedido de tutela cautelar junto com a Petição Inicial ou, após o protocolo da exordial, quando no trâmite do processo o autor atravessa uma petição requerendo uma tutela cautelar.

Sem mais complicações para o requerimento feito de modo incidental, maiores considerações e peculiaridades encontram-se ao requerimento feito de forma antecedente. Quando a tutela cautelar for requerida de forma antecedente, incumbe ao autor posteriormente formular o pedido principal.

O artigo 305 do CPC prevê o procedimento que deve ser adotado para o requerimento da tutela cautelar em caráter antecedente, a petição inicial deve ter os seguintes requisitos: indicar a lide e o seu fundamento; fazer a exposição sumária do direito que objetiva assegurar com a tutela cautelar e, por fim expor o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Requisito importante, que não está previsto de forma expressa no artigo 305 do CPC, mas tratando-se de Petição Inicial deve ser observado, no que couber o artigo 319 do CPC, é o de que a parte autora deverá indicar, desde logo, o valor da causa. Nesse sentido é o Enunciado 44 da I Jornada de direito processual civil do CJF, que dispõe: “É requisito da petição inicial da tutela cautelar requerida em caráter antecedente a indicação do valor da causa” (NEVES, 2018, p.528/529).

No que concerne ao requisito da exposição da lide e do seu fundamento é a incumbência do autor de demonstrar ao Juízo o que será discutido futuramente no pedido principal do mérito da demanda e, quanto a exposição sumária do direito entende os doutrinadores como a demonstração do *fumus boni iuris*, e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo a presença do *periculum in mora*.

Acerca dos requisitos dispõe Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p.528):

Por “lide e seus fundamentos” entende-se a indicação do objeto da ação principal, o que se exige em razão da instrumentalidade da ação cautelar. Cabe ao requerente, portanto, indicar do que tratará o futuro pedido principal, o que permitirá ao juiz analisar se

a cautelar efetivamente cumpre sua missão de acautelamento. A “exposição sumária do direito ameaçado” é sinônimo de *fumus boni iuris*, enquanto o receio de lesão é o *periculum in mora*. Trata-se do mérito do pedido cautelar.

No que tange ao procedimento da tutela cautelar antecedente, tem-se a existência e a previsão legal do princípio do contraditório na demanda cautelar, em consonância com o que dispõe o artigo 306 do CPC, que prevê a citação do réu, no prazo de 5 (cinco) dias para contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Observa-se que nessa “contestação preliminar” o réu poderá arguir todas as defesas processuais existentes, contudo, é defeso, neste momento processual, apresentar reconvenção e pleitear as modalidades da intervenção de terceiros (NEVES, 2018530/531).

O artigo 307 do CPC dispõe acerca dos efeitos jurídicos que irão ocorrer, na hipótese do réu não apresentar contestação ao pedido de tutela cautelar. Devidamente citado, caso o réu mantenha-se inerte, a legislação prevê que os fatos alegados pelo autor no pedido de tutela cautelar serão presumidamente aceitos pelo réu como ocorrido.

Nesse ponto, verifica-se uma redação legislativa diferente da prevista no artigo 344 do CPC, em que prevê a presunção de veracidade das alegações de fatos formuladas pelo autor, todavia, para a doutrina, essa modificação na redação textual não tem relevância prática, tendo em vista que a natureza do instituto da revelia não se altera e os efeitos que lhe são próprios são gerados independentemente da natureza do pedido que deixou de contestar (NEVES, 2018, P. 531).

Após a realização desses atos processuais já abordados neste tópico, seguirá o procedimento comum, de acordo com o parágrafo único do artigo 307 do CPC. De início, no artigo 308 do mesmo diploma legislativo, é de bom alvitre atentar para a utilização do verbo efetivar, nota-se que o termo inicial para apresentação do pedido principal só começara a contar a partir da efetivação da tutela cautelar.

O legislador ao prever a efetivação da tutela cautelar foi claro e objetivo na intenção de dizer que é irrelevante o momento da propositura da demanda ou da concessão da tutela cautelar para iniciar o prazo de 30 (trinta) dias para elaboração do pedido principal, só será relevante o momento em que a tutela cautelar for efetivada, ou seja, é o devido cumprimento do acautelamento no mundo dos fatos.

Assim, após a efetivação da tutela cautelar requerida e concedida em caráter antecedente, a parte autora terá o prazo de 30 (trinta) dias para formular o pedido principal, sendo a apresentação do pedido principal realizada nos mesmos autos e independente do pagamento de novas custas processuais. Como já dito, seguirá o procedimento comum, ou seja, com a apresentação do pedido principal, as partes serão intimadas para audiência de conciliação ou de mediação e, em não havendo composição, iniciará o prazo para apresentação de contestação, nos termos do que preceitua o artigo 335 do CPC.

3.2 TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

A tutela antecipada, como já citada, também poderá ser requerida em caráter incidental e antecedente e, na legislação processual civil, encontramos maiores peculiaridades na tutela antecipada concedida em caráter antecedente, tendo em vista a criação do instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente, o qual é o ponto central da presente monografia.

O ordenamento jurídico brasileiro ao criar a tutela antecipada requerida em caráter antecedente inspirou-se no Direito Francês no instituto denominado *jurisdiction référé*, este instituto francês é reconhecido por ter uma jurisdição de cognição sumária, salienta-se, que a legislação brasileira “bebeu na fonte” do ordenamento francês para implementar a estabilização, contudo, não se trata de institutos idênticos..

No ordenamento jurídico francês, o processo denominado *référé* é autônomo ao processo principal, não sendo considerado um processo preliminar em relação ao principal, considera-se que ambos giram em torno do mesmo litígio, porém não possui o mesmo objeto, motivo pelo qual não pode ser considerado um preliminar e outro principal (SILVA, 2015).

Nesse íterim, consoantes lições de Jaqueline Mielke Silva:

Ao contrário da nossa vigente tutela antecipada, que sempre está condicionada ao julgamento do pedido principal, não passando de um acessório, cujo destino fica sempre vinculado ao acerto a ser feito futuramente, no direito francês, o procedimento do *référé* é completamente autônomo em relação ao processo de fundo. (...) A autonomia em questão faz com que o juiz do *référé* não seja alguém que delibera no aguardo de uma posterior e necessária intervenção de fundo em outra prestação jurisdicional. Essa ulterior composição do litígio, de caráter definitivo, pode eventualmente acontecer, mas não como necessidade sistemática

ou orgânica. Mesmo que os dois procedimentos girem em torno do mesmo litígio, não perseguem o mesmo objeto e, por isso, não pode um ser considerado como preliminar do outro. O fim principal e específico do *référé* não é a composição definitiva do conflito, mas sim a “estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou a paralisação de um abuso”. Mas tudo é feito sumariamente e sem aspiração de definitividade. (sn, 2015).

No *référé* do Direito Francês não se exige nem se espera um julgamento com definitividade, ademais, os processos são independentes, não se tratando de um processo preliminar e outro principal. Verifica-se que a legislação processual civil do Brasil exige que, após a concessão da tutela antecipada antecedente, o requerente, obrigatoriamente, proceda com o aditamento da petição inicial, sob pena da extinção do processo sem resolução de mérito. Segundo preleciona Loureiro *apud* Gustavo Bohrer Paim: “as decisões pautadas no *référé* podem ser utilizadas de fato como substituto eficaz de uma decisão definitiva, já que não há obrigação legal de dar início a um processo de fundo” (sn, 2020).

Ademais, o aditamento deverá ocorrer no mesmo processo em que foi requerida a tutela, ou seja, nesta questão, já se observa uma diferença com o ordenamento francês, pois, na França, os processos são autônomos e, o que a legislação brasileira estabelecer é a existência de um pedido preliminar e de um pedido final, inclusive, utiliza-se da denominação “pedido de tutela final” no §4º do artigo 303 do CPC.

Além disso, alguns doutrinadores criticam o legislador brasileiro por não ter previsto âmbito de incidência maior da estabilização, restringindo-se apenas a tutela antecipada antecedente, sendo outra diferença encontrada com o *référé*, tendo em vista que este não exige o requisito da urgência, findando por ter um âmbito de aplicação mais amplo.

Em consonância com os dizeres de Loureiro *apud* Gustavo Bohrer Paim (sn, 2020):

O *référé* provision oferece um exemplo próximo da mutação da função da proteção jurisdicional provisória, em favor da destituição da condição de urgência. O *référé* provision é, sem dúvida, o exemplos mais notável de um *référé* cuja execução não é submetida à urgência (...) Não há qualquer vinculação à urgência.

Sem intenção de esgotar todas as diferenças do instituto do *référé* com o instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente, objetivando apenas demonstrar que

o legislador brasileiro inspirou-se no ordenamento francês, passaremos nesse momento a analisar o tópico de acordo com a legislação prevista no Código de Processo Civil de 2015.

Nessa questão, é importante pontuar, que a estabilização só ocorre na tutela antecipada requerida em caráter antecedente, conforme preceitua o artigo 303 e seguintes do CPC. Então, com atenção à celeridade processual, à urgência do requerimento e ao fato de que o decurso normal do processo pode ensejar a perda da eficácia do procedimento ou até mesmo o desaparecimento do direito pleiteado, a legislação estabeleceu que o autor pode formular uma Petição Inicial mais simplificada, não necessitando, neste momento processual preliminar, atender a todo os requisitos do artigo 319 do CPC.

Assim, nas hipóteses em que a urgência é contemporânea à propositura da ação, o CPC concede uma opção ao requerente, haja vista que a lei prevê que o autor poderá limitar a petição inicial aos seguintes requisitos: requerimento da tutela antecipada; indicação do pedido de tutela final; exposição da lide e do direito que se busca realizar; e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Além disso, em acertada e feliz previsão, o §5º do artigo 303 do CPC prevê que o autor indicará na petição inicial que pretende utilizar-se do benefício do requerimento em caráter antecedente da tutela antecipada, haja vista que poderão existir casos em que essa opção não fique clara e, o juiz precisa saber que o autor está apresentando uma petição inicial mais simplificada e, posteriormente vai completá-la

A esse respeito, Mozart Borba (2018, p.59):

Pois é, o CPC/15 traz para o ordenamento brasileiro uma OPÇÃO de pedido de tutela antecipada. Como vimos no artigo supratranscrito, o autor poderá fazer sua inicial limitando-se à exposição do pedido de urgência (explicar o que está acontecendo e requerer a liminar), bem como indicá-los pedidos de tutela final. Tipo uma petição inicial de uma ou duas folhas (é a petição inicial PROVISÓRIA).

Após a distribuição ou o registro da petição inicial, o juiz ao analisar a tutela antecipada, caso entenda que há elementos para sua concessão, intimará o autor para cumprir sua obrigação de fazer, consistente no dever de aditar a petição inicial em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que fixar.

O aditamento da inicial exige do autor a complementação da argumentação jurídica, a juntada de novos documentos e, neste momento, o requerente confirma o pedido de tutela final e, após essas exigências, seguira o trâmite do procedimento comum, com a citação do réu e intimação para comparecer a audiência de conciliação ou mediação, na forma do artigo 334 do CPC.

Sabe-se que a tutela antecipada antecedente pode ser indeferida, na hipótese do juiz entender que não há elementos para sua concessão e, nesse caso, o juiz intimará o autor para emendar a petição inicial, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de indeferimentoda petição inicial e, conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito.

Dessa forma, observa-se que os atos processuais são diferentes no caso de concessão ou de não concessão da tutela antecipada, no entanto, o comportamento do autor é essencial para que o processo prossiga e, na hipótese, de inércia a consequência será a mesma para ambas as hipóteses, qual seja: extinção do processo sem resolução de mérito.

3.3 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da fungibilidade vem sendo aplicado para muitos institutos, percebe-se a sua grande aplicação nos entendimentos jurisprudências e, por esses motivos, o legislador, cada vez mais, vem dando atenção ao princípio e positivando a sua regulamentação.

Indubitavelmente, o princípio auxilia na prestação de uma atividade jurisdicional efetiva, tendo em vista que a sua utilização, no caso concreto, colocam em prática outros princípios, tais como o da economia processual e o da celeridade, beneficiando assim as partes da relação.

É imprescindível ressaltar que apesar das diferenças existentes entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, a prática forense, em razão da sua dinâmica, que lhe é inerente, traz, constantemente, situações que colocam os operadores do direito em zonas de incerteza quanto a espécie de cabimento de tutela, situações que ocasionam dúvida – insegurança – objetiva entre os profissionais.

Assim, diante das possíveis dúvidas objetivas existentes e dos benefícios processuais, surgiu a necessidade de prevê a fungibilidade para as tutelas cautelar e antecipada, relativizando assim o formalismo exacerbado em prol da celeridade e efetividade processual (MARTINS, 2015).

No que se refere ao princípio da fungibilidade das tutelas de urgência, com previsão no parágrafo único do artigo 305 do CPC, a sua aplicação dá-se na tutela de urgência (antecipada ou cautelar) requerida em caráter antecedente, visto que são os requisitos desta espécie de tutela que, normalmente, ocasiona a denominada dúvida objetiva, que se caracteriza por ser uma divergência doutrinária ou jurisprudência acerca de determinado assunto (PATRIOTA, 2020, sn).

Assim, não há que se falar da aplicação do princípio da fungibilidade no requerimento de tutela de urgência de forma incidental, haja vista que, nesta espécie, o procedimento a ser adotado é o mesmo, conforme os ensinamentos do doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 305):

(...) Note-se que a relevância prática da fungibilidade consagrada em lei limita-se ao pedido de tutela de urgência antecedente, já que no pedido incidental o procedimento é idêntico às duas espécies de tutela, sendo, nesse caso, irrelevante na prática a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada.

Como já citado, detalhadamente, no presente trabalho, o legislador, não unificou o procedimento da tutela cautelar e da tutela antecedente, por mais que existam muitas semelhanças entre as duas, à legislação conferiu tratamento específico para cada uma.

O artigo 305, parágrafo único, do CPC prevê que caso o juiz entenda que o pedido de tutela cautelar antecedente tem, na verdade, natureza antecipada, o magistrado deverá receber como tutela satisfativa e observar o rito previsto no artigo 303 do mesmo diploma legal.

Assim, a legislação prevê que o juiz ao perceber a hipótese de fungibilidade, deverá aplicar, desde logo, as regras inerentes a tutela correta, independente de qualquer comportamento do requerente, não à inicial, a fungibilidade acabava perdendo sua importância prática na celeridade e na efetividade.

Nessa senda, percebe-se que o Princípio da Fungibilidade, nessa espécie, é de suma importância prática, em virtude da urgência no pleito das tutelas, além do mais, assegura o direito fundamental das partes da razoável duração do processo judicial, prevista no inciso LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil.

4.0 INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

O Código de Processo Civil vigente inovou em alguns institutos, dentre eles, nos requisitos e efeitos do (in)deferimento da Tutela Antecipada como já explanado na presente monografia e, neste capítulo, busca-se analisar o instituto da estabilização da tutela satisfativa antecipada.

Preconiza o doutrinador Daniel Amorim Assunção (2018, p.520) que esta é a maior e mais relevante novidade quanto á tutela provisória trazida pela legislação, qual seja: a Estabilização da tutela antecipada.

Ressalta-se que a tutela antecipada de caráter antecedente foi à única contemplada com a estabilização, não incluindo a tutela cautelar e tutela de evidência, opção legislativa que recebe crítica doutrinária no que se refere a não inclusão da estabilização para a tutela de evidência, tendo em vista a sua natureza satisfativa igualmente a tutela antecipada.

Nesse sentido, preleciona Daniel Amorim Assunção Neves (2018, p. 520/521):

Compreendo a opção do legislador em não ter incluído na regra da estabilização a tutela cautelar, afinal, essa espécie de tutela provisória de urgência tem natureza meramente conservativa, criando uma nova situação fática diferente daquela que seria criada com o acolhimento da pretensão do autor. (...) O mesmo, entretanto, não se pode dizer da tutela provisória de evidência, que, a exemplo da tutela antecipada, tem natureza satisfativa. Nesse caso, o legislador parece ter dito menos do que deveria, porque as mesmas razões que o levaram a criar a estabilização da tutela antecipada indiscutivelmente aplicam-se à tutela de evidência.

4.1 REQUISITOS DA ESTABILIZAÇÃO

O instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente encontra-se previsto no artigo 304 do CPC, em que estabelece os requisitos para sua concessão, assim, o dispositivo legal prevê que a tutela antecipada antecedente concedida, torna-se estável, se da decisão que a deferiu não for interposto o recurso cabível e, caso a decisão torne-se estável o processo será extinto, conforme §1º do dispositivo citado.

O texto legal exige que a parte réu, ao se sentir prejudicada, interponha o respectivo recurso da decisão e, na sua inércia, a concessão será estabilizada e o processo extinto, esta previsão fez surgir grandes controvérsias, visto que a exigência do legislador

para que o réu recorra da decisão viola o princípio da voluntariedade, inerente ao sistema recursal.

Da interpretação literal do dispositivo supracitado, vê-se que o réu não pode apenas insurgir da decisão dentro do mesmo processo que foi deferida a tutela, tendo a obrigatoriedade de recorrer, no entanto, em virtude das enormes críticas doutrinárias, e também da incongruência do previsto no dispositivo com as demais normas do ordenamento jurídico, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça deu interpretação diversa ao dispositivo.

A jurisprudência da Corte Superior estabeleceu que apesar de o artigo 304, *caput*, do CPC, prevê "recursos", deve ser feita uma leitura do dispositivo à luz de uma interpretação teleológica e sistemática do instituto, de modo que a tutela só se tornará estável se não houve nenhum tipo de impugnação, ou seja, o réu poderá se valer de outros meios processuais para se insurgir contra essa decisão.

Nesse teor, preleciona o professor Márcio Alexandre André Lopes Cavalcante sn, 2019):

Uma das grandes novidades trazidas pelo novo CPC a respeito do tema é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no *référé* do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015. A ideia central do instituto é que, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, nem o autor nem o réu tenham interesse no prosseguimento do feito, isto é, não queiram uma decisão com cognição exauriente do Poder Judiciário, apta a produzir coisa julgada material. Por essa razão, é que, apesar de o *caput* do art. 304 do CPC/2015 falar em "recurso", a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária. STJ. 3ª Turma. REsp 1.760.966-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 04/12/2018 (Info 639)

O instituto da Estabilização foi criado e pensado para a solução de casos concretos simples, que por sua natureza não precisem de uma tramitação processual tão morosa,

tendo em vista que as partes já conseguem seu objetivo final no momento processual de estabilização da tutela antecipada.

Ponto importante citou o Professor Márcio Alexandre foi que a tutela antecipada estabilizada foi idealizada para aquelas demandas que após a simples concessão da tutela nem o autor nem o réu tenha interesse no prosseguimento do feito, pois ambos já “ficam” satisfeitos com a mera concessão.

A decisão do STJ é prudente, tendo em vista que antes desse entendimento, caso o réu não recorresse ou caso ele quisesse se insurgir da concessão por meio de uma contestação, esta não seria considerada e ele teria contra si uma decisão desfavorável, da qual não exerceu o contraditório substancial, e, ainda, teria que suportar os efeitos da estabilização de uma decisão proferida em cognição sumária e mero juízo de probabilidade.

Apesar dessas consequências, a legislação é clara ao dispor que se o réu não recorrer, a tutela será estabilizada, contudo, atualmente, o réu poderá se impugnar a tutela concedida por qualquer meio processual, não sendo mais restrita só a interposição do Agravo de Instrumento.

Assim, um dos requisitos para que a tutela antecipada seja estabilizada é a inércia do réu, pois caso o réu, por qualquer meio processual de impugnação, opte por não ficar silente a tutela não será estabilizada e, na hipótese do réu optar por recorrer, não se exige conhecimento e tampouco o provimento recursal, basta que o réu interponha o recurso demonstrando o seu interesse no prosseguimento do feito que a tutela não será estabilizada.

A única hipótese que a maioria da doutrina elenca como inapta a ensejar a não estabilização da tutela é a interposição de recurso intempestivo, no mais, o recurso ainda que imperfeito, é meio apto para impedir a estabilização.

No que se refere ao caso de litisconsórcio passivo, não faz sentido que a concessão de tutela antecipada seja estabilizada para um réu e para outro não. Razão por que se um dos litisconsortes recorrer à tutela não será estabilizada para o recorrente, como também para os demais réus, tendo em vista que, do ponto de vista prático, não tem lógica o processo prosseguir contra um réu e os demais serem obrigados a ingressarem com a ação prevista no artigo 304, §2º do CPC (nova ação para discutir a estabilização da tutela), que será analisada em tópico próprio ainda neste capítulo.

Outro requisito fundamental para que a tutela antecipada seja estabilizada é a vontade do autor, caso o autor demonstre que quer o prosseguimento do feito, pois além da concessão da tutela pretende ter uma decisão definitiva, a tutela antecipada não será estabilizada.

Nesta senda, afirma Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 523/524):

Será inaplicável o art. 304 do CPC se o autor expressar sua vontade de que pretende, além da concessão da tutela antecipada, pronunciamento fundado em cognição exauriente capaz de gerar coisa julgada material. Contrariar a vontade do autor, nesse sentido, seria negar o exercício pleno de seu direito de ação, em manifesta violação do princípio da inafastabilidade de jurisdição, consagrada no art. 5º, XXXV, da CF.

Verifica-se que a vontade dos sujeitos processuais – autor e réu – são fundamentais para que a estabilização da tutela antecipada ocorra ou não. A lei exige do autor um comportamento positivo, ou seja, que o autor expresse o desejo de ter uma decisão proferida em cognição exauriente e juízo de certeza, enquanto que do réu exige um comportamento negativo, bastando a simples omissão em se insurgir contra a decisão concessiva de tutela antecipada.

Preenchidos os requisitos para estabilização da tutela antecipada antecedente, o processo será extinto, entretanto, a lei não é clara sobre a modalidade de extinção, não prevendo se é com resolução de mérito ou sem resolução. Apesar dessa “falha legislativa”, entende-se que está diante de uma decisão que não há resolução de mérito, porque a cognição não restou exaurida e não houve em aprofundamento de mérito.

O §1º do artigo 304 do Código de Processo Civil ao prevê que preenchidos os requisitos para estabilização o processo será extinto, entendimento congruente é que essa extinção deve ser feita por meio de uma sentença, haja vista ser este o pronunciamento judicial por excelência que põe fim a cognição do juízo de primeiro grau.

Acerca do tema, Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 525):

(...) Não imagino outra forma de se extinguir um processo que não seja por meio de sentença, já que a extinção naturalmente dependerá de uma decisão judicial, que, nos termos do art. 203, §1º, do Novo CPC, será uma sentença. (...) A decisão que concede a tutela antecipada não se confunde com a sentença que, depois dela, extingue o processo. Se a primeira é indubitavelmente uma

decisão de mérito, a segunda certamente não o é, já que não acolhe ou rejeita qualquer pedido do autor, limitando-se a extinguir o processo. A sentença nesse caso é terminativa, devendo ser fundada no art. 485, X, do Novo CPC.

Dessa forma, na hipótese de estabilização da tutela antecipada, a sentença proferida é uma sentença terminativa, proferida nos termos do artigo 485, inciso X, do CPC, em que o magistrado não resolverá o mérito.

4.2 AÇÃO AUTÔNOMA

O Código de Processo Civil prevê que qualquer das partes pode demandar no poder judiciário, objetivando rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, ou seja, ainda que as partes tenham permanecido inerte no processo da estabilização, podem, de acordo com a nossa legislação processual civil, adentrar com um novo processo para discutir a questão que foi estabilizada.

Neste tópico, inicialmente, é importante frisar que a ação autônoma prevista no §5º, artigo 304 do CPC, cria em nosso ordenamento jurídico mais um caso de competência absoluta, de caráter funcional, tendo em vista que o juízo que concedeu a tutela antecipada estabilizada torna-se prevento para o conhecimento e processamento da Ação Autônoma que venha a ser ajuizada eventualmente por qualquer das partes (NEVES, 2018, p.526).

O dispositivo supracitado, em atenção a segurança jurídica, estabelece o limite temporal de 2 (dois) anos para que a ação autônoma seja ajuizada, o que não poderia ser diferente em virtude da finalidade para qual a ação foi criada. Entende-se que o prazo de 2 (dois) anos tem natureza de prazo decadencial, de modo que o direito de ação das partes deve ser obrigatoriamente exercido dentro desse prazo, pois se esse direito se prolongasse no tempo haveria enorme violação à segurança jurídica e ao princípio da confiança.

O prazo para ajuizar a ação conta-se a partir da ciência da decisão que extingue o processo de estabilização, ou seja, a contagem do prazo inicia-se a partir da ciência das partes acerca da sentença terminativa.

A ação autônoma ajuizada seguirá o procedimento comum previsto no Código de Processo Civil, não havendo restrição inerente à espécie, inclusive, é perfeitamente possível o requerimento, no bojo da ação autônoma, de tutela antecipada no sentido de

que os efeitos da tutela estabilizada fiquem suspensos no decorrer do trâmite processual da ação autônoma. Assim, transcreve Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 526):

O processo seguirá o procedimento comum, e mesmo que o mais seja a mera inversão dos polos, se comparado com o processo em que foi proferida tutela antecipada, não está vedada a formação de litisconsórcio com terceiro que não participou do processo originário. Nessa ação, como em outra qualquer, será cabível a concessão de tutela provisória, desde que preenchidos os requisitos, para que cessem imediatamente os efeitos da tutela antecipada estabilizada.

No mesmo sentido, enunciado nº 26 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM (2015, np):

Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reformar ou invalidação pretendida, na forma do art. 296, parágrafo único, do CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior.

Assim, qualquer das partes pode requerer o desarquivamento do processo extinto em que a tutela antecipada foi estabilizada, a fim de instruir a petição inicial da ação autônoma com pedido de revogação, reforma ou invalidação, desde que o faça dentro do prazo decadencial de 2 (dois) anos e que ajuíze a ação no juízo que concedeu a tutela antecipada, por ser este prevento nos termos da lei.

4.3 COISA JULGADA *versus* ESTABILIZAÇÃO

O CPC dispõe expressamente que a decisão de estabilização de tutela antecipada não faz coisa julgada, dessa forma, já excluiria o cabimento da Ação Rescisória durante os 2 (dois) anos previsto no §5º do art. 304, haja vista que esta ação pressupõe, via de regra, a existência da coisa julgada material.

A Ação Rescisória prevista no art. 966 do CPC, não possui natureza recursal, mas sim de Sucedâneo Recursal, para impugnar uma decisão judicial transitada em julgado que foi proferida com um dos vícios previstos nos incisos I ao VIII do artigo mencionado.

É de suma importância mencionar que o rol previsto no art. 966 do CPC, trata-se de um rol taxativo, ou seja, as hipóteses que não estão previstas não podem ser rescindidas por meio de Ação Rescisória. Desse modo, a decisão de estabilização da tutela antecipada antecedente não possui previsão no artigo, além do que esta não faz coisa julgada, o que a torna ainda mais incabível.

Todavia, o Código de Processo Civil mais uma vez aparece com um instituto inovador, previsto no §2º do art. 966 do CPC. Vejamos:

Art. 966 - A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (.)

§2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: I- nova propositura da demanda; ou II- admissibilidade do recurso correspondente.

Sendo assim, além dos casos previstos, também será cabível Ação Rescisória contra uma decisão terminativa, que embora não julgue o mérito, impede outra propositura da ação ou a admissibilidade do recurso correspondente. Ao analisar os dispositivos em questão, notamos que estamos diante de situações distintas, porém estas assemelham em alguns aspectos.

Nesse contexto, apesar de a tutela antecipada antecedente estabilizada ser uma decisão de mérito e não ter o condão de formar coisa julgada, pode ser dada uma interpretação ampliativa ao §2º do artigo 966 do CPC, sendo uma hipótese encontrada na nossa legislação processual civil, que possa, por hora, sanar a omissão do esgotamento previsto no §5º do art. 304 do CPC (NEVES, 2016).

4.4 COISA JULGADA *VERSUS* ESTABILIZAÇÃO

O instituto denominado coisa julgada caracteriza-se por ser aquela decisão que se torna indiscutível e imutável no ordenamento jurídico, gerando segurança jurídica para as partes, tendo em vista que ao ser proferida em cognição exauriente com um juízo de certeza não será novamente discutida.

A tutela antecipada antecedente é proferida em um juízo de probabilidade, por meio de uma cognição sumária, dessa forma, o legislador optou por prevê expressamente no art. 304, §6º, do CPC, que essa decisão não fará coisa julgada. A

doutrina comemora a presente situação, visto que mesmo sendo estabilizada a probabilidade, esta não será imutável e indiscutível.

Isso porque o instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial, de tal modo que, destacando os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, como também a clausula do devido processo legal, seria inviável obtê-la sem que houvesse o necessário aprofundamento da questão. Assim, em face de uma solução célere, sacrifica-se a investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito, dessa forma, se teria resultados concretos, porém sem garantia de constituição definitiva (TALAMINI, 2016).

Apesar da não formação de coisa julgada, o artigo supracitado, em seu §2º, dispõe que as partes poderão rever, reformar ou anular a decisão estabilizada, desde que o façam dentro do período de 2 (dois) anos. Ademais, o dispositivo cria uma hipótese de competência absoluta, ao tornar preventivo para essa nova demanda o juízo que proferiu a decisão de tutela antecipada em caráter antecedente.

Com isso, caso as partes não adentrem com essa nova ação dentro do período de dois anos, que entendemos ser um prazo decadencial, como poderão as partes interessadas discutirem essa decisão? Esse é o objeto do estudo do presente artigo, estudar algum instituto existente no nosso ordenamento processual civil para tentar sanar essa omissão legislativa (NEVES,2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a discussão travada neste trabalho, inicialmente, é imperioso destacar que as mudanças trazidas com o novo código geraram benesses, principalmente no combate à morosidade, ainda que em tese, se adequando aos anseios dos jurisdicionados. Partindo-se para o nosso objeto de estudo, como foi visto, houve uma sistematizaçãodas espécies de tutela provisória, em que se encontram dispostas no mesmo Livro processual, facilitando, assim, a compreensão e aplicabilidade das tutelas.

É sabido que o nosso ordenamento resguarda a prestação jurisdicional e a duração razoável do processo, entretanto, esta não vem sendo alcançada com efetividade, colocando em risco o objeto do litígio. Assim, as tutelas provisórias são tidas como um mecanismo para resguardar o resultado útil do processo, preservando o direito pleiteado.

Nesse diapasão, a estabilização da tutela antecipada antecedente traz consigo o intuito de efetivar o direito requerido, em virtude da inércia da parte contrária que não

se insurge da decisão, exigindo, assim, o comportamento positivo da parte para que se tenha o andamento processual, evitando a protelação da demanda.

Assim, buscou-se entender esse novo instituto e seus efeitos processuais, destacando a possibilidade de estabilização de uma decisão proferida por meio de cognição sumária e em juízo de probabilidade. Em contrapartida, questiona-se a segurança jurídica dessa decisão, visto a impossibilidade de sua rediscussão após dois anos, mesmo não tendo havido coisa julgada, cognição exauriente e juízo de certeza.

Como meio de questionar uma decisão após seu trânsito em julgado, só há previsão do cabimento de ação rescisória, também após dois anos, por isso, diante da omissão legislativa, não se sabe se de fato o que o legislador buscou demonstrar foi a aplicabilidade ou não da ação rescisória na estabilização.

Sendo assim, a doutrina tenta clarear a lacuna existente no artigo 304 do CPC/15, discutindo que poder-se-á utilizar a ação rescisória diante de uma interpretação ampliativa do §2º do artigo 966 do mesmo diploma legal após o esgotamento do prazo preestabelecido na legislação pertinente à tutela antecipada antecedente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vinicius Porto. A posição das cautelares nominadas no atual CPC e sua concessão. **Migalhas**, 7 ago. 2017. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263245,91041-A+posicao+das+cautelares+nominadas+no+atual+CPC+e+sua+concessao> > Acesso em: 18 maio 2018

BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acesso em: 18 maio 2018

_____. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 18 maio 2018

CASADO, Ubirajara. Fungibilidade das tutelas de urgência (o que você não pode deixar de saber). **EBEJI**, 05 mar. 2018. Disponível em: < <https://blog.ebeji.com.br/fungibilidade-das-tutelas-de-urgencia-o-que-voce-nao-pode-deixar-de-saber/> > Acesso em: 20 maio 2018

FOURAKIS, Kryss. Tutela antecipada: comparativo do CPC/1973 e o NCPC/2015.

DireitoNet, 31 ago. 2016. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9891/Tutela-antecipada-comparativo-do-CPC-1973-e-o-NCPC-2015>> Acesso em: 20 maio 2018.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 20. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2016.

LEITE, Gisele. A tutela provisória do CPC/2015 (a urgência e a evidência no neoprocessualismo). **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 21 maio. 2018. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17122&revista_caderno=21> Acesso em: 21 maio 2018.

LUPETTI, Bárbara. Como diferenciar as tutelas de urgência e da evidência no novo CPC. **Consultor jurídico**, 03 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-03/barbara-lupetti-tutelas-urgencia-evidencia-cpc>> Acesso em: 21 maio 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016

_____. Daniel Amorim Assumpção. Código de Processo Civil Comentado. 3. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Da separação "rígida" das tutelas em processos no CPC/73 ao sincretismo processual do CPC/15. **Migalhas**, 22 set. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI227261,21048->> Acesso em: 19 maio. 2018

OLIVEIRA, Eliana Maria Pavan; CAMARGO, Julia Pimentel Steiner. Comparativo sobre as tutelas provisórias no CPC de 1973 e o novo CPC de 2015. Disponível em: <<http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/518/497>> Acesso em: 15 maio. 2018.

ORTEGA, Flávia Teixeira. Tutela provisória e o Novo CPC - mudanças significativas. JusBrasil. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/317933437/tutela-provisoria-e-o-novo-cpc-mudancas-significativas>> Acesso em: 17 maio. 2018

TALAMINI, Eduardo. Ainda a Estabilização da Tutela Antecipada. **Migalhas**, 01 abril. 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236877,31047-Ainda+a+estabilizacao+da+tutela+antecipada> > Acesso em: 20 maio. 2018.

VALIM, Pedro Losa Loureiro. Référe francês e o instituto da estabilização da tutela antecipada. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5216, 12 out. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60593>. Acesso em: 9 jan.2020.

O DESENVOLVIMENTO REGIONAL ECONÔMICO IMPULSIONADO PELO TRABALHO CARCERÁRIO

ERIKA ALVES MENDONÇA:
Graduada de Direito pelo Centro
Universitário de Goiatuba-GO,
UNICERRADO.¹⁰

GUILHERME SAMPAIO GOMES¹¹

(coautor)

WILSON SIMÕES DE LIMA JÚNIOR¹²

(orientador)

Resumo: O presente artigo visa compreender como o trabalho desempenhado nas penitenciárias pelos apenados influem no desenvolvimento regional econômico. O trabalho utiliza a metodologia bibliográfica, com pesquisas em livros, artigos e notícias. Faz-se uma análise sobre o trabalho penitenciário em seus diversos regimes, trazendo discussões como o dumping social e a obrigatoriedade do trabalho carcerário, seu caráter preventivo e ressocializatório configurando um direito-dever, para compreender, por fim, as vantagens, riscos e demais fatores que levam empresas a aderirem ou não à implementação da mão de obra carcerária.

Palavras-chave: Desenvolvimento regional econômico; prevenção criminal; direito-dever; dumping social.

Abstract: This article aims to understand how the work performed in penitentiaries by inmates influence regional economic development. The work uses the bibliographic methodology, with research in books, articles, and News. Na analysis is made of penitentiary work in its various regimes, bringing discussions such as social dumping and the obligation of prison work, its preventive and resocializing Character configuring a right-

¹⁰ E-mail: erikaalvesmendonca@gmail.com

¹¹ Graduando de Direito pelo Centro Universitário de Goiatuba-GO, UNICERRADO. E-mail: guilherme.sampaio.gomes@outlook.com.br

¹² Graduado em Direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara – ILES/ULBRA. Pós-graduado (*lato sensu*) em Direito Processual Civil pela Unisul. Pós-graduado (*lato sensu*) em Direito Civil pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Mestre em Planejamento e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté-SP (UNITAU). Doutorando em Direito pela UniCEUB – Centro Universitário de Brasília.

duty; to finally understand the advantages, risks and other factors that lead companies to adhere or not to the implementation of prison labor.

Keywords: Regional economic development; crime prevention; right and duty; social dumping.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 FORMAS DE PREVENÇÃO DO CRIME E A RESSOCIALIZAÇÃO. 2 O CARÁTER OBRIGATÓRIO DO TRABALHO DO PRESO. 3 O TRABALHO NOS DIFERENTES REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA. 4 BENEFÍCIOS DO LABOR DO APENADO PARA O ESTADO E SOCIEDADE. 5 DESENVOLVIMENTO REGIONAL E A PREVENÇÃO TERCIÁRIA. 6 A INICIATIVA PRIVADA E A REABILITAÇÃO DO PRESO. 8 A REALIDADE POR TRÁS DO ESTEREÓTIPO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o trabalho do apenado como fator de desenvolvimento regional, sob o aspecto econômico e social. Busca explicitar como os apenados podem contribuir para o desenvolvimento regional, ao mesmo tempo em que obtêm os benefícios advindos de seu labor, como, a remuneração, a redução do tédio de modo produtivo, a reabilitação e qualificação para que possam retornar ao mercado de trabalho. Para, ao fim, compreender quais entraves dificultam a plena realização desse fim.

Antes de adentrar ao tema, faz-se mister uma breve explanação acerca das razões que levaram a criação de um sistema de punição daqueles que infringem as normas. Para isso, lança-se mão da obra Contrato Social (1762), onde o autor Jean-Jacques Rousseau examina as origens de formação de uma sociedade justa e legítima. Segundo Rousseau, os primeiros homens eram selvagens, livres e iguais e viviam em um estado de guerra contínuo, encontrando inimigos por toda parte, de modo que, a liberdade da qual dispunham era inutilizada em razão do constante risco de perdê-la, isto é, da incerteza de sua preservação.

Assim, visando a paz, os homens formam o que Rousseau define como “contrato social”, onde cada um sacrifica uma parte de sua liberdade, a fim de poder gozar do restante com segurança. E, a soma de cada parcela de liberdade sacrificada forma uma “vontade geral”, coletiva da comunidade.

Ante ao sacrifício das liberdades, entra em cena, o poder soberano. O depósito destas liberdades seria a lei, contudo, esta, por si só, não é suficiente para evitar o despotismo. Por este fato, e a fim de instrumentalizar esse poder, surgem as penas como meios de desviar o ânimo individual da tendência à barbárie violenta. Nesse sentido, mais

justa será a pena quanto mais efetiva ela for ao resguardar a segurança do apenado e da sociedade, e quanto maior for a conservação da liberdade individual na realização desse fim.

Logo, a prevenção da infração consiste na melhor forma de garantir a máxima liberdade individual com o mínimo de prejuízo à coletividade. Notadamente num estado democrático de Direito, como o Brasil, onde a liberdade é a regra e a prisão a exceção, deve prevalecer a orientação prevencionista, evitando o delito antes que seja preciso puni-lo.

1 FORMAS DE PREVENÇÃO DO CRIME E A RESSOCIALIZAÇÃO

A criminologia indica três tipos de prevenção para o crime. A prevenção primária consiste na criação de pressupostos que atuem neutralizando as causas do delito portanto, se debruça sobre questões como, o acesso à saúde, educação, moradia, qualidade de vida, empregos e políticas de redução da pobreza. Trata-se, de um tipo de intervenção que geralmente não produz efeito imediato, nas palavras de José César Naves de Lima Junior (2018, p. 104), são instrumentos preventivos de médio a longo prazo, uma vez que, envolvem mudanças de comportamento, e questões complexas.

A prevenção secundária, por sua vez, se dirige aos setores que mais tendem a sofrer com a criminalidade, sendo uma atuação mais pontual, direcionada aos grupos de risco e que busca evitar a potencialização da criminalidade (e.g., policiamento extensivo, iluminação pública), incidindo no momento em que o crime ocorreu ou ocorrerá, são ações imediatas para reprimir ou prevenir novos crimes, sem necessariamente atacar as causas destes.

E, por fim, há a prevenção terciária, foco da presente pesquisa sob a ótica do labor, a qual se dá em momento posterior ao ilícito, isto é, age sobre o detento, e seu intuito é evitar a reincidência oportunizando ao egresso meios e medidas alternativas que este possa se qualificar¹³. Tem, portanto, um caráter punitivo (restringindo a liberdade do desviante) ao mesmo tempo que ressocializante. (LIMA JÚNIOR, 2018, p. 105)

O processo de ressocialização consiste em tornar o indivíduo que praticou um desvio, apto ao retorno a convivência em sociedade após o cumprimento de sua pena. Tendo em vista que o ambiente penitenciário submete o indivíduo à regras da instituição

¹³ Ademais, é digno de nota que o Estado não tem o dever incondicional de ressocializar o apenado a todo custo, mas tão apenas de fornecer meios para que este, caso queira, se reinsira na sociedade não cometendo novos crimes. Não há de se falar em uma utopia onde a taxa de reincidência seja 0%, mas é de interesse geral chegar tão próximo disso quanto possível.

(horário de acordar, dormir, comer, vestimentas próprias), bem como à regras dos próprios detentos, ele se vê sem autonomia alguma sobre si mesmo, seu nome é trocado por um apelido, e gradualmente o indivíduo que adentrou ali se despessoaliza. (SEQUEIRA, 2005, p. 44 e 45)

Logo, iniciativas de a ressocialização se fazem necessárias também em razão do tempo de cumprimento de pena no presídio. Conforme dispõe a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984) em seu art. 1º, é dever do Estado proporcionar condições mínimas para a reintegração, isto é, o Estado não garante a ressocialização, nem obriga o indivíduo a se ressocializar, mas deve oportunizar condições para que, caso queira, ele possa se capacitar de algum modo, visando a reintegração social.

Assim, dentre os meios possíveis de ressocialização, há o estudo, programas de tratamento para vícios em drogas, e o trabalho. Neste artigo enfatiza-se o trabalho, como forma de que a própria sociedade possa contribuir neste processo, tornando-o mais efetivo.

2 O CARÁTER OBRIGATÓRIO DO TRABALHO DO PRESO

O Brasil adota o sistema penitenciário progressivo em sua legislação (art. 112, *caput* da LEP), visando a ressocialização dos detentos e permitindo a progressão de regime conforme o cumprimento de determinados requisitos, como o bom comportamento do preso. Esse sistema tem o trabalho como preparação do apenado para a vida em liberdade, readaptando-o, gradualmente, ao convívio social.

O trabalho é garantido constitucionalmente como um direito social (art. 6º da CF/88), entretanto conforme disposto no art. 31 da Lei de Execução Penal, este também tem caráter obrigatório, isto é, configura um dever do preso, de modo que a recusa no seu cumprimento caracterizará falta grave (arts. 39, inc. V e 50, inc. VI da LEP). Deste modo, uma primeira leitura comparada entre os dois dispositivos legais poderia gerar dúvidas quanto a receptividade do dispositivo da LEP pela CF/88. Isso porque a Constituição, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea "c", dispõe que "não haverá penas de trabalho forçado".

Configurando, assim, um aparente conflito normativo entre o direito individual garantido pela Lei Maior e uma obrigação imposta pela LEP. Contudo, este conflito é esclarecido através da compreensão dos conceitos de trabalho "*obrigatório*" e "*forçado*":

[...] não há que se confundir o conceito de trabalho forçado, vedado pela Constituição Federal, com o conceito de trabalho

obrigatório previsto na Lei de Execução Penal, o qual encontra-se em conformidade com as normas legais, visto que a lei prevê em seus artigos a remuneração do preso pelos serviços prestados, além da jornada diária não poder ser superior a 8 (oito) horas por dia, com descanso aos domingos e feriados. (FERNANDES, 2020)

Assim, a vedação ao trabalho forçado prevista na Constituição Federal impede, tão somente, o labor exigido de forma coercitiva, de cunho escravocrata e cruel, que infelizmente fazem parte de nossa história. Então, não há de se falar em inconstitucionalidade dessa obrigação, vez que a falta grave decorrente do descumprimento da obrigação de trabalhar serve como meio de estímulo ao trabalho. Neste contexto, o trabalho penitenciário existe como técnica de dignificação do homem, e pressupõe o respeito a sua personalidade e integridade moral, ao deixar a sua escolha participar ou não¹⁴.

3 O TRABALHO NOS DIFERENTES REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

O trabalho do apenado poderá ser interno ou externo, e, a depender do regime de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto), será determinado o modo e as condições de sua realização. Assim, no regime fechado, caracterizado pela reclusão completa do apenado, o trabalho só poderá ocorrer no interior do estabelecimento prisional, excetuado a hipótese de trabalho em serviço ou obra pública. Quanto ao trabalho interno:

[...] o trabalho interno trata-se do serviço realizado nas dependências do estabelecimento prisional, podendo consistir em atividades auxiliares na cozinha, enfermaria, lavanderia, reformas, construções, dentre outros, todas mediante remuneração por força do art. 29 da LEP (PRADO, 2017)

¹⁴ Por óbvio, tendo em vista que o Brasil adota o Sistema Progressivo de Cumprimento de Pena, onde a reinserção do apenado à sociedade é gradual, é de se esperar que aqueles que demonstrem comportamento antissocial, se recusando a desempenhar obrigação a todos imposta (o trabalho), tenham dificuldades de progredir de regime. Nada mais justo, portanto, que a sua gradual reinserção ao convívio social seja retardada.

Já no regime semiaberto, passa a ser permitido o trabalho externo. Segundo o artigo 91 da LEP, o regime de cumprimento de pena em semiaberto deve ser desenvolvido em colônia agrícola, industrial ou similar. Contudo em razão da ausência de recursos e estruturas que abranjam locais apropriados para realização deste fim, os apenados recorrem à busca do trabalho por conta própria, não havendo objeções legais à prática, segundo o STJ (CONSULTOR JURÍDICO, 2022). Uma possível alternativa à solução deste entrave poderia ser a realização de convênios e parcerias com a sociedade civil e empresários, que possuem o potencial de oferecer aos detentos a oportunidade de trabalhar, ao mesmo tempo em que se reduz os custos para o sistema penitenciário.

Por fim, há ainda o regime aberto, etapa que antecede a efetiva reinserção do apenado à sociedade. Nesta modalidade, o trabalho deixa de ser obrigatório, todavia, caso o apenado não trabalhe, deverá frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada (art. 36, §1º do CP). Diferentemente dos outros regimes, no aberto, a obrigatoriedade em fornecer o trabalho não pertence ao Estado, devendo o próprio apenado providenciá-lo.

Quanto à disciplina legal do trabalho realizado, a LEP dispõe em seu artigo 28, §2º, que “o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”. Contudo, essa disposição não se aplica aos apenados que se encontram em regime aberto, mas somente àqueles que se encontram em regime fechado e em semiaberto, desde que não possuam vínculo de pessoalidade com alguma empresa.

Quanto a isso, Rodrigo Murad (2017):

O trabalho externo estando o segregado em regime aberto infere-se o vínculo empregatício tutelado pela CLT. Contudo, ainda há discussão no que tange ao cumprimento da pena em regime semiaberto, porém tem decidido os tribunais pelo reconhecimento do vínculo laboral.

Ademais, aos presos cujo labor está disciplinado pela LEP, são garantidos direitos semelhantes aos garantidos aos celetistas, tais como limitações a jornada de trabalho que não poderá ser superior a 08 horas com descanso aos domingos e feriados, bem como remuneração que não poderá ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário-mínimo.

Entretanto, este último aspecto, configura outro conflito aparente com as disposições constitucionais, uma vez que disciplina remuneração inferior ao salário-mínimo. Nos termos da magna carta:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Inicialmente, destaca-se que, em termos semânticos, o artigo da constituição faz referência aos “trabalhadores urbanos e rurais”, de modo que aqueles que se encontram inseridos no sistema penitenciário, em razão da especificidade de sua condição, tem seu trabalho disposto em legislação específica, de modo que não se inclui no referido dispositivo.

Ademais, a comparação direta entre as condições de um detento e um indivíduo em liberdade, ignorando as diferenças inerentes aos seus contextos, denota uma compreensão muito simplista e vazia, tendo em vista que o apenado tem parcela de suas custas de vida arcadas pelo próprio Estado.

4 BENEFÍCIOS DO LABOR DO APENADO PARA O ESTADO E SOCIEDADE

É importante ressaltar que o trabalho advindo dos detentos não implica numa benfeitoria exclusiva deste público, mas também em benefícios à sociedade e ao próprio Estado. Dentre estes benefícios há a redução da reincidência, isto é a probabilidade de que o preso retorne à atividade criminal, o que contribui para a segurança pública. Quanto a este aspecto, a cartilha do Ministério Público de Goiás sobre Mão de Obra Carcerária é incisiva, ao expor:

[ressocializar] trabalha a comunidade em duas vertentes. Na primeira, amplia-se o mercado de trabalho para esse segmento e, na segunda, evita-se a reincidência criminal.

Entende-se por reincidência o retorno do preso à atividade criminal após o cumprimento da pena. Assim, para que esse

preso não volte ao crime é necessário que haja uma rede de apoio para provê-lo nas escolhas certas, sendo o trabalho uma delas.

Portanto, a ressocialização ensina o lado correto da vida, desenvolve as relações éticas, afasta o condenado da inércia, do ostracismo, dos pensamentos negativos, recupera a sua autoestima e seu senso de humanidade e permite o melhor aproveitamento da estrutura penitenciária ao ampliar a disponibilidade de números de vagas no sistema carcerário.

Ressocializar é integrar, recuperar e agir, papel não somente do Governo, mas também de toda a sociedade envolvida (2011, p. 10).

Outro benefício, é a redução de custos para o sistema prisional, pois parte da renda auferida pelo apenado também é destinada a indenizações e ressarcimento do Estado das despesas prisionais, reduzindo, portanto, o custo que um preso acaba tendo para o Estado¹⁵, permitindo que mais verba seja alocada para, por exemplo, educação, gerando uma prevenção primária (preferível à terciária).

Ainda no que concerne a benefícios advindos da laborterapia, expõe a referida cartilha:

[a laborterapia] incute no preso a vontade de sentir-se útil e produtivo; aumenta a sua autoestima, propicia a inclusão e integração com a sociedade, mostrando novos caminhos fora da criminalidade. Além disso, gera renda para o preso e sua família, fortalecendo o núcleo familiar e, por consequência, promovendo o crescimento da economia local (2011, p. 9).

Por fim, o trabalho prisional em alguns casos poderá ser direcionado a projetos que visam à reparação da vítima ou da sociedade, como projetos comunitários e

¹⁵ Todavia, o ressarcimento e a indenização não tomarão toda a renda do preso. Será destinada uma parte menor para tais fins, e outra parte para a assistência à família, pequenas despesas pessoais do preso e até mesmo a constituição de uma Caderneta de Poupança para quando for posto em liberdade (art. 29, LEP).

restauração de danos. Além de gerar produtos e serviços que beneficia a economia local e nacional, ajudar a promover valores como responsabilidade, disciplina e desenvolver habilidades que poderão ser utilizadas na melhoria de suas perspectivas de emprego e, também, resultar em menor reincidência e maior reintegração social.

5 DESENVOLVIMENTO REGIONAL E A PREVENÇÃO TERCIÁRIA

Conforme Celso Furtado (apud THEIS, 2019) – economista que examinou a problemática regional brasileira considerando suas inúmeras implicações – antes de se adentrar ao estudo do desenvolvimento regional, é necessário compreender os objetivos nacionais, bem como as causas da desigualdade regional.

Nesse sentido, expõe o economista:

De que resultam mesmo essas disparidades regionais? uma economia capitalista, o desenvolvimento das forças produtivas sobre dado território produz desigualdades, sobretudo, porque, em cada região, a provisão de meios de produção é, quantitativa e qualitativamente, diferenciada, assim como é diferenciada a produtividade de sua força de trabalho. Uma vez atuando a força de trabalho sobre os recursos produtivos mobilizados para a produção de mercadorias em cada região, no âmbito de dada formação nacional, o território será progressivamente alterado – de “meio natural” ele, progressivamente se converte em “meio técnico-científico-informacional” (SANTOS; SILVEIRA, 2013 apud THEIS, 2019, p. 21)

Assim, vislumbra-se que são diversos os fatores que influem no desenvolvimento de determinada região. Os recursos (naturais e econômicos) disponíveis e a forma com que são utilizados, os efeitos indiretos das políticas macroeconômicas e setoriais, e a condição organizacional social da região. O setor industrial passa a evoluir conforme a capacidade em promover recursos, logo, as regiões com maior capacidade se desenvolverão mais e passarão a concorrer mercado com as de menor capacidade, resultando na acentuação da desigualdade regional.

Nesse diapasão, surgem estratégias de desenvolvimento para as regiões brasileiras respeitando seus aspectos particulares, e de modo a harmonizar seus interesses. Ressalta-

se três principais estratégias, de diferentes enfoques: a primeira tem como ponto central a autorregulação do mercado (compreendendo as desigualdades como decorrência da intervenção estatal); a segunda, em oposição, propõe a intervenção estatal (compreende o mercado autorregulado como ficção), através de políticas visando nivelar as regiões; já para a terceira, as desigualdades só podem ser evitadas ao superar as condições materiais que propagam a continuidade delas. (THEIS, 2019, p.21 e 22)

Por fim, o último enfoque busca a autonomia de cada comunidade regional para definir seu projeto societário. Reconhece as influências do mercado e do Estado, e em razão disso propõe um combate que não se atenha somente a estes sujeitos. Portanto, os trabalhos dos apenados nas penitenciárias influem dentro desta perspectiva, agindo através de um projeto societário que perpassa pelas políticas estatais e pela atuação do mercado, utilizando uma mão de obra que do contrário ficaria inerte, sendo capaz de promover um ressarcimento econômico dos gastos tidos com eles, bem como capacitando-os para continuarem trabalhando quando se tornarem egressos, reduzindo, incidentalmente, a reincidência.

6 A INICIATIVA PRIVADA E A REABILITAÇÃO DO PRESO

Como mencionado anteriormente, caso ocorra uma união entre empresa e Poder Público no emprego da mão de obra carcerária para realizar trabalho interno¹⁶, este serviço não será regulado por normas trabalhistas, mas por normas próprias, o que enseja em uma redução significativa nos encargos a serem custeados pelo empregador. Dentre eles, a concessão de férias, 13º salário, além de que não estará obrigado a pagar o salário-mínimo na sua integralidade, uma vez que a LEP dispõe como remuneração mínima o valor de $\frac{3}{4}$ do salário-mínimo.

Observe-se que a redução destes encargos trabalhistas não implica em suprimir os direitos trabalhistas que dizem respeito a segurança, saúde no trabalho, uma vez que, deverá atender a questões éticas, de modo a não resultar na exploração dos detentos, mas proporcionar uma oportunidade justa e construtiva de emprego.

Outro fator que também poderá ser implementado em alguns lugares a fim de beneficiar o empresário são os incentivos fiscais, descontos ou reduções de impostos que poderão resultar em mais economia. Dessa forma, a redução no custo de mão de obra, somada aos incentivos fiscais, resultarão em uma produção de menor custo, o que

¹⁶ Reforçando que o STJ tem entendido que o trabalho externo no regime semiaberto obedece à CLT, podendo o apenado inclusive trabalhar em empresa privada externa sem convênio com o presídio (CONSULTOR JURÍDICO, 2022).

oportuniza uma maior obtenção de lucro, além de preços mais competitivos no mercado. Ao mesmo tempo, irá capacitar o apenado para que, quando retornar ao convívio social, possa trabalhar dignamente, podendo inclusive permanecer na empresa.

Nesse sentido Roberto da Silva (2001, p. 19-20):

Os principais motivos para a utilização da mão-de-obra presidiária têm sido: baixo custo, por não incidirem encargos trabalhistas e o salário ser baixo; baixas despesas com locação, água e luz; facilidade de reposição de mão-de-obra; inexistência de greves, reivindicações ou paralização da produção.

Ademais, reitera-se que um outro benefício a longo prazo para o empresário, e para sociedade em geral, considerando que, atualmente, muito é gasto com segurança pública e particular, apesar de não haver um retorno no caráter dissuasório da prática de delitos. Com o emprego dos apenados, proporciona uma nova perspectiva de vida, reduz-se a reincidência criminosa. Assim, os gastos com segurança e seguros poderão ser drasticamente reduzidos, beneficiando empresários e a sociedade como um todo.

Nesse sentido, novamente, Roberto da Silva (2001, p. 21):

O empresariado, de modo geral, tem se mantido à distância da formulação, operacionalização e avaliação da política criminal e penitenciária. Entretanto, suas deficiências têm gerado graves distorções na sociedade, com reflexos na própria atividade das empresas. A maneira que a iniciativa privada encontrou para tentar se proteger da criminalidade tem sido criar, fomentar e manter uma indústria de segurança privada e outra de seguros. Mas os custos dessas atividades acabam sendo repassados ao consumidor final de seus produtos e serviços. Isto é uma parcela significativa do chamado Custo Brasil. O efetivo de vigias e seguranças particulares no país já é o maior do que todo o efetivo das polícias civil e militar juntas. Da mesma forma, a indústria de seguros, com destaque para os patrimoniais e de vida, é um

dos setores que apresenta maior taxa de crescimento, ano após ano.

Por fim, o envolvimento de empresas no emprego de detentos evidencia responsabilidade social o que pode melhorar a imagem da empresa perante a comunidade, além da produção de serviços e produtos com um apelo aos consumidores conscientes do aspecto social envolvido na produção.

A contratação de mão de obra carcerária pode ser benéfica, mas também envolve ônus e responsabilidades para os empresários, requerendo um certo investimento por parte do empresário, e.g., maquinário, equipamentos de proteção pessoal, isto é, instrumentos que tornem possível o trabalho. Em contrapartida, a fim de incentivá-lo, uma vez que estará contribuindo com uma questão social relevante, ele arcará com uma quantidade menor de encargos trabalhistas, algo que pode ser atrativo a longo prazo.

Entretanto, na prática, há pouquíssimos precedentes de empresários utilizando a mão de obra carcerária, seja pelo receio por acreditarem ser uma atividade de risco (o que é próprio da atividade empresarial) ou pela baixa confiança em que os apenados desempenhem um bom serviço e de maneira honesta.

Nesse contexto, a partir da referida redução de encargos ao empregador, surge a prática do chamado “Dumping social”, compreendido como:

O dumping social no Ordenamento Jurídico do Direito do Trabalho pode ser traduzido de maneira objetiva como instrumento de entidades privadas ou públicas liquidarem a concorrência, auferindo vantagens financeiras, às custas da supressão ou redução dos direitos existenciais mínimos de seus empregados. (OLIVEIRA e PESSÔA, 2019, p. 14)

Caracterizado pelo descumprimento de direitos trabalhistas, a fim de reduzir custos de produção de forma que os produtos possam ser comercializados a um preço inferior ao de mercado, o Dumping social gera um aumento dos lucros através de vantagem indevida, o que configura concorrência desleal e fere o direito à livre concorrência.

Essa prática pode ser observada em diversas áreas, inclusive na do trabalho carcerário. Quando a empresa passa a abusar do poder diretivo, usando

indiscriminadamente a mão de obra carcerária, sem se preocupar em fornecer segurança adequada, e oportunidade de qualificação real, se limitando a exigir serviços meramente mecânicos, verifica-se o desvio da finalidade social do serviço, para a mão de obra barata dos apenados.

Ademais, existe legislação competente que dispõe sobre a matéria, segundo Evellyn (2019):

Em 1979, o Brasil subscreveu os Acordos Antidumping e de Subsídios e Medidas Compensatórias do GATT, os quais se tornaram parte do arcabouço jurídico do país em 1987, através dos Decretos nº 93.941 e nº 93.962, aprovados pelo Congresso Nacional no Decreto Legislativo nº 20, aprovados em dezembro de 1986.

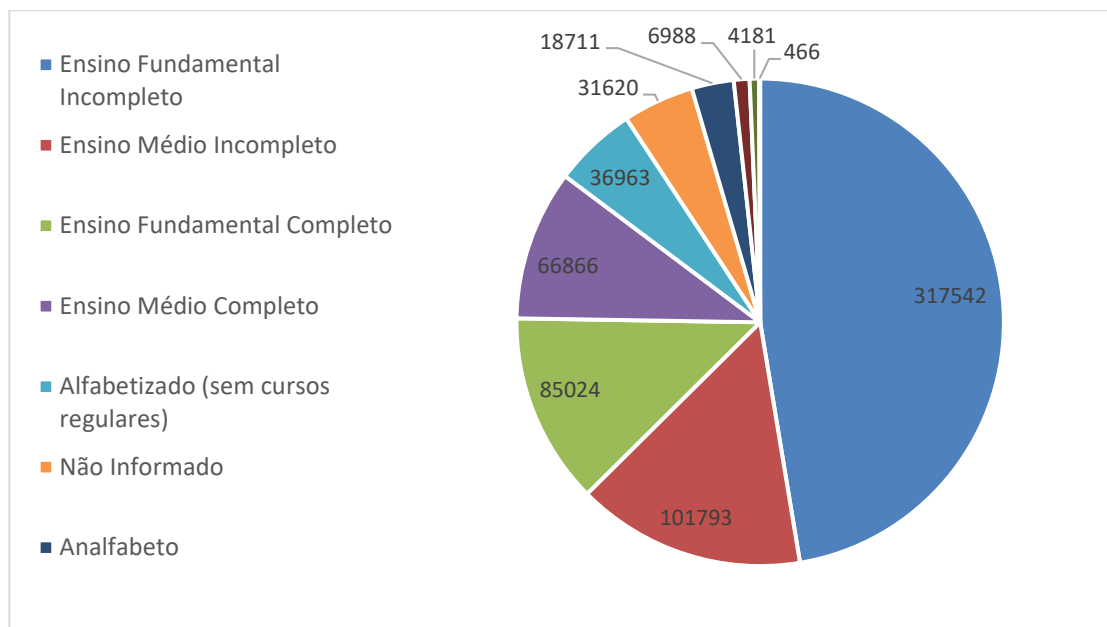
Assim, em âmbito internacional, o principal órgão que fiscaliza a ocorrência de *dumping* é a Organização Mundial do Comércio (OMS), enquanto em âmbito nacional o responsável pela fiscalização é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Nota-se que a condenação à prática do *dumping* se faz presente não apenas no ordenamento jurídico pátrio, mas também no plano internacional.

Todavia, há formas de descaracterizar o *dumping*, simultaneamente ao uso da mão de obra carcerária. Nesse sentido, Roberto da Silva (2001, p. 20) explicita formas com as quais os empresários podem exercer sua responsabilidade social, dentre elas, destaca-se: o fornecimento de equipamentos de segurança e proteção, transporte e alimentação, proporcionar oportunidades de aperfeiçoamento e capacitação (como com treinamentos), e assegurar empregos após a obtenção da liberdade.

Logo, desde que o empregador se atente a questões éticas, e não vise explorar o preso, mas oportunizar meios reais de qualificação, com chances de integração ao mercado, ele poderá obter vantagens e simultaneamente contribuir para a reintegração de detentos.

8 A REALIDADE POR TRÁS DO ESTEREÓTIPO

A população carcerária brasileira é composta majoritariamente de pessoas economicamente desfavorecidas e de baixa escolaridade. Segundo dados coletados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), do último levantamento, datado de junho de 2019, extrai-se que a população carcerária brasileira é composta de mais de 75% de indivíduos que não completaram, sequer, o ensino médio:



Fonte: Elaborado pelos autores com base em dados do Infopen de jul/2019

Sabe-se que dentre os múltiplos fatores que geram criminalidade, a desigualdade social, a ausência de uma educação de qualidade, fatores socioeconômicos, e o desemprego são determinantes na origem do comportamento criminoso, o convívio diário com a desigualdade social resulta em sentimentos de injustiça, impotência e revolta.

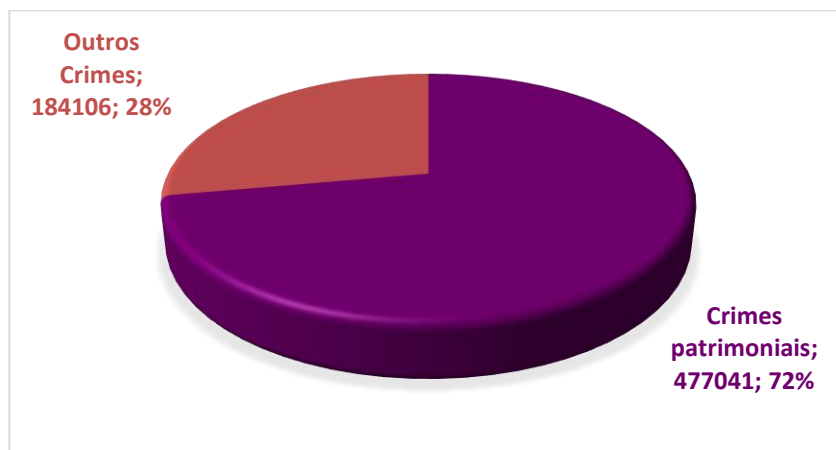
Assim, uma parcela da população que sequer teve acesso à educação de qualidade (para desenvolver habilidades e competências), dificilmente terá acesso bons empregos, por outro lado o acesso ao crime lhe é facilitado. Neste contexto, a falta de oportunidades, faz com que muitos indivíduos recorram criminalidade, vista então como uma chance de mudança de vida, assim, “o menos favorecido tende a optar pelo crime, pois compensa mais que um trabalho normal”, limitando “a vida dos pobres e também das outras classes sociais, pois os seus derivados acabam por afetar toda a coletividade” (DIAS, 2019, p. 5).

Desse modo, não é por outra razão que a maioria dos detentos no Brasil estão encarcerados em decorrência de crimes de cunho patrimonial. Do mesmo levantamento do Infopen já mencionado, extrai-se ainda, que a quantidade de detentos reclusos no Brasil atingiu a quantia de 661.147 pessoas, distribuídos nas seguintes espécies de crimes:

Crimes	Qtd.
Crimes Contra o Patrimônio	283732
Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)	193309
Crimes Contra a Pessoa	87913
Estatuto do Desarmamento	33691
Crimes Contra a Dignidade Sexual	33186
Crimes Contra a Paz Pública	11911
Outros	10446
Crimes Contra a Fé Pública	3966
Crimes Contra a Administração Pública	1753
Crimes praticados por particular contra a Administração Pública	820
Crimes de Trânsito	420

Fonte: Elaborado pelos autores com base em dados do Infopen de jul/2019

Destarte, considerando que crimes envolvendo drogas em sua quase totalidade também envolvem o favorecimento financeiro pessoal, pode-se considerar que quase $\frac{3}{4}$ dos crimes cometidos no Brasil são de cunho patrimonial:



Fonte: Elaborado pelos autores com base em dados do Infopen de jul/2019

Logo, surge a necessidade de questionar se, mesmo que a situação financeira desses indivíduos reclusos fosse mais favorável, eles ainda optariam por cometer atos criminosos. Em face de tal indagação surge a Teoria Crítica, a qual defende que “o homem não teria o livre-arbítrio, ou liberdade de escolha quando pratica um determinado delito por encontrar-se sujeito a um determinado sistema de produção” (LIMA JÚNIOR, 2018, p. 134-135). Portanto, as ações criminosas de uma pessoa podem ser influenciadas pelo sistema socioeconômico no qual ela está inserida, e seu livre-arbítrio e liberdade de escolha podem ser limitados em um contexto específico de produção.

É importante ressaltar que a relação entre desigualdade e criminalidade é complexa e multifatorial, isto é, muitos outros fatores, como oportunidades de intervenção e fatores pessoais, desempenham papéis importantes na tomada de decisões individuais em relação à criminalidade. No entanto, a redução da desigualdade e o acesso igualitário a oportunidades econômicas e sociais podem ajudar a prevenir o crime, melhorando a qualidade de vida e as perspectivas de muitos indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatado que a maior parte dos crimes é de natureza patrimonial, compreende-se que uma das raízes do crime, é a própria desigualdade econômica e social, a qual só poderá ser verdadeiramente tratada através dos meios de prevenção primária, que visam o acesso a saúde, educação, a empregos dignos e assim sucessivamente.

Este artigo se debruça sobre o trabalho carcerário, que é um dos modos de gerar prevenção terciária, amenizando os reflexos dessa desigualdade, evitando a reincidência

criminal ao gerar uma oportunidade tardia a àquele detento que deseja mudar sua condição de vida e ainda promovendo o desenvolvimento regional de determinados locais.

Conforme se demonstrou o empenho nessa modalidade de trabalho, a princípio onerosa, e pouco utilizada, pode se dar através da realização de convênios e parcerias com a sociedade civil e o Estado, a fim de reduzir custos. Ao mesmo tempo, é necessário que se organize um bom programa de incentivos fiscais, a fim de que, se sintam estimuladas a participar. Ao fim, frisa-se a necessidade de estabelecer uma regulamentação adequada, de modo a não sopesar o empresário e, ainda assim, garantir um trabalho digno e novas oportunidades ao detento.

Neste contexto, reitera-se a necessidade, que a própria sociedade se mova no sentido de reintegrar essas pessoas que se encontram à margem, isto é, distanciar o olhar preconceituoso e estereotipado e tornar o seu olhar mais consciente do aspecto social complexo que envolve essa problemática.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 7 dezembro 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 julho 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2023.

DIAS, D. O. POBREZA, CRIMINALIDADE E DIREITOS SOCIAIS: CAUSAS, CONSEQUÊNCIAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, [S. l.], v. 14, n. 1, p. 53–63, 2019. DOI: 10.21207/1983.4225.499. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/499>. Acesso em: 10 out. 2023.

FERNANDES, Barthira D. O. **A obrigatoriedade do trabalho prisional previsto na lei de execução penal e a vedação de penas de trabalhos forçado disposto na constituição federal**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Brasília, 2022.

LIMA JÚNIOR, José César N. D. **Manual de Criminologia**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

LIMA, Evellyn C. S. Dumping - Economia. **InfoEscola**, 2019. Disponível em: <https://www.infoescola.com/economia/dumping>. Acesso em: 19 set. 2023.

NERY JÚNIOR, José Carlos M. **Cartilha Mão de Obra Carcerária**. Goiânia: Ministério Público, 2011. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/portalweb/hp/7/docs/cartilha_mao_de_obra.pdf. Acesso em: 19 set. 2023.

OLIVEIRA, José Matheus A. R. D.; PESSÔA, Ulisses. O Trabalho do Apenado em Relação à Execução Penal e Seus Desdobramentos nos Ramos do Direito. **Legis Augustus**, 12, 23 out. 2019. Disponível em: <https://revistas.unisuam.edu.br/index.php/legisaugustus/article/view/443>. Acesso em: 19 set. 2023.

PRADO, Rodrigo M. D. **Do trabalho do preso no âmbito da Lei de Execução Penal**. [S.l.]: Canal de Ciências Criminais, 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/trabalho-presolei-execucao-penal/>. Acesso em: 19 set. 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. ISBN 85-336-0552-8.

SENTENCIADO pode trabalhar em empresa privada externa sem convênio com presídio. **Consultor Jurídico**, 06 fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-06/stj-autoriza-presos-trabalhar-empresa-privada-fora-presidio>. Acesso em: 19 set. 2023.

SEQUEIRA, Vania C. **Vidas abandonadas: crime, violência e prisão**, São Paulo, 2005. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/3419>. Acesso em: 10 out. 2023.

SILVA, Roberto da. **O que as empresas podem fazer pela reabilitação do preso**. São Paulo: Instituto Ethos, 2001. ISBN 85-88046-04-0. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/26.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

THEIS, Ivo M. O que é desenvolvimento regional? Uma aproximação a partir da realidade brasileira. **Redes**, 24, n. 3, 03 setembro 2019. 334-360. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/redes/article/view/13670>. Acesso em: 10 out. 2023.

TRABALHO INFANTIL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS E O DESAFIO CONTEMPORÂNEO

AUGUSTO CÉSAR PIRES SOUZA JÚNIOR:

Bacharel em Direito graduado pela FMU – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Escola Paulista de Direito – EPD. Analista Judiciário – Área Judiciária e ocupante do cargo em comissão de Assessor de Desembargador, na condição de servidor público efetivo, do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.¹⁷

RESUMO: A partir da análise do regramento estabelecido no plano internacional e, no âmbito interno, iniciado pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), o artigo apresenta as principais nuances que norteiam o trabalho infantil para, então, estabelecer os desafios surgidos no mundo moderno. Confrontando-se as hipóteses de trabalho ilícito e proibido, busca-se a reflexão sobre a melhor solução para a análise do advento de novas atividades em que se encontram inseridas as crianças e adolescentes, sobretudo com o advento da revolução tecnológica ou 4.0 e o possível impacto na doutrina da proteção integral e prioridade absoluta.

Palavras-chave: trabalho infantil; trabalho ilícito e proibido; proteção integral; panorama normativo; desafio contemporâneo.

1. INTRODUÇÃO

O advento da revolução tecnológica ou revolução 4.0, bem como o avanço na dinamização das relações sociais têm efetuado acentuadas mudanças no mercado de trabalho. Se, por um lado, emerge acentuada discussão sobre as alterações advindas quanto às formas da contratação da força laboral no mundo atual, não mais circunscrita ao padrão ordinário do liame empregatício estabelecido conforme conjugação dos requisitos do art. 2º e 3º da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), de outro se sobressai a preocupação com a exploração do trabalho infanto-juvenil.

Questionamentos diversos acerca de, até que ponto, a execução de atividade remunerada, seja direta ou indireta, por crianças e adolescentes pode atingir a sua higidez física e mental eclodem na sociedade, sobretudo com o avanço da utilização de ferramentas tecnológicas e virtuais.

17 E-mail: augustocesar.jus@hotmail.com

A partir do panorama internacional previsto para a proteção das crianças adolescentes e da mudança, no plano interno, inaugurada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), far-se-á a reflexão sobre os possíveis efeitos e impactos gerados sobre o patamar civilizatório mínimo assegurado à pessoa infanto-juvenil.

Por intermédio da análise das hipóteses de trabalho ilícito e proibido, de acordo com a teoria das nulidades trabalhistas, e do contraponto com as novas formas de exploração do trabalho infanto-juvenil que têm surgido na sociedade, busca-se, ao final, apresentar uma conclusão sobre qual a melhor forma de se manter o dever de solidariedade imposto ao Estado, à sociedade e à família quanto à proteção integral e prioridade absoluta da criança e do adolescente quando inseridos no mercado de trabalho.

2. TRABALHO INFANTIL. PANORAMA NORMATIVO DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL E INTERNO.

O reconhecimento de que, ao longo da história da sociedade mundial, crianças e adolescentes foram alvo da exploração da sua força de trabalho, com submissão a jornadas extenuantes e condições de trabalho degradantes, acirrou o debate sobre a necessidade de proteção infanto-juvenil.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), instituída pelo Tratado de Versalhes de 1919 e com atuação desde a primeira guerra mundial (1914-1918), vem combatendo a exploração do trabalho infantil como um dos seus eixos centrais de concretização da paz e justiça social. A partir da inclusão, pelo organismo internacional, da *"abolição efetiva do trabalho infantil"* como princípio de e direito fundamental no trabalho (*"core obligation"*), na Declaração de Filadélfia que integra o anexo do instrumento da Constituição da OIT, alargou-se o panorama normativo de proteção à criança e ao adolescente no âmbito externo.

Nesse sentido, destaca-se a existência da Convenção 138 da OIT, que estabeleceu, como idade mínima de admissão ao emprego, aquela coincidente com a de conclusão da escolaridade obrigatória, mas nunca inferior a quinze anos (art. 2º, item 3), sem que se descuide do compromisso de todos os países-membros em que vigore a convenção de

seguir uma política nacional que assegure a efetiva abolição do trabalho infantil e eleve, progressivamente, a idade mínima de admissão a emprego ou a trabalho a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do adolescente (OIT, Convenção 138, art. 1º).

Emerge, ainda, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, o estabelecimento da proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para a sua eliminação, cujo regramento consta na Convenção 182 do organismo internacional, destacando-se, dentre outros, *“o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças”* (OIT, Convenção 182, art. 3º, d).

No plano internacional, também não há como se olvidar a proteção assegurada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), que prevê a proteção à infância e social de todas as crianças (art. 25, item 2); a adoção e preservação de medidas de proteção e de assistência à crianças e adolescentes, inclusive contra a exploração econômica e social, estabelecida no art. 10, item 3, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC); a salvaguarda dos direitos da criança estabelecida pelo art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH) e art. 16 do seu Protocolo Adicional (Protocolo de San Salvador de 1998); e o largo arcabouço protetivo também estabelecido por intermédio da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1989.

Seguindo a mesma linha da importância de proteção à criança estabelecida no plano internacional, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), reconhecida pelos estudiosos do direito como a Carta Cidadã, haja vista o seu lastro no regime democrático e adoção da dignidade humana como fundamento, vetor e centro de gravidade de todo o ordenamento jurídico (art. 1º, *“caput”*, III), promoveu significativa mudança no regramento interno.

Isto porque, se até o advento da promulgação da CF/88, vigia no Brasil a doutrina do menor em situação irregular e do tratamento da criança e do adolescente sem a observância da sua efetiva condição de sujeito de direito (Código de Menores de 1927), a Constituição de 1988 inaugurou a doutrina da proteção integral e da absoluta prioridade.

Consoante disposição constante do art. 227, da CF/88, à família, à sociedade e ao Estado estabeleceu-se o dever de solidariedade de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, direitos fundamentais que preservem o seu patamar civilizatório mínimo de dignidade, destacando-se, dentre outros, a profissionalização, ante o objeto do presente trabalho.

Consignou-se, ainda, como efetivo direito social, a *“proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”* (arts. 7º, XXXIII, e 227, §3º, I) – o que converge para os ditames propugnados pela OIT na sua Convenção 138 que, no plano interno, assume posição hierárquica de supralegalidade, consoante art. 5º, §§1º e 2º, da CF/88.

Posteriormente, no plano infraconstitucional, o advento da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em atenção aos ditames estabelecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1989, também reforçou a necessária observância da doutrina da proteção integral em seu art. 3º; a absoluta prioridade na efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (art. 4º); exortando-se o combate a qualquer *“forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”* (art. 5º) e o respeito à condição da criança e do adolescente de pessoa em desenvolvimento (art. 6º).

Imperioso destacar, ainda, no âmbito da legislação ordinária, o regramento estabelecido na Consolidação das Leis do Trabalho, que, em seus artigos 402 e seguintes, trata da proteção do trabalho da criança e do adolescente, devendo a sua leitura e aplicação se moldarem aos ditames de proteção consignados na CF/88, para fins de recepção normativa, e o capítulo *“Do direito à profissionalização e à proteção no trabalho”*, constante no ECA, acerca da regulamentação do trabalho da criança e do adolescente.

É a partir deste largo arcabouço de proteção que, portanto, se deve averiguar as hipóteses de trabalho ilícito e proibido do trabalho infantil, ou seja, aquele realizado por menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze.

3. TRABALHO INFANTIL ILÍCITO E TRABALHO INFANTIL PROIBIDO.

Conforme lições de Alexandre Agra Belmonte (2004),

Objetos dos direitos são os bens da vida, juridicamente tutelados. O objeto ilícito não é merecedor da tutela jurídica, não podendo sobre ele incidir direitos e obrigações; o objeto impossível não pode ser realizado, daí porque sobre ele não pode incidir direitos e obrigações; finalmente, sobre o bem da vida que não pode ser determinado não pode incidir direitos e obrigações.

O objeto é lícito, quando não é contrário ao direito, à moral e aos bons costumes, sendo evidente a ilicitude da locação de um imóvel para despejo de pessoas exterminadas por um desafeto delas: o uso residencial, comercial ou não residencial são os efeitos normais lícitos para a prática do ato. (BELMONTE, 2004, pág. 142).

A definição tem por base o requisito de validade do negócio jurídico previsto no art. 166, II, do Código Civil, do qual se extrai, em conjugação com o art. 169, do mesmo diploma

legal, a impossibilidade de sua confirmação ou convalidação pelo decurso do tempo, não havendo que se falar na produção válida de efeitos.

Sob o tema, elucidativa também é a contribuição de Augusto César Leite de Carvalho (2023), ao destacar que, considerando-se a prestação de serviços como o objeto de uma relação de trabalho, nem sempre a ilicitude se encontra no objeto do negócio jurídico em si:

Caso a ilicitude não esteja na prestação de trabalho, mas sim nos motivos que inspiraram sua contratação, haverá causa ilícita, não se cogitando mais de objeto ilícito. A proximidade entre essas duas noções provoca alguma perplexidade no plano teórico, mas a raridade com que a jurisprudência enfrenta casos de causa ilícita faz dessa confusão, no plano prático, um problema menor. (CARVALHO, 2023, pág. 382).

No âmbito trabalhista, é pacífica a jurisprudência no sentido de que, a prestação de serviços permeada de ilicitude não se reveste de qualquer validade, motivo pelo qual não há que se falar na produção de efeitos, retroagindo a declaração da nulidade ao seu início, ou seja, imprimindo-se os efeitos *ex tunc* de reconhecimento na seara civilista.

Nesse sentido, a título de amostragem, a sedimentação do entendimento firmado pelo C. Tribunal Superior do Trabalho, responsável por uniformizar a legislação federal em matéria trabalhista:

OJ-SDI1-199 JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO (título alterado e inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico. (TST, 2023, pág. 254).

Nesse diapasão, todas as vezes que se estiver diante de um trabalho prestado por criança ou adolescente e cujo objeto convirja para atividade ilícita, qual seja, aquela prevista no ordenamento jurídico como conduta típica e com antijuridicidade, estar-se-á diante da figura do trabalho ilícito infanto-juvenil.

Entretanto, em tais hipótese, não há como se desconsiderar a distinção existente sobre a presença de trabalhador hipossuficiente e que detém a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento já mencionada e a que se refere o art. 6º, do ECA.

Justamente por isso é que se defende que, nas hipóteses em que constatada a sujeição de criança ou adolescente a trabalho ilícito, como, por exemplo, no caso do “aviãozinho” (criança que transporta e faz entrega de entorpecentes) na atividade de tráfico de drogas, não se pode ignorar que o não reconhecimento dos direitos pecuniários da criança e do adolescente acarretará a sua revitimização.

Ainda que não se possa falar, mesmo que se preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, na declaração formal de liame empregatício, com anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), imperiosa se faz a condenação, pelo Estado-Juiz, de todas as parcelas trabalhistas porventura incidentes, sob pena de desconsideração de todo o arcabouço protetivo estabelecido no âmbito internacional e interno à criança e ao adolescente.

Em tais hipóteses, defende-se, ao menos, a aplicabilidade do entendimento, também sedimentado pelo C. Tribunal Superior do Trabalho, acerca da contratação, pela Administração Pública, de pessoa para lhe prestar serviços sem o necessário requisito do concurso público exigido no art. 37, II e §2º, da CLT), e no qual se reconhece o direito ao *“pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”* (Súmula 363, TST).

De outro lado, tem-se a configuração do trabalho proibido como aquele que, embora preenchidos os requisitos de sua existência e a validade, são vedados à criança e ao adolescente, porque prejudiciais à sua saúde, formação e moral. Em tal rol podem-se citar não só o trabalho noturno, perigoso, penoso ou insalubre, àquele que não contar com 18 anos completos, conforme art. 7º, XXXIII, da CF/88, art. 67, I e II, do ECA, e arts. 404 e 405, I, da CLT, como também todo aquele que for de encontro à sua higidez física, psicofisiológica e moral.

Se há alguma cizânia sobre, no caso de o trabalho ser ilícito, ainda assim se reconhecer todos os direitos pecuniários à criança e ao adolescente objeto de exploração econômica, não há dúvidas quanto ao reconhecimento nas hipóteses do trabalho proibido. De acordo com a teoria das nulidades trabalhistas, à criança e ao adolescente porventura insertos em atividade que lhe é proibida são assegurados todos os direitos trabalhistas, o que acaba por dispensar maiores digressões.

No tocante à matéria abordada, não há como não se registrar, outrossim, o destaque da regulamentação dos artigos 3º, “d” e 4º, da Convenção 182 da OIT internalizada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 6.481, de 12 de junho de 2008,

e que elenca a *“lista das piores formas de trabalho infantil”* (Lista TIP), consignando as hipóteses de trabalhos prejudiciais à saúde e à segurança e prejudiciais à moralidade do menor em diversas atividades econômicas desempenhadas no mercado empresarial, ao que se recomenda a necessária leitura.

4. TRABALHO INFANTIL. DESAFIO CONTEMPORÂNEO

Estabelecidas as premissas normativas e a necessária distinção entre o trabalho ilícito e proibido, pode-se passar à problemática atual que tem sido enfrentada no mundo contemporâneo acerca das novas formas de exploração do trabalho infanto-juvenil.

Se outrora a preocupação e o combate se concentravam nas atividades industriais, rurais e domésticas – o que, registre-se, ainda persiste e se faz necessário o olhar atento –, o advento de tecnologias e do demasiado uso de mídias digitais trouxe à tona outras hipóteses de vilipêndio ao patamar mínimo de dignidade e civilização da criança e adolescente.

Exemplo que não há como ser desconsiderado diz respeito à figura dos *“youtubers mirins”*, assim denominados por Guilherme Guimarães Feliciano *“et al.”* como *“as crianças apresentadoras e/ou “estrelas” de canais no Youtuber”*. Por intermédio da aparição visual e sonora, as crianças e adolescentes passaram utilizar as plataformas de redes sociais para o desempenho de diversas atividades, sobressaindo-se o questionamento acerca da sua natureza efetiva de trabalho e o impacto causado à sua saúde e formação.

Neste ponto, faz-se importante lembrar que se configura a exploração do trabalho infanto-juvenil não apenas quando houver o seu ajuste formal e estabelecimento de contraprestação expressa, bastando-se que se evidencie o exercício de atividade do qual se extraia conteúdo economicamente lucrativo.

Diversos são os casos de canais em plataformas de redes sociais que demonstram não só a rotina do dia a dia de crianças e adolescentes, como que também promovem atividades que, ainda que inicialmente sobre o prisma lúdico, transformam-se em efetiva monetização do tempo e esforço despendido pelo menor.

Consoante elucida Guilherme Guimarães Feliciano *“et al.”*,

A questão central, em todo caso, está na oportunidade malfazeja que crianças e adolescentes passam a ser expostas e exploradas perante milhares – quando não milhões – de indivíduos, não raramente sob a batuta de seus próprios pais ou responsáveis, sujeitando-se a horas de gravações para produzir o material de seus canais, não raramente

com violação atual ou potencial de diversos dos seus direitos humanos fundamentais (civis, sociais, econômicos, culturais): o direito à honra, o direito à imagem, o direito à intimidade e à vida privada, o direito à integridade (especialmente a psíquica), o direito à educação, o direito ao lazer, o direito ao produto do próprio trabalho etc. (FELICIANO "et al.", 2021, p. 40).

Embora não se olvide que, no plano internacional, há ressalva da aplicação à idade mínima estabelecida pela OIT em sua Convenção de n. 138 às hipóteses de participação em representações artísticas (OIT, Convenção 138, art. 8º), não há que se falar no enquadramento automático e imediato das atividades exercidas por crianças e adolescentes em todo o aparato da rede virtual de computadores a tais casos, sob pena de generalização em nítido prejuízo à proteção integral que, reitera-se, é princípio inafastável da análise de toda a atuação da pessoa infanto-juvenil na sociedade.

Nesse sentido, confira-se a irreparável lição de Augusto César Leite de Carvalho, quando se debruça sobre a proteção da criança e do adolescente à luz do princípio da igualdade:

O art. 8º da mencionada Convenção n. 138 da OIT contém preceito que, a bem da verdade, relativiza a proteção que se pretende integral, porquanto admite que a autoridade competente permita "exceções para a proibição de emprego ou trabalho provida no art. 2º desta Convenção, para finalidades como a participação em representações artísticas". Na esteira desse permissivo, não somente a sociedade tem satisfeita a vontade de avistar crianças no elenco de filmes, séries, comerciais e novelas de televisão, independentemente do mal que a prática pode virtualmente proporcionar ao desenvolvimento dos atores mirins, como outras autorizações têm surgido a pretexto de que a alusão ao trabalho artístico seria meramente enunciativa.

O princípio da proteção integral deve ser invocado, por outro ângulo, como óbice à exploração do trabalho infantil e, para obstar que assim se dê, a Convenção n. 182 da OIT, igualmente convenção fundamental e também ratificada pelo Brasil, proíbe terminantemente as piores formas de trabalho infantil, identificadas na Lista TIP (Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil) e exemplificadas no art. 4º do Decreto n. 6.481 de 2008: (...)" (CARVALHO, 2023, pág. 329).

Há de se destacar, no tocante à referência à Lista TIP mencionada pelo autor citado, que a sua leitura deve ser feita não apenas sob a ótica de um rol taxativo, visto que, ao nos debruçarmos sobre as novas mazelas que podem atingir a criança e o adolescente, quando da sua sujeição ao trabalho infantil, surgem outros riscos que não podem ser ignorados pela mera justificativa de não previsão normativa.

Tomado o caso dos *“youtubers mirins”*, por exemplo, não se ignora os riscos à visão e sensibilidade decorrentes da acentuada exposição em frente a computadores.

Medida importante e que poderia ter contribuído para, no âmbito da microjustiça que incumbe ao Estado-juiz, salvaguardar os interesses e direitos da criança e adolescente, consistiria no reconhecimento de que a Justiça do Trabalho é a que mais tem meios para a análise de liberação de atividades artísticas e da atuação em redes sociais congêneres como a comentada nas passagens anteriores.

Com efeito, com o advento da EC 45 de 2004, que alargou a competência estabelecida para a Justiça do Trabalho, no art. 114 da CF/88, outra não poderia ser a conclusão e que o juiz do trabalho é o que melhor detém condições de averiguar todos os requisitos necessários à salvaguarda da saúde, física e mental, bem como da dignidade do trabalhador infanto-juvenil.

A par, inclusive, da existência de referência à figura do Juiz de Menores, termo que remetia ao já revogado Código de Menores de 1927, no art. 405, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, caminhava-se para o entendimento de que a liberação de atividades artísticas incumbiria à Justiça do Trabalho.

Destaca-se, nesse sentido, a instituição do Juízo Auxiliar da Infância e Juventude no âmbito do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, cuja atuação visou regular e apreciar os pedidos de autorização para trabalho infanto-juvenil na circunscrição.

Entretanto, o E. Supremo Tribunal Federal, *data vênia*, em sentido contrário à máxima efetividade da proteção à criança e ao adolescente, no âmbito do trabalho, afastou a competência da Justiça do Trabalho para tal desiderato, conforme apreciação de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.326, assentando a competência do Juízo cível da Infância e Juventude sob a ótica do art. 149 do ECA, que trata da participação da criança e adolescente em representações artísticas, não obstante a regulamentação do trabalho infanto-juvenil no diploma esteja topologicamente estabelecido em capítulo diverso da norma (arts. 60 a 69 do ECA).

Outro exemplo que se pode apontar acerca dos desafios contemporâneos na análise do trabalho da criança e do adolescente diz respeito ao avanço de legislações que,

sob o viés de apontar a contribuição para a formação educacional, social e moral infanto-juvenil, estabelecem práticas que, na verdade, vilipendiam o patamar de proteção integral assegurado constitucionalmente.

Nesse sentido a edição da recente Lei 14.597, de 14 de junho de 2023 – Lei do Esporte, que, ao tratar da formação esportiva, estabeleceu em seu art. 5º, §1º, a possibilidade de atividade de desporto à pessoa em desenvolvimento com 12 anos de idade, não obstante a existência de legislação que, ao tratar da atividade de desporto, estabelece a idade mínima de 16 anos, conforme patamar mínimo estabelecido na CF/98 (Lei 9.615, de 24 de Março de 1998 – Lei Pelé, arts. 3º e 29).

Quanto ao tema, registrem-se as críticas de Diego Catelan Sanches e Marcos Neves Fava das quais se compartilha:

Que tempos de barbárie são esses nos quais ignora-se ser proibida a aprendizagem profissional desportiva por crianças menores de 14 (quatorze) anos?

A Lei Geral do Esporte aproveita-se da disseminação da exploração do trabalho infantil e não admite proporcionar aos atletas mirins o patamar civilizatório estabelecido pela Constituição há mais de 30 (trinta) anos.

Pior, desconsidera ser a atividade desportiva profissionalizante reconhecidamente de *risco elevado*, excedente do normal exigido pelas atividades físicas em geral, em que pese obrigar as entidades de prática desportiva a *contratar seguro de vida e de acidentes pessoais, com o objetivo de cobrir os riscos aos quais os atletas e os treinadores estão sujeitos, inclusive a organização esportiva que o convoque para a seleção*”; (art. 84). (SANCHES;FAVA, 2023).

O avanço de novas práticas na sociedade, inequivocamente, merece a atenção do legislador, do estudioso, do profissional do direito, do Estado-Juiz e da sociedade, a fim de que o dever de solidariedade que emana do art. 227, da CF/88, na proteção das crianças e dos adolescentes seja efetivamente salvaguardado.

5. CONCLUSÃO

A produção normativa internacional estabelece patamar de proteção à criança e adolescente que não pode ser desconsiderada pelos Estados na regulação das atividades

ocorridas na sociedade, não se podendo ignorar o avanço realizado pelo Constituinte Originário de 1988 ao estabelecer a doutrina da proteção integral e da prioridade absoluta aliada ao reconhecimento da dignidade humana como vetor e eixo central do ordenamento jurídico.

Em concretização ao efetivo dever de solidariedade previsto no art. 227, da CF, faz-se necessária a observância de que não haja vilipêndio ao patamar de dignidade e civilizatório mínimo assegurado à criança e adolescente, o que se estende ao mundo do trabalho.

Para além da coibição e abolição de todas as formas de trabalho infantil, acentuando-se o combate à revitimização, quando encontrada a exposição da criança e do adolescente a trabalho ilícito e proibido, deve toda a sociedade e o Estado também acompanhar as novas formas de organização, atividades e relações sociais que tem eclodido no mundo moderno.

Não há que se falar na possibilidade de flexibilização do largo arcabouço protetivo diante do advento de novas tecnologias decorrentes da revolução tecnológica ou 4.0, tampouco na ausência de distinção de atividades lúdicas ou artísticas daquelas que, efetivamente, consubstanciam como trabalho infantil e que acarretam monetização do tempo e esforço despendido pela criança e pelo adolescente.

O amadurecimento e a reflexão de que, no âmbito da microjustiça realizada pelo Estado-Juiz, a Justiça do Trabalho seria a mais qualificada para o enfrentamento dos novos formatos surgidos na modernidade, a exemplo de atividades artísticas em plataformas virtuais e redes sociais, são salutares para que, no âmbito do mercado de trabalho, se expanda à proteção integral e prioridade absoluta da criança e do adolescente como efetivo sujeito de direito.

REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra. Instituições Cíveis no Direito do Trabalho. Curso de Direito Civil Aplicado ao Direito do Trabalho. 3ª edição. 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/02. Brasília, DF.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.452. Brasília, DF.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069/90. Brasília, DF.

CARVALHO, Augusto César Leite. Direito do Trabalho Curso e Discurso. 5ª Edição. 2023.

DAS CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira. MIESSA, Élisson. **Legislação de Direito Internacional do Trabalho e Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. 6ª edição revista, ampliada e atualizada, 2023.

DELGADO, Mauricio Godinho "et al." **CLT organizada**. JusPodivm. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2023.

FELICIANO, Guilherme Guimarães "et al.". **O trabalho além do Direito do Trabalho**. Dimensões da Clandestinidade Jurídico-Laboral. Capítulo 1. *"Youtubers Mirins: do glamour Virtual aos Dilemas Reais"*. 2021.

SANCHES, Diego Catelan. FAVA, Marcos Neve. *"Oséas Cabeceia Livre"*. **Revista LTR**. 87-09/1104, Vol. 87, n. 09, set. 2023.

PROVA TESTEMUNHAL: CRÍTICAS E SOLUÇÕES

JOÃO PAULO DE MOURA ROSA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Faculdade FAVENI¹⁸.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar a prova testemunhal e demonstrar a sua falibilidade. Apesar de ser o alicerce da justiça criminal brasileira, seja por fatores voluntários ou involuntários, ela é a mais questionável das provas. Será feito um panorama quanto as possíveis críticas e sugestão de algumas soluções.

Palavras-chave: Prova testemunhal. Falsas memórias. Entrevista cognitiva.

ABSTRACT: The present article has as its objective to analyze the testimony and its fallibility. Despite being the foundation of the Brazilian criminal justice, under the influence of voluntary and involuntary factors, it is the most questionable evidence. It will be made a broad approach about its critics and suggestion of some solutions.

Keywords: Witness testimony. False memories. Cognitive interview;

1 INTRODUÇÃO

A prova testemunhal, a despeito de sua fragilidade, é a base do sistema penal, sendo na esmagadora maioria dos casos, o principal fator das sentenças condenatórias ou absolutórias.¹⁹ É, sem dúvida alguma, o meio mais antigo de prova e o mais onipresente nos delitos como um todo.

Existe, de modo geral, a exigência de sua objetividade, contudo, conforme será demonstrando, sem as devidas cautelas e reformas do instituto, tal previsão não passa de uma exigência fútil por parte do legislador, pois as lembranças não são um fenômeno de simples e fácil explicação. Variando ainda a depender se se lembra de modo espontâneo ou se de forma solicitada, e com quais palavras é feito o pedido para rememorar. Sendo assim, muitas vezes os testemunhos proferidos se encontram em absoluta disparidade com o que realmente aconteceu.²⁰

18 E-mail: joao_paulo_csp@hotmail.com

19 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 463.

20 Idem. Página 477.

De forma a ilustrar isso se pode trazer o caso de Jennifer Thompson, que ao ser estuprada, se manteve calma, e tentou memorizar o rosto do agressor. Ao escapar e conseguir ajuda, denunciou tudo a polícia e dias depois identificou Cotton como sendo o agressor, tanto por meio de foto, quanto pelo reconhecimento presencial do acusado. Tendo em vista seu inequívoco testemunho, Cotton foi condenado à prisão perpétua. Na prisão Cotton conheceu Bobby Poole, que possuía características físicas parecidas com ele e havia sido condenado pelo mesmo crime, com *modus operandi* similar, tendo descoberto com a ajuda de terceiros que ele era realmente o culpado.

A par dessas novas informações Cotton solicitou um novo julgamento, no qual Jennifer Thompson confrontada pessoalmente com os dois, escolheu Cotton mais uma vez. Anos mais tarde com a descoberta do DNA, Cotton foi inocentado e se descobriu que Bobby Poole era o verdadeiro perpetrador do crime, pois a amostra armazenada dos vestígios da prática delitiva confirmou o ocorrido.²¹

O sistema de justiça criminal brasileiro, em muitos casos, não possui o mesmo respeito à cadeia de custódia e o acesso a exames de DNA não é tão certo, assim como nem todo tipo de crime deixa vestígio.

O presente artigo traçará um esboço sobre o procedimento processual da coleta de prova testemunhal, quais as precauções tomadas atualmente contra sua contaminação e qual a forma de inquirição adotada no nosso ordenamento jurídico.

Também tratará da falibilidade do testemunho, contextualizando inúmeras problematizações, mas aprofundando sobre a questão das falsas memórias e como elas impactam os relatos.

Por fim, trar-se-ão algumas soluções apontadas pela doutrina com o intuito de maximizar a confiabilidade do testemunho e minimizar qualquer chance de condenação com base em um arcabouço probatório frágil.

2 A PROVA TESTEMUNHAL

De acordo com o doutrinador Renato Brasileiro, o conceito de testemunha é

²¹ Este caso assim como outros são utilizados pelo projeto social norte-americano "The Innocence Project", que ajuda pessoas que sofreram falsas condenações a conseguirem absolvição e revisão dos seus casos, pois nem sempre as mesmas provas e o mesmo aparato são disponibilizados à defesa e à acusação. Disponível em: <<https://innocenceproject.org/cases/ronald-cotton/>>. Acesso em: 2 nov 2023.

Pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca de fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo (LIMA, 2023, p. 675).

É fundamental que a testemunha diga a verdade, toda a verdade e nada mais do que a verdade (La verité, Toute la verité, rien que la verité). A lógica do sistema processual penal é a confiança de que a verdade é a força motriz por detrás da sociedade, ao mentir o ser humano estaria desviando-se da sua natureza e, portanto, seria possível ao magistrado examinar e auferir com uma probabilidade aceitável se o testemunho é honesto ou falso.²²

Fato é que, como se verá adiante, a distinção entre verdadeiro e falso é diferente da honestidade e mentira. Um testemunho falso pode ser dado com a confiança de alguém que jura estar dizendo a verdade, não havendo dúvida alguma na sua consciência de que está sendo honesta.

Retomando a análise da testemunha no processo penal, pode-se afirmar que o código processual estabelece, dentre os artigos 202 a 225, regras procedimentais quanto à tomada do testemunho em juízo. Tais previsões têm por escopo garantir a maior fidedignidade ao depoimento e permitir um juízo de certeza satisfatório ao magistrado.

Dentre as previsões que visam assegurar a higidez do relato tem-se o juramento de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado²³; não ser permitido a uma testemunha ouvir o depoimento de outra (incomunicabilidade)²⁴; não serem admitidas perguntas que induzam a resposta²⁵; não ser admitido opinião pessoal, salvo quando

²² MALATESTA. *A lógica das provas em matéria criminal*, Saraiva, São Paulo, 1960, vol. II.

²³ Art. 203 do Código de Processo Penal: A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade

²⁴ Art. 210 do Código de Processo Penal: As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.

²⁵ Art. 212 do Código de Processo Penal: As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

inseparável da narrativa²⁶ e a retirada do réu da sala, quando esse puder influenciar a testemunha.²⁷

Existem outras prerrogativas espalhadas pelo Código de Processo Penal e na legislação esparsa, mas não há pretensão de esgotar aqui todos os mecanismos movimentados pela legislação para assegurar a fidedignidade do discurso.

O Processo Penal apenas almeja atingir algum tipo de verdade dentro do seu escopo limitado, pois a verdade completa é inatingível. De acordo com Ferrajoli²⁸, o juiz não pode experimentar diretamente os fatos pretéritos e, portanto, apenas pode induzir o que realmente aconteceu, se trata de um mero juízo de probabilidade. A busca, sempre será, da verdade processual, dentro das regras do jogo, e não de uma verdade real, inalcançável a qualquer ser humano, por mais que se esforce.

A testemunha é um meio de prova, ou seja, um instrumento por meio do qual os elementos de prova serão introduzidos no processo. A declaração da testemunha, composta tanto pelo seu relato, quanto pela resposta às indagações feitas a si, se trataria da prova em si considerada. Sua formação ocorre no seio do processo, por meio do contraditório, e diante do controle judicial.

Tratar-se-á agora das características da prova testemunhal assim como são estabelecidas pela doutrina processualista clássica. Duas das características principais da prova testemunhal são a oralidade e a imediação, sendo, em regra, vedado depoimento por escrito²⁹. É por meio da observação do discurso presencial, ou virtual, mas simultâneo, que as partes e o magistrado podem perceber a higidez e a inconsistência presente no depoimento. Outro elemento essencial, é a objetividade. Esta deve apenas informar e não opinar, por óbvio que, o subjetivismo é inerente ao testemunho e não deve ser desconsiderado. Todo testemunho também será retrospectivo, ou seja, a testemunha deporá sobre acontecimentos passados.

26 Art. 213 do Código de Processo Penal: O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

27 Art. 217 do Código de Processo Penal: Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor

28 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 42 e ss.

29 Art. 204 do CPP. Há exceções como o art. 221

Em relação à inquirição em si da testemunha é importante ressaltar que não mais vigora o modelo presidencialista, no qual o magistrado iniciava as perguntas e as partes apenas podiam dirigir-se às testemunhas por intermédio deste. A partir de 2008, o juiz perdeu o protagonismo, agora as partes quem diretamente questionam e, apenas ao final, pode o juiz perguntar quanto a pontos que mereçam esclarecimento.

Foi adotado em nosso ordenamento o *cross examination*, com forte influência norte-americana, o qual é caracterizado, principalmente, pelo fato que cada uma das partes possui autonomia para questionar a testemunha, sem a necessidade de mediação judicial, que serve apenas para tolher excessos e abusos.³⁰

Essa mudança reforçou o paradigma acusatório e fortaleceu as bases constitucionais de um processo penal democrático. A função do juiz não deve ser perseguir a verdade ou combater a impunidade, mas garantir que o advogado e o Ministério Público respeitem as regras legalmente impostas e que o processo chegue ao seu fim, hígido e livre de máculas.

O trâmite processual da elaboração da prova testemunhal passou por inúmeros avanços, mas ainda insuficientes. A importância desse meio probatório é inigualável e a função do presente artigo não é propugnar sua extirpação, mas expor sua falibilidade e sugerir alguns melhoramentos.

3 FRAGILIDADE DO TESTEMUNHO

O testemunho jamais será perfeito, afinal o todo é demais para nós e, além disso, também somos incapazes de professar o pouco que experienciamos de maneira exata, pois as palavras são incapazes de traduzir a realidade que experienciamos³¹.

Existem outras explicações que não filosóficas para a falibilidade do testemunho, podemos cientificamente delimitar a memória como um complexo processo no qual retemos aquilo que percebemos, para no futuro retomar o que se encontra dentro do cérebro. Tudo isso envolve inúmeros processos biológicos, os quais não se limitam à visão, mas envolvem todos os sentidos.³²

³⁰ Importante ressaltar, inclusive, a novidade trazida pela lei Mariana Ferrer que visa a tolher a vitimização secundária causada pelo questionamento ofensivo a vítimas de crimes sexuais, ainda que praticados por advogados em busca da verdade e no exercício de defesa, sendo papel do magistrado tolher tais condutas, sob pena de responsabilização.

³¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Obras incompletas. Seleção de textos de Gerard Lebrun*; tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho; posfácio de Antônio Cândido. -3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1993, p.47.

³² IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 21-22.

Complementando o exposto afirma Ávila

Antes de tudo, os canais sensoriais trabalham de forma seletiva, pois o aparato perceptivo possui capacidade limitada, eis que, exposto a estímulos simultâneos, acaba por captar aqueles a respeito dos quais está acostumado (em um mesmo contexto, os guardas de trânsito e os pedestres observam coisas distintas) e também dependerá do estado emotivo da pessoa. Além disso, a imagem mental irá se converter em palavra, de mesmo conteúdo mental, ou seja, irá variar, de acordo com a habilidade do narrador (são raras e cansativas as descrições consideradas adequadas) e, ainda, quando o discurso não fluir como deve, a figura do interrogador será fundamental (ÁVILA, 2013, p. 51).

Outros pensadores estabeleceram teorias que explicam os equívocos na memória, dentre eles podemos falar da pesquisa de Munstemberg, um psicólogo social alemão do início do século XX, que explica que o cérebro não retém todos os detalhes daquilo que se vê e com o passar do tempo vai preenchendo os vazios com os valores e experiências de cada um. Desse modo, geralmente, as lembranças não refletem de forma irretocável aquilo que se vivencia.³³

Sendo assim, mesmo os relatos mais coesos e honestos ainda sofrem com a incapacidade de retenção inerente à condição humana. Existem muitos fatores que afetam como se processam os acontecimentos do cotidiano, tais quais nervosismo, estresse, ângulos, variações hormonais e infindáveis outros que garantem o funcionamento do cérebro, mas que também asseguram que a memorização de algo nada se assemelhe a um vídeo capturado por uma câmera.

A memória não funciona como microfilmes, ou qualquer tipo de cópia, pois isto geraria problema de armazenamento ao longo da vida. Todas as vezes que se lembra de algo, cria-se um evento, que apesar de semelhante ao que ocorreu, não pode ser tido como uma fotocópia deste.³⁴

33 Müstemberg, Hugo. *On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime*. Edição online. 1908. Disponível em: <<file:///C:/Users/estel/Downloads/Material%20para%20artigo/ps000149.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

34 IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/e150se>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

Como bem explica Loftus,

as memórias das pessoas não são a somatória de tudo que fizeram, mas são mais que isso: as memórias são a somatória do que as pessoas pensam, do que a elas é dito, do que elas acreditam. Nós somos moldados pelas nossas memórias, mas nossas memórias também são moldadas por quem somos e por aquilo que fomos levados a acreditar (LOFTUS, 2003, p. 872).

Além disso, um dos principais fatores para a fragilidade do testemunho é a existência das falsas memórias, que nada mais são do que memórias deformadas da realidade e que o dono acredita serem verdadeiras. Podem ser totais ou parciais, alterando eventos que de fato ocorreram ou criando eventos que nunca existiram fora da mente do autor.

O maior problema é que essas falsas memórias geralmente existem em algum grau, em todas as recordações e são facilmente implantadas através de sugestões, comentários aleatórios ou, até mesmo, quando nada acontece.³⁵

Existem inúmeros experimentos realizados para testar o quão fidedigno são os relatos de testemunhas oculares. Dentre eles, podemos citar o de Lippmann (apud, Ávila) que realizou um experimento para testar a capacidade da audiência de reter os detalhes de um evento e o fez no melhor local possível, um congresso de cientistas, pessoas as quais estão não apenas acostumadas a observar fenômenos, mas a quem é usualmente atribuído possuir uma excelente memória. O experimento consistia no seguinte: um palhaço entrava correndo dentro de um auditório perseguido por uma pessoa negra com um revólver na mão, em seguida eles se engalinhavam e caem no chão, um disparo ocorre e eles saem do auditório.

Do início ao fim do acontecimento não se passa mais que 20 segundos. Em seguida todos os presentes recebem uma folha de papel em branco e escrevem um relato do que ocorreu. De acordo com o experimento, a distribuição do resultado se deu nestes termos: 10 eram fantasiosos (longe da verdade), 24 eram duvidosos (possuíam algumas características reais e outras imaginadas) e apenas 6 tinham um valor probatório forte, pois retratavam fielmente o que aconteceu.³⁶

³⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal: a Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 51

³⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *"Falsas" Memórias e Processo Penal: (Re)discutindo o Papel da Testemunha*. 12ª Edição. São Paulo: Zahar, 2015, p. 5-6.

Há um estudo realizado por Loftus sobre o foco e a credibilidade das testemunhas na presença de armas de fogo. De acordo com os testes empíricos conduzidos nos crimes em que há a presença de algum tipo de armamento, a fidedignidade das testemunhas em identificar os suspeitos diminui sobremaneira, pois, em tese, o elemento estranho e de caráter mortal acaba por atrair a atenção de tal forma daqueles que presenciam o fato que estes são incapazes de assimilar os arredores de maneira confiável (LOFTUS; LOFTUS; MESSO, 1987, p. 57-62).

Foram também realizados estudos nos quais as pessoas foram expostas a encenações criminosas, sendo que imediatamente após presenciarem o falso delito eram indagadas, com uma linha de suspeitos, a escolherem quem elas tinham visto realizar o crime. Mais da metade escolhiam alguém, apesar de nenhum dos suspeitos ter sido o autor da encenação em questão. Indicando a tendência das testemunhas de dar alguma resposta, pois dela se espera confiança e resolutividade, não a incerteza que acompanha nossa memória.³⁷

Tratando mais concretamente das falsas memórias, Elizabeth Loftus, já citada e a maior teórica do assunto, demonstrou por meio de experimentos que conduziu que não é complicado alterar memórias que cada um possui, e que às vezes, pode-se até embutir memórias completamente inventadas. Já foram realizados mais de 200 experiências, em torno de 20 mil pessoas, a respeito do tema. Inclusive tendo presenciado bizarros casos da vida real, como, por exemplo, o de Nadean Cool que foi convencida por seu psiquiatra que havia sido abusada por seus pais e participado de um culto satânico, no qual havia comido bebês, quando nada disso havia acontecido na vida real.³⁸

O maior problema deste tipo de memória é que sua identificação não é possível, a não ser que haja a possibilidade de confrontar o testemunho com alguma prova irrefutável, tais como vídeo ou DNA. A quantidade de detalhes, a certeza, a emoção ou ausência dela, assim como quaisquer outros fatores associados à verdade não servem para aferir a veracidade de uma falsa memória, pois o seu autor crê estar sendo honesto. ³⁹

37 G.L. Wells, "What do we know about eyewitness identification", *American Psychologist*, n.48, mai1993, p. 553-71.

38 LOFTUS, E. F. (1997, September). *Creating false memories*. *Scientific American*, 277, (3), p. 70-75.

39 LOFTUS, Elizabeth F. *Make-Believe Memories*. *American Psychologist*, v. 58, n. 11, p. 864-873, 2003, p. 871.

Tendo em vista a fragilidade do processo de construção das lembranças, verifica-se a consequência que cada vez se torna mais difícil de contornar: a influência da mídia e das redes sociais na construção de fatos investigados.

É notório o conhecimento que, basicamente, não existe operação policial que não possua matéria em algum jornal, seja a nível municipal, estadual ou nacional e as testemunhas do caso sempre serão bombardeadas com versões do que ocorreu.

As matérias jornalísticas e as redes sociais compartilharão versões, fotografias, reconstruirão o que ocorreu e entrevistarão testemunhas, assim como policiais e delegados, tudo com o intuito de criar um retrato fiel do ocorrido, mas causando como efeito dominó uma alteração na mente daqueles que presenciaram o crime. A testemunha isenta dessa influência seria uma raridade sem igual na contemporaneidade.

4 SUGESTÕES DE SOLUÇÕES

A prova testemunhal deve ser valorada com cuidado, não podendo ser endeusada e exigindo uma condução com a devida cautela, além de sempre ser cotejada com as demais provas colhidas. Não basta haver o contentamento com o fácil, é imperioso o comprometimento do sistema de justiça em buscar, dentro da legalidade e dos limites do possível, a verdade.

De maneira a melhorar a colheita de prova sugere-se como mudanças básicas, que a prova seja colhida antes que decorra muito tempo entre o fato e o depoimento; a adoção de técnicas de interrogatório e a entrevista cognitiva, permitindo a obtenção de informações qualitativa e quantitativamente superiores às das formas atuais de inquirição, que são altamente sugestivas; gravação dos testemunhos realizados na fase do inquérito, principalmente os realizados por assistente sociais e psicólogos, de forma que o juiz possa ter acesso a um completo registro da entrevista.⁴⁰

Tendo em vista os limites do artigo, aprofundaremos apenas na entrevista cognitiva, explicando sua história e bases metodológicas. A técnica foi desenvolvida por Geiselman e Fisher, em 1984. O objetivo é recuperar a memória por meio de princípios mnemônicos e cognitivos, dinâmicas sociais e em elementos de comunicação.⁴¹

40 LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. *Falsas Memórias e Prova Testemunhal no Processo Penal: Em Busca da Redução de Danos*. Revista de Estudos Criminais. Abr./Jun. de 2007, p. 67.

41 BULL, Ray et al. *The Cognitive Interview: A Meta-Analysis*. Psychology Crime and Law, v. 5, p. 03-27, jan. 1999, p. 04.

Em 1992, eles formularam a entrevista cognitiva melhorada, que incentiva a flexibilização no caso concreto, mas traça cinco etapas estruturais passíveis de adaptação a diversas situações que serviriam de guia para assegurar um melhor relato. 42

Em um primeiro momento, cabe àquele que conduz a entrevista estabelecer um ambiente agradável e livre de stress, tentando criar um bom relacionamento com a testemunha. Deve ser cordial e evitar um tom de voz agressivo ou de superioridade, explicando os deveres do depoente. Pode aclimatar o interrogado fazendo perguntas sobre amenidades com tons abertos, além de ressaltar seu papel fulcral para o deslinde da questão.

Cabe ao entrevistador reforçar que a testemunha, ao narrar o ocorrido, deve falar tudo o que sabe, além de não interromper o seu discurso, limitando-se a realizar indagações vagas, quando absolutamente necessárias. Esta transferência de controle, permitirá um relato mais completo e abundante em detalhes, ressaltando que esta deve relatar até o que considerar trivial ou contraditório. Deve haver incentivo para que seja honesta e não relate o que não presenciou, além de que quando ouça algum tipo de equívoco por parte do entrevistador (seja no conteúdo de uma pergunta ou na fase de resumo), sinta-se à vontade para corrigir.

Antes da narrativa ser iniciada deve o entrevistador instruir a testemunha a recriar mentalmente o contexto no qual experienciou os fatos, tanto externos quanto internos, abarcando o máximo de sentidos possíveis e o cenário emocional no qual se encontrava. 43

Na etapa das questões complementares, caso reste alguma dúvida, pode o entrevistador realizar perguntas abertas com o intuito de esclarecer pontos que tenham remanescido obscuros. Tais indagações devem ser de cunho aberto, evitando a todo custo realizar perguntas de respostas fechadas; sugestivas ou confirmatórias. Sempre partindo do amplo para o específico, assim como do mais importante para o menos relevante.

Na fase das recuperações múltiplas e variadas o entrevistador pode se utilizar de técnicas mnemônicas que buscam ativar novas formas de rememorar o relatado. Por exemplo, pode pedir que realize uma mudança de ordem na narrativa (do começo para o

42 ALBUQUERQUE, Pedro; BULL, Ray; PAULO, Rui. *A entrevista cognitiva melhorada: pressupostos teóricos, investigação e aplicação*. Revista Psicologia, v. 28, n. 02, p. 21-30, 2014, p. 23.

43 FEIX, Leandro; PERGHER, Giovanni. *Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias*. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 217, (e-book).

fim ou do menos para o mais importante), especial relevância nos casos de testemunhas que vivenciam muitas experiências semelhantes (como policiais).

Na etapa do resumo, deve o entrevistador elaborar um sumário da narrativa, se utilizando ao máximo das palavras da testemunha, que poderá corrigir os erros, omissões ou acrescentar novas lembranças. Após, deve encerrar a entrevista, mantendo a cordialidade e se dispondo a esclarecer quaisquer dúvidas.⁴⁴

Esse método, apesar de imperfeito, gera relatos substancialmente mais fidedignos que as inquirições usuais realizadas pelo sistema de justiça, seja em sede de inquérito policial ou em audiências judiciais. Existem pesquisas que afirmam haver uma melhora de mais de 50% na acuidade e riqueza dos detalhes prestados seguindo essa forma de entrevista. ⁴⁵

5 CONCLUSÃO

É importante frisar que não se pode cogitar a extirpação da prova testemunhal do ordenamento jurídico, não apenas ela é a base de inúmeras condenações, como em muitos casos apenas as testemunhas presenciaram os crimes e não existem outras provas possíveis.

As medidas aqui propostas e críticas realizadas visam reforçar o instituto e garantir que este possa seguir no Direito pátrio, com uma reforçada confiabilidade. Óbvio que é impossível qualquer reforma resolver o funcionamento biológico do ser humano, não há como nossa memória se tornar perfeita e sempre existirão falhas nos testemunhos. A bem da verdade, sempre existirão falhas em todas as provas.

O ato de julgar e condenar pessoas é uma tarefa árdua e que nunca será exercida com base na verdade real e absoluta, sendo que sempre existirão casos limítrofes e erros cometidos. Tudo que se pode fazer é tratar o Direito Penal como um dique de contenção da sanha punitiva, seguindo os dizeres de Zaffaroni⁴⁶, de forma que asseguremos o maior respeito possível às garantias processuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

44 AMBROSIO, Graziella. *Psicologia do testemunho: técnicas de entrevista cognitiva*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 46, p. 31-51, jan./jun. 2015.

45 BULL, Ray; FISHER, Ronald; MILNE, Rebecca. *Interviewing Cooperative Witnesses*. Current Directions in Psychological Science, v. 20, n. 1, p. 16-19, 2011, p. 17.

46ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Derecho penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ALBUQUERQUE, Pedro; BULL, Ray; PAULO, Rui. *A entrevista cognitiva melhorada: pressupostos teóricos, investigação e aplicação*. Revista Psicologia, v. 28, n. 02, p. 21-30, 2014, p. 23.

AMBROSIO, Graziella. *Psicologia do testemunho: técnicas de entrevista cognitiva*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 46, p. 31-51, jan./jun. 2015.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *"Falsas" Memórias e Processo Penal: (Re) discutindo o Papel da Testemunha*. 12ª Edição. São Paulo: Zahar, 2015, p. 5-6.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal: a Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 51.

BULL, Ray; FISHER, Ronald; MILNE, Rebecca. *Interviewing Cooperative Witnesses*. Current Directions in Psychological Science, v. 20, n. 1, p. 16-19, 2011, p. 17.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. *Memória em Julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias*. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=Zge17ZVgvLkC&pg=PA26&lpg=PA26&dq=#v=onepag&q&f=false>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 42 e ss.

G.L. Wells. *"What do we know about eyewitness identification"*. American Psychologist, n.48, mai1993, p. 53-71.

IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/e150se>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 12. ed. Rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

LOFTUS, Elizabeth. *Make-Believe Memories*. American Psychologist, v. 58, n. 11, p. 864-873, 2003, p. 872.

LOFTUS, E. F. (1997, September). *Creating false memories*. Scientific American, 277, (3), 70-75.

LOFTUS, Elizabeth F.; LOFTUS, Geoffrey R.; MESSO, Jane. *Some facts about "Weapon Focus"*. Law and Human Behavior, v. 11, n. 01, p. 55-62, 1987, p. 57-62.

LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. *Falsas Memórias e Prova Testemunhal no Processo Penal: Em Busca da Redução de Danos*. Revista de Estudos Criminais. Abr./Jun. de 2007, p. 67.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 463.

MALATESTA. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. São Paulo: Saraiva, 1960, Vol. II.

MLODINOW, Leonardo. *Subliminar-Como o inconsciente influencia nossas vidas*. 12ª Edição. São Paulo: Zahar, 2015, p. 64-67.

MÜSTENBERG, Hugo. *On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime*. Edição online. 1908. Disponível em: <file:///C:/Users/estel/Downloads/Material%20para%20artigo/ps000149.pdf.>. Acesso em: 15 ago. 2022.

NIETZSCHE, Friedrich. *Obras incompletas. Seleção de textos de Gerard Lebrun*. Tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho. Posfácio de Antônio Cândido. -3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1993, p. 47.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL FACE À VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

LEANDRO LUCAS ALVES RIBEIRO:

Acadêmico de Direito na Faculdade da Saúde e Ecologia Humana (FASEH).⁴⁷

THIAGO GONÇALVES COSTA⁴⁸

(coautor)

RESUMO: O acordo de não persecução penal é um mecanismo inserido no contexto da Justiça Negocial Criminal, inicialmente regulamentado pela Resolução nº 181/2017 do CNJ, no entanto, ganhou notoriedade com o advento da Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), podendo ser definido como um ajuste passível de celebração entre os polos antagônicos de um processo penal cujo objetivo é evitar a persecução penal em troca da renúncia de alguns direitos por parte do imputado. Porém, um dos requisitos para a sua celebração é a exigência da confissão formal e circunstanciada do investigado, motivo este que denota uma afronta, sob a perspectiva do direito processual penal e constitucional, a um dos princípios norteadores do ordenamento jurídico, a presunção de inocência.

Palavras-chave: acordo, persecução, presunção, inocência

ABSTRACT: The criminal non-prosecution agreement is a mechanism inserted in the context of Criminal Negotiation Justice, initially regulated by CNJ Resolution No. 181/2017, however, it gained notoriety with the advent of Law No. 13.964/2019 (“Anti-Crime Package”), which can be defined as an agreement that can be concluded between the antagonistic poles of a criminal process whose objective is to avoid criminal prosecution in exchange for the waiver of some rights by the accused. However, one of the requirements for its celebration is the formal and detailed confession of the person being investigated, a reason that denotes an affront, from the perspective of criminal and constitutional procedural law, to one of the guiding principles of the legal system, the presumption of innocence.

⁴⁷ E-mail: leandrolucasar@gmail.com

⁴⁸ Acadêmico de Direito na Faculdade da Saúde e Ecologia Humana (FASEH). Email: thiagocvcosta@gmail.com

Keywords: agreement, prosecution, presumption, innocence.

Sumário: Introdução. 1. Conceito e fundamentos do Acordo de Não Persecução Penal: O que é o acordo de não persecução penal, sua importância no Direito Penal brasileiro e os fundamentos constitucionais e legais que o respaldam. 1.1 Conceitos e natureza do ANPP. 1.2 A importância do ANPP para o ordenamento brasileiro. 1.3 Os critérios e requisitos para celebração do ANPP. 2. Os limites e alcances do Acordo de Não Persecução Penal. 2.1 Os limites. 2.2 Os alcances. 3. Considerações acerca do Princípio da Presunção de Inocência. 4. A divergência do ANPP frente ao princípio da Presunção de Inocência. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1.Introdução

A justiça negocial criminal é um mecanismo que surge como uma resposta à morosidade estatal com relação a persecução penal, nesse sentido, houve a necessidade da criação de institutos que têm como características a supressão de fases ou da totalidade do processo em troca da renúncia de prerrogativas constitucionais. É importante frisar que o conceito basilar deste mecanismo é a participação entre os polos antagônicos de um processo, a acusação (figurada pelo Ministério Público) e a Defesa (figurada pelo Réu), pela aceitação de um acordo de cooperação no âmbito processual, que cumprido todos os requisitos existentes, resulta no ganho de determinados benefícios, como a suspensão do processo, redução de pena e demais quesitos, neste diapasão, é possível mencionar alguns destes acordos, quais sejam: Transação Penal; SUSPRO (Suspensão Condicional do Processo), ambas objetos da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), Acordo de Leniência, Colaboração Premiada e o tema central desta obra, Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

O ANPP (acordo de não persecução penal) é um instituto da justiça criminal negocial que ganhou notoriedade no ordenamento jurídico com o advento da Lei 13.964/19, popularmente conhecida como 'Pacote Anticrime', no entanto, já havia prévia menção ao referido mecanismo negocial penal na Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Considerando que o ANPP possui uma carga negocial, em decorrência da sua natureza, (VASCONCELLOS, 2022, p.15) define o instituto da seguinte maneira "o ANPP é uma espécie de barganha em termos estritos"⁴⁹.

⁴⁹ Ao conceituar o ANPP desta maneira, o autor divide o conceito em duas formas, uma mais abrangente e outra mais restritiva. Com relação ao primeiro, é pelo fato de tratar-se de um facilitador da persecução penal por meio de um acordo ou conforme o autor menciona em sua obra, uma barganha. No que tange ao segundo conceito, o termo 'barganha' confere aos acordos, de uma maneira ampla, uma característica de especificidade, pois existe a renúncia de prerrogativas constitucionais, mediante o aceite da proposta e a

Além disso, trata-se de um procedimento em que há uma redução de fases processuais ou impede que haja o início de um processo contra o imputado ou aplicação de uma sanção mais rígida, em troca da renúncia de prerrogativas fundamentais (tais como, direito ao contraditório, ao silêncio, processo e prova, entre outros) que o protege frente ao exercício imperioso do poder estatal, para a congruência com a pretensão acusatória do Estado, ao aceitar as condições impostas. Vale ressaltar que a costura deste acordo é um poder-dever do Ministério Público, ou seja, quem tem a autoridade para propor este, é o órgão ministerial.

Em decorrência disto, surgem diversas questões controversas sobre o ANPP que são objetos de debate nas searas doutrinária, jurisprudencial e acadêmica, com relação às divergências entre o acordo e os princípios constitucionais, como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e em especial o princípio da presunção de inocência, disposto no art. 5º, LVII, CF/88 e determina o seguinte “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Neste sentido, ao analisar a estrutura deste mecanismo negocial criminal, é possível dizer que existe uma supressão parcial de direitos, de forma determinada em lei, motivo pelo qual o instituto é objeto de diversas discussões, inclusive figurando em julgamentos nas cortes superiores, onde é evidenciado o caráter controverso com as garantias constitucionais.

Portanto, compreender a divergência constitucional do Acordo de Não Persecução Penal frente aos princípios constitucionais, entre eles a Presunção de Inocência, é um desafio importante para a comunidade jurídica, tendo em vista a complexidade do assunto. A implementação desse instituto foi uma importante mudança no sistema penal brasileiro, possibilitando a celebração de acordos entre o Ministério Público e os acusados em determinados casos, garantindo a celeridade processual e a sobrecarga no sistema judiciário. Embora o ANPP possa representar uma alternativa para a resolução mais rápida e eficaz de processos penais, alguns questionamentos surgem sobre a sua compatibilidade com os princípios constitucionais mencionados alhures. Afinal, em um dos pontos mais divergentes com o texto constitucional e que será discutido doravante, é o fato de que para a celebração desse acordo, é pressuposto uma espécie de confissão por parte do acusado e um comprometimento com uma sanção alternativa, sem que haja a devida defesa dentro do processo e demais atos processuais.

Diante desse contexto, o presente trabalho busca analisar a divergência constitucional do Acordo de Não Persecução Penal frente aos princípios constitucionais,

consequente colaboração com a acusação, em troca dos benefícios provenientes do determinado negócio criminal.

especialmente com o princípio da Presunção de Inocência, com o objetivo de avaliar se esse acordo é compatível com a Constituição Federal. O problema de pesquisa, portanto, será: "Qual a divergência constitucional do Acordo de Não Persecução Penal frente ao Princípio da Presunção de Inocência e como essa divergência pode ser solucionada?" Esse problema será abordado ao longo do trabalho, a fim de analisar os aspectos jurídicos e constitucionais envolvidos na celebração do acordo e propor soluções para a resolução das divergências. Assim, faz-se necessário realizar uma análise profunda das disposições constitucionais e legais que permeiam o Acordo de Não Persecução Penal, buscando identificar as divergências com o Princípio da Presunção de Inocência e avaliar a possibilidade de soluções para essas questões.

Dessa forma, é preciso considerar que a implementação do ANPP trouxe importantes mudanças para o sistema penal brasileiro, e a análise de sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência é uma questão relevante para a comunidade jurídica e para a sociedade como um todo. Portanto, é essencial que o debate em torno dessa temática seja aprofundado, com base em fundamentos jurídicos e constitucionais sólidos, para que se possa avaliar a viabilidade e os limites desse instrumento jurídico.

2. Conceito e fundamentos do Acordo de Não Persecução Penal: O que é o acordo de não persecução penal, sua importância no Direito Penal brasileiro e os fundamentos constitucionais e legais que o respaldam.

2.1 Conceitos e natureza do ANPP

Conforme mencionado alhures, o ANPP é um dos mecanismos que compõem a justiça negociada criminal, o qual é caracterizado por um acordo celebrado entre a acusação e defesa, em que o imputado abre mão de direitos fundamentais – por exemplo, direito ao processo, ao silêncio, ao contraditório, à presunção de inocência, e demais – para submeter-se a pretensão acusatória acordada, resultando na confissão e em decorrência disto, a incidência de uma sanção alternativa, mais branda ou supressão de fases processuais, com o intuito de esvair-se de uma sentença condenatória e seus efeitos penais e extrapenais.

No que tange esse binômio renúncia/benefício, há de se destacar que existem concessões de ambos os polos, nesse sentido, durante voto proferido pelo Excelentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schietti, durante julgamento do Habeas Corpus Nº 657165, cujo qual foi o relator, expõe mais esta relação:

Na verdade, o novel instituto traz benefícios tanto ao investigado quanto ao Estado, visto que ambos renunciaram a direitos ou pretensões em troca de alguma vantagem: o Estado renuncia a obter

uma condenação penal, em troca de antecipação e certeza da resposta punitiva; o réu renuncia a provar sua inocência, mediante o devido processo legal (com possibilidade de ampla defesa, contraditório e direitos outros, como o direito ao duplo grau de jurisdição), em troca de evitar o processo, suas cerimônias degradantes e a eventual sujeição a uma pena privativa de liberdade. De fato, essa solução negociada de processos acaba por implicar, de modo positivo, a efetividade de diversos princípios ou vetores processuais (v.g. celeridade, economia, eficiência e proporcionalidade), ainda que com sacrifício de outros (busca da verdade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa). STJ - HABEAS CORPUS Nº 657165 – RJ. Rel. Min. Rogério Schietti, j. 09.08.2022

Outro ponto sobre o ANPP é com relação ao seu nome, muito embora tenha a terminologia ‘não persecução’, pode surgir a ideia de que em o acordo não resulte em uma efetiva persecução, no entanto, por geralmente ser proposto antes do oferecimento da denúncia, ou seja, logo após o encerramento da fase de investigação, a proposta é apresentada durante uma das fases da persecução penal. Além disso, ainda que não tenha uma aplicação de pena, em sentido estrito, as sanções alternativas possuem um caráter equivalente, o que afasta qualquer pensamento no sentido de que há um afastamento da persecução penal por inteiro, além da ideia de não punição.

Logo, ao analisarmos esta relação mútua é possível determinar a natureza do instituto, o qual figura como um mecanismo de auxílio processual, cujo objetivo é dinamizar o exercício da jurisdição penal através de uma maneira consensual que resulte em uma célere resposta ao comportamento criminoso, caracterizada pela atenuação da obrigatoriedade da ação penal, visto que o Ministério Público é o titular desta, ensejando na redução das demandas criminais. Outrossim, seguindo esta linha de raciocínio sobre o fato do *Parquet* possuir o poder-dever do instituto, é de extrema importância frisar que com relação a natureza de negócio jurídico que o instituto possui, não é cabível dizer que o ANPP possa ser um direito subjetivo do imputado, uma vez que, segundo entendimento firmado pelas Cortes Superiores “esse novo sistema acusatório de discricionariedade mitigada não obriga o Ministério Público ao oferecimento do acordo de não persecução penal⁵⁰, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realiza-lo”⁵¹,

⁵⁰ Entendimento construído a partir da análise jurisprudencial do seguinte caso: STF, RHC 161.251, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 10.05.2022

⁵¹ STF, HC 191.124 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 08.04.2021

ou seja, com relação a obrigatoriedade da propositura do acordo, é necessário que respeite a autonomia funcional do órgão ministerial, desde que seja observado os limites desta atuação.

Ademais, para que haja a propositura deste acordo, é necessário que esteja presente alguns requisitos, os quais Guilherme de Souza Nucci (2023) brevemente menciona: “Esse acordo pode ser realizado, por proposta do Ministério Público, se o investigado tiver confessado formal e detalhadamente a prática do crime, sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena mínima inferior a quatro anos” (NUCCI, 2023, p. 238).

2.2 A importância do ANPP para o ordenamento brasileiro

Conforme discutido anteriormente, a justiça negocial criminal é pautada em diversos princípios auxiliares do processo, neste tópico, iremos discorrer sobre o ANPP e sua ligação com a celeridade processual e a importância desta relação para o ordenamento jurídico. É sabido que a Constituição assegura a todos o direito de ter um processo cuja duração deva ser razoável⁵², no entanto, diante dos diversos problemas que existem nos vários níveis das entidades judiciárias do país, a morosidade é algo que afeta severamente a efetividade da Justiça brasileira, fazendo com que em determinados casos não haja a efetiva aplicação do princípio supramencionado.

Segundo dados do Justiça em Números (2022) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o tempo de tramitação médio de um processo, excluídas as execuções penais, corresponde a 5 anos e 9 meses e o acervo de demandas criminais no país oscila entre 5,3 e 5,5 milhões de autos. Neste sentido, é nítido que o atraso em uma resposta as demandas, motivo pelo qual ocasiona na ineficácia do processo penal.

Ainda sobre a morosidade, a demora na efetiva prestação jurisdicional gera problemas para ambas as partes, de modo que descredibiliza toda a atuação do sistema judiciário. Em contrapartida, o ANPP surge como uma das alternativas existentes para contornar tal situação, pois ao haver o engendramento de um mecanismo para que haja a supressão de determinadas fases processuais, é nítido a convergência com os princípios da economia e celeridade processual, de modo que é evitado a judicialização de casos não tão graves e/ou complexos, reduzindo significativamente o número de demandas.

3. Os critérios e requisitos para celebração do ANPP.

⁵² A prerrogativa constitucional em questão está disposta no inciso LXXVIII, do art. 5º, CF/88 e determina o seguinte: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação

O acordo de não persecução penal é uma modalidade de acordo firmado entre o Ministério Público e o investigado ou acusado em um processo criminal, com a finalidade de evitar a instauração de uma ação penal ou suspender uma ação penal já em curso.

De acordo com a alteração legislativa provocada pela Lei 13.964/19, o art. 28-A do Código de Processo Penal dispõe sobre os casos em que existem a possibilidade de propositura de acordo, neste sentido, o ANPP pode ser celebrado nos casos em que o investigado ou acusado confessar formal e circunstanciadamente a prática do crime, com a finalidade de obter uma redução da pena ou mesmo a sua substituição por medidas alternativas, como a prestação de serviços à comunidade, a realização de cursos ou tratamentos médicos, entre outras.

Para a celebração do acordo de não persecução penal, além da confissão, outros requisitos podem ser exigidos, cujos quais podemos ver nos tópicos a seguir:

- a. Confissão formal e circunstanciada da prática do crime pelo investigado ou acusado;
- b. Colaboração efetiva e voluntária do investigado ou acusado com a investigação ou o processo, desde que dessa colaboração resulte um ou mais dos seguintes resultados: a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, a localização da vítima com a sua integridade física preservada, a recuperação total ou parcial do produto do crime, ou a identificação da infração penal objeto da investigação;
- c. Inexistência de circunstâncias que demonstrem que o investigado ou acusado representa periculosidade concreta para a sociedade;
- d. Quando necessário, reparação do dano causado pela infração penal ou a renúncia voluntária de bens ou valores obtidos ilegalmente.

Os critérios e requisitos podem variar em cada caso, sendo que o promotor ou procurador responsável pela negociação do acordo avaliará a adequação de cada requisito em relação às circunstâncias específicas do caso em questão.

Em geral, a finalidade do acordo de não persecução penal é oferecer uma alternativa à persecução penal, ou seja, à continuidade do processo criminal. A celebração do acordo pode trazer benefícios tanto para o investigado ou acusado, que pode evitar a condenação penal e suas consequências negativas, como para o Estado, que pode economizar recursos e agilizar a solução do caso. Além disso, o oferecimento do acordo

pode ser benéfico para a sociedade como um todo, uma vez que permite que os recursos públicos sejam direcionados para a solução de outros casos criminais mais graves e relevantes.

4. Os limites e alcances do Acordo de Não Persecução Penal:

4.1. Os limites:

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) tem sido reconhecido como um mecanismo valioso para agilizar a justiça criminal e aliviar a sobrecarga do sistema judiciário brasileiro. No entanto, é crucial estabelecer limites claros para sua aplicação, a fim de garantir a conformidade com os princípios constitucionais e evitar abusos.

Um dos limites essenciais a serem considerados é a presunção de inocência. O ANPP requer que o acusado confesse formal e detalhadamente a prática do crime, mas é imperativo garantir que essa confissão seja voluntária e não resulte em violação desse princípio fundamental. É necessário estabelecer salvaguardas para prevenir qualquer forma de coerção ou pressão indevida sobre o acusado, assegurando que sua decisão de aceitar o acordo seja baseada em seu livre arbítrio. Além disso, a proporcionalidade deve ser respeitada na aplicação do ANPP. É fundamental estabelecer critérios claros para determinar a gravidade do crime e a correspondente sanção alternativa proposta, a fim de evitar arbitrariedades e desigualdades na aplicação do acordo. A pena alternativa proposta deve ser adequada ao crime cometido, garantindo-se que o acordo seja justo e proporcional.

A restrição da aplicação do ANPP a certos tipos de crimes também é um limite importante a ser considerado. Crimes de maior gravidade, como crimes contra a vida, corrupção e crimes hediondos, devem ser criteriosamente avaliados quanto à possibilidade de celebrar o acordo. A natureza e as circunstâncias do crime, bem como o interesse público na persecução penal, devem ser levados em conta ao determinar a viabilidade do ANPP em casos mais graves.

Não podemos negligenciar a importância das garantias processuais no contexto do ANPP. É imprescindível que o acusado tenha acesso à ampla defesa e ao contraditório, mesmo durante as negociações do acordo. Medidas devem ser adotadas para garantir que o acusado seja devidamente informado sobre seus direitos e possa exercê-los adequadamente, incluindo a assistência de um advogado durante todo o processo.

Ao estabelecer esses limites, garantiremos que o ANPP seja uma alternativa justa e equilibrada dentro do sistema penal brasileiro. A aplicação criteriosa desses limites assegurará que os direitos e garantias constitucionais dos acusados sejam preservados, ao

mesmo tempo em que se aproveita os benefícios de agilidade, redução do encarceramento, oportunidades de ressocialização, eficiência na utilização de recursos e resolução consensual que o ANPP pode oferecer.

4.2. Os alcances

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) tem se mostrado um mecanismo promissor no sistema de justiça criminal brasileiro, trazendo consigo uma série de alcances significativos. Com o objetivo de agilizar os processos, reduzir a sobrecarga do sistema judiciário e oferecer uma alternativa consensual à persecução penal tradicional, o ANPP tem sido amplamente adotado.

Um dos principais alcances do ANPP é a agilidade processual. Ao permitir que casos criminais sejam resolvidos de forma mais célere, evitando a necessidade de um processo completo e prolongado, o ANPP contribui para a celeridade da justiça criminal. Essa agilidade é particularmente importante em casos de menor complexidade, nos quais a celebração do acordo possibilita uma resposta rápida à prática criminosa, reduzindo significativamente o tempo e os recursos envolvidos no processo. Não tão somente, o ANPP representa uma mudança de paradigma na forma como os casos criminais são tratados. Ao oferecer aos acusados a possibilidade de evitar um julgamento formal, o acordo promove a resolução consensual do conflito. Isso possibilita que as partes envolvidas participem ativamente do processo de negociação, buscando uma solução que atenda aos interesses de todos. Essa abordagem colaborativa fortalece a noção de justiça restaurativa, em que a reparação do dano e a reintegração do infrator à sociedade são valorizadas.

Outro alcance relevante é a redução da sobrecarga do sistema judiciário. Com a celebração do ANPP, casos de menor gravidade podem ser resolvidos de forma mais ágil e eficiente, evitando a abertura de um processo completo. Isso alivia a carga de trabalho dos tribunais e promotores, permitindo que eles concentrem seus esforços em casos mais complexos e urgentes. Essa otimização na alocação dos recursos judiciais contribui para um sistema mais equilibrado e capaz de atender às demandas da sociedade.

Ademais, o ANPP promove a economia de recursos financeiros. Ao evitar a realização de um processo completo, o acordo reduz os gastos envolvidos, como custas judiciais, perícias e despesas com a manutenção de presos. Essa economia de recursos pode ser direcionada para outras áreas do sistema de justiça criminal, como investimentos em infraestrutura, capacitação de servidores e programas de prevenção à criminalidade, resultando em um sistema mais eficiente e abrangente.

Outro benefício do ANPP é a possibilidade de proporcionar uma resposta mais adequada aos interesses das vítimas. Por meio do acordo, é possível incluir medidas de reparação e compensação às vítimas, promovendo a justiça restaurativa e buscando a satisfação dos envolvidos. Isso permite uma maior participação das vítimas no processo de resolução do conflito, fortalecendo sua confiança no sistema de justiça e proporcionando uma maior sensação de justiça e reparação. Que, também, o ANPP pode contribuir para a diminuição da reincidência criminal. Ao oferecer aos acusados a oportunidade de assumir responsabilidade por seus atos e adotar medidas de ressocialização, o acordo pode auxiliar na reintegração do infrator à sociedade de forma mais rápida e efetiva. Isso é especialmente relevante em casos de menor gravidade, nos quais a privação de liberdade pode não ser a melhor solução, permitindo que o infrator receba acompanhamento e suporte para sua reinserção social.

Diante dos alcances apresentados, fica evidente que o ANPP desempenha um papel crucial na justiça criminal brasileira. Ao agilizar os processos, aliviar a sobrecarga do sistema judiciário, promover a resolução consensual dos conflitos, economizar recursos financeiros, proporcionar uma resposta mais adequada às vítimas e contribuir para a ressocialização dos infratores, o ANPP traz benefícios significativos. No entanto, é fundamental que esse mecanismo seja utilizado com cautela, estabelecendo critérios claros e garantindo a proteção dos direitos dos acusados e a segurança jurídica. A transparência e a supervisão adequada dos acordos são aspectos essenciais para evitar possíveis abusos ou arbitrariedades. Assim, o ANPP poderá contribuir efetivamente para uma justiça mais eficiente, equitativa e humana no Brasil.

5. Considerações acerca do Princípio da Presunção de Inocência

O tema do princípio da presunção de inocência é de grande importância na sistemática jurídico-brasileira, pois está diretamente relacionado à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Essa proteção é essencial para garantir a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual, valores que são fundamentais em uma sociedade democrática.

A referida garantia está disposta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que prevê o seguinte "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Esse princípio determina que toda pessoa é considerada inocente até que seja comprovada sua culpa por meio de um processo legal, com todas as garantias do contraditório e da ampla defesa⁵³. Essa garantia é fundamental para evitar

53 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 11 mai. 2023.

abusos e excessos por parte do Estado, que não pode condenar alguém sem provas concretas e sem um julgamento justo e imparcial⁵⁴. Sem a presunção de inocência, haveria uma inversão do ônus da prova, onde o acusado seria obrigado a provar sua inocência, o que feriria o princípio da ampla defesa e do devido processo legal.

Além da Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência também está presente em tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁵ e o Pacto de São José da Costa Rica. Esses tratados estabelecem padrões mínimos de proteção aos direitos humanos, garantindo que todos os indivíduos sejam tratados de forma justa e equitativa em um processo penal. É importante destacar que o princípio da presunção de inocência não significa impunidade, mas sim a garantia de que somente após um processo justo e imparcial é que alguém poderá ser condenado. Essa garantia é fundamental para a proteção da democracia e do Estado de Direito. Em resumo, o princípio da presunção de inocência é um pilar do sistema jurídico brasileiro, que tem por objetivo garantir a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e evitar abusos e excessos por parte do Estado. Sua importância é reconhecida tanto pela Constituição Federal quanto por tratados internacionais, e sua aplicação é essencial para a proteção da democracia e do Estado de Direito.

Outro ponto importante a ser mencionado é que o princípio da presunção de inocência também protege contra prisões arbitrárias e ilegais, evitando que pessoas sejam detidas sem uma acusação formal e sem que tenha havido um julgamento justo e imparcial. Nesse sentido, a presunção de inocência é uma garantia fundamental para a proteção dos direitos humanos e para o Estado de Direito.

Além disso, o referido princípio é aplicável não apenas no âmbito do processo penal, mas também em outras esferas, como no campo administrativo e tributário. Isso

54 Neste sentido, Clever Vasconcelos leciona convergindo para a mesma linha de raciocínio “Está intrinsecamente ligado à garantia do devido processo legal, na medida em que proíbe a condenação de qualquer pessoa, se não observadas as premissas básicas que norteiam um processo devido, com observância dos ditames da justiça. (VASCONCELOS, Clever. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 179.)

55 Art. 11 - 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

significa que toda pessoa deve ser tratada como inocente até que seja comprovada a sua culpa em qualquer processo legal.

Ainda, é importante ressaltar que a presunção de inocência não é uma garantia absoluta e pode ser afastada em casos excepcionais, como por exemplo, em flagrante delito ou em situações em que exista uma forte presunção de autoria do crime. Contudo, mesmo em tais situações, é necessário que haja um processo justo e imparcial para comprovar a culpa do acusado.

Em síntese, o referido princípio é uma garantia fundamental para a proteção dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito. Ele é respaldado pela Constituição Federal e por tratados internacionais, e deve ser aplicado em qualquer processo legal, assegurando que toda pessoa seja tratada como inocente até que se prove o contrário.

Noutro lado, o respeito ao princípio da presunção de inocência também é importante para garantir a equidade no tratamento dos indivíduos perante o sistema penal. Se essa garantia não fosse observada, poderíamos ter situações em que pessoas de determinadas classes sociais ou grupos minoritários seriam mais facilmente condenadas, enquanto outras pessoas com recursos financeiros ou poder político teriam mais facilidade em provar sua inocência. O princípio da presunção de inocência também é fundamental para a proteção dos direitos humanos e a manutenção do Estado democrático de direito. Em um regime autoritário ou ditatorial, os acusados muitas vezes eram considerados culpados antes mesmo de um julgamento justo e imparcial. Isso poderia levar a prisões arbitrárias, tortura e outras violações dos direitos humanos.

Por fim, é importante lembrar que o princípio da presunção de inocência não significa que o acusado não possa ser preso durante o processo. Em casos excepcionais, como nos crimes hediondos, por exemplo, a prisão preventiva pode ser decretada. No entanto, a prisão preventiva deve ser uma medida excepcional e devidamente justificada, sempre respeitando os direitos fundamentais do acusado.

6.A divergência do ANPP frente ao princípio da Presunção de Inocência

É evidente a importância do ANPP para o ordenamento jurídico sob o prisma da celeridade processual e auxílio ao sistema jurídico nacional, no entanto, embora seja dotado de certa influência, existe alguns requisitos para a sua propositura que são objeto de discussão, especialmente, no que tange a literalidade da lei, o fato de ser requisitado uma confissão formal e circunstancial do imputado, uma vez que denota desnecessidade e inconstitucionalidade.

Em um aspecto geral, os acordos que são objetos da justiça negocial criminal são duramente criticados por abdicarem do caráter negocial, e com o acordo não persecutório não seria diferente, pois de certa forma há uma imposição unilateral da vontade estatal, tendo em vista que resta ao beneficiado aceitar os termos pré-existentes e formalizados, motivo este que indica uma divergência com a característica negocial destes institutos.

Ao exigir a confissão como requisito para que haja a barganha entre os figurantes do processo, é possível visualizar uma afronta diversos princípios constitucionais, especialmente a violação ao direito de não produzir provas contra si mesmo⁵⁶ e ao princípio da presunção de inocência, objeto de discussão central desta obra. Com relação à primeira violação, o inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal dispõe o seguinte: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, ou seja, o referido dispositivo assegura o direito ao silêncio e a defesa técnica. Outrossim, é mister citar a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em sua alínea ‘g’, inciso II, art. 8º garante a todo acusado o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem declarar-se culpada”.

Diante dos argumentos expostos acima, é possível perceber que a exigência da confissão vai de encontro a estes direitos previstos tanto na constituição, quanto em acordos internacionais, vale lembrar que o Brasil é signatário neste acordo e que ele possui equivalência à norma constitucional por tratar de direitos humanos.

No que concerne ao segundo princípio, este sendo mais importante para a presente discussão, a violação ocorre especialmente quanto ao seu conteúdo tridimensional, isto é, a sua manifestação como norma de tratamento, visto que a imposição de culpa só pode ocorrer com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; regra probatória, tendo em vista que o ônus da prova em regra cabe à acusação, e regra de juízo, pois devem ser observados o princípio do *in dubio pro reo* e o standard probatório.

Além disso, não há a devida análise na declaração de culpa presente na confissão, uma vez que não há a discussão de mérito, neste diapasão, é possível vislumbrar a divergência com o disposto na CADH, bem como, com os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, ante a confissão de culpa e sua consequente

⁵⁶ SILVA, José C. F.; Reis Debora C. F.; Klinsmann A. R. F. Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal. *Revista da Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, a. 12, n. 2, p. 81-97, jul./dez. 2020.

antecipação a uma fase pré-processual sem que fosse esgotado todos os atos para provar a inocência do beneficiado, inexistindo assim uma sentença condenatória.

Nesta toada, é perceptível a manifestação de inconstitucionalidade material do referido item, uma vez que, existe um requisito para a propositura do acordo que é incompatível com princípios constitucionais, mencionados alhures.

7. Conclusão

O acordo de não persecução penal é instituto processual que trouxe uma nova alternativa ao exercício da pretensão estatal, haja vista a sua atuação como uma espécie de medida despenalizadora com enfoque na atuação negocial, ademais, possui uma relação harmônica com a celeridade processual e demais prerrogativas, no entanto, este novel mecanismo necessita de demais transformações para que possa figurar perante um ordenamento jurídico cujas premissas basilares provém de um Estado Democrático de Direito, uma vez que os moldes exigidos para a sua fixação são objeto de discussão entre os operadores do Direito, ante a divergência com os princípios constitucionais, sobretudo a presunção de inocência.

Conforme expressa disposição do art. 28-A do CPP, a exigência da confissão formal e circunstanciada é uma afronta ao princípio constitucional supramencionado, ainda que a sua falta não denote motivo suficiente para a recusa da oferta⁵⁷, isto ocorre devido a antecipação de culpa para que possa ser obtida uma espécie de 'benevolência' do ente estatal, tendo em vista o receio em uma eventual condenação, fragilizando ainda mais a posição do investigado em um processo penal.

Portanto, em razão das diversas incongruências expostas, percebe-se que é necessária uma adequação ao ANPP para que este possa ter uma relação harmônica com os princípios constitucionais, em especial a presunção de inocência.

8. Referências:

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

⁵⁷ STJ, HC 657.165, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 09.08.2022.

Conselho Nacional de Justiça. Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 11 mai. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620704. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620704/>. Acesso em: 11 mai. 2023.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Acordo de Não Persecução Penal: Guia Prático**. **MPMG Jurídico** – Revista do Ministério Público do estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. p. 8-9, 2022.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599978. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599978/>. Acesso em: 11 mai. 2023.

SILVA, José C. F.; Reis Debora C. F.; Klinsmann A. R. F. **Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal**. Revista da Escola Superior do Ministério Público do Ceará, a. 12, n. 2, p. 81-97, jul./dez. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 657.165**. 6ª Turma, Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, Data de Julgamento: 09/08/2022.

TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO: QUAIS OS DESAFIOS E POLÍTICAS DE COMBATE A ESSA PRÁTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO?

AMANDA SUELLEN DE OLIVEIRA:
graduanda em Direito pelo Centro
Universitário UMA⁵⁸.

VIVIANE CRISTINE COSTA NETO⁵⁹

(coautora)

NATÁLIA MARRA

(orientadora)

Resumo: É de conhecimento público e notório que desde os primórdios da sociedade e sua criação o trabalho escravo sempre esteve presente, exercendo forte influência na formação cultural e social dos povos. O contexto travado pelo povo brasileiro não diverge de tal cenário, de modo que, mesmo com o avanço da globalização, dos meios de trabalho e, por conseguinte, das relações laborais, o trabalho degradante continua sendo uma problemática pendente de erradicação nos dias atuais. A partir disso, destaca-se o avanço legislativo nesse sentido, bem como as ações estatais em parceria com demais organizações internacionais com o intuito de extirpar tal conjuntura, o que vem tomando forma por meio da aplicação da lei e da atenção voltada aos grupos vulneráveis através de ações e projetos.

Palavras chave: Trabalho, Escravo, Brasil, Contemporâneo.

Abstract: It is public and well-known knowledge that since the beginnings of society and its creation, slave labor has always been present, exerting a strong influence on the cultural and social formation of people. The context faced by the Brazilian people does not differ from this scenario, so that, even with the advancement of globalization, the means of work and, consequently, labor relations, degrading work continues to be a problem pending eradication today. From this, the legislative progress in this sense stands out, as well as state actions in partnership with other international organizations with the aim of eradicating this situation, which has been taking shape through the application of the law and attention focused on vulnerable groups through actions and projects.

58 Email: amandaoliv12@icloud.com

59 graduanda em Direito pelo Centro Universitário UMA. E-mail: vivianecristinecosta@hotmail.com

Keywords: Work, Slave, Brazil, Contemporary.

Introdução

A proposta do presente trabalho consubstancia-se em analisar o contexto histórico do trabalho análogo à escravidão, bem como a conjuntura atual dessa problemática com o avanço da sociedade brasileira, ao longe de uma investigação que perpassa os desafios consistentes no combate do cenário de exploração e legislações pertinentes.

Para tanto, serão abordados eventos históricos que permitiram o alastramento do trabalho escravo, além dos obstáculos advindos da nova atualidade no combate ao trabalho análogo à escravidão, assim como os novos cenários e elementos que fomentam a prática da atividade laboral pautada na servidão e exploração.

Em sequência, a evolução legislativa nessa problemática é tema fundamental para compreender o posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro frente a tal demanda, com destaque para as convenções e tratados internacionais relevantes para o desate do tema e a aplicação da norma ao caso concreto a partir do exame do Recurso Especial nº 1.843.150 – PA.

Como resultado, o presente estudo apontará as ações governamentais, tal como a influência da Organização Internacional do Trabalho direcionadas ao combate do trabalho análogo a escravidão e os reflexos desses atos nas relações trabalhistas, com ênfase no Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil como parâmetro orientador às autoridades competentes.

Por fim, todo o raciocínio será estruturado a partir de uma análise histórica, legal e social, a fim de vislumbrar as conquistas e entraves enfrentados pelas vítimas do trabalho análogo a escravidão no Brasil contemporâneo.

Dessa forma, a princípio a atenção será voltada para a conceituação do tema, avançando posteriormente para os eventos históricos que contribuíram para atual formação do problemática. Em seguida, a atenção será firmada na evolução legislativa em âmbito nacional e internacional, permitindo a visão do tema a partir da análise de caso pertinente. Ainda, serão abordadas as estratégias adotadas pelo Brasil com vistas a erradicar e solucionar o tema em comento.

1. A evolução histórica do trabalho escravo no Brasil Contemporâneo

1.1 Conceito de trabalho escravo

Sabe-se que, desde os primórdios da civilização a atividade laboral sempre estabeleceu contornos de força e independência, desenhando um cenário que percorre até a atualidade, além de traçar condutas pautadas em movimentos históricos e culturais, consoante expõe Luciano Martinez (MARTINEZ, 2019, p.63):

Os poderes decorrentes da liderança familiar, então, revelaram que relações profissionais poderiam funcionar sob o mesmo esquema — era possível a intermediação do trabalho de uns em favor de outros. Desse modo surgia a clara divisão conceitual do trabalho em dois grandes grupos: trabalho por conta própria, de forte valor autotutelar, e trabalho por conta alheia, de visível valor econômico. (MARTINEZ, 2019, p. 63)

Isso porque, o trabalho advindo da força humana adquiriu no decorrer dos séculos, um contorno em que figuram dois lados, o primeiro, de superioridade e o outro reduzido a insignificância, seja pela raça, etnia, idade ou gênero, consoante se observa nos idos do Brasil escravocrata cujo período inicial remonta ao século XVI e, ressalta-se, baluarte da Lei Áurea, a qual hoje representa um marco em inúmeros aspectos, seja do ponto de vista econômico, social ou histórico, mostrando-se como um verdadeiro símbolo multifacetário.

Feito esse introito, antes de adentrar ao objetivo central da problemática a ser abordada, mostra-se fundamental a compreensão dos elementos ensejadores das situações similares a escravidão, haja vista o desuso do termo “trabalho escravo” após o advento da Lei Áurea, aproximando-se deste as conjunturas violadoras dos direitos e garantias fundamentais inerentes ao indivíduo no âmbito da atividade laboral.

Nesse ponto, destaca-se a redação dada ao art. 149, do Código Penal Brasileiro, que esclarece detalhadamente as circunstâncias as quais propiciam o enquadramento do empregador às sanções descritas no referido tipo, o qual disciplina que, incorre nas penas descritas no artigo supramencionado aquele que:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

(...)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Dessa forma, percebe-se que para além de um artigo sancionador inserido na sistemática do direito penal, o art. 149, traz em sua redação a conceituação do trabalho análogo a escravidão, consubstanciado na enunciação das condutas que representam a conjuntura objeto de coibição.

Ato contínuo, no que tange a expressão “trabalho forçado” inserida no tipo, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci a define como *“a atividade laborativa desenvolvida de maneira compulsória, sem voluntariedade, pois implica em alguma forma de coerção caso não desempenhada a contento”* (Nucci, 2021, p.761), de modo que, resta nítida a intenção do legislador em conceder enfoque às condutas que impliquem além de ofensa na seara trabalhista, nítida violação aos direitos do trabalhador enquanto pessoa na ordem jurídica, tal qual, o cerceamento da garantia de ir e vir, estatuído na Carta Magna, cujo ponto disserta Flávio Martins (MARTINS, 2022, p.1.243), senão vejamos:

Tratamento degradante é o desonrante, deteriorante, já que degradar é privar de dignidades, honras. Ora, assim como a Constituição Federal veda a tortura, também veda, no mesmo dispositivo legal (art. 5º, III), o tratamento desumano ou degradante. (MARTINS, 2022, p.1.243)

Em consonância com o art. 149 do CP, tem-se que a Portaria MTP 617/2021, disciplina no art. 207 da sua redação, os requisitos inerentes e caracterizadores das condições análogas à escravidão, as quais cumpre trazer à baila:

“Art. 207. Considera-se em condição análoga à de escravo o trabalhador submetido, de forma isolada ou conjuntamente, a:

I - trabalho forçado;

II - jornada exaustiva;

III - condição degradante de trabalho;

IV - restrição, por qualquer meio, de locomoção em razão de dívida contraída com empregador ou preposto, no momento da contratação ou no curso do contrato de trabalho; ou

V - retenção no local de trabalho em razão de:

- a) cerceamento do uso de qualquer meio de transporte;
- b) manutenção de vigilância ostensiva; ou
- c) apoderamento de documentos ou objetos pessoais.

Parágrafo único. O trabalho realizado em condição análoga à de escravo, sob todas as formas, constitui atentado aos direitos humanos fundamentais e à dignidade do trabalhador e é dever do Auditor-Fiscal do Trabalho combater a sua prática.”.

Percebe-se dessa forma as similaridades existentes em ambas as legislações citadas, sobretudo, a reprodução dos termos contidos no tipo penal os quais traduzem-se em um rol orientador para o ordenamento jurídico em sua integralidade e, atrai por certo, as penalidades aplicáveis em todas as suas esferas.

Nesse aspecto, torna-se imperiosa a abordagem do atual cenário trabalhista no Brasil como nuance que figura como palco central para o entendimento daquilo que delimita o contexto de trabalho análogo ao escravo, bem como impôs no decorrer dos anos novos rumos fundamentais para a temática abordada no presente estudo, vez que, estritamente interligadas.

1.2 Evolução dos meios de trabalho no Brasil

Sabe-se que os meios de trabalho e as relações trabalhistas não se encontram dissociados da sociedade, bem como do seu desenvolvimento, razão pela qual é certo afirmar que a globalização, por certo, ocasiona mudanças a curto, médio e longo prazo na relação laboral que, são diretamente impactadas pelo sistema capitalista o qual atualmente estamos inseridos, preocupação expressada por Carlos Henrique Bezerra Leite (LEITE, 2022, p. 670):

Não há negar que o principal efeito da globalização econômica, pelo menos no que diz respeito à ocorrência do fenômeno nos países periféricos ou semiperiféricos, repousa na especulação em torno da possibilidade de flexibilização in pejus dos direitos sociais,

conquistados paulatinamente pelos trabalhadores ao longo dos últimos cem anos. (LEITE, 2022, p. 670)

Isso porque, a escravidão e as suas analogias constituem verdadeira meio de privação da liberdade do indivíduo que, ostenta direitos inerentes a sua existência, sendo sujeito livre para escolher aquilo que lhe for pertinente, consoante exposto no tópico anterior.

Todavia, é de conhecimento notório que, a evolução da legislação nesse aspecto, bem como as variadas formas de trabalho advindas da modernidade foram incapazes de extirpar os meios de trabalho – já existentes - fundada em servidão, condições insalubres e mão de obra barata.

Diversamente disso, o que se observa nos tempos atuais é a escravidão velada, aquela fundada no silêncio e receptora de termos que se aproximam ao trabalho desumano, todavia, distanciam-se daqueles elencados no tipo penal correspondentes, atraindo, a persistência de trabalhadores que laboram em condições análogas a de escravo próximo e longe dos centros urbanos, como bem expõe Luciano Martinez (MARTINEZ, 2019, p.152):

Respondendo, então, à indagação, pode-se dizer que a escravidão no Brasil não é mais visível no seu sentido histórico, mas, sim, em uma perspectiva contemporânea. A escravidão da atualidade, que existe e que incomoda, é fruto da fragilidade de alguns trabalhadores (normalmente rurais, domésticos ou estrangeiros irregularmente ingressos) que, em busca da satisfação de suas necessidades essenciais, são levados a extrapolar, mesmo contra as suas vontades, os limites de suas próprias dignidades. (MARTINEZ, 2019, p.152)

Dessa forma, percebe-se que a atual escravidão hospedada na sociedade brasileira encontra amparo nas pessoas menos favorecidas, seja sob o aspecto de renda, raça, cor ou etnia, os quais compreendem acentuados aspectos para a durabilidade do trabalho desprovido de condições mínimas mesmo com o avanço da sociedade.

1.3 Fatores que contribuem para a persistência do trabalho escravo e análogo na modernidade

Conforme mencionado alhures, mesmo decorrido mais de um século da abolição da escravatura no Brasil, a coletividade ainda convive com o drama do trabalho pautado na servidão e exploração.

Nesse aspecto, fatores como a pobreza, pouco ou nenhum nível de instrução, inexistência de postos de trabalho nas localidades distantes das grandes capitais, bem como a falta de fiscalização, acompanhada por vezes de ameaça, representam elementos basilares para a persistência do trabalho análogo a escravidão.

Isso porque, sabe-se que não se trata de uma problemática fundada tão somente em um único ponto de difícil erradicação, mas, de contextos que por vezes se unem em uma mesma situação, sendo certo afirmar que representam de um lado a causa e sob outro enfoque, a consequência, razão pela qual estão interligados.

Prova disso, são as situações não raras identificadas em grandes propriedades rurais, as quais abrigam como trabalhadores, pessoas muitas vezes advindas de outra localidade, movidas pelo desejo e esperança de um futuro melhor, pautado em melhores remunerações, oportunidades para cônjuge e filhos e a promessa de uma vida diversa daquela já conhecida, todavia, o desenrolar do cenário não difere daquele já noticiado e amplamente conhecido.

Ciente dessa realidade e com vistas a garantir os direitos esculpidos na Constituição Federal de 1988, originou a Emenda Constitucional nº 81, promulgada em 05 de junho de 2014, a qual concedeu nova alteração ao texto expresso no art. 243, a partir do qual tornou-se possível, do ponto de vista jurídico, o confisco de propriedade destinada ao trabalho escravo, pelo que se demonstra:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

A pobreza, continua sendo fator determinante para a perpetuação desse mal que assola o povo. Acompanhada da dificuldade em frequentar o ensino básico e superior, bem como se capacitar para ingressar no mercado de trabalho, por vezes os indivíduos menos favorecidos se encontram no vão mercado pelo desemprego e a ausência de expectativas, o que os torna alvos fáceis para a prestação de atividade laboral pautada na ilegalidade e na insegurança, vez que, as ofertas de trabalho e bons salários, expostas a frente das condições degradantes, representam a única perspectiva passível de pensamento.

2.A legislação como marco temporal para estudo da temática

2.1. Legislação

Traçado o panorama central do Brasil contemporâneo, não se pode perder de vista o avanço da legislação no respectivo assunto.

Nesse sentido, surge a Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1942, conjunto de normas que perpassa a sua data de criação e, adquire ao longo da história os cenários e espécies de trabalho construídos pela coletividade e institui direitos e deveres basilares, antes desconhecidos, violados e omitidos.

No entanto, é bem verdade que, apesar de representar um limítrofe entre as concepções do trabalho antes e após a instituição do regramento trabalhista próprio, observa-se ao longo da história que tal circunstância, por si só, foi incapaz de instituir um modelo de atividade laboral alheio a condições análogas à escravidão, sendo necessário, ainda, o amparo de outras variadas fontes.

Acerca disso, colhe-se a adesão do Brasil e outros 192 (cento e noventa e dois) países a Declaração de Direitos Humanos (DUDH), proclamada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 que, diante do cenário mundial, trouxe em seu bojo, especificamente no art. 4º, a necessidade de coibir as práticas aqui em análise, ditando que *“ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos”*.

O que se segue a partir de então representa não apenas a preocupação do legislador pátrio em coibir as práticas que acarretam o trabalho análogo a escravidão, mas, a inevitabilidade de normas aptas a tratar a problemática tal como se mostra na contemporaneidade.

E é nessa ordem de ideias que, situa-se a Carta Magna. Promulgada nos idos de 1988, a Constituição Cidadã, assim denominada, a qual consagrou o direito ao trabalho no rol daqueles sociais, inserindo-o no título que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, senão vejamos o texto expresso:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma

renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária.

Nesse aspecto, percebe-se que a CR/88 representa um marco a ser celebrado em seus inúmeros aspectos, sobretudo no que concerne a preocupação do legislador em garantir ao indivíduo enquanto sujeito na ordem social, uma fonte de renda oriunda da atividade laboral firmada em posição elevada da dignidade da pessoa humana e dos desdobramentos dela advindos, consoante explica Carlos Henrique Bezerra Leite (LEITE, 2022, p. 63):

O direito ao trabalho, além de direito humano, é também direito fundamental, mormente em nosso sistema jurídico, porquanto positivado na Constituição Federal, sendo, portanto, tutelado pelo direito constitucional, ora como princípio (e valor) fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, II, III e IV); ora como direito social (CF, arts. 6º e 7º); ora como valor fundante da ordem econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da busca do pleno emprego (CF, art. 170, VIII). (LEITE, 2022, p. 63)

No mesmo sentido, destaca-se a influência do texto constitucional nos demais ramos do direito, o qual atrai por certo um posicionamento principiológico em observância as normas do texto maior, garantindo ao trabalhador maior proteção e segurança jurídica em todas as esferas do ordenamento jurídico, consoante ensina Mauricio Godinho Delgado (DELGADO, 2019, p. 145):

Ao lado dos preceitos democratizantes acima enunciados, a Constituição de 1988 produziu um clarão renovador na cultura jurídica brasileira, permitindo despontar, no estuário normativo básico do País, a visão coletiva dos problemas, em anteposição à visão individualista preponderante, oriunda do velho Direito Civil. Essa nova perspectiva se embebe de conceitos e perspectivas próprias ao Direito do Trabalho, em especial a noção de ser coletivo (e de fatos/atos coletivos), em contraponto à clássica noção de ser individual (e fatos/atos individuais), dominante no estuário civilista brasileiro. Ao ampliar e aprofundar o status constitucional do Direito do Trabalho, mediante o conceito de Estado Democrático de Direito, de direitos individuais e sociais fundamentais, além de ter

estruturado importante rol de princípios constitucionais do trabalho, o Texto Máximo de 1988 praticamente impôs ao restante do universo jurídico uma influência e inspiração justralhistas até então desconhecidas na história do País. (DELGADO, 2019, p. 145)

Igualmente, a Carta Maior dedicou, ainda, em seu bojo o art. 7º e os 34 (trinta e quatro) incisos que o integra a premência de instituir os direitos garantidos a todos os trabalhadores, independentemente da zona de prestação da atividade laboral.

Ato contínuo, em uma tendência constitucionalista e principiológica, curial salientar os enfoques vigentes no atual Código Penal por meio do art. 149, o qual não apenas prevê a conduta de reduzir o outro a condição análoga à de escravo como uma conduta criminosa, como prevê as penas aplicáveis a espécie, introduzindo na sistemática jurídica o conceito outrora exposto.

Ressalte-se, ainda, a portaria nº1293/2017, por meio da qual o Ministério do Trabalho e Emprego tornou ainda mais cristalino os conceitos contidos no art. 149 do Código Penal, ao estabelecer conceitos certos e delimitados, facilitando a compreensão linguística de todas as comunidades jurídicas.

Desta feita, é bem verdade que a existência de regramentos os quais visam o aniquilamento das condições ensejadoras do trabalho análogo à escravidão, embora represente um verdadeiro e incomparável avanço na problemática, não representa por, si só, soluções efetivas e passíveis de desenraizar o imbróglio da sociedade, seja por raízes históricas e culturais ou pela ausência de subsídios ajustáveis, tais como restou evidenciada na Lei Complementar 150 de 2015, razão pela qual o presente estudo mostra-se não apenas imprescindível, como vultoso, na medida em que tratar-se-á dos fatos pretéritos e atuais a luz dos preceitos pertinentes.

No âmbito internacional, o cenário não difere quanto a preocupação dos órgãos internacionais em garantir a coletividade condições laborais cada vez mais distantes de uma conjuntura pautada em condições degradantes e cometidas de situações aviltantes.

Nesse contexto, destaca-se a convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho aprovada na 14ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1930).

Igualmente, em consonância, localiza-se a convenção nº105 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1966, a qual versa sobre a abolição do trabalho forçado, ao lado da convenção das Nações Unidas sobre escravatura data de 1926.

Importante ressaltar, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – amplamente conhecido como Pacto de São Jose da Costa Rica, a qual remonta ao ano de 1969 e já em seu art. 6º expressa a preocupação e necessidade em erradicar as diversas formas de trabalhos similares a escravidão, senão vejamos:

Artigo 6º - Proibição da escravidão e da servidão 1. Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas. 2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.

Dessa forma, percebe-se que o Brasil, ao lado de outros países, comprometeu-se ao longo dos anos, a adotar medidas com vistas a extirpar as condições degradantes de trabalho, em observância as normas ratificadas, restando evidente que, se trata de problemática a qual requer soluções práticas em nível nacional e internacional, mesmo que se trate de prática passível de criminalização e condenação, consoante percebe-se do caso concreto examinado no tópico seguinte.

2.2. Estudo do Recurso Especial Nº 1.843.150 – PA

Até o presente momento, muito se tem abordado no que concerne às raízes históricas do trabalho degradante, as causas que contribuem para a permanência desse cenário na contemporaneidade, bem como a prudência com o que o tema é recepcionado, através de normas, tratados e convenções os quais possuem eficácia em âmbito nacional e internacional, consoante exposto alhures.

Assim, feito esse introito e traçado o panorama geral do trabalho análogo a escravidão, faz-se mister ilustrar a aplicabilidade da norma pelo Poder Judiciário, de modo a expor aquele que acompanha este estudo, de qual modo se dá a concretude da conduta tipificada no art. 149 do Código Penal.

Nesse sentido, o Recurso Especial Nº 1.843.150 – PA, sob a relatoria do ministro Nefi Cordeiro cumpre bem o seu papel.

Isso porque, o referido recurso versa sobre 06 (seis) trabalhadores mantidos sob condição análoga a de escravo em propriedade rural destinada a criação de bovinos, localizada no município de Paragominas-PA.

No relatório final de fiscalização, concernente ao interregno compreendido entre 13/03/2006 a 18/03/2006, restou apurada a inexistência de condições apropriadas a sobrevivência digna, das quais ressalta-se a ausência de fornecimento de água potável; condições de conforto e higiene, vez que sequer havia moradia adequada e local para refeições bem como para armazenamento de alimentos. Ainda, constatou-se a falta de banheiros e serviços de saneamento básico.

Diante de tais conclusões, houve o empregador fora condenado pelo magistrado primevo nas penas impostas pelo art. 149 do CP, o que fora reformado pela instância revisora, atraindo por consequência a interposição do Recurso Especial pelo Ministério Público Federal.

Em sede de julgamento, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça acolheu o recurso e determinou o restabelecimento da sentença que condenou o empregador, ante a cristalina prática das condutas descritas no tipo penal, razão pela qual torna-se imprescindível trazer à baila a fundamentação adotada, pelo que se demonstra:

Na espécie, consoante se verifica dos autos, o Tribunal de origem houve por bem dar provimento ao recurso de apelação defensivo, absolvendo o recorrido do delito do art. 149 do CP, porquanto ausente a restrição de saída dos trabalhadores por dívidas contraídas, tampouco a retenção no local de trabalho por vigilância ou apossamento dos documentos pessoais, muito embora devidamente fundamentada a condenação em 1º Grau pelo referido delito em razão da condições degradantes de trabalho e de habitação a que as vítimas eram submetidas, consubstanciadas, segundo constou do relatório de fiscalização, no não fornecimento de água potável, permitindo que seus obreiros consumissem água suja e fétida, de qualidade e origem duvidosa, procedente de um córrego às proximidades do barroco e imprópria para o consumo humano; no não oferecimento, aos trabalhadores, de serviços de privada por meio de fossas adequadas ou outro processo que não afete a saúde pública, permitindo que os mesmos efetuassem suas necessidades fisiológicas no meio da mata, ao relento, sem qualquer preocupação com a higiene ou a privacidade, no alojamento em barracos cobertos

de palha e lona, sustentados por frágeis caibros de madeira branca, no meio da mata, sem qualquer proteção lateral, [...] e expostos aos mais variados riscos que a presença de animais peçonhentos oferecem revelam o profundo desprezo que empregador tem pelo ordenamento jurídico laboral e pelo próprio ser humano (fls. 285-286).

À vista disso, percebe-se que mesmo ante a existência de instrumentos normativos os quais objetivam garantir ao indivíduo condições mínimas de trabalho, nas quais se inserem direitos básico e fundamentais, o contexto existente ainda insiste em se afastar de tais premissas e retroagir a barbárie oferecendo ao ser humano o pior que se possa esperar, mesmo que se trate de trabalhador o qual busca tão somente meios de prover a sua subsistência através da atividade laboral.

Assim, resta patente que se trata de esforço conjunto e necessário de todos os poderes, consoante evidenciado nas legislações pertinentes, bem como nesse tópico pelo Judiciário, razão pela qual, impõe-se necessário o estudo da atuação do Poder Executivo frente a tal questão, conforme veremos no próximo ponto.

3. Ações que visam combater a problemática

3.1. Ações governamentais

Pois bem. Perpassadas as variadas nuances que compõe o cenário do trabalho análogo a escravidão no Brasil moderno, o estudo das medidas adotadas pelo Estado com vistas a erradicar a problemática constitui tema o qual faz-se fundamental a sua abordagem, vez que, consoante tratado no tópico 1.3 deste estudo, não se trata de uma problemática fundada tão somente em um único ponto, mas, de contextos que por vezes se unem em uma mesma situação.

Inteirado dessa realidade, destaca-se a atuação do Ministério Público do Trabalho e do Emprego – MTE, responsável por fiscalizar e regulamentar as relações trabalhistas. Além disso, percebe-se o seu desmembramento em órgãos promoventes de projetos e atividades dos quais destaca-se o Cadastro de empregadores infratores - Lista Suja.

Decorrente das Portarias nºs 1.234/2003/MTE e 540/2004/ MTE o referido cadastro visa coagir os empregadores que incorrem na manutenção de trabalhadores em situações degradantes a adotar nova postura, razão pela qual são monitorados por dois anos consecutivos.

Igualmente, encontra-se no rol de atuantes nessa problemática o Ministério Público do Trabalho – MPT, o qual visa:

Fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista quando houver interesse público, procurando regularizar e mediar as relações entre empregados e empregadores. Cabe ao MPT promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores. Também pode manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, quando entender existente interesse público que justifique. O MPT pode ser árbitro ou mediador em dissídios coletivos e pode fiscalizar o direito de greve nas atividades essenciais.

Dessa forma, possui amplo projeto estratégico no âmbito do trabalho escravo, promovendo ações que visam o combate a tal prática, bem como a proteção às vítimas resgatadas de tal contexto, vez que, dados extraídos do cruzamento de informações relativos ao ano de 2018 esclareceram que mais de 600 (seiscentos) trabalhadores retornaram a mesma condição após o resgate, contexto que esbarra exatamente na inexistência de amparo após a saída do trabalho degradante.

Nesse sentido, resta evidente a fundamental importância do desenvolvimento de ações com fins a atender os indivíduos ainda mergulhados em tal contexto, sem, contudo, deixar de prestar auxílio aqueles que mesmo retirados de tal meio ostentam as mesmas condições que o levaram a tal conjuntura, como forma de erradicar de fato a problemática instalada nas raízes da formação na sociedade.

E é nesse patamar que se insere o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil.

3.2. Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil

Trata-se de um conjunto de medidas direcionadas aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público, entidades da sociedade civil brasileira e classe empresarial, publicado, inicialmente, nos idos de 2003, consoante explica Luciano Martinez (MARTINEZ, 2019, p.154):

Por ser o trabalho escravo um tema que produz verdadeira repulsa social e por conta da consciência de que a sua eliminação constitui condição básica para o Estado Democrático de Direito, foi lançado

em 2003 pelo governo federal o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, que apresentou medidas a serem cumpridas pelos diversos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público e entidades da sociedade civil brasileira. (MARTINEZ, 2019, p.154):

A partir disso e, reunidas os principais destaques do primeiro plano, a Conatrae – Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, produziu o 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, aprimorando as medidas aplicadas na primeira fase do projeto, bem como, introduzindo novas ideias ao cenário já multifacetado, de modo que ao final foram apresentadas 65 (sessenta e cinco) ações no referido plano.

Nesse aspecto, percebe-se que as ações de combate ao trabalho escravo e seus desmembramentos não constitui tarefa fácil, seja do ponto de vista legislativo, executivo ou judiciário, ante as particularidades que acobertam cada esfera, todavia, faz-se mister pontuar o grande avanço consistente na abordagem do referido tema em suas inúmeras nuances.

3.3. Organização Internacional do Trabalho

Decorrente do Tratado de Versailles a Organização Internacional do Trabalho – OIT, órgão das Nações Unidas, visa a proteção e promoção das relações trabalhistas pautadas nos direitos humanos e nos seus desdobramentos.

Nesse sentido, ensina Carlos Henrique Bezerra Leite (LEITE, 2022, p. 1.636):

O reconhecimento e o respeito ao papel desempenhado pela Organização Internacional do Trabalho radicam do seu sistema normativo. Sua originalidade emana da busca constante de um consenso entre as autoridades públicas e os principais interessados, é dizer, os empregadores e os trabalhadores. Todo o procedimento relativo às normas internacionais do trabalho, desde sua elaboração até a supervisão de sua aplicação e promoção, inspira-se no tripartismo, que constitui um método pacífico para a regulação das relações laborais mediante plena participação dos atores sociais nas decisões que lhes digam respeito. (LEITE, 2022, p. 1.636)

No que tange ao papel por ela exercido, o tópico 2.2 esclareceu bem a temática, sobretudo no que concerne as convenções das quais o Brasil é signatário e, representam não só um progresso acerca das questões atinentes a problemática tratada, mas, também,

uma ferramenta de suma importância na luta travada contra o trabalho análogo a escravidão.

Considerações Finais

Por todo o exposto, colhe-se que a existência do trabalho escravo remonta a antiguidade, contexto o qual não diverge da formação da sociedade brasileira, fundada em raízes escravocratas e pautada na violação das garantias do indivíduo enquanto pessoa humana, detentora de direitos na ordem social.

Todavia, restou demonstrado que o avanço da modernidade permitiu trouxe consigo a preocupação das autoridades competentes em abordar o tema consoante a sua importância exige, incluindo na Carta Maior o trabalho como direito social, bem como destinando inúmeros dispositivos a proteção do trabalhador, o que por certo, refletiu na necessidade de punir veemente as condutas representativas a dignidade da pessoa humana.

A partir disso, surge o art. 149 da CR/88, com sua redação pautada no conceito de trabalho análogo a de escravo, com referência expressa ao trabalho forçado, jornada exaustiva, bem como condições degradantes, suprimindo a lacuna antes existente quanto a tal questão.

Nesse sentido, é inegável o avanço advindo de tal abordagem e a sua aplicação nas mais variadas situações, o que não representa, todavia, a erradicação de tal contexto, sobretudo, em razão da persistência das condições ensejadoras da problemática, as quais demandam atenção dos órgãos e entidades responsáveis, enquanto agentes atuantes no combate a tal questão.

Assim, traçado o panorama geral percebe-se que o Brasil avançou e tem atuado fortemente na repressão quanto a tal questão, incluindo ações que atingem diretamente os empregadores praticantes de tais barbaridades o que, sem dúvidas, demonstra a preocupação em âmbito nacional e internacional de extirpar por completo o problema tratado no presente estudo como forma de aplicação e concretude da garantia dos direitos garantidos a todos os cidadãos sem qualquer distinção.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Brasília: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 15/10/2023

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 15/10/2023

BRASIL. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara Extinta a Escravidão no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm Acesso em 15/10/2023

BRASIL. Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm Acesso em 15/10/2023

BRASIL. Presidência da República, Ministério do Trabalho e Previdência. Portaria Portaria/MTP Nº 671, de 8 de novembro de 2021. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11/11/2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-359094139> Acesso em 15/10/2023

BRASIL. Presidência da República, Ministério do Trabalho. Portaria nº 1.293, de 28 de dezembro de 2017. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29/12/2017. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-359094139> Acesso em 15/10/2023

BRASIL. Presidência da República, Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 1.234, de 17 de novembro de 2003. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20/11/2003. Disponível em: https://www.protecao.com.br/upload/protecao_galeriaarquivo/284.pdf?_gl=1*lc2ya9*_ga*MTg1MDQxMzQ2Ni4xNjk3MzgyODgx*_ga_HY9QJXJHKW*MTY5NzM4Mjg4MS4xLjAuMTY5NzM4Mjg4MS4wLjAuMA. Acesso em 21/10/2023

BRASIL. Presidência da República, Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 540 de 15 de outubro de 2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19/10/2004. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=188018> Acesso em 15/10/2023

DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores** - 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, **Curso de Direito do Trabalho** – 14. ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MARTINEZ, Luciano, **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho** – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Flávio, **Curso de Direito Constitucional**. - 6. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MTE. Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/combate%20trabalho%20escravo%20WEB%20MTE.pdf> Acesso em 17/10/2023

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** - 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ONU. Declaração Universal Dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em 15/10/2023

Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/combate-ao-trabalho-escravo/plano-nacional-para-erradicacao-do-trabalho-escravo> Acesso em 17/10/2023

STJ. RECURSO ESPECIAL REsp 1843150. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJ: 08/02/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201843150> Acesso em 20/10/2023

TRATADO INTERNACIONAL PGE. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (pacto de san José da costa rica). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em 20/10/2023

ALIMENTOS LEGÍTIMOS E INDENITÁRIOS E AS ESPECIFICIDADES INERENTES ÀS RESPECTIVAS NATUREZAS

ÍTALO MENEZES DA SILVA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Sergipe. Servidor Público do Tribunal de Justiça de Sergipe⁶⁰.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar as especificidades inerentes às espécies de prestações alimentares admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio, quais sejam, familiares e indenizatórios. Após considerações tocantes às naturezas das prestações, indicam-se as especificidades procedimentais admitidas pela legislação processual civil quanto à exigibilidade, na seara judicial, destas prestações.

Palavras-chave: Alimentos. Família. Responsabilidade. Procedimento.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the specificities inherent to the types of food benefits permitted by the national legal system, namely, family benefits and compensation benefits. After considerations regarding the nature of the benefits, the procedural specificities admitted by civil procedural legislation regarding the enforceability, in the judicial sphere, of these benefits are indicated.

Keywords: Foods. Family. Responsibility. Procedure.

1 INTRODUÇÃO

Em apertada síntese, há consenso doutrinário⁶¹ quanto à conceituação dos alimentos como sendo *o conjunto de meios materiais necessários para a existência das pessoas, sob o ponto de vista físico, psíquico e intelectual*. Nesta senda, os alimentos se consolidam como corolário do direito fundamental à vida digna. Não à toa, o artigo 1.695 do Código Civil permite àquele que não tenha bens suficientes à garantia do seu mínimo

⁶⁰ E-mail: i.menezes@live.com

⁶¹FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. P. 1.846.

sustento material, ou não tenha condições de, por si só, prover a sua própria manutenção, cobrar de quem os pode fornecer sem prejuízo da sua própria subsistência.

Referida cobrança pode ser empreendida tanto na via processual, com a consequente formação de um título executivo judicial materializado pela decisão judicial, provisória ou definitiva, homologatória ou condenatória, como também na via extrajudicial. Nesse caso, dar-se-á azo ao surgimento de um título executivo extrajudicial, a exemplo de instrumento de transação referendado pelo Ministério Público (art. 784, IV, primeira parte, do Código de Processo Civil), executável na forma dos artigos 911 ao 913 do Código Adjetivo Civil.

Pontue-se, entretanto, que os alimentos sob comento são os de caráter familiar, os quais gozam de disciplina e proteção própria dentro do ordenamento jurídico, coadunado, sobretudo, com os postulados da dignidade humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional⁶².

Não obstante, máxime na esteira do instituto do dano e no seu caráter reparatório/compensatório, alcança-se a existência de alimentos de cunho indenizatório, com específica disciplina no inciso II do artigo 948 do Código Civil, que assim expressa:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

(...)

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Destarte, *prima facie*, possível intuir que o sistema de compensação civil de danos cria uma espécie de pensão alimentícia devida pelo causador do ilícito ao prejudicado, como uma forma de retorno ao *status quo ante*. Portanto, citada espécie de alimentos guarda uma relação mais direta com a dinâmica da responsabilidade civil do que propriamente com a dinâmica do direito das famílias, partindo-se da interpretação conjunta do art. 186 c/c art. 948 do Código Civil.

Ancorada nestas sucintas considerações preliminares, avança-se à tessitura de conceituações mais precisas quanto às espécies de alimentos suso indicadas.

⁶² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. P. 909.

2 ALIMENTOS FAMILIARES

Sabido que o ordenamento jurídico pátrio defere especial proteção à família, reconhecida como instituição basilar à sociedade, na leitura do art. 226, *caput*, da Constituição Republicana de 1988.

Ademais, a Carta Magna indica que família, sociedade e Estado são coobrigados quanto à garantia, com absoluta prioridade, à criança, ao adolescente e ao jovem de um plexo de direitos mínimos alinhados à dignificação da existência. Ressoa estabelecida na leitura dos dispositivos constitucionais afetos à família o dever constitucional de solidariedade recíproca entre os integrantes do núcleo familiar – em suas múltiplas formas de ordenação – carreado, também, pela indistinta qualidade de filho, derivada ou não da relação familiar formalmente estabelecida.

Neste sentido:

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.

[...]

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

[...] (negritos não constantes do original)

Assim, sob a égide do ordenamento civilista brasileiro, lastreado nas disposições constitucionais suso transcritas, os alimentos relacionados ao parentesco são devidos apenas entre parentes, na linha reta – ascendentes e descendentes, sem limitação quanto ao grau, e na linha colateral somente no segundo grau – irmãos, em caráter subsidiário, como preconizam os arts. 1.694 e 1.697 do Estatuto de Direito Civil⁶³:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

[...]

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas,

⁶³ Mesmo na linha transversal, em face desta expressa disposição legal, não é possível reclamar alimentos dos parentes consanguíneos depois do segundo grau, ou seja, não se pode pleitear pensão alimentícia do tio, sobrinho, primos, tio-avô e sobrinho-neto). Identicamente, veda a legislação a incidência da obrigação alimentícia no parentesco por afinidade. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Famílias. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014. p. 561).

poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. (destaques não originários)

Diante da expressa dicção legal, inexistente solidariedade obrigacional quanto ao pensionamento alimentar. Isto se manifesta de forma cristalina na redação do art. 1.698, *in fine*, do Código Civil, quando disciplina que haverá concorrência, na proporção dos respectivos recursos, quando houver múltiplos coobrigados.

Também, a ausência de solidariedade resta patente na linha do art. 1.696 do Código Civil ao indicar que a reciprocidade obrigacional, entre ascendentes e descendentes, implica o chamamento escalonado em graus, “uns em falta de outros”. Essa compreensão está inserida no Enunciado 342 da IV Jornada de Direito Civil que vaticina:

Observadas suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não-solidário quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro de seus genitores.

Em idêntica trilha, burilada pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, o enunciado 596 da súmula do referido Tribunal indica que “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”.

Portanto, todas as regras e disposições transcritas neste subtópico tangenciam a matéria familiarista, quanto à regência e conteúdo, justificando o empréstimo da terminologia “alimentos legítimos ou legais” a esta espécie de obrigação alimentar. Decorrentes de uma relação de índole familiar, estabelecem uma prestação em benefício daquele que dela necessita e proporcional às possibilidades do credor.

Pontual dissertação da lavra do civilista Flávio Tartuce⁶⁴ sintetiza magistralmente a umbilical associação entre os alimentos de natureza familiar – legítimos, legais – e o desiderato constitucional de promoção da “dignidade da pessoa humana” enquanto fundamento republicano capaz de fomentar a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, de garantir a “inviolabilidade do direito à vida”, *verbis*.

64 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 1418-9.

O pagamento desses alimentos visa à pacificação social, estando amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional. No plano conceitual e em sentido amplo, os alimentos devem compreender as necessidades vitais da pessoa, cujo objetivo é a manutenção da sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros. Em suma, os alimentos devem ser concebidos dentro da ideia do patrimônio mínimo.

Diante dessa proteção máxima da pessoa humana, precursora da personalização do Direito Civil, e em uma perspectiva civil-constitucional, o art. 6º da CF/1988 serve como uma luva para preencher o conceito de alimentos. Esse dispositivo do Texto Maior traz como conteúdo os direitos sociais que devem ser oferecidos pelo Estado, a saber: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Cumpre esclarecer que a menção à alimentação foi incluída pela Emenda Constitucional n. 64 de 4 de fevereiro de 2010, o que tem relação direta com o tema aqui estudado.

Por óbvio, o arbitramento judicial de valor a título de pensionamento alimentar, atento aos objetivos inerentes ao instituto, não descarta de critérios outros também inerentes à balança da relação familiar alimentar. De fato, “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”, a teor do § 1º do art. 1.694 do Código Civil, traduzindo-se no que doutrinária e jurisprudencialmente se convencionou denominar “trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade/razoabilidade”.

Isto porque, considerando o especial desiderato constitucional insito aos alimentos legítimos, os alimentos devem viabilizar para o credor uma existência digna, compatível com a sua condição social, em conformidade com a possibilidade econômico-financeira do devedor quanto ao atendimento deste encargo. Há, em verdade, uma dualidade de interesses juridicamente protegidos, quais sejam: a necessidade de quem pleiteia e a capacidade contributiva de quem os presta.

Outrossim, a manutenção desta equilibrada proporção é decorrência lógica das peculiaridades ínsitas ao arranjo familiar. Não é possível, nesta seara, garantir ao alimentando crédito de natureza alimentar superior ao que lhe seria garantido acaso

coabitasse com o alimentante. Perscruta-se, portanto, o padrão econômico que seria deferido ao alimentando no âmbito de convivência familiar com o alimentante, ainda que o resultado desta operação não atenda inteiramente as necessidades – talvez excepcionais – do alimentando.

Assim, situação plenamente observável no plano fático-jurídico, ainda que reconhecida necessidade excepcional do credor, não será possível arbitrar um pensionamento que escape à capacidade econômica do alimentante, o que lhe imporia ônus do qual não poderia se desvencilhar.

Neste sentido, no palco processual adequado, há amplo campo de cognição judicial que não comporta soluções aprioristicamente avençadas para situações distintas. Lançando luzes sobre o raciocínio corroborado pela adequada compreensão do fenômeno, a doutrina⁶⁵ afiança:

Para a fixação do *quantum* alimentar, portanto, leva-se em conta a *proporcionalidade* entre a *necessidade do alimentando* e a *capacidade do alimentante*, evidenciando um verdadeiro trinômio norteador do arbitramento da pensão.

Ponderando, com prudência, as múltiplas necessidades do credor para ter uma vida digna e a possibilidade de contribuição do devedor, deve o juiz chegar a um quantum baseado na equidade.

[...]

A necessidade (que é presumida em favor dos filhos menores, sob o poder familiar) decorre da ausência de condições dignas de sobrevivência sem o auxílio do alimentante. (...)

De outro lado, a capacidade do devedor deve ser considerada a partir de seus reais e concretos rendimentos, podendo o juiz se valer, inclusive, da teoria da aparência.

O critério mais seguro para concretizar a proporcionalidade, em cada caso, é, sem dúvida, a vinculação da pensão alimentícia aos rendimentos do devedor, garantindo, pois, o imediato reajuste dos valores, precavendo uma multiplicidade de ações futuras. Todavia, somente quando o alimentante está vinculado ao serviço público ou

65 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Famílias. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014. p. 757-8.

tem relação empregatícia é que se vê a possibilidade de uso deste critério. Ademais, a proporcionalidade impõe um juízo de razoabilidade ao magistrado, afastando qualquer utilização indiscriminada de percentuais para toda e qualquer demanda alimentícia. Assim, não se pode tolerar a falsa ideia de que os alimentos devem corresponder a um determinado percentual apriorístico dos rendimentos do devedor, somente sendo possível fixar a percentagem em cada caso. (destaques constantes do original)

Avaliam-se, portanto, elementos internos à relação obrigacional legalmente cominada de assistência material, devendo a estes elementos subserviência e atendimento necessários à manutenção do equilíbrio.

Também por isto, acaso sobrevenha qualquer alteração fática capaz de desarranjar o trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade/razoabilidade, abrir-se-á campo tanto ao alimentante quanto ao alimentando à dedução, na seara jurisdicional, de pleito revisional da prestação alimentar, franqueando-lhes renovada aferição fático-jurídica.

De clareza solar, o art. 1.699 do Código Civil ajuíza que “se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”. Neste diapasão, mormente em decorrência da complexidade das relações sociais, plenamente verificável a hipótese de cessação de vínculo empregatício formal, implicando decesso na renda do alimentando, subjugando o critério da “possibilidade”.

Lado outro, também possível o acometimento de situação imprevista impor ao alimentando quadro de sensível dependência econômica, agravando a presunção decorrente da menoridade ou da incapacidade civil, impondo revisita ao critério da “necessidade”.

Identicamente, em prestígio ao nobilíssimo desiderato que se empresta à prestação alimentar familiar, não se admite a exoneração *ope legis* que decorreria da cessação da presunção legal de dependência econômica, verificada quando defronte à maioridade civil com a extinção do poder familiar (art. 1.635, II, do Código Civil). Isto porque, após o atingimento da maioridade civil, o fundamento à percepção dos alimentos pode se ancorar única e exclusivamente nas relações de parentesco.

Neste particular, consagrada compreensão pretoriana comina ao alimentante a abertura, sob a égide do contraditório, de cognição jurisdicional respeitante à aferição do

efetivo esgotamento da presunção legal de dependência econômica. Destarte, no regime da distribuição do ônus probatório, a teor do art. 373, II, do Código de Processo Civil, compete ao alimentando se desvencilhar do encargo processual quanto à prova de fato impeditivo do direito à exoneração vindicado pelo alimentante, qual seja: a manutenção da presunção de dependência econômica, a despeito do atingimento da maioridade civil.

Assim, na dicção do enunciado sumular 35866 do Tribunal da Cidadania, “o cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”. Na seara particular da cognição respeitante ao art. 1.699 do Código Civil, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça também veiculou, por intermédio do verbete sumular 62167, que “os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade”.

Especificamente quanto ao verbete imediatamente acima, a despeito da retroação eficaz à data da citação, não se garante ao alimentante a compensação e a repetibilidade de valores eventualmente pagos a maior. Outrossim, acaso opte pelo inadimplemento da prestação alimentar enquanto tramita a demanda revisional ou exoneratória, submeter-se-á, a critério do credor, aos instrumentos executivos vocacionados à satisfação do crédito, em suas amplas modalidades deferidas pelo ordenamento processual pátrio.

Por derradeiro, nestas lucubrações perfunctórias, os alimentos legais também comportam deferimento em sede de tutela provisória. Em verdade, a regência especial da Lei n. 5.478/1968, ainda parcialmente vigorante, comina ao Poder Judiciário, quando da recepção da peça vestibular, o deferimento de prestação alimentar provisória “salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita”, conforme art. 4º, desde que a exordial se faça acompanhar de prova pré-constituída quanto à filiação ou parentesco (art. 2º, *caput*). Em situações elencadas no § 1º do art. 2º, entretanto, a imediata apresentação de documentos será dispensada pela autoridade judiciária.

Ressoa cristalina, portanto, a ontologia dos alimentos cognominados legítimos, umbilicalmente associados ao desiderato de proteção à família e de manutenção dos seres sociais integrantes desta basilar instituição de resguardo constitucional. Desta especial condição exurgem caracteres muito singulares com implicações, inclusive, sentidas na órbita processual.

3 ALIMENTOS INDENIZATÓRIOS

66 Súmula 358, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2008, DJe 08/09/2008, REPDJe 24/09/2008).

67 Súmula 621, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018.

Orientado, essencialmente, pelos princípios motores da dignidade da pessoa humana, solidariedade, prevenção e reparação integral, o regime de responsabilidade civil brasileiro guarda assento constitucional específico no art. 5º, X, quando anuncia que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Nesta sintética e precisa enunciação, a Constituição Republicana aponta que aos atos lesivos corresponderão sanções de tantas naturezas quanto bastarem à reparação/compensação do ilícito.

Para além da dicotomia danos patrimoniais/morais, em verdade, o ordenamento jurídico pátrio se refinou para a introdução de figuras jurídicas dantes não categorizadas, *verbi gratia*, o dano estético, dano existencial, perda de uma chance, cada qual com os seus limites perfeitamente destacados. Preocupa-se com a tutela da pessoa em sua dimensão mais ampla, atendendo-se à complexidade das relações sociais hodiernas com mira na promoção da dignidade.

Sob o aspecto da solidariedade enquanto guia das compreensões acerca da responsabilidade civil, com a percuciência que lhe é peculiar, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald obtemperam⁶⁸:

O princípio da solidariedade penetra decisivamente no direito de danos para promover um giro copernicano na matéria. Talvez o mais significativo em termos de solidariedade seja a passagem de um estado de responsabilidade para outro de corresponsabilidade, no qual todos atuam conjuntamente para a obtenção de certo resultado, estipulando consensos mínimos para rechaçar aquilo que é intolerável. Assim, o foco da responsabilidade civil é deslocado da sanção ao ofensor para a tutela do ofendido. Ao invés de buscar um culpado pela prática de um ilícito danoso – avaliando-se a moral de sua conduta, quer-se encontrar um responsável pela reparação de danos injustos, mesmo que este não tenha violado um dever de conduta (teoria objetiva), mas simplesmente pela potencialidade de risco inerente à sua atividade ou por outras necessidades de se lhe imputar a obrigação de indenizar (v.g. preposição, titularidade de direitos, confiança e etc.). A solidariedade determinará ainda a

68 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 3. 3 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 58.

edificação de um conceito de causalidade normativo, no qual, independente da capacidade do ofendido de provar o liame natural entre o fato do agente e a lesão, a responsabilidade surgirá pelo apelo à necessidade de se conceder uma reparação.

No que pertence à incidência do princípio da prevenção, há evidente prestígio à tutela inibitória e, quando existente dano a arrogar a tutela reativa, que se proceda de forma a minorar os efeitos danosos da conduta a fim de coibir a escalada do prejuízo.

Por derradeiro, quanto aos princípios informadores da responsabilidade civil contemporânea, emerge a reparação integral (*restitutio in integrum*), expressamente consignada no art. 944, *caput*, do Código Civil em unívocos termos: a indenização mede-se pela extensão do dano. Assim,

o dispositivo enfaticamente relaciona a dimensão dos danos sofridos pelo ofendido com a respectiva reparação e se distancia de qualquer escopo punitivo, pois na sua hermenêutica literal a reparação se relaciona com os efeitos danosos sobre a vítima, independentemente do dolo ou elevado grau de culpa do ofensor⁶⁹.

Sabido, entretanto, que o Código Civil tempera a transcrita norma pela incidência do critério equitativo, estabelecendo exceções ao princípio da reparação integral, conforme art. 928, parágrafo único, e art. 944, parágrafo único, ambos do Código Civil.

Esteado nesta basilar principiologia, o Código Civil sinaliza a espécie dos alimentos em estudo, denominados indenizatórios porquanto constituídos de um ato ilícito e com pretensão de fomentar a reparação integral do dano impingido.

Nesta ambiência da maior amplitude reparatória, surgem os alimentos de natureza indenizatória como vetor da *restitutio in integrum*, especificamente disciplinados no art. 948, II, no art. 949 e no art. 950, *caput*, todos do Código Civil, *verbis*:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

⁶⁹ Ibidem, p. 62.

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez. (destaques não constantes do original)

A interseção entre as esferas das responsabilidades civil e criminal restam evidenciadas nas hipóteses constantes do transcrito art. 948. Neste momento, o ordenamento defere, conforme enunciado alhures, ampla proteção à vítima do ilícito, perscrutando-se as implicações do ato inquinado nas diversas searas da responsabilidade civil, garantindo-se amplíssima reparação.

Nestas hipóteses, a prova da extensão do dano é pedra de toque da incidência das regras insculpidas. Outrossim, independentemente do vínculo que une duas ou mais pessoas atingidas pelo ilícito, a reparação será devida havendo prova da dependência econômica.

Em hipótese especialíssima, inclusive, a jurisprudência tem entendido no sentido da possibilidade de deferimento de pensionamento aos ascendentes de vítima menor, inserida no contexto de família de baixa renda, com fundamento no regime dos alimentos indenizatórios⁷⁰.

70 RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHO MENOR. QUEDA DE COMPOSIÇÃO FERROVIÁRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS PRETENDIDOS PELA MÃE E PELO PADRASTO DA VÍTIMA. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE NO CASO DA GENITORA. VALOR IRRISÓRIO. FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO SUBSTANCIALMENTE INFERIOR EM PROL DO PADRASTO. POSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO MENSAL

Com fulcro nos dispositivos suso transcritos, o Superior Tribunal de Justiça, “objetivando obter um referencial para sua fixação [alimentos], vem adotando os critérios da tabela de sobrevivência da Previdência Social, de acordo com os cálculos elaborados pelo IBGE”⁷¹.

Investiga-se, portanto, o lapso temporal que constituiria a sobrevivência do anterior arrimo, vítima do ilícito, se não tivesse sido atingido pelo dano. Combinando-se essa disposição com o cerne da responsabilidade civil contemporânea – proporcional à extensão do ano, é possível concluir que a fixação de referida verba alimentar não se atenta, via de regra, à possibilidade econômico-financeira do imputado.

Perpassando a redação do art. 950, alíneas citadas, visível idêntica situação na qual a extensão do dano – rendimentos que, presumivelmente, o ofendido deixará de perceber – ditarão o *quantum* indenizatório dependente de fixação. Nesta particular hipótese, inclusive, exigível, a depender da hipótese, que eventual pensionamento vitalício seja substituído por quantia a ser paga de uma só vez.

Especificamente quanto a esta hipótese, sucintas e precisas as lições de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁷², multicitados neste trabalho:

EM BENEFÍCIO DA GENITORA DA VÍTIMA. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PRESCINDIBILIDADE DA PROVA DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA PELO MENOR. 1. Ação indenizatória promovida pela mãe e padrasto de menor (15 anos) falecido em virtude de queda de composição férrea na qual viajava e que, de modo inadequado, trafegava com as portas abertas. 2. Recurso especial que veicula a pretensão dos autores (i) de fixação de pensionamento mensal a título de danos materiais e (ii) de majoração das indenizações arbitradas pela Corte local a título de reparação pelos danos morais suportados pela mãe (R\$ 83.000,00) e pelo padrasto (R\$ 5.000,00) do falecido menor. 3. Em se tratando de família de baixa renda, é devida a indenização por danos materiais, sob a forma de pensionamento mensal, em prol dos genitores de menor de idade falecido em decorrência de ato ilícito, independentemente da comprovação de que este exercia, quando em vida, atividade remunerada. 4. Consoante a jurisprudência desta Corte, a pensão mensal em tal situação deve ser fixada no patamar de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, desde os 14 anos de idade da vítima (data em que o direito laboral admite o contrato de trabalho), devendo ser reduzida para 1/3 (um terço) do salário após a data em que este completaria 25 anos (quando possivelmente constituiria família própria, reduzindo a sua colaboração no lar primitivo), perdurando tal obrigação até a data em que a vítima atingiria idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro, prevista na data do óbito, segundo a tabela do IBGE, ou até o falecimento dos eventuais beneficiários, se tal fato ocorrer primeiro. (...) (STJ – Resp: 1201244 RJ 2010/0129627-2, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 05/05/2015, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/05/2015).

⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 3. 3 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 321.

⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 3. 3 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 325-6.

O art. 950 do Código Civil não exige que tenha havido também a perda do emprego ou a redução dos rendimentos da vítima para que fique configurado o direito ao recebimento da pensão. O dever de indenizar decorre unicamente da perda temporária da capacidade laboral. A indenização civil, diferentemente da previdenciária, busca o ressarcimento da lesão física causada, não propriamente a mera compensação sob a ótica econômica. Aliás, quando o art. 950, na parte final, estabelece que a pensão será correspondente à “importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”, demonstra inequivocamente que vale para a fixação do percentual, em princípio, é a incapacidade para o trabalho que a vítima exercia no momento do ato lesivo, pouco relevando que não tenha se incapacitado para outras atividades. Isto posto, aquele que se incapacita como malabarista – e pode trabalhar em outras funções que não exijam tamanha destreza – faz jus ao pensionamento. Porém, se na época do dano a vítima, por alguma razão, já era incapacitada para o trabalho, não fará jus ao pensionamento, apesar de sua legitimidade para pleitear verbas relativas a danos emergentes e lucros cessantes.

Portanto, enquanto instituto inerente ao regime da responsabilidade civil, a espécie de prestação alimentar de natureza indenizatória guarda peculiaridades muito próprias que, em larga medida, afastam-na da espécie alimentar sob comento no subtópico anterior.

4 CONCLUSÃO

Na esteira destas distinções, a sistemática processual civil também se especializa a fim de se atentar às peculiaridades da espécie de prestação. Neste sentido, franqueado ao alimentando a constituição de capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão, conforme art. 533, *caput*, do Código de Processo Civil. Referida hipótese, entretanto, poderá ser substituída “pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz”, na linha do § 2º do art. 533 do Código de Processo Civil.

Por derradeiro, sobreleva atentar que a jurisprudência compreende que, a despeito da nomenclatura “alimentos”, as prestações previstas nos arts. 948, II, e 950, *caput*, do

Código Civil, traduzem, em verdade, reparação por danos materiais, obstando qualquer arbitramento em sede de tutela provisória⁷³.

Visível, portanto, que as peculiaridades inerentes a esta espécie de prestação alimentar animam normas procedimentais que veiculam procedimentos executivos distintos, alinhados a estas especificidades.

Destarte, o Código de Processo Civil de 2015 consagrou no Capítulo IV do Título II do seu Livro I, parte especial, o *Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Prestar Alimentos*, traduzindo em seu artigo 528 ao 532 a persecução do débito alimentar familiar constituído por meio de título executivo judicial, e no artigo 533 a do débito alimentar de caráter indenizatório.

No que tange ao débito alimentar, além da previsão específica do protesto do pronunciamento judicial, descrita no § 1º do art. 528 daquele diploma, há a previsão de decretação da prisão civil do devedor como medida última de coerção pessoal, porquanto sua única função seja compelir o réu a pagar⁷⁴.

Contudo, tal previsão só pode ser utilizada quanto ao débito que compreenda *até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo* (§ 7º)⁷⁵, devendo ser estabelecida pelo prazo máximo de 03 (três) meses e cumprida em regime fechado, quedando-se o preso segregado dos presos comuns.

Ademais, destaque-se que tal cumprimento de sentença pode se dar pelo rito geral, conforme delineado no § 8º do art. 528, caso em que não será admitida a prisão civil do devedor, podendo o exequente lançar mão de outros meios coercitivos nesse mister, a exemplo do requerimento do desconto direto em folha de pagamento (art. 529) e da persecução pelo rito da penhora (art. 531). Ainda, poderá a conduta procrastinatória do

73 AGRADO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ATO ILÍCITO. LESÕES CORPORAIS INCAPACITANTES. INDENIZAÇÃO. PENSÃO MENSAL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. 1. – A fixação de alimentos provisórios ou de provisionais está sujeita à observância de requisitos específicos sintetizados pelo binômio possibilidade-necessidade. 2. – O artigo 950 do Código Civil não pode ser invocado para se conceder alimentos provisionais, porque trata de indenização por danos materiais e não de alimentos provisionais. 3. – Agravo Regimental a que se nega provimento. (STJ – AgRg nos EDcl no REsp: 1230877 MA 2011/0007082-0, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 23/10/2012, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: Dje 09/11/2012).

74 BORBA, Mozart. **Diálogos sobre o Novo CPC**. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. P. 260.

75 Súmula 309 do STJ: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo.

executado ensejar a prática de crime de abandono material, a ser perquirida em sede própria pelo Ministério Público (art. 532).

De outro giro, no que toca ao cumprimento de sentença dos alimentos devidos por ocasião do reconhecimento de ato ilícito, o art. 533 do Código Adjetivo Civil dispõe acerca de outras medidas coercitivas hábeis à garantia do adimplemento do débito, sobretudo com a constituição de capital, na forma estabelecida pelo seu § 1º. Assevere-se que dado mecanismo pode ser substituído pela inclusão do exequente na folha de pagamento, medida que visa à garantia do princípio da menor onerosidade ao devedor⁷⁶, bem como se submete à cláusula geral da *rebus sic stantibus* (§ 3º), podendo ser fixada, ainda, com base no salário-mínimo⁷⁷.

Diante disso, vislumbra-se que o Código de Processo Civil, a despeito de ter estabelecido ambos os procedimentos executórios de alimentos num mesmo capítulo, consagrou diferentes mecanismos de efetividades para ambos, atento às especificidades que animam as 2 (duas) espécies de prestação alimentar. Todavia, há vozes na doutrina que defendem a aplicação do rito da prisão civil nos casos de atraso injustificado no pagamento dos alimentos indenizatórios, a despeito de precedente da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no sentido da inadmissibilidade⁷⁸.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

BORBA, Mozart. **Diálogos sobre o Novo CPC**. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. V. 3. 3 ed. Ver., ampl. E atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

⁷⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. P. 937.

⁷⁷ Súmula 490 do STF: A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.

⁷⁸ HC 708.634, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Famílias. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

DIFERENÇAS ENTRE A COLABORAÇÃO PREMIADA, A LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO E A LENIÊNCIA ANTITRUSTE E QUAL O PAPEL DESSES INSTITUTOS NO COMBATE AOS CRIMES ECONÔMICOS

PRISCILA TARGINO SOARES BELTRÃO:

Advogada. Formada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Exerceu cargo em comissão de assessoria no Ministério Público da Paraíba por 03 anos e 09 meses⁷⁹.

RESUMO: Aborda a justiça penal negocial no Brasil. Seu surgimento. A colaboração premiada como veículo de produção probatória. Leniência anticorrupção e a salvaguarda da integridade da Administração Pública. Leniência antitruste. Diferenças. Função precípua. Prevenção e repressão aos crimes econômicos.

Palavras-chave: Colaboração premiada; Leniência anticorrupção; Leniência antitruste; Leniência do Sistema Financeiro Nacional; Diferenças; Combate; Crimes econômicos.

1. INTRODUÇÃO

O modelo de justiça penal negocial em terras brasileiras não tem origem recente. Com raízes deitadas nas Ordenações Filipinas de 1603, ele sobreviveu até a entrada em vigor do Código Criminal do Império em 1830, vigorando, por duzentos e vinte e sete anos.

No Quinto Livro, Título VI, que prescrevia o crime de lesa majestade⁸⁰, *i.e.*, traição à pessoa do “Rey” ou seu “Real Stado”, tinha por preceito secundário a pena de “*morte natural cruelmente*”. Todavia, aquele que, não sendo o líder, se antecipasse à consumação do sobredito delito, discriminado em oito situações, e delatasse os demais integrantes da conspiração seria agraciado⁸¹ com o perdão real e uma recompensa (mercê).

79 priscilabeltrao@hotmail.com

80 Lesa Magestade quer dizer traição cometida contra a pessoa do Rey, ou se Real Stado, que he tão grave e abominável crime, e que os antigos Sabedores tanto estranharão, que o comparvão á lepra; porque assi como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem, e aos que com elle conversão; polo que he apartado da comunicação da gente : assi o erro da traição condena o que a commette, e empece e infama os que de sua linha descendem, postoque não tenham culpa.

81 E quanto ao que fizer consêlho e confederação contra o Rey, se logo sem algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão.

Ainda no Quinto Livro, Título CXVI, havia a previsão de sanção premial com o perdão real para aquele que delatasse e provasse (um arremedo de meio probatório e não prova em si mesmo), os crimes cometidos por seus comparsas.

A aplicação mais famosa que se conhece do antedito instituto colonial foi o acordo de delação premiada entabulado por Joaquim Silvério dos Reis, quando este entregou os demais inconfidentes na Conjuração Mineira de 1789.

Foram necessários mais cento e sessenta anos para que a justiça penal consensual retornasse, ainda que gradativamente, ao ordenamento jurídico pátrio. Em 25 de julho de 1990, entrava em vigor a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/1990), a qual, em seu art. 7º, acrescia ao crime de extorsão mediante sequestro, previsto no art. 159, do Código Penal, um § 4º, com a seguinte prescrição: *“Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”*

No ano de 1999 adveio a Lei n.º 9.807/1999, que dispõe sobre o programa especial de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas. Nela, a partir de seu art. 13, já foi possível ao investigado ou denunciado que colaborasse com a Justiça obter benefícios processuais-penais relevantes, a exemplo do perdão judicial.

Empós, outras leis esparsas foram modificadas ou criadas (diga-se de passagem por força de vários tratados internacionais firmados pelo Brasil) até a chegada da mais famosa delas, a Lei n.º 12.850/2013, que sedimentou o instituto da Colaboração Premiada, coloquialmente conhecida como Delação Premiada.

Seguindo essa tendência de justiça negociada – em parte pela internalização de fragmentos da *common law*, e, por outro lado, pelo reconhecimento, ainda que indireto, da ineficiência do sistema de Justiça Criminal brasileiro – outros ramos do direito foram equipados com microssistemas legais que deram à Administração Pública flexibilidade jurídica necessária para possibilitar a negociação com agentes públicos e privados, inclusive sociedades empresárias que tivessem praticado desmandos contra o erário, *v.g.*, Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013), ou, ainda, ante práticas deletérias que mitigasse o livre mercado e a salubridade do sistema concorrencial, a exemplo da Lei Antitruste (Lei n.º 12.529/2011). Não se pode olvidar, ainda, a Lei n.º 13.506/2017, que disciplina o processo administrativo sancionador do Banco Central do Brasil, para punir ilícitos administrativos na esfera do Sistema Financeiro Nacional.

E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse consêlho e confederação.

Assentadas essas brevíssimas premissas históricas, passemos a discorrer sobre as principais diferenças entre esses quatro sistemas legais de negociação.

2. COLABORAÇÃO PREMIADA vs LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO vs LENIÊNCIA ANTITRUSTE vs LENIÊNCIA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Não há dúvidas de que os quatro institutos fazem parte de um modelo de solução de conflitos (dentro do microsistema de tutela da Administração Pública) que até bem pouco tempo era impensável no ordenamento jurídico brasileiro, o qual é calcado, na origem, no litígio, como forma para se chegar à paz social.

Acresça-se a esses três a Leniência do Sistema Financeiro Nacional (LSFN), previsto no art. 30 e seguintes, da Lei n.º 13.506/2017, a ser conduzida pelo Banco Central do Brasil.

O pragmatismo dessas convenções possibilita a aplicação da lei a agentes e organizações criminosas, notadamente do colarinho branco (os *white collar*, de Edwin Sutherland), antes inimagináveis. Essa invisibilidade preordenada da mão punitiva estatal é conhecida na criminologia como cifras negras ou ocultas, pois eram crimes nunca descobertos.

Inobstante essas características comuns principais, os institutos sobreditos possuem diferenças, sendo a *primeira* e mais relevante a própria natureza jurídica. Ao passo que a Colaboração Premiada (CP) possui natureza penal, a Leniência Anticorrupção (LAC) e a Leniência Antitruste (LAT), tem natureza jurídica eminentemente civil-administrativa, *idem* para a LSFN, todos alicerçados na política pública de persecução administrativa⁸², ainda que dentro do escopo do direito sancionador.

A CP é meio de obtenção de provas, qualquer que seja sua modalidade (bi ou unilateral). As principais diferenças entre elas é que na bilateral, como todo contrato, ela é formal, sinalagmática e exige homologação judicial, gerando direitos e deveres entres os contraentes, enquanto na unilateral, o agente colaborador coopera com os órgãos de investigação sem um acordo prévio determinado, ou seja, ele confia que seus dados e informações são suficientemente relevantes para, ao final, garantir-lhe uma benesse penal.

Todavia, se ele efetivamente colaborar com as investigações e o processo, terá direito aos benefícios penais da colaboração premiada bilateral, os quais serão fixados pelo juiz, e não previamente acordados com o órgão do MP.

⁸² <https://www.jota.info/especiais/acordos-de-leniencia-e-regimes-sancionadores-multiplos-13042021>

A propósito, o STF possui jurisprudência assente sobre essa possibilidade, conforme precedente no HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli e no Inq. 3.204, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Vejamos:

“... o direito do imputado colaborador às sanções premiais decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei 9.807/1999; no art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei 9.269/1996 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei 7.492/1986 e no art. 41 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), independe da existência de um acordo formal homologado judicialmente Sobre a questão, no voto do Min. Dias Toffoli, relator do precedente HC 127.483, o direito do imputado colaborador às sanções premiais decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei 9.807/1999; no art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei 9.269/1996 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei 7.492/1986 e no art. 41 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), **independe da existência de um acordo formal homologado judicialmente** (STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias (STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015, p. 40).”
(destacamos)

Ainda:

“Penal e Processual Penal. 2. Colaboração premiada, admissibilidade e impugnação por corréus delatados. Provas produzidas em razão do acordo e utilizadas no caso concreto. Abusos da acusação e fragilização da confiabilidade. Nulidade do acordo e inutilização de declarações dos delatores. 3. Possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada por terceiros delatados. Além de caracterizar negócio jurídico entre as partes, o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de provas, de investigação, visando à melhor persecução penal de coimputados e de organizações criminosas. Potencial impacto à esfera de direitos de corréus delatados, quando produzidas provas ao caso concreto. Necessidade de controle e limitação a eventuais cláusulas ilegais e benefícios abusivos. Precedente desta Segunda Turma: HC 151.605 (de minha relatoria, j. 20.3.2018). 4. Nulidade do acordo de colaboração premiada e ilicitude das declarações dos colaboradores. Necessidade

de respeito à legalidade. Controle judicial sobre os mecanismos negociais no processo penal. Limites ao poder punitivo estatal. Precedente: "O acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face do cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil" (STF, QO na PET 7.074, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.6.2017) 5. Como orientação prospectiva ou até um apelo ao legislador, deve-se assentar a obrigatoriedade de registro audiovisual de todos os atos de colaboração premiada, inclusive negociações e depoimentos prévios à homologação. Interpretação do art. 4º, § 13, Lei 12.850/13. Nova redação dada pela Lei 13.964/19. 6. Situação do colaborador diante da nulidade do acordo. Tendo em vista que a anulação do acordo de colaboração aqui em análise foi ocasionada por atuação abusiva da acusação, penso que os benefícios assegurados aos colaboradores devem ser mantidos, em prol da segurança jurídica e da previsibilidade dos mecanismos negociais no processo penal brasileiro. Precedente: direito subjetivo ao benefício se cumpridos os termos do acordo (STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015) e possibilidade de concessão do benefício de ofício pelo julgador, ainda que sem prévia homologação do acordo (RE-AgR 1.103.435, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.5.2019). 7. Dispositivo. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para declarar a nulidade do acordo de colaboração premiada e reconhecer a ilicitude das declarações incriminatórias prestadas pelos delatores, nos termos do voto. (HC 142205, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 30-09-2020 PUBLIC 01-10-2020)"

Por sua vez, é de relevo pontuar, que a Leniência Antitruste gera reflexos no âmbito penal, especialmente nos crimes contra ordem econômica, crimes relacionados à prática de cartel e associação criminosa, quando relacionados a estes, *ex vi* do art. 87, da Lei n.º 12.529/2011.

Diferentemente é o caso da Leniência Anticorrupção e do Acordo de Leniência do Sistema Financeiro Nacional, os quais não preveem, em seus textos legais, quaisquer reflexos no âmbito penal para as pessoas físicas (diretores, CEO's, gerentes, sócios etc),

envolvidos em práticas criminosas, que optarem uma saída negociada com base na Lei nº 12.846/2013.

Nesse ponto, não se pode deixar de pontuar crítica específica quanto à LAC, sobretudo pela imposição de responsabilidade objetiva às empresas que direta ou indiretamente venham a se beneficiar de atos de corrupção contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Isso porque a punição, como elemento do direito administrativo sancionador, necessita ultrapassar a relação causal entre o ato e o resultado (danoso), de forma a demonstrar, no caso concreto a intencionalidade ou descuido da pessoa jurídica ante a lesão ou perigo.

A propósito, a LAC está sendo alvo de discussão na ADI 5261.

Pois bem, retomando a linha de raciocínio anterior, há, porém, uma exceção (extralegal) que veio na esteira da Operação Lava jato: a adesão de pessoas físicas a Acordos de Leniência, com repercussões penais.

Consoante Nota Técnica n.º 001/2020 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (5ª CCR/MPF), isso seria possível, conquanto se trate de *"enorme desafio institucional"*.

Todavia, na referida NT não se observa, salvo melhor juízo, fundamento relevante para essa construção negocial *extra legem*, deixando o agente (pessoa física) aderente, de certo modo, desguarnecido da necessária segurança jurídica para esse tipo de cooperação.

Essa lacuna legal, em nosso ponto de vista, torna-se, em verdade, um desestímulo aquelas empresas que buscam as autoridades para reparar o dano, mas ficam à mercê de sanções penais gravíssimas para seus dirigentes, de modo que, a princípio, só poderão ser mitigadas, se houver uma conjugação de Colaboração Premiada ou Acordo de Não Persecução Penal e Leniência Anticorrupção, praticamente inviabilizando o avanço da solução negociada.

Nas palavras de Renee do Ó Souza (*in* Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência; Belo Horizonte : Editora D'Plácido, 2019. p. 171) *"a comunicação transversal dos efeitos de um acordo celebrado em uma esfera de responsabilidade para outra afigura-se imprescindível para evitar oportunismo, descrédito do sistema e proteger a segurança jurídica."*

Ademais, ficam à deriva para que outros órgãos de controle e instituições busquem, ao seu modo e ponto de vista, os ressarcimentos devidos, trazendo, por

consequente, insegurança jurídica, resultado de uma descoordenação das agências responsáveis pela aplicação da LAC, o que leva, inclusive a duplas punições.

Isso poderia ser corrigido com a produção de uma legislação que criasse ou compusesse uma espécie de conselho ou autoridade central⁸³, com poderes para firmar acordos de Colaboração Premiada, Leniência Anticorrupção e Leniência Antitruste num só pacto, com efeitos vinculantes para todos os órgãos da Administração Pública da União e dos demais entes da federação, resguardado a sua homologação pelo órgão do Poder Judiciário com competência para julgar o agente de acordo com a sua prerrogativa de foro.

Aqui poderíamos mencionar um embrionário Direito de Intervenção, proposto pelo saudoso professor alemão Winfried Hassemer, e situado numa zona fronteira entre o Direito Penal e o Direito Administrativo.

Retomando, temos uma *segunda* diferenciação basilar entre a CP e as demais leniências (LAC, LAT e LSFN). Naquela a homologação passa, obrigatoriamente, pelo crivo do Poder Judiciário, numa espécie de ato administrativo complexo, enquanto nas outras, não há isso, bastando a declaração da vontade de ambas as partes, nos termos do art. 107, do Código Civil.

Por fim, tem-se uma *terceira* diferença entre os quatro institutos. Enquanto, na CP, a participação do Ministério Público é compulsória, nos demais não há essa previsão legal.

Todavia, o MP tem se ressentido dessa exclusão legislativa. Para isso, tem se valido da musculatura constitucional que lhe inerente, notadamente o art. 129, III, da Constituição Federal, como legitimado para a defesa da probidade administrativa e da proteção eficiente do patrimônio público e social, na esteira do que dispõe o § 4º, do art. 37, da CF.

Exemplo disso é o Estudo Técnico n.º 01/2017 e a a Orientação 07/2017, ambos da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (5ª CCR/MPF), que entende ser o Ministério Público parte, com legitimação constitucional, para a celebração dos acordos, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da Administração Pública, a exemplo da Controladoria-Geral da União.

3. O PAPEL DESSES INSTITUTOS NO COMBATE AOS CRIMES ECONÔMICOS

⁸³ Composta, por exemplo, por membros com mandatos fixos de cinco anos, do Ministério Público Federal e Estaduais, estes quando houvesse dissipação dos atos criminosos por mais de uma unidade da federação, além, obviamente, CGU/CGE's, TCU/TCE's, BCB, CVM, CADE, AGU e PGE's.

É inegável, hodiernamente, que todos os institutos sinteticamente tratados nesse simplório artigo, despontam e convergem como ponta de lança no combate e aplicação da lei para o desmantelamento de organizações criminosas dos mais diversos matizes, principalmente, aquelas compostas por *white collars*.

Não à toa, é nessa espécie de ORCRIM que a lei da *omertà*⁸⁴ prevalece com mais pujança, razão pela qual ter à disposição das autoridades investigativas instrumentos legais capazes de trazer para a zona de legalidade um ou mais de seus integrantes é uma forma de quebrar o silêncio desses organismos criminosos e preservar a manutenção da existência da República como a conhecemos e do próprio Estado Democrático de Direito.

Fortalecer os órgãos de controle, estimular a vinda de agente colaboradores, desestruturar empresas criminosas, recuperar os ativos ilicitamente desviados, reinserindo-os aos cofres públicos, e punir exemplarmente aqueles cuja responsabilidade penal aponta maior gravidade é dever não só das autoridades investigativas e do Poder Judiciário, mas da sociedade como um todo, de forma a termos um país mais justo e equânime para todos nós.

⁸⁴ “A cultura de omertà (silêncio) e a intimidação de testemunhas e juízes eram tão grandes que os casos do governo raramente se sustentavam nos tribunais.” Trecho do livro de Alexander Stille, *Morte a Vossa Excelência*, p. 41 (STILLE, Alexander. *Morte a Vossa Excelência : entenda a verdadeira história do juiz que desafiou e abalou a máfia*. Guimarães, Porto Alegre : CDG, 2020)

EXECUÇÃO ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

MASSIMINIANO FERNANDES BILIU:

Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Bacharel em Direito (Universidade Paulista - UNIP), Advogado licenciado, Pós graduado em Direito Constitucional (IDP), Direito Público (FMB) e Direito Processual Civil (Universidade Paulista - UNIP)⁸⁵

RESUMO: Este estudo aborda aspectos relacionados ao cumprimento específico das obrigações no direito contratual brasileiro, a partir de duas perspectivas: perfil histórico e perfil estrutural, buscando-se a exposição de controvérsias e carências na abordagem da matéria pela doutrina nacional. A primeira parte expõe a superação dos paradigmas da incoercibilidade das obrigações e da conversão da obrigação inadimplida ao seu equivalente pecuniário. A segunda parte analisa o fundamento para a execução específica a partir dos conceitos de débito e responsabilidade, bem como as modalidades de inadimplemento contratual que permitem a execução específica.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos. Obrigações. Inadimplemento. Execução Específica. Equivalente em pecúnia.

ABSTRACT: This paper addresses aspects related to the specific enforcement of the obligations in Brazilian Contractual Law, as from two perspectives: historical profile and structural profile, seeking to expose controversies and deficiencies in the approach of the matter by the national doctrine. The first part exposes the overcoming of the paradigms of non-enforceability of the obligations and conversion of the defaulted obligation into its pecuniary equivalent. The second part analyzes the grounds for the specific enforcement based on the concepts of debt and liability, as well as the modalities of contractual default that allow specific enforcement.

KEY-WORDS: Contracts. Obligations. Default. Specific enforcement. Pecuniary Equivalent.

SUMÁRIO: Introdução. – 1. Perfil Histórico-evolutivo. – 1.1. Da Tutela pecuniária à tutela específica das obrigações. – 1.2. Do dogma da incoercibilidade das obrigações de fazer

85 E-mail: max.fernandesjc@gmail.com

ao dogma da coercibilidade das obrigações pela via da tutela específica? – 2. Perfil Estrutural. – 2.1. Fundamentos para o cumprimento específico: a garantia das obrigações. – 2.2. Hipóteses de cabimento. – Conclusões.

INTRODUÇÃO

A obrigação contratual destina-se ao adimplemento⁸⁶, seu fim natural e esperado pelo Direito. Do não atingimento de tal fim, porém, resultam aspectos teóricos e práticos de extrema relevância ao operador do direito. É diante do inadimplemento que se coloca à prova o arcabouço protetivo do credor e as garantias conferidas pelo ordenamento jurídico à realização das obrigações. Tais garantias, em contextos de cumprimento voluntário pelo devedor, por vezes, permanecem despercebidas – ainda que possam ter sido determinantes sob o ponto de vista da inclinação da vontade e da tomada de posição por parte do devedor no sentido de adimplir.

Nos termos do artigo 475 do Código Civil, “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. De forma simples, duas opções são predispostas ao credor diante do inadimplemento: (1) a resolução do contrato, cumulada com perdas e danos, se existentes; e (2) o cumprimento específico da obrigação, cumulado com perdas e danos, se existentes⁸⁷. Interessa a este estudo a segunda hipótese.

⁸⁶ Polarizada por tal fim, a relação obrigacional passa a ser vista, em sua totalidade orgânica, como uma ordem de cooperação ou como um sistema de processos destinados à satisfação dos interesses do credor. In: SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo** (originalmente apresentado como Tese de Livre Docência do Autor, UFRGS, 1964), 1ª ed., 4ª reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 17-22.

⁸⁷ As possibilidades, porém, poderiam variar, a depender da interpretação que se dê ao dispositivo, inclusive em razão da interpretação sistemática com outras disposições normativas. Para Ruy Rosado de Aguiar Jr., “[o] incumprimento do contrato bilateral permite ao credor diversas alternativas processuais: pode promover a ação de adimplemento, para obter a prestação específica convencionada, mais as perdas e danos decorrentes da violação contratual, ou para receber o equivalente, se impossibilitada a prestação específica, com perdas e danos; manter o contrato, para receber apenas perdas e danos (art. 247 do Código Civil); ou resolver a obrigação, pelo exercício do seu direito formativo, extrajudicialmente, nos casos permitidos em lei, ou pela via judicial, como é a regra prevista no sistema para os contratos bilaterais; manter o contrato, reduzindo o preço, com perdas e danos (art. 236 do Código Civil) ou sem eles (art. 235 do Código Civil); receber a coisa restituída, com ou sem direito à indenização (art. 240 do Código Civil); ou mandar executar ou desfazer, à custa do devedor (arts. 249 e 251, ambos do Código Civil). Poderá também aguardar a iniciativa da contraparte, retendo a sua prestação (arts. 476 e 477 do Código Civil, que comentaremos adiante). In: **Comentários ao novo Código Civil**, Volume VI, Tomo II, arts. 472 a 480: da extinção do contrato. [VitalSource Bookshelf version]. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 632-633.

O tratamento conferido pela doutrina brasileira ao tema do cumprimento específico das obrigações contratuais é, por vezes, insuficiente e segmentado⁸⁸, sendo possível de se constatar, também, contradições frontais ou aparentes – o que, apesar de ser um elemento natural ao direito, pode prejudicar a compreensão, aplicação e desenvolvimento da matéria. Diante disso, sem pretensão de exaustão, este artigo irá abordar o tema a partir do seu perfil histórico e estrutural, procurando ressaltar deficiências e contradições encontradas no âmbito da doutrina nacional.

1. PERFIL HISTÓRICO

1.1 DA TUTELA PECUNIÁRIA À TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES

Diante do inadimplemento, a reconstrução interpretativa do artigo 475 do Código Civil permite que se conclua pela existência, como regra geral, de um *direito ao cumprimento específico das obrigações contratuais*. Mas nem sempre foi assim. Durante determinados períodos históricos, a conversão em pecúnia da obrigação inadimplida (ou a tutela pelo seu equivalente pecuniário) pairava assente como regra e única alternativa relegada ao credor diante da recusa voluntária do devedor em performar sua obrigação nos termos contratados.

De forma bastante ampla, face à recusa de adimplemento voluntário do devedor, a possibilidade ou não de cumprimento específico das obrigações tal como contratado está intimamente ligada aos modelos de Estado existentes ao longo da história e aos valores tutelados em cada modelo, inclusive no que se refere às relações entre direito material e processo⁸⁹.

A tutela pelo equivalente monetário tem íntima relação com os valores do Estado Liberal Clássico, preocupado com a defesa da liberdade e da igualdade – ambas em sentido formal, e com o respeito à personalidade dos indivíduos. Em tal perspectiva, o Estado não poderia interferir na esfera jurídica do particular e, nos casos de inadimplemento do contrato, coagi-lo ao cumprimento e/ou promover a entrega do próprio bem contratado (a tutela específica). Privilegiava-se, assim, o *dogma da*

⁸⁸ MARINO, Francisco. Responsabilidade contratual. Efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). Teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 413-415.

⁸⁹ Para uma análise completa do tema: SILVA, Ovídio Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, passim. MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos [livro eletrônico], 4. ed. em e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-1.1 a RB-7.1.

incoercibilidade das obrigações, ligado à intangibilidade da vontade humana – âmbito no qual o Estado não poderia intervir. Conseqüentemente, a obrigação inadimplida somente poderia ser “satisfeita” com recurso ao patrimônio do devedor (a tutela pecuniária). A tutela pecuniária, ao “igualizar” os bens e as necessidades pela conversão de toda obrigação em dinheiro, proporcionaria a manutenção da higidez dos mecanismos do mercado, forte preocupação do Estado Liberal Clássico⁹⁰. Em tal paradigma, predominava a técnica da *sentença condenatória* seguida da *execução forçada*, com recurso apenas a *meios executivos típicos*, conferidos pelo legislador, que, salvo exceções, possibilitavam o alcance do patrimônio do devedor, e nada além⁹¹.

A tutela pelo equivalente pecuniário, como única forma de proteção jurisdicional dos direitos, não está de acordo com os valores do modelo de Estado Constitucional. O Estado Constitucional⁹², surgido especialmente a partir do pós-guerra, pode ser sintetizado na fórmula *Estado Democrático e Estado de Direito*, fundado na dignidade da pessoa humana, na liberdade, na igualdade (em suas noções materiais) e na segurança jurídica, com forte compromisso de realização dos direitos fundamentais⁹³ – que passam a exercer influência direta no direito privado⁹⁴. Nesse modelo, há um dever estatal de proteger os direitos conferidos pela ordem jurídica. É o âmbito no qual florescem ou ganham relevância determinadas categorias de direitos (*novos direitos*), como o direito do consumidor, direitos relacionados ao meio ambiente, direitos sociais e culturais, direitos difusos e coletivos.

As novas necessidades trazidas pelo direito material, especialmente as marcadas por conteúdo não patrimonial, passaram a exigir, para a sua realização, a imposição de condutas de fazer e de não fazer, demandando, da Jurisdição, o emprego de medidas de coerção indireta, como a multa (*astreintes*), exigindo-se a superação da ideia da

90 As ideias expostas sintetizam a exposição histórica realizada por MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos [livro eletrônico], 4. ed. em e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-1.3.

91 MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos [livro eletrônico], 4. ed. em ebook baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-1.4.

92 Sobre a fórmula do Estado Constitucional: ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 1997; MITIDIERO, Daniel. A Tutela dos Direitos como Fim do Processo Civil no Estado Constitucional. Revista de Processo, ano 39, vol. 226, p. 51-74, março/2014; Colaboração no Processo Civil: do modelo ao princípio [livro eletrônico] 2. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-2.2.

93 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

94 CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, n. 3, p. 373-392, jan-jul/2004.

incoercibilidade das obrigações. Na sociedade de massa, não há como deixar de conferir ao jurisdicionado a tutela específica da obrigação inadimplida, sob pena de se admitir que a parte mais forte no contrato possa sempre quebrá-lo, bastando estar disposta a pagar por isso⁹⁵.

A tutela específica exige sentenças e meios executivos diferenciados, ou melhor, técnicas processuais adequadas⁹⁶. O CPC de 1973 foi estruturado com base em técnicas processuais que não permitiam que se alcançasse a tutela específica⁹⁷. Apenas a partir de 1994, com a previsão dos artigos 461 e 461-A⁹⁸, abriu-se a oportunidade para sentenças relativas a obrigações de não fazer, fazer e entrega de coisa e a sua respectiva execução e satisfação⁹⁹. Tais dispositivos asseguraram a possibilidade de medidas executivas diferenciadas (imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão,

95 MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos [livro eletrônico], 4. ed. em e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-9.2.

96 "O que havia, antes da reforma do art. 461 do CPC, era a dificuldade de obter a execução, *in natura*, que somente poderia dar-se, em juízo, após o trânsito em julgado da sentença condenatória e dentro de um complicado procedimento executivo (arts. 634, 637, 642 e 643 do CPC). No mais das vezes, o que prevalecia, pela inoperância e complexidade do procedimento legal, era o recurso à execução indireta, contentando-se o credor em reclamar problemáticas e insatisfatórias perdas e danos", in: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, vol. 105/2002, p. 9-33, jan-mar/2002

97 Com amplas referências: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil, Vol. 1., 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-5.15

98 A doutrina processual civil dedicou-se a trabalhar as inovações trazidas pelos artigos 461 e 461-A, a título de exemplo: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. Obrigações de fazer e não fazer – Direito material e processo. *Revista de Processo*, vol. 99, p. 27-39, jul-set/2000. ALVIM, Teresa Arruda. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 80/1995, p. 103-110, out/dez 1995 (DTR\1995\622). BESSONE, Darcy. Da Execução Coativa e in Natura da Obrigação de Fazer. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 117-120, 1995. Disponível em: HeinOnline (acesso em 15.12.2020). DIDIER JR, Fredie. Notas sobre o novo art. 287 do CPC e sua compatibilização com a tutela específica prevista nos arts. 461 e 461-A do CPC, in: *Revista de Processo*, vol. 109/2003, jan-mar/2003, p. 169-172 (DTR\2003\815). WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer - arts. 273 e 461, CPC. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 19/1996, p. 77-101, jul-set/1996 (DTR\1996\276).

99 "As inovações do art. 461 do CPC não vieram modificar as regras materiais das obrigações de fazer e não fazer, pois estas já consagravam o cabimento da execução específica, desde que se tratasse de obrigação fungível (isto é, realizável 'por terceiro', no lugar do devedor). O grande marco da reforma está em facilitar e tornar mais efetivo o uso da execução específica de tais obrigações", in: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, vol. 105/2002, p. 9-33, jan-mar/2002

remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial), aptas a reforçar a exequibilidade da prestação específica diante das especificidades do caso concreto, buscando-se à satisfação do direito material¹⁰⁰. A introdução da antecipação de tutela (art. 273, CPC/1973) também foi um passo relevante no alcance da efetividade e da adequada e tempestiva realização dos direitos¹⁰¹.

Em novo avanço na matéria, o CPC/2015 consagrou a superação do princípio da atipicidade das formas executivas, outorgando ao autor o direito, e ao juiz o dever, de utilizar a sentença e os meios executivos adequados ao caso concreto para viabilizar a tutela específica das obrigações¹⁰², o que se nota a partir dos artigos 139, IV, 497 a 501 e 536 a 538. De extrema relevância sobre a atipicidade dos meios executivos é a disposição do inciso IV do art. 139 do CPC/2015, que outorga ao juiz o poder/dever de *"determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária"*.

Em razão da interpretação e aplicação das novas disposições do CPC/2015, muito se discute, atualmente, sobre a legalidade de decisões que, a fim de coagir o devedor ao cumprimento de obrigações de pagar quantia certa, determinam a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e a apreensão do passaporte, por exemplo. Para o Superior Tribunal de Justiça, a adoção de meios executivos atípicos, tais como os citados, é cabível desde que, "verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade"¹⁰³. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, aguarda julgamento a ADI n.º 5941, proposta pelo Partido dos Trabalhadores, que tem por objeto a

100 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Revista de Processo, vol. 105/2002, p. 9-33, jan-mar/2002

101 MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

102 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil, Vol. 1., 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-5.15.

103 STJ, REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019

constitucionalidade das medidas atípicas na execução (e os dispositivos do CPC/2015 que consagram tais medidas).

Nada obstante as discussões e, inclusive, resistências, é possível admitir que o CPC/2015 prevê técnicas processuais idôneas a assegurar a execução específica em detrimento da simples e automática conversão em pecúnia da obrigação contratual inadimplida. Isso se dá, também, pela superação do dogma da incoercibilidade da vontade humana, como abordado na seção seguinte.

1.2 DO DOGMA DA INCOERCIBILIDADE DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER AO DOGMA DA COERCIBILIDADE DAS OBRIGAÇÕES PELA VIA DA TUTELA ESPECÍFICA?

Do ponto de vista histórico, relevantes discussões doutrinárias são relacionadas à execução específica das obrigações de fazer e de não fazer, em razão de concepções vinculadas ao brocardo *nemo praecise cogi potest ad factum*. Ainda que, na doutrina, encontrem-se variações em sua redação, tal brocardo expressa a ideia de que ninguém poderia ser coagido a realizar um fato a que se obrigou¹⁰⁴, originando a ideia de que o devedor de uma prestação de fazer (ou não fazer) possuiria o direito de escolher entre cumprir a obrigação ou arcar com uma indenização pelo incumprimento, sem possibilidade de coerção¹⁰⁵. Disso decorreu o dogma da incoercibilidade das obrigações fazer ou da incoercibilidade da vontade humana¹⁰⁶.

As origens históricas de tal brocardo foram objeto de estudo desenvolvido por Pedro de Albuquerque¹⁰⁷. Ainda que *Justiniano* determinasse que se deveria evitar na

104 AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o Processo Civil Brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31

105 ALBUQUERQUE, Pedro de. O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Vol. 2, Ano 2 (2013), nº 9, p. 8.981-9.041. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf (acesso em 15.12.2020), p. 8.983.

106 Segundo Orlando Gomes, a aplicação do brocardo “não se restringe (...) às puras obrigações de fazer. Dado que, também, as obrigações de dar implicam uma ação humana, entendia-se não ser possível compelir o devedor a fazer o que não quisesse. E, assim, sua recusa de entregar determinada coisa convertia a prestação em perdas e danos”. In: **Obrigações**. 16. ed., atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 211.

107 ALBUQUERQUE, Pedro de. O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Vol. 2, Ano 2 (2013), nº 9, p. 8.981-9.041. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf (acesso em 15.12.2020).

medida do possível a condenação *ad factum*, ordenando preferencialmente o pagamento de uma sanção pecuniária ou a entrega de uma coisa, Albuquerque identifica que o brocardo teria sido formulado por *Faber* (1557-1624), intimamente ligado ao pensamento de que o ato de coagir à realização de uma prestação de fato não poderia ser levado a cabo sem violência e opressão, razão por que, em caso de inadimplemento voluntário da obrigação de fato pelo devedor, a sanção deveria estar limitada ao seu equivalente em pecúnia¹⁰⁸. Desenvolvimentos marcantes do brocardo são apontados a partir de *Pothier*, que reduziu a sua aplicação ao *mera facta*, isto é, a um fazer puro, citando o exemplo da pessoa que se obriga a copiar um caderno ou cavar um buraco:

não se poderia obrigar a pessoa a adotar tais condutas (*fazer*) contra sua vontade. Pothier ainda limitaria o aforismo *nemo ad factum potest cogi* a partir da ideia de fungibilidade da prestação de fato, posicionando-se favoravelmente à destruição da coisa criada em desrespeito à obrigação de não fazer e admitindo a substituição da vontade pela sentença nos casos de promessa de venda¹⁰⁹.

Nada obstante, o Código Civil Francês de 1804 consagrou o aforismo ao prever em seu artigo 1.142 que todas as obrigações de fazer e de não fazer se resolveriam em perdas e danos em caso de inadimplemento pelo devedor. O propósito da disposição legal era, apenas, evitar o exercício de violência sobre a pessoa do obrigado, o que constitui reflexo do seu momento histórico e da (questionável) concepção de que quebrar a vontade do devedor exigiria a utilização de meios violentos, contrários à liberdade e à dignidade da pessoa humana. Nada obstante, com isso, acentuava-se o caráter facultativo que a obrigação de fazer teria para o devedor¹¹⁰.

Atualmente, porém, Albuquerque destaca elementos do ordenamento jurídico português que infirmam o brocardo, consistentes em técnicas para se coagir o devedor

¹⁰⁸ Guilherme Rizzo Amaral também destaca que o surgimento do brocardo estaria ligado a um possível erro dos Glosadores a partir da interpretação de texto de Celsus quanto à diferença de regimes para obrigações entre obrigações de *dare* e de *facere*. In: **As astreintes e o Processo Civil Brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30-31.

¹⁰⁹ ALBUQUERQUE, Pedro de. O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Vol. 2, Ano 2 (2013), nº 9, p. 8.981-9.041. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf (acesso em 15.12.2020), p. 8.983-8.992.

¹¹⁰ ALBUQUERQUE, Pedro de. O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Vol. 2, Ano 2 (2013), nº 9, p. 8.981-9.041. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf (acesso em 15.12.2020), p. 8.992-8.994.

ao cumprimento da obrigação que não importam recurso à violência. A principal técnica seria a possibilidade da fixação de sanção pecuniária (multa). A partir de alteração promovida em 1983, o Código Civil português passou a prever, relativamente às prestações de fato infungível, positivo ou negativo, exceto nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, que o *tribunal deve*, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração. A sanção pecuniária é um meio de constrangimento destinado a pressionar o obrigado recalcitrante a cumprir a sua obrigação. Trata-se de mecanismo claramente contrário ao princípio segundo o qual não poderia existir coação nas prestações de fato. Contudo, essa técnica não é um recurso à violência e sua introdução veio preencher uma lacuna ou falha, relativa à incapacidade para o cumprimento específico da obrigação infungível, com a consequente erosão do princípio de que o devedor de prestação de fato não pode ser coagido à respetiva realização¹¹¹.

A multa do direito português tem forte inspiração nas astreintes surgidas no direito francês. Como referido, em razão do brocardo *nemo praecise*, as obrigações de fazer e de não fazer no direito francês eram consideradas “facultativas”, podendo o credor optar por cumpri-las ou por pagar seu equivalente pecuniário. As astreintes surgiram, no século XIX, como uma criação jurisprudencial visando à exequibilidade de tais modalidades de obrigações. Em seus primórdios, porém, possuíam natureza de indenização adiantada das perdas e danos, pois integravam o montante da indenização a ser paga. A distinção entre astreintes e perdas e danos ocorreu por meio de decisão da Corte de Cassação datada de 1959, quando se reconheceu que as astreintes não se confundem com perdas e danos, pois não tem como objetivo compensar prejuízos sofridos pelo credor, mas sim vencer a resistência do obrigado. Em termos legislativo, as astreintes passaram a integrar o ordenamento francês apenas em 1972. Dentre os aspectos de destaques das astreintes no direito francês, cabe citar a possibilidade de sua fixação, inclusive de ofício pelo juiz, para assegurar o cumprimento de qualquer decisão judicial, independentemente do conteúdo da obrigação (fazer, não fazer, entrega de

111 ALBUQUERQUE, Pedro de. O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Vol. 2, Ano 2 (2013), nº 9, p. 8.981-9.041. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf (acesso em 15.12.2020), p. 8.992-8.994.

coisa, pagar etc.), bem como a possibilidade de supressão da multa na hipótese de o descumprimento não puder ser imputável ao devedor¹¹².

No direito brasileiro, as astreintes aplicam-se às obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, certa ou incerta e, inclusive, em função da previsão do art. 139, IV, do CPC/2015, discute-se a proporcionalidade e adequação de tal técnica relativamente às obrigações de pagar quantia certa. De qualquer modo, admite-se o cabimento da multa tanto para obrigações de fazer fungíveis, quanto para obrigações infungíveis, nada obstante a existência de meios de execução sub-rogatórios para as prestações de fazer fungíveis. A única exceção, centrada no interesse do credor, seria em relação às obrigações que demandem processo criativo ou de inspiração, envolvendo, por exemplo, direito moral do artista, pensamento que está alinhado com a disposição do Código Civil português¹¹³. Ainda que o Código Civil brasileiro preveja, em seu artigo 247, que “incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”, entende-se que essa concepção se encontra superada (já tendo “nascido” ultrapassada), por persistir na perspectiva liberal da incoercibilidade das obrigações¹¹⁴. No entendimento de Bruno Miragem, mesmo as obrigações personalíssimas podem ser objeto de execução específica¹¹⁵.

De fato, a incorporação das astreintes no direito brasileiro contribuiu de forma relevante para a superação do brocardo ora em análise. Porém, esse não foi o único fato para tanto. Aponta-se que a tendência à relativização do dogma da incoercibilidade da execução específica das obrigações de fazer como consequência, por um lado, da compreensão mais abrangente de tutela dos interesses legítimos do credor no âmbito da relação obrigacional, bem como, por outro lado, no campo processual, da priorização

112 Essa evolução das astreintes no direito francês é extraída a partir de: AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo Civil Brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33-36.

113 Após discorrer sobre a admissibilidade das astreintes, Guilherme Rizzo Amaral assim se manifesta sobre essa exceção: “*É evidente o prejuízo que traria a adoção da coerção do demandado, seja pelo constrangimento excessivo deste, seja pelo resultado insatisfatório que tal procedimento traria ao autor. A opção pela tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário, além de eventuais perdas e danos, mostra-se muito mais adequada à espécie, não pela ponderação entre interesses do autor e do réu, mas por sua coincidência*”. In: **As astreintes e o Processo Civil Brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 120-121.

114 ROSENVALD, Nelson. **Quebra contratual: indenização ou tutela específica?**, 2016 Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/11/03/Quebra-contratual-indeniza%C3%A7%C3%A3o-ou-tutela-espec%C3%ADfica> (acesso em 15.12.2020).

115 MIRAGEM, Bruno. Direito civil: direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 187.

da satisfação do interesse específico do autor e da efetividade do processo¹¹⁶. Tanto é assim que os artigos 497 e 499 do CPC/2015 preveem expressamente a *tutela específica*.

Discussão que se encontra atualmente em voga, como um passo relevante da trajetória de superação do dogma da incoercibilidade das obrigações, diz sobre a existência de uma prevalência da execução específica sobre outras formas de execução, de um direito de o devedor cumprir a prestação a que se obrigou quando demandado judicialmente ou de um direito de escolha do credor entre a execução específica ou genérica.

Sobre o tema, Marinoni, Mitidiero e Arenhart, ao comentar o art. 499 do CPC/2015, assim se posicionam:

“No caso de obrigação contratual, o credor não pode exigir o equivalente monetário ao valor da prestação sem antes dar ao devedor a oportunidade de adimplir na forma específica. Poder-se-ia imaginar que o credor tem a livre opção em optar pelo equivalente em dinheiro ao valor da prestação não cumprida – constituindo tal opção uma espécie de direito potestativo reconhecido ao credor. Porém, exame mais acurado da questão indica outra solução. Na verdade, o devedor tem o direito de cumprir a prestação tal como contratada, não sendo possível ao credor exigir dinheiro no lugar da prestação objeto do contrato, sob pena de se aceitar uma novação objetiva unilateral. Caso o credor pudesse pedir tutela pelo equivalente em dinheiro diante do não cumprimento da obrigação contratual, ele teria o poder de transformar a obrigação pactuada, o que violaria o sistema das obrigações e o princípio da autonomia de vontade, tornando legítima a novação unilateral da prestação contratada”¹¹⁷.

Para Rosendal, tal visão constituiria uma tentativa de conversão do dogma da incoercibilidade das obrigações em um dogma renovado: o da “coercibilidade das obrigações pela via da tutela específica”, o que significaria ignorar o direito fundamental

¹¹⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 190.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RL-1.100. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. Impossibilidade de tutela pelo equivalente em pecúnia quando a obrigação contratual de entrega de coisa pode ser tutelada na forma específica. Soluções Práticas – Marinoni, vol. 1, p. 89-101, out/2011 (DTR\2012\146).

do credor em perseguir o seu crédito da maneira que melhor lhe aprouver. Segundo o autor, a leitura do artigo 475 do Código Civil é “persuasiva no sentido da existência de um direito potestativo do credor à tutela específica ou genérica nas obrigações contratuais”¹¹⁸. Porém, cabe questionar: o artigo 475 do Código Civil (1) prevê a possibilidade de escolha entre (a) a execução específica e (b) a execução genérica? ou (2) prevê a possibilidade de escolha entre (a) o direito formativo extintivo de resolução e (b) o direito de exigir o cumprimento específico da obrigação (em ambos os casos com o direito de exigir perdas e danos, se existentes)? O recurso à interpretação literal do art. 475 do Código Civil parece não conduzir – ao menos não claramente – à conclusão de que, diante do inadimplemento, o credor possa optar pela execução genérica (ou conversão em pecúnia) em detrimento da execução específica.

Nota-se, ainda, uma aparente confusão de conceitos entre execução genérica e pretensão indenizatória. Rosenvald refere que seu raciocínio é sobre a coexistência dos remédios indenizatório e da tutela específica no Brasil, no âmbito da inexecução contratual, apontando que a tutela específica seria subsidiária ao insucesso da busca por indenização:

“o inadimplemento significa o descumprimento da obrigação primária e a sua substituição por uma obrigação secundária – a obrigação de indenizar pelos danos decorrentes da inexecução contratual. O demandante terá direito a um montante que o coloque na posição que estaria se o contrato fosse propriamente cumprido. No transcurso da demanda ressarcitória o contrato prossegue, mas há a extinção da obrigação originária, em uma nova fase do processo obrigacional. Daí que, ao contrário do que se advoga, a tutela específica não é da essência do direito civil, devendo ser posta em cena apenas quando a indenização não se revele a pretensão adequada segundo alguns parâmetros”¹¹⁹.

Sem pretensão de solução das questões, a definição de alguns conceitos permite posicionar melhor o debate. Orlando Gomes distingue a *execução específica* e a *execução genérica*, tratando-as como espécies do gênero *execução coativa*. Na *execução sob forma específica*, o credor procura obter que o executado satisfaça a prestação

118 ROSENVALD, Nelson. Quebra contratual: indenização ou tutela específica?, 2016 Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/11/03/Quebra-contratualindeniza%C3%A7%C3%A3o-ou-tutela-espec%C3%ADfica> (acesso em 15.12.2020).

119 ROSENVALD, Nelson. Quebra contratual: indenização ou tutela específica?, 2016 Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/11/03/Quebra-contratualindeniza%C3%A7%C3%A3o-ou-tutela-espec%C3%ADfica> (acesso em 15.12.2020)

prometida, de modo que o seu objeto é constranger o executado a satisfazer a prestação que, desde o nascimento, foi o objeto da obrigação. Na *execução sob forma genérica*, qualquer que seja o objeto da obrigação, o credor agride o patrimônio do executado com o objetivo de embolsar uma soma de dinheiro para satisfazer seu crédito. Contudo, para o autor, a execução sob forma genérica só se justificaria quando impossível a execução direta, por tornar-se a prestação inútil ao credor, ou importar intolerável constrangimento na pessoa do devedor. O credor não teria o direito a exigir outra prestação que não a devida. Depreende-se, pois, que o entendimento do Orlando Gomes é pela existência de um caráter subsidiário da execução genérica em relação à execução específica¹²⁰.

À posição de Orlando Gomes poderia ser contraposto o entendimento de Ruy Rosado de Aguiar Jr, ao apontar que o exercício do direito formativo extintivo não é “subsidiário” da pretensão e da ação de execução da obrigação¹²¹. Porém, os autores estão tratando de assuntos diferentes. Isso fica claro quando o Ruy Rosado afirma que “reunidos os requisitos para a resolução, pode o direito extintivo ser exercido como opção do credor, que escolhe entre a execução, por espécie ou pelo equivalente, conforme o caso, ou pelo desfazimento da relação”¹²². Ou seja, segundo Ruy Rosado, o direito de resolução opõe-se à execução, que poderia ser específica ou pelo equivalente. De seu turno, Orlando Gomes está tratando apenas desta segunda parte do problema quando afirma a prevalência da execução específica sobre a execução genérica. Situando-se precisamente as posições a partir de definições conceituais, evitam-se que sejam criados “falsos” problemas ou contraposições.

A posição de Marinoni, Mitidiero e Arenhart, que é alvo da crítica de Nelson Rosendal Rosendal, também precisa ser adequadamente situada, não apenas no seu contexto específico, mas no contexto geral da obra desses autores. Note-se, por exemplo, que os autores deixam claro que “o art. 499, do CPC, admite que o autor opte livremente, no caso de tutela de reparação do dano, pelo equivalente monetário”¹²³,

¹²⁰ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed., atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 207-214.

¹²¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 52.

¹²² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 52.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-21.15

pois “o infrator não tem direito de reparar o dano na forma específica”¹²⁴. Os autores não limitam a possibilidade de o credor lesado pelo inadimplemento postular a indenização a que tenha direito, assim como não estabelecem como requisito a tal direito a necessidade de prévia postulação da execução específica. Sua posição é contrária, apenas, à automática conversão da obrigação inadimplida em pecúnia (equivalente monetário ao valor da obrigação). Nesse âmbito, é importante ter em mente que Marinoni, Mitidiero e Arenhart estabelecem distinções entre várias espécies de tutelas do direito, incluindo *tutela específica*, *tutela pelo equivalente monetário* e *tutela ressarcitória*¹²⁵ – distinções estas que parecem não ter sido de todo captadas por determinados setores que lhe dirigem críticas.

Segundo Marinoni, Mitidiero e Arenhart, como *gênero*, a tutela específica é o contrário de tutela pelo equivalente monetário. A tutela específica preocupa-se com a integridade do direito, impedindo a sua degradação em pecúnia. A tutela específica da obrigação contratual liga-se apenas à necessidade do adimplemento, tendo por escopo satisfazer o direito de crédito por meio da própria prestação avençada. A *tutela pelo resultado prático equivalente*, que é tutela específica, também não se confunde com a ideia de tutela pelo equivalente monetário. O resultado prático equivalente, oferece, substancialmente, o mesmo resultado que seria atingido caso o obrigado cumprisse voluntariamente a prestação assumida. A diferença está em quem realiza a prestação e faz surgir o resultado. Na expressão “tutela específica”, tem-se determinado resultado em razão de conduta prestada pelo próprio obrigado. Já no “resultado prático”, o resultado se origina da conduta prestada por terceiro. Para a tutela específica da obrigação contratual, basta o ilícito contratual (o inadimplemento). Havendo dano, faz-se necessária a sua reparação, de modo que passa a importar a *tutela ressarcitória*. A tutela ressarcitória, além de levar em conta o dano, exige a responsabilidade (subjéctiva ou objetiva). O ressarcimento do dano pode ser prestado de forma específica, *in natura*, ou pelo equivalente monetário. Ainda, toda tutela jurisdicional prestada em dinheiro constitui tutela pecuniária. No entanto, nem toda tutela pecuniária é uma *tutela pelo equivalente*. Note-se que a tutela pecuniária é específica no caso em que a prestação é uma obrigação de pagar soma em dinheiro. A tutela pecuniária pelo equivalente pode

124 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RL-1.100.

125 Essas distinções podem ser encontradas em: MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos** [livro eletrônico], 4. ed. em e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, *passim*; e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil [livro eletrônico]**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-15.36 - RB-15.53.

ser pelo equivalente ao valor do dano, ou pelo equivalente ao valor da obrigação inadimplida¹²⁶.

Assim, na linha defendida por Marinoni, Mitidiero e Arenhart, o credor tem a faculdade de buscar a tutela específica do adimplemento, hipótese na qual não poderia exigir, inicialmente, nada além do conteúdo da obrigação original, a ser cumprida pelo devedor ou alcançada pelo resultado prático equivalente. Isso, porém, nada tem a ver com a possibilidade de o credor buscar, desde o momento do inadimplemento, indenização por danos que dele decorram. Cabe referir, ainda, que, quando o credor postula indenização, o devedor não tem direito à reparação *in natura*. Francisco Marino refere que a reparação *in natura*, enquanto espécie de indenização, configura prestação distinta e sucedânea com relação ao conteúdo da relação obrigacional, de modo que “a pretensão à reparação natural não se confunde, pois, com a pretensão ao adimplemento ou com a pretensão à execução específica, pelas quais se busca, ainda que coativamente, a própria prestação devida”¹²⁷.

A falta de sistematização da matéria e o emprego de diferentes nomenclaturas para designar os mesmos institutos, ou o uso dos mesmos termos com intenção de designação de institutos diferentes, não apenas obstam a adequada compreensão da matéria, mas geram constantes confusões e, inclusive, podem dar azo à criação de “falsos problemas”. Sem prejuízo, ao largo das divergências teóricas, o que se pode concluir é a cabal superação do dogma da incoercibilidade das obrigações e, mais do que a plena admissão do cumprimento específico, a existência de técnicas processuais capazes de viabilizar, salvo raras exceções, o alcance de tal desiderato nas mais diversas modalidades de obrigações.

2.PERFIL ESTRUTURAL

2.1 FUNDAMENTOS PARA O CUMPRIMENTO ESPECÍFICO: A GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES

O tema da execução específica das obrigações pode ser abordado, também, do ponto de vista do seu *perfil estrutural*, relativamente aos elementos que organizam e estruturam seu regime jurídico, especialmente para que se identifique claramente a

¹²⁶ As categorizações e diferenciações completas, com todas as referências, podem ser encontradas em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil, Vol. 1., 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-5.15.

¹²⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos, in: *Obrigações*. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 653-685.

fundamentação da tutela específica das obrigações a partir do interior, da estrutura da obrigação¹²⁸.

As expressões “execução específica” e “execução forçada” são usadas, por vezes, para designar um mesmo instituto. Porém, o fundamento da *execução forçada* geralmente é extraído da fórmula de que o devedor responde pelo cumprimento das suas obrigações com todos os seus bens, o que, no direito brasileiro, encontra previsão nos artigos 391, do CC, e art. 789, do CPC, que consagram a regra da *responsabilidade patrimonial*¹²⁹. O patrimônio do devedor é concebido como a *garantia geral das obrigações*¹³⁰. Na doutrina, é bastante comum que se vincule a possibilidade de execução forçada das obrigações ao seu caráter patrimonial, isto é, à possibilidade de agressão do patrimônio do devedor para que se obtenha o cumprimento das obrigações¹³¹. Geralmente, isso é feito a partir da exposição da *teoria dualista* do vínculo

128 Expressão empregada por SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo (2006, originalmente apresentado como Tese de Livre Docência do Autor, UFRGS, 1964), 1ª ed., 4ª reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 81.

129 Segundo Larentz, o fato de que todo devedor responda, em princípio, por qualquer dívida frente ao credor com todo o seu patrimônio não é natural, mas sim deriva de uma extensa evolução do direito das obrigações e do direito de execução. In: LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 33.

130 ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral. Volume II. 7.ed. 7. Reimp. Coimbra: Almedina, 2012, p. 419-420. Segundo o Autor, “embora a garantia geral, bem como as garantias específicas se destinem a ser executadas no caso de não cumprimento da obrigação, verdade é que a garantia geral acompanha a obrigação desde o nascimento desta, tal como as garantias especiais reforçam, desde sua constituição, a consistência econômico-jurídica do vínculo obrigacional”, p. 420.

131 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 749. Tal concepção liga-se, inclusive, ao brocardo *nemo precise potest cogi ad factum*. Veja-se a posição do citado autor sobre a “garantia” das obrigações e o caráter patrimonial da execução forçada: “(...) a garantia consiste no conjunto de providências coercitivas que o direito predispõe para tutela da posição do sujeito activo. Quanto aos direitos de crédito, tal elemento concretiza-se em certas medidas judiciais facultadas ao credor para defesa do seu interesse, das quais se destaca a possibilidade que ele tem de conseguir coactivamente, através dos bens do devedor, o objecto da prestação ou uma indemnização dos danos no caso de incumprimento da obrigação. (...) Se o devedor não cumpre a prestação a que se acha adstrito, o credor pode agir, por intermédio dos tribunais, contra o seu património (art. 817.º). Este direito de execução forçada constitui a garantia geral das obrigações (...). A conhecida máxima *nemo precise potest cogi ad factum* traduz a ideia de que a execução não se destina a coagir fisicamente o devedor à atividade em que consiste a prestação devida (...). A execução forçada – ou simples execução – tem como acto fundamental a apreensão de bens do devedor (...)”, p. 127-129. 47 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo I, artigos 304 a 388: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21.

obligacional e da análise dos seus dois elementos: o "*débito*" (*Schuld*), de um lado; e a "*responsabilidade*" ou "*garantia*" (*Haftung*), do outro¹³².

Contudo, a possibilidade de se alcançar o patrimônio do devedor pouca utilidade teria em diversas hipóteses de tutela específica da obrigação contratual, em que se busca que o devedor cumpra exatamente a prestação a que originalmente se obrigou. Desse modo, é importante revisitar esses elementos do vínculo obrigacional para que se possa adequadamente delimitar os fundamentos do execução específica.

De forma bastante resumida, o *débito* consistiria no dever legal¹³³, no "dever que tem o sujeito de efetuar a prestação na relação obrigacional"¹³⁴, na dívida ou dever originário de prestação¹³⁵; e a *responsabilidade* (ou garantia), representaria a sujeição do devedor, que viabilizaria a execução forçada em caso de inadimplemento¹³⁶, ou a "faculdade que tem o credor de exigir que o devedor cumpra a prestação e de utilizar a força estatal para coagi-lo ao cumprimento"¹³⁷. Contudo, parcela da doutrina centra a tônica da *responsabilidade* na sua feição estritamente patrimonial e na possibilidade de o credor exigir perdas e danos.

Segundo Orlando Gomes, ao se decompor uma relação obrigacional, verifica-se que o direito de crédito tem como fim imediato uma prestação (*debitum*) e remoto, a sujeição do patrimônio do devedor (*obligatio*). A partir disso, seria possível distinguir o dever de prestação, a ser cumprido espontaneamente, da sujeição do devedor, na ordem patrimonial, ao poder coativo do credor. A obrigação perfeita teria dois elementos: o

132 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo I, artigos 304 a 388: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21.

133 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo I, artigos 304 a 388: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21

134 SCHREIBER, Anderson. Obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Fundamentos do Direito Civil, vol. I. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 16

135 LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 36; MIRAGEM, Bruno. Direito civil: direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 49.

136 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo I, artigos 304 a 388: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006,

137 SCHREIBER, Anderson. Obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Fundamentos do Direito Civil, vol. I. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 16.

dever de prestação, que corresponde ao *debitum*, e a sujeição, que corresponde à *obligatio*, isto é, à responsabilidade. Ao decompor a relação obrigacional em *debitum* e *obligatio*, Orlando Gomes refere que esta última expressão designa a responsabilidade patrimonial do devedor, mencionando que “o direito de crédito valeria pouco se seu titular não pudesse exercê-lo coagindo o devedor, pela execução de seus bens, a satisfazer a prestação”¹³⁸.

Para Clóvis do Couto e Silva, a prestação, à que corresponde o *débito*, denomina-se prestação primária; já a prestação secundária é aquela que corresponde à *responsabilidade*, que se relaciona com perdas e danos, haja vista a transformação da responsabilidade pessoal em patrimonial. Em sua visão, a responsabilidade é um elemento da obrigação e coexiste com o débito. Em caso de adimplemento insatisfatório ou recusa em adimplir pelo devedor, pode o credor prejudicado colocar em atividade um dos dois elementos que formam a obrigação perfeita: débito ou responsabilidade. Assim, “caracteriza-se a obrigação perfeita pela possibilidade que tem o credor de poder exigir (pretensão) o adimplemento ou perdas e danos”¹³⁹.

Com amparo em Clóvis do Couto e Silva, Paulo Lôbo menciona que, na hipótese de inadimplemento, o credor pode colocar em prática um dos dois elementos que formam a obrigação: exigir ou o adimplemento (o que seria expressão do *débito*), ou perdas e danos (o que seria expressão da *responsabilidade*). A conceituação de débito e responsabilidade do autor também ilustra o problema: o primeiro, consistiria no dever de prestar ou de observar determinado comportamento; a segunda, consistiria na responsabilidade do patrimônio do devedor como garantia pelo inadimplemento¹⁴⁰.

Ruy Rosado refere que integram a relação obrigacional tanto a obrigação do devedor de cumprir a prestação quanto a sujeição do seu patrimônio à ação coativa do credor, em caso de inadimplemento. Para ele, existe a dívida (*schuld*), com o caráter pessoal, e a responsabilidade (*haftung*), com feição patrimonial, representando verdadeiro direito de garantia¹⁴¹.

Ocorre que o cumprimento específico das obrigações deve encontrar fundamento em um conceito mais amplo de *garantia*, não apenas na noção de responsabilidade

138 GOMES, Orlando. Obrigações. 19 ed, atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.12.

139 SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo (2006, originalmente apresentado como Tese de Livre Docência do Autor, UFRGS, 1964), 1ª ed., 4ª reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 83

140 LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 2: obrigações, 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 25- 27.

141 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao novo Código Civil, Volume VI, Tomo II, arts. 472 a 480: da extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 9.

patrimonial. Judith Martins-Costa esclarece que a *garantia* das obrigações compreende todas as formas de tutela oferecidas pelo ordenamento jurídico, detalhando que a garantia patrimonial, assegurada pelos artigos 391 do CC e 798 do CPC, representa a garantia mínima inerente a todas as obrigações, à qual podem ser acrescentadas, por acordo das partes, ou pela incidência da lei, outras garantias, tais como: 1) as garantias de reforço do vínculo: a cláusula penal, as arras, a fiança, o aval, e as chamadas garantias reais (hipoteca e penhor); 2) as garantias conservatórias, reguladas pelo Código de Processo Civil, como o arresto, o sequestro e a busca e apreensão; 3) as garantias de execução, incluindo o direito de retenção, a falência, o concurso de credores, a ação pauliana; e, finalmente, como 4) as garantias de qualidade e de adimplemento, como a *performance bond*, a garantia à primeira demanda e outras que a prática vem modelando¹⁴².

No mesmo sentido, Gerson Branco aponta que a *garantia* inerente às obrigações engloba todas as medidas judiciais ou o conjunto de providências que estão a serviço do direito de crédito, para obter do devedor efeito equivalente ao do adimplemento voluntário, mediante a execução forçada. Abarca, portanto, todos os meios coercitivos estabelecidos pelo poder estatal para assegurar a efetiva realização do direito, incluindo os que recaem sobre a pessoa, com o objetivo de dobrar sua vontade¹⁴³.

Com efeito, o fundamento para a execução específica das obrigações somente pode ser adequadamente compreendido quando se trabalha, aliado ao conceito de débito, com um conceito de garantia mais amplo do que o conceito de responsabilidade patrimonial. Do contrário, as alternativas disponíveis ao credor seriam limitadas ao alcance dos bens do devedor, nada servindo como amparo à execução específica de obrigações de fazer e não fazer.

2.2 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Como já discorrido, o art. 475 do CC franqueia que a parte lesada pelo inadimplemento opte por postular a resolução do contrato ou exigir o cumprimento

¹⁴² MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo I, artigos 304 a 388: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações (2003), 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 255-257.

¹⁴³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Garantia e Responsabilidade Patrimonial: novos meios executivos e a execução forçada como reforço da obrigação. Revista De Direito Civil Contemporâneo, 2020 (aceito para publicação).

específico da obrigação inadimplida. Contudo, é pertinente perquirir se o cumprimento específico seria possível em todas as modalidades de inadimplemento.

Em célebre obra sobre o tema, Ruy Rosado classifica o incumprimento contratual a partir de diversos aspectos: (a) quanto à *causa*, o incumprimento poderia ser (a.1) imputável ao devedor, caso decorra de culpa sua; (a.2) ou inimputável, se resultar de outro fator, tal como culpa do credor, ato de terceiro, caso fortuito ou força maior, da lei ou do próprio devedor sem culpa; (b) quanto aos *efeitos*, o comportamento contrário ao contrato pode resultar em: (b.1) incumprimento definitivo, se a prestação não puder mais ser efetuada (impossibilidade) ou exigida (modificação superveniente das circunstâncias); ou, ainda, sendo possível e exigível, não tiver mais utilidade para o credor; e (b.2) incumprimento não-definitivo, quando persistem a possibilidade, a exigibilidade e o interesse do credor, mas a prestação não é efetuada no tempo, modo e lugar convencionados (o que caracteriza a mora); (b.3) cumprimento defeituoso, quando é feita a prestação, mas de modo imperfeito; (c) quanto ao *conteúdo* da violação, o incumprimento pode ser de obrigação principal ou acessória – contratualmente prevista e exigível –, ou de dever secundário de conduta, decorrente da boa-fé¹⁴⁴. Segundo o autor, a resolução contratual teria espaço diante do incumprimento definitivo, originário de impossibilidade superveniente, total, absoluta ou relativa, imputável ao devedor, ou resultante da perda do interesse do credor em receber uma prestação ainda possível, mas que não foi efetuada ou foi malfeita por impossibilidade parcial ou temporária, por cumprimento imperfeito ou pela mora¹⁴⁵. Por outro lado, sendo possível a prestação e tendo o credor interesse em recebê-la, ele teria ao seu dispor o que Ruy Rosado chamou de “ação de adimplemento”, na modalidade de cobrança ou de execução, por meio da qual o credor poderia receber a coisa com retardo ou aceitar o cumprimento imperfeito que o devedor lhe oferece, sempre com direito a perdas e danos¹⁴⁶.

Judith Martins-Costa classifica o inadimplemento em três modalidades: a) o inadimplemento definitivo ou absoluto, que ocorre quando a prestação não foi cumprida e nem poderá mais ser cumprida (art. 475, CC); b) a mora, que tem espaço quando o incumprimento é não-definitivo, isto é, quando a prestação não foi cumprida por ato imputável ao devedor, mas é ainda possível, não-excessivamente onerosa e útil, apanhando igualmente os casos de cumprimento defeituoso; e c) a violação positiva do

144 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 94-95

145 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 96.

146 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 96.

crédito (ou do contrato), em que há dano resultante do contrato não por falta da prestação, mas por ato positivo que viola interesse de proteção¹⁴⁷. Esta última hipótese trata-se do não cumprimento de deveres anexos ou laterais, originários da boa-fé objetiva, que dão causa à lesão ao interesse útil do credor¹⁴⁸.

A partir dessas modalidades e diferenciações, parece ser possível concluir que, na hipótese de incumprimento definitivo ou absoluto, o credor não poderá exigir a execução específica, porque a prestação não pode ser mais efetuada, exigida ou não mais interessa ao credor, a quem restaria optar entre manter o contrato e obter o equivalente (art. 236 do Código Civil), ou requerer a resolução (art. 475 do Código Civil), sempre com perdas e danos, se cabíveis¹⁴⁹. Note-se que, no caso do inadimplemento justificado na perda de interesse do credor em relação à prestação, a pretensão de cumprimento específico seria de todo contraditória.

Diferente situação é a hipótese de incumprimento não-definitivo. Quando a obrigação, apesar de inadimplida, ainda pode ser cumprida, e o seu cumprimento é de interesse do credor, a tutela jurisdicional pode ser prestada na forma específica. No caso de adimplemento imperfeito ou de cumprimento defeituoso, o credor pode exigir que o devedor atue para que a imperfeição seja corrigida, de modo que seria possível a tutela específica. Marinoni entende que a tutela específica somente é cabível quando existe a possibilidade de cumprimento ou de correção do cumprimento imperfeito. Portanto, a tutela específica está relacionada com o inadimplemento não definitivo¹⁵⁰.

147 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo I, artigos 304 a 388: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações (2003), 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 109. No mesmo sentido: MIRAGEM, Bruno. Direito civil: direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 497-523. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 7, coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p 35-49.

148 MIRAGEM, Bruno. Direito civil: direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 520. Sobre o tema: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. FAJNGOLD, Leonardo. A figura da violação positiva do contrato: como tratar as grandes controvérsias sobre a matéria? Revista de Direito Privado, vol. 97/2019, p. 47-73, jan-fev/2019 (DTR\2019\98).

149 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p 116.

150 MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos [livro eletrônico], 4. ed. Em e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-9.1.

Ou seja, na hipótese de inadimplemento definitivo ou absoluto, parece não haver espaço para execução específica. Já no terreno do incumprimento não-definitivo, parece ser fértil a possibilidade de execução específica. Porém, mesmo nesse âmbito, cabe questionar se a tutela específica requer a existência de *culpa* do devedor?

A princípio, a leitura do Código Civil (art. 394 e 396) permitiria o entendimento de que o cumprimento específico da obrigação inadimplida somente é cabível no caso de inadimplemento culposo. Porém, Marinoni leciona que, quando a prestação ainda pode ser cumprida, não haveria razão para se vincular a possibilidade de exigir o cumprimento específico à culpa, na medida em que, na ação voltada à tutela específica da obrigação, não se pede reparação do dano. O desrespeito aos contratos constitui um ilícito violador do direito de crédito, a que pode ou não se seguir dano. A ação de cumprimento pode ter lugar na ausência de dano, por ser justamente uma forma de suprimir o ilícito. A culpa somente teria relevância quando se investiga a responsabilidade pelo dano, de modo que esses elementos seriam dispensáveis para tutela específica da obrigação¹⁵¹.

Cabe o questionamento sobre a possibilidade de execução específica na hipótese de violação positiva do crédito/contrato. Havendo cumprimento da prestação, há espaço para se falar em cumprimento específico? Essa matéria parece não ter sido especificamente tratada pela doutrina. Em geral, aponta-se que o descumprimento de deveres de proteção apenas geraria a possibilidade de se postular perdas e danos e, excepcionalmente, possibilitaria a resolução do contrato¹⁵².

Também é possível questionar o cabimento de cumprimento específico na hipótese de *inadimplemento antecipado*. Caracterizam-se como inadimplemento antecipado as situações em que, antes de se tornar exigível a prestação, o devedor realiza atos que permitem concluir pela impossibilidade de adimplemento futuro da obrigação¹⁵³. A situação de inadimplemento antecipado, conforme as circunstâncias do caso, também pode dar causa à pretensão de descumprimento antecipado pelo credor. No ponto, é relevante o conceito de *tutela inibitória do inadimplemento*. A tutela inibitória se volta contra a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito. No plano do direito contratual, tem lugar nos casos em que o credor teme que a obrigação seja violada ou

151 MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos [livro eletrônico], 4. ed. Em e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-9.3

152 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 7, coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.47-49.

153 MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configurações e limites. Revista dos Tribunais, vol. 885/2009, p. 30-48, jul/2009 (DTR\2009\739).

que ocorra a repetição do inadimplemento – nas obrigações contratuais de trato sucessivo. Basta, no caso da tutela inibitória, a probabilidade do inadimplemento¹⁵⁴. Nesse sentido, o artigo 497 do CPC dispõe que, para a *concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo*.

Nota-se, assim, que um critério de sistematização das hipóteses de cabimento da execução específica pode ser pensado justamente a partir das modalidades de inadimplemento contratual que podem tomar espaço no curso da relação contratual.

CONCLUSÕES

Este breve artigo demonstra que a execução específica das obrigações é um tema conformado por, e intimamente relacionado a, diversos institutos de direito contratual, obrigacional e processual. Envolve a estrutura da obrigação, as garantias conferidas pelo ordenamento jurídico, os limites da autodeterminação da posição do devedor que se recusa a cumprir o contrato, a possibilidade de coação do devedor e os limites na busca pelo adimplemento (o que afeta liberdade, autonomia da vontade e dignidade), as hipóteses de cabimento do cumprimento específico frente às modalidades de incumprimento contratual, as diversas formas de tutelas do direito material que podem ser buscadas no âmbito do processo e os requisitos de cada uma delas, as técnicas processuais possíveis de serem empregadas para a obtenção do bem da vida almejado ou do resultado prático equivalente, incluindo seus limites, dentre outros. Essa amplitude de temas e de cada tema em si mesmo talvez seja a razão pela qual a execução específica mostra-se como carente de tratamento analítico, uniforme, sistematizado e completo, dando ensejo a controvérsias e confusões conceituas, com reflexos nos planos teóricos e práticos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo Código Civil**, Volume VI, Tomo II, arts. 472 a 480: da extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011 [VitalSource Bookshelf version, disponível em: vbk://978-85-309-3891-8].

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos [livro eletrônico], 4. ed. Em e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-8.1 - RB-8.6, RB-9.8 – RB-9.10. Sobre a tutela inibitória, amplamente: MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e Tutela de remoção do ilícito [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004.

ALBUQUERQUE, Pedro de. O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Vol. 2, Ano 2 (2013), nº 9, p. 8.981-9.041. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf (acesso em 15.12.2020).

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações** (1968). 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. Obrigações de fazer e não fazer – Direito material e processo. **Revista de Processo**, vol. 99, p. 27-39, jul-set/2000.

ALVIM, Teresa Arruda. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, vol. 80/1995, p. 103-110, out/dez 1995 (DTR\1995\622).

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo Civil Brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. Volume II (1919). 7.ed. 7. Reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

BESSONE, Darcy. Da Execução Coativa e in Natura da Obrigação de Fazer. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, p. 117- 120, 1995. Disponível em: HeinOnline (acesso em 15.12.2020).

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Garantia e Responsabilidade Patrimonial: novos meios executivos e a execução forçada como reforço da obrigação, in: **Revista De Direito Civil Contemporâneo**, 2020 (aceito para publicação).

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, n. 3, p. 373-392, jan-jul/2004.

DIDIER JR, Fredie. Notas sobre o novo art. 287 do CPC e sua compatibilização com a tutela específica prevista nos arts. 461 e 461-A do CPC, in: **Revista de Processo**, vol. 109/2003, jan-mar/2003, p. 169-172 (DTR\2003\815).

FAJNGOLD, Leonardo. A figura da violação positiva do contrato: como tratar as grandes controvérsias sobre a matéria? **Revista de Direito Privado**, vol. 97/2019, p. 47-73, jan-fev/2019 (DTR\2019\98).

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed., atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 19 ed, atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 2: obrigações, 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos, in: **Obrigações**. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 653-685.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Responsabilidade contratual. Efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 409-431.

MARINONI, Luiz Guilherme. Impossibilidade de tutela pelo equivalente em pecúnia quando a obrigação contratual de entrega de coisa pode ser tutelada na forma específica. **Soluções Práticas – Marinoni**, vol. 1, p. 89-101, out/2011 (DTR\2012\146).

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos** [livro eletrônico], 4. ed. em e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e Tutela de remoção do ilícito** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil, Vol. 1., 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil [livro eletrônico]:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configurações e limites. **Revista dos Tribunais**, vol. 885/2009, p. 30- 48, jul/2009 (DTR\2009\739).

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Volume V, Tomo I, artigos 304 a 388: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações (2003), 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 [VitalSource Bookshelf version, disponível em: vbk://978-85-309-6669-02006].

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Volume V, Tomo II, artigos 289 a 420: inadimplemento das obrigações (2003), 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. [VitalSource Bookshelf version, disponível em: vbk://978-85-309- 5605-9].

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil**, Tomo IX: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento, transmissão, modificação e extinção. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MITIDIERO, Daniel. A Tutela dos Direitos como Fim do Processo Civil no Estado Constitucional. **Revista de Processo**, ano 39, vol. 226, p. 51-74, março/2014 (DTR\2014\702).

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil:** do modelo ao princípio [livro eletrônico] (2009). 2. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ROSENVALD, Nelson. **Quebra contratual: indenização ou tutela específica?**, 2016 Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/11/03/Quebra-contratual-indeniza%C3%A7%C3%A3o-ou-tutela-espec%C3%ADfica> (acesso em 15.12.2020).

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Obrigações**. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Fundamentos do Direito Civil, vol. I. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo** (originalmente apresentado como Tese de Livre Docência do Autor, UFRGS, 1964), 1ª ed., 4ª reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**: comentários aos arts. 304 a 388 do Código Civil (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 6, coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. A Obrigação como processo.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 7, coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica** (1996), 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, vol. 105/2002, p. 9-33, jan-mar/2002.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer - arts. 273 e 461, CPC. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 19/1996, p. 77-101, jul-set/1996 (DTR\1996\276).

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 1997.

OS EFEITOS E IMPACTOS DO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL- LEI 12.088/10 NA CIDADE DE FRUTAL/MG

ROGÉRIO DE CÁSSIO NEVES FERREIRA FILHO:

Pós-graduando em Direitos Humanos pela Faculdade UniAmérica, pós-graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, bacharel em direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais, advogado¹⁵⁵.

Resumo: Para a implantação de políticas públicas antirracismo, vários foram os estudos realizados que buscaram demonstrar, quantificar, mensurar a existência do preconceito racial e as disparidades socioeconômicas entre negros e brancos no Brasil. Desde a criação do Movimento Negro Unificado, em 1979, até a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, em 2010, uma nova dinâmica da luta antirracismo tomou corpo no país. Os acontecimentos históricos, a apreensão dos contextos sociais, culturais e políticos é fundamental para se analisar a adoção de políticas públicas que visam realizar o gerenciamento das populações. Tentando corrigir as desigualdades históricas com a população afrodescendentes e consolidar questões previstas na Constituição colocando em práticas ações afirmativas de modo a melhorar as condições da população negra do nosso país, foi criado o Estatuto da Igualdade Racial, aprovado pelo Congresso, e transformada na Lei 12.288/10. Com 65 artigos, a lei contempla áreas de educação, cultura, esporte, lazer, saúde, trabalho, defesa dos direitos das comunidades remanescentes de quilombos e proteção de religiões de matrizes africanas. Por conseguinte, se fez necessário um estudo mais aprofundado, bem como os efeitos jurídicos na sociedade no ordenamento jurídico brasileiro, do Estatuto da Igualdade Racial.

1.Introdução

Os efeitos da diáspora negra fruto do colonialismo e do escravismo trouxeram em seu bojo a construção “científica do racismo”, em um período denominado científicisms, próprio do iluminismo. Esse contexto justificou a escravidão como forma de acumulação de riquezas na formação do liberalismo. A teoria do Laissez-faire, Laissez-passer, a mão invisível do mercado foi responsável naquele período pela desumanização das relações econômico-sociais, espoliando segmentos étnico-raciais. O resultado da hierarquização racial marcou o Brasil com a mais longa história de escravidão, 358 anos, sendo o último país a abolir a escravidão, sendo mais de dois terços de nossa história escrita sob a pena do trabalho escravo.

155 E-mail: rogerionevesfilhoadv@gmail.com

A questão da construção da cidadania dos afro-brasileiros tem início na primeira organização de resistência a escravidão. Negligenciar a importância dos movimentos emancipatórios e acreditar que a história do negro na política se deu somente a partir do direito de sufragar, direito de votar e ser votado, é reduzir a política a um plano formal o que não representa o sentido lato de participação política.

As condições históricas da inserção do negro na sociedade brasileira são elementos facilitadores do controle e exclusão política. Foram jogados no seio de uma sociedade fundada em bases secularmente racistas. Libertos, foram preteridos do mercado formal de trabalho em nome de projeto de branqueamento e de construção pseudo-academicas racial.

A sociedade brasileira ao contrário de outras sociedades ainda sofre muito para inventariar o legado deixado por tão longo período de escravidão. A metade da população brasileira é negra, sendo também o segundo país com a maior população negra do mundo, agravadas como os maiores indicadores sociais de desigualdades. Considerando-se o quadro econômico social e cultural, o negro foi excluído da política brasileira em todos os períodos da história. Foram sempre coadjuvantes da política pública e protagonistas como força de trabalho operário.

Tendo por escopo a correção dessas desigualdades históricas na sociedade brasileira, no ano de 2000, o senador Paulo Paim apresentou o Projeto de Lei nº 3.198/00, o qual foi submetido à Comissão Especial, a fim desta apreciar e proferir parecer sobre o referido documento, em 2003. Trata-se de proposta para implementação do Estatuto da Igualdade Racial, o qual visa à defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função da sua etnia, raça e/ou cor, além de determinar outras providências.

Após o trâmite de sete anos, o projeto foi aprovado pelo Congresso Nacional em 17 de junho de 2010, sendo sancionado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 20 de julho do mesmo ano. O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10) entrou em vigor em 20 de outubro de 2010, possuindo 65 artigos em sua constituição. A Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial alega ser o objetivo do Estatuto a correção de desigualdades históricas, principalmente no que tange a concessão e garantia dos direitos dos descendentes de escravos no Brasil.

Para tanto, a referida legislação busca, em suma, estabelecer políticas de educação, saúde, cultura, esporte, lazer, e trabalho para a população negra, assim como defesa dos direitos das comunidades quilombolas e proteção de religiões de origem africana. Segundo o artigo 1º, o Estatuto da Igualdade Racial tem por objetivo:

“combater a discriminação racial e as desigualdades raciais que atingem os afro-brasileiros, incluindo a dimensão racial nas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado”.

Discriminação racial é definida pelo texto legal como,

“toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo, ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais (art. 1º, § 1º)”.

Já desigualdades raciais, por sua vez, como sendo “situações injustificadas de diferenciação de acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades, na esfera pública e privada”. Segundo, o senador Paulo Paim,

“Não queremos a cultura afro-brasileira vista, sentida e experimentada somente nas práticas religiosas, música ou alimentação. Queremos a cultura do negro inserida nas escolas, no mercado de trabalho, nas universidades, pois o negro faz parte do povo brasileiro. Cultivar as raízes da nossa formação histórica evidente na diversificação da composição étnica do povo é o caminho mais seguro para garantirmos a afirmação de nossa identidade nacional e preservarmos os valores culturais que conferem autenticidade e singularidade ao nosso país. É imprescindível que haja união entre as pessoas, povos, nacionalidades e culturas. Todos os esforços para combater as barreiras discriminatórias são subsídios concretos para a formação de um novo ser humano, capaz de elevar-se à altura de seu destino e evitar destruir a si mesmo”.¹⁵⁶

Daí se fez a necessário uma maior análise e pesquisa sobre a eficácia e efeitos gerados diretamente na sociedade sobre o Estatuto Racial (Lei nº 12.288/10), bem como se essa decisão diante de seus efeitos pode ser considerada um avanço para o Direito Brasileiro.

2. Desenvolvimento

¹⁵⁶SIMÃO, Calil (Coord.). **Estatuto da Igualdade Racial**. Ed. Leme: J.H. Mizuno, 2011, p. 11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm> Acesso em: 24/09/2014.

A igualdade racial tem sido, há muito tempo, a razão da caminhada, da vida dos negros, buscando proposições e saídas para assuntos por demais importantes dentro da proposta de vida que buscam para o povo brasileiro. Como sabemos a luta do povo negro no Brasil teve início no século XVI, quando eram capturados em suas terras na África, e, tal como animais, eram escravizados e trazidos para cá nos navios negreiros.

Nossa referência mais pontual nessa batalha, que atravessa os séculos, é o grande líder Zumbi dos Palmares que, a partir de 1670, passou a comandar a luta pela liberdade e cidadania do povo negro no Brasil. Bandeira que continua tremulando até os dias de hoje. Segundo Zumbi dos Palmares:

"Aquele que é feito escravo por uma força maior do que a sua, ama a liberdade e é capaz de morrer por ela, nunca chegou a ser escravo".
157

Foram eles que impulsionaram as vidas de abolicionistas como Joaquim Nabuco, Castro Alves, Rui Barbosa, José do Patrocínio, André Rebouças, Luís Gama, Antônio Bento e de tantos outros, anônimos ou não, brancos e negros, homens e mulheres. Pessoas que se levantaram contra o pensamento escravocrata e racista. Raiz do pensamento que infelizmente ultrapassou os séculos e resiste até hoje. Os abolicionistas queriam mostrar a sociedade da época que os negros eram simplesmente seres humanos e a cor da pele era a única diferença. Queriam mudar a forma de pensar e agir de pessoas, queriam justiça.

Recentemente comemoramos os 126 anos da assinatura da Lei Áurea. A batalha dos abolicionistas não foi em vão. A partir da Liberdade, pequenas conquistas foram avançando lentamente, passo a passo. Hoje já ultrapassamos mais de um século da Lei Áurea, contudo, infelizmente a batalha entre os que defendem os princípios abolicionistas e os escravocratas perdura. Segundo Antônio Guimarães fazendo referência aos movimentos negros:

"Em sua pluralidade, o movimento negro trouxe para a cena brasileira uma agenda que ali política de reconhecimento (de diferenças raciais e culturais), política de identidade (racialismo e voto étnico) política de cidadania (combate à discriminação racial e afirmação dos

157 FONSECA JÚNIOR, Eduardo e ALBUQUERQUE, Leda Maria de. **Zumbi dos Palmares: a história que não foi contada**. Ed. Yorubana do Brasil Sociedade Editora Didática Cultural, 2000, 30.

direitos civis dos negros) e política redistributiva (ações afirmativas ou compensatórias)".158

Tendo por escopo a correção dessas desigualdades históricas na sociedade brasileira, o Estatuto da Igualdade Racial passou a vigorar, dia 20 de outubro, trata-se de uma de lei que define uma nova ordem de direitos para os cidadãos negros brasileiros.

Alcançando cerca de 90 milhões de brasileiros, o Estatuto da Igualdade Racial, com seus 65 artigos, é um instrumento legal que possibilitará a correção de desigualdades históricas, no que se refere às oportunidades e direitos ainda não plenamente desfrutados pelos descendentes de escravos do país. Uma parcela da população que representa, atualmente, 50,6% da sociedade. E que se encontra em situação desprivilegiada, tanto no mercado de trabalho, quanto no que diz respeito à escolarização, às condições de moradia, à qualidade de vida e saúde, de segurança e de possibilidades de ascensão social. De acordo com Luiza Bairos,

"A lei 12.288/ 2010 é um diploma de ação afirmativa voltado para a reparação das desigualdades raciais e sociais, ainda derivadas da escravidão e do desenvolvimento desigual que o país experimentou e ainda experimenta. O Estatuto da Igualdade Racial dá as condições para a construção de um novo Brasil".159

Para Calil Simão, coordenador e coautor da primeira obra jurídica sobre o tema,

"Com base no Estatuto da Igualdade Racial é possível exigir do Estado medidas concretas para atender um interesse individual ou coletivo, bem como pode um ente político exigir do outro a sua contribuição nos projetos e ações destinadas a combater a "discriminação racial" e as "desigualdades raciais" que atingem os afro-brasileiros. Desse modo, o argumento de alguns de que o Estatuto da Igualdade Racial é um texto de compromisso ou simplesmente sugestivo sem qualquer característica de coercitividade não procede, já que ele trata do dever do Estado, regulamentando a Constituição Federal e definindo qual a postura do Estadorelação à proteção e promoção dos interesses dos afro-

158GUIMARÃES, Antonio S.A. **Classes, Raças e Democracia**. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 105.

159Barros, Luiza. ENTREVISTA. Disponível

em:

:<http://www.igualdaderacial.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2014/05/ministra-luiza-bairros-participa-de-abertura-de-evento-que-debate-a-contribuicao-da-comunicacao-para-um-brasil-afirmativo>. Acesso em: 01.Out.2014

brasileiros. Se a proteção dos direitos fundamentais, a teor do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, tem aplicação imediata, podendo-se exigir do Estado, por meio do Poder Judiciário, o exercício de qualquer direito fundamental, independentemente de lei ou ato normativo infraconstitucional, o Estatuto da Igualdade Racial serve para delimitar e direcionar esse dever fazendo surgir ao Estado um dever comissivo específico, conseqüentemente, inaugurando sua responsabilidade em razão de uma omissão, bem como norteando a atuação do Poder Judiciário e dos titulares da proteção dos direitos difusos e coletivos”.¹⁶⁰

O projeto do Estatuto reúne um conjunto de ações e medidas especiais, adotadas pelo Governo Federal, essas ações garantem direitos fundamentais à população afro-brasileira, assegurando entre outros direitos, sendo assim é necessário fazer uma síntese dos principais direitos que regulam esse estatuto para uma maior apreciação e investigação sobre a eficácia e efeitos gerados na sociedade.

Dentre esses direitos são asseguradas as ações afirmativas, a ampliação do acesso da população negra ao ensino gratuito, cultura, esporte, lazer, a liberdade de consciência, direito ao livre exercício dos cultos religiosos, acesso à moradia adequada, igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, acesso à justiça, segurança e financiamento das iniciativas para promoção da igualdade racial. Os demais direitos aperfeiçoam a legislação antidiscriminatória.

A desigualdade racial é ainda hoje uma questão que gera grande discussão e preconceito, como já dito anteriormente. Portanto, se fez imprescindível uma maior apreciação e investigação sobre a eficácia e efeitos gerados na sociedade com a criação do Estatuto da Igualdade Racial - Lei Nº12.288/10, como também foi necessário avaliar se essa decisão diante de seus efeitos gerados pode ser considerada um avanço no Brasil e no Direito. Essas análises tiveram eficácia direta para o direito se começando a pesquisa em um ambiente pequeno para depois as conclusões se juntarem e formando um conceito geral.

2.1 Análise da Obra O Povo Brasileiro

O Povo Brasileiro é uma obra escrita por Darcy Ribeiro e editada no ano de 1995. Neste livro ele aborda a compreensão da formação étnica e cultural do povo brasileiro,

¹⁶⁰ SIMÃO, Calil (coord.). **Estatuto da Igualdade Racial**. Ed. Leme: J.H. Mizuno, 2011, p. 14. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm> Acesso em: 24/09/2014.

começando o seu ponto de vista com o seguinte questionamento: “Por que o Brasil não deu certo?”. O Brasil é um dos países mais miscigenados do mundo e Darcy Ribeiro vai defender essa miscigenação como fator que caracteriza a diversidade do Brasil.

Antes dos colonizadores chegarem ao Brasil, ele era habitado por índios que possuíam seus costumes, crenças e territórios demarcados. Ao chegarem aqui, houve o primeiro contato entre colonizadores e os habitantes, que até então não tinham conhecimentos de outros povos. Para os índios, ao verem aqueles barcos enormes chegando, eles pensavam ser o povo de Maíra (seu Deus) chegando. A visão de ambos sobre o outro povo desconhecido foi de estranhamento, pois os costumes eram diferentes. Tanto a visão do português sobre o índio nu e pintado, quanto do índio sobre o português com pelos e vestimentas.

A partir de então, Darcy utiliza o termo “Nova Roma” para descrever o que seria o Brasil nesse processo de formação do povo brasileiro através das matrizes étnicas, que eram os portugueses (colonizadores brancos), os índios (que já habitavam as terras) e os negros (trazidos para o Brasil como forma de mão escrava). É dessa mistura de raças que o Brasil fica caracterizado como o país da miscigenação, na qual todas as pessoas não possuem uma raça totalmente pura, pois desde o início do país já havia ocorrido a mistura das raças.

A miscigenação, que é o cruzamento de raças humanas diferentes, como o caso do branco com o índio gerando o mameluco; o branco com o negro gerando o mulato e o negro com o índio gerando o cafuzo pode ser afirmada como a evolução do homem. Essa evolução que gera os indivíduos mestiços, filhos de pais de diferentes raças, apresenta constituições genéticas diferentes em seus seres. A mestiçagem no Brasil, ocorreu de várias formas: o cunhadismo (eles davam uma mulher índia para um desconhecido e esse, a partir de então, fazia parte da sua comunidade), o uso da mulher como objeto sexual dos colonizadores etc. Para Darcy, a formação do povo brasileiro foi fruto de um processo violento, no qual negros foram arrancados de seu país para virem ao Brasil trabalhar como escravos e, após chegar aqui teve sua identidade marginalizada e negada, tornando-se pessoas sem identidades.

Os povos começaram a se ver em uma terra em que não possuíam identidades e que precisavam sair dessa “ninguendade” e criar uma identidade, que viria a ser a brasileira. Em sua obra, Darcy Ribeiro relata: o “surgimento de uma etnia brasileira, inclusiva, que possa envolver e acolher a gente variada que aqui se juntou, passa tanto pela anulação das identificações étnicas de índios, africanos e europeus, como pela indiferenciação entre as várias formas de mestiçagem, como os mulatos (negros com brancos), caboclos (brancos com índios) ou curibocas (negros com índios)”.

A mestiçagem no Brasil, para Darcy Ribeiro, não foi uma forma de democracia racial. Para existir a democracia racial era preciso, antes, vivermos uma democracia social. O Brasil desde aquela época e até hoje possui um grande índice de desigualdade entre as classes ricas e pobres, havendo uma concentração de riqueza nas mãos de poucos e uma desumanização entre as relações de trabalho.

A economia brasileira foi a mais exitosa do mundo para produzir açúcar para os europeus. Os europeus descrevem esse cenário dizendo que salvariam os negros, iriam os cristianizar e chama-los a civilização. Na verdade o que ocorreu foi uma caçada aos negros que, na maioria das vezes, morriam durante a viagem e na fuga. Tudo isso para a produção de açúcar para servir aos europeus e produzir ouro que iria diretamente para a Europa também. O erro foi que nós, brasileiros, fomos feitos para servir ao mercado. Desde aquela época negros foram colocados nesses trabalhos para servirem ao outro, e nunca em benefício de seu país, e o dinheiro que aqui era conseguido era utilizado na compra de índios e negros para o trabalho. O que não deixou este país dar certo é que este país deu muito certo para a classe dominante que sempre foi rica e sempre passou muito bem. O neoliberalismo foi uma irresponsabilidade social que dizia o Estado não ter a ver com questões como desemprego, fome, delinquência. Muitos países deram certo porque houveram pressões populares, o Estado estava a ajuda dos povos para que esses conseguissem fazer o país crescer. Enquanto o Brasil ainda não investiria em terras para produção de alimentos e que empregassem pessoas que hoje vivem em cidades grandes e são desempregadas. A assimilação da identidade brasileira ocorreu de modo a continuar dividindo a sociedade em superiores e inferiores de acordo com a raça e mantendo a visão exploradora do trabalho.

2.2 Processo de Conquista dos Negros no ordenamento jurídico Brasileiro.

O processo da conquista de direitos por ambos os povos, sempre foi bastante conturbado, uma vez que, o contexto histórico, político e social dos mesmos sempre interferiram de forma direta.

Ainda assim, em pleno século XXI, considerando a situação atual do país – a democracia, muitos dos direitos alcançados não são devidamente cumpridos, o que pode estar diretamente relacionado a inúmeros fatores, tais como: o desconhecimento da população sobre esses direitos e a importância dos mesmos para esses povos – e aqui se pode destacar também, que por muitas vezes, tanto os negros quanto os indígenas não possuem um conhecimento amplo dos seus direitos, bem como dos órgãos aos quais devem recorrer em caso de não cumprimento dos mesmos – o que nos permite considerar também, a ineficiência destas leis.

No que se refere à população negra e a legislação vigente, temos como enfoque o Estatuto da Igualdade Racial, segundo a lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, constituído por 65 artigos que abrangem inúmeros direitos, tais como: o direito à saúde, o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, o direito à liberdade religiosa – o que inclui o livre exercício dos cultos religiosos –, o direito à moradia apropriada, o direito ao trabalho, o direito aos meios de comunicação.

Nessa perspectiva, entende-se que o objetivo do mesmo está em igualar os direitos étnicos individuais e coletivos, além de garantir que a população negra possa cooperar em todas as esferas do país – econômica, social, política e cultural.

3.Recomendações

Apesar dos avanços já conquistados, os números não deixam dúvidas de que ainda estamos longe de superar o abismo racial que existe no Brasil. Basta constatar que dois terços dos pobres no país são negros; metade da população negra vive abaixo da linha da pobreza; as mulheres negras são as mais atingidas pelo desemprego; as taxas de analfabetismo são duas vezes maiores entre negros, e um jovem branco tem três vezes mais chance de chegar à universidade do que um jovem negro. Esses dados, entre outros, revelam que a população negra continua enfrentando dificuldades no acesso a bens e serviços públicos, ao mercado de trabalho e ao ensino superior.

Para superar as diferenças, o governo federal tem investido nas políticas de ações afirmativas, que já demonstraram ser capazes de impulsionar as bases da construção da igualdade racial. É o caso do sistema de cotas nas universidades, que nos últimos dois anos assegurou 200 mil vagas para negros e negras em instituições de ensino superior e institutos federais de todo o país. Nesse período, as universidades e institutos atingiram, respectivamente, 56% e 77,5% das metas estabelecidas na Lei.

Com a promulgação do Estatuto, a promoção da igualdade racial ganhou o alicerce jurídico necessário para que essas ações se transformem em políticas efetivamente de Estado. Nesse sentido, o documento instituiu o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial, o Sinapir, que tem por meta estabelecer uma rede, com a participação dos estados e municípios, voltada à igualdade de oportunidades, à defesa de direitos e ao combate à discriminação racial.

Para aderir ao Sistema, o ente federado deve ter um órgão de promoção da igualdade racial em sua estrutura, além de um conselho, que garanta a participação da sociedade civil na construção da agenda local. Com isso, o Sinapir estimula a institucionalização da política em todo o Brasil, além de democratizar o acesso aos recursos, uma vez que os projetos apresentados são selecionados em chamadas públicas.

Outra regulamentação, elaborada pela Seppir em parceria com outros ministérios a partir do Estatuto, foi a instituição de cotas no serviço público, que já garantiu o ingresso de 600 profissionais negros e negras desde a publicação da Lei, em junho de 2014. Com isso, pretende-se que a composição do serviço público passe a representar a diversidade da sociedade brasileira, o que certamente produzirá efeitos positivos no enfrentamento ao racismo e na manutenção da democracia.

Esses são exemplos dos avanços decorrentes do Estatuto, que especifica, em Lei, as obrigações do poder público nas três esferas governamentais com a promoção da Igualdade Racial. Um desafio que não pode ser atribuído apenas ao Estado, mas que deve ser abraçado por todos os que sonham com um país verdadeiramente democrático, socialmente justo e orgulhoso de sua diversidade.

REFERÊNCIAS

Acadêmicas de Direito e estagiárias da Procuradoria da Justiça Militar de Santa Maria-RS, **sob orientação do Promotor da Justiça Militar da União, Jorge Cesar de Assis.**

AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. **Anti-racismo e seus paradoxos: reflexões sobre cota racial, raça e racismo.** 2. ed., São Paulo: Annablume, 2004.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao/htm>. Acesso em: 01/10/2023

BRASIL. Projeto de lei do Senado nº 213 (2003). Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado, do Sr. Paulo Paim, sobre a instituição do **Estatuto da Igualdade Racial**, em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/paulopaim/pages/vida/publicacoes/texto/Estatuto_da_Igualdade_Racial_Novo.pdf>. Acesso em: 01/10/2023.

CARONE, Iracy; BENTO, Maria Aparecida Silva (Coord.). **Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil.** 5. ed. Rio de Janeiro, RJ: Vozes, 2012. 189 p.

Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Estatuto da Igualdade Racial.** Edição 4º. Brasília: Brasília jurídica, 2015.

FOLHA DE S. PAULO, São Paulo, 17 jun. 2010.

FOLHA DE S. PAULO, São Paulo, 20 jul. 2010.

FOLHA DE S. PAULO, São Paulo, 20 out. 2010.

FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone; SANTOS, Ricardo Ventura. Apresentação. In: Peter Fry et al.. **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 17-22.

FRY, Peter; MAGGIE, Ivone. Política social de alto risco. In: FRY, Peter et al.. **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007, p. 279-281.

GOMES, Nilma Lino. Cinco anos do Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/julho/artigo-cinco-anos-do-estatuto-da-igualdade-racial-por-nilma-lino-gomes>> Acesso: 02/10/2023

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 17-90.

GUIMARÃES, Antonio S.A. Classes, Raças e Democracia. São Paulo: Editora 34, 2002.

KAMEL, Alil. **Não somos racistas: uma reação os que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 46.

KAMEL, Alil. **Não somos racistas: uma reação os que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.p.50.

Pena, Antonio dos santos. **Merindilogun: os dezesseis búzios**, Rio de Janeiro: Editora do Autor, 2010.

Publicado em 1 jul.2010. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/artigos-e-boletins/artigos/estatuto-da-igualdade-racial-o-que-esperar>> Acesso em: 30/09/2023.

SANTOS, Hamilton Richard Alexandrino Ferreira dos. **Imagem e discurso: uma análise do programa**. Nova África da TV Brasil. 2014. 167 f.

SCHWARTZMAN, Simon. Das estatísticas de cor ao Estatuto da Raça. In: FRY, Peter et al (Orgs.). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p.107-110.

SENADO FEDERAL, Gabinete do Senador Paulo Paim. *Projeto de lei nº213 de 2003: Institui o Estatuto da Igualdade Racial*. Brasília: Senado Federal/Secretária-Geral da Mesa. 29 maio 2013. (Processado do PLS nº213/2003)

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

CONDIÇÕES ANÁLOGAS À ESCRAVIDÃO: O IMPACTO DA EMENDA 150/2015 COMO INSTRUMENTO DE ERRADICAÇÃO DAS CONDIÇÕES ANÁLOGAS À ESCRAVIDÃO VIVENCIADAS PELAS EMPREGADAS DOMÉSTICAS.

HELOISA FERREIRA GONÇALVES:
graduanda em Direito pelo Centro
Universitário UNA¹⁶¹.

JOICE PAULA DA SILVA SOUZA¹⁶²

(coautora)

NATÁLIA MARRA

(orientadora)

Resumo: Este artigo tem o escopo analisar o impacto da Emenda 150/2015 como instrumento de erradicação das condições análogas à escravidão vivenciada pelas empregadas domésticas. Discutir o impacto da tutela do Estado em face das condições análogas a escravidão é salutar para nossa sociedade, haja vista as recorrentes máscaras que violam os direitos trabalhistas e o público que por muito tempo ficaram desassistidos pelas legislações que impacta até os dias contemporâneos. Ao longo dos capítulos, a pesquisa de análise bibliográfica da CF/88, CLT, LC 150/2015, as convenções, a OIT, Instrução Normativa dentre outras fontes, busca-se elucidar os conceitos, a história, a legislação e a realidade vivenciada pelas trabalhadoras domésticas. Para tanto propõe-se proporcionar a reflexão sobre a eficácia da legislação e as políticas públicas no combate ao trabalho em condições análogas à escravidão vivenciada pelas empregadas domésticas.

Palavras chaves: Emenda 150/2015, erradicação das condições análogas a escravidão

Abstract: The purpose of this article is to analyze the impact of Amendment 150/2015 as an instrument for eradicating conditions analogous to slavery experienced by domestic workers. Discussing the impact of state protection in the face of conditions analogous to slavery is salutary for our society, given the recurring masks that violate labor rights and the public who for a long time have been unassisted by legislation that impacts up to the present day. Throughout the chapters, the bibliographic analysis of the CF/88, CLT, LC 150/2015, conventions, the ILO, Normative Instruction among other sources, seeks to

161 E-mail: helloisagoncal@gmail.com

162 graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA.

elucidate the concepts, history, legislation and reality experienced by domestic workers. The aim is to provide a reflection on the effectiveness of legislation and public policies in combating work in conditions analogous to slavery experienced by domestic workers.

Key words:Amendment 150/2015, eradication of conditions analogous to slavery, domestic workers, labor law,blackwomen.

1.INTRODUÇÃO

É notório a relação entre o termo utilizado pelos empregadores" quase de casa" e a história de "escravidão no Brasil", percebe-se que ainda possuem laços estreitos e fortes . Assim por meio das pesquisas bibliográficas na literatura jurídica vislumbra-se o impacto da legislação no mundo do trabalho doméstico, perpassando na história do Brasil e o processo de abolição da escravatura.

Ademais, infelizmente acompanhamos vários casos de grandes repercussões nacionais, com o caso babá Raiana Ribeiro da Silva, de 25 anos, resgatada ao pular do 3º andar de um prédio para fugir da patroa no bairro do Imbuí, na manhã do dia 25/08/2021, em Salvador. A empregadora Melina França mantinha a empregada em cárcere privado em um condomínio de luxo e era agredida fisicamente, ou seja, são muitos casos, que felizmente estão com repercussão nacional.

Nesta ótica, percebe-se que infelizmente, mesmo com uma Constituição Federal com seu bojo basilar nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, ainda defrontamos com casos recentes no século XXI de trabalhadores resgatados. É sabido que após a abolição não foi pensado em uma estratégia de organização da força de trabalho de forma que o trabalho ofertasse dignidade e não apenas uma busca de sobrevivência. As sobrevivências são uma das motivações das vítimas e a manutenção do silêncio as condições análogas à escravidão. Observa-se que a cada momento social nossa sociedade reflete sobre as legislações para implementação de leis como instrumento de garantia de direitos e igualdade no mundo do trabalho, busca-se melhores condições para nossa sociedade, tendo em vista que o mundo do trabalho não só está ligada ao Direito do Trabalho, mas sim a proteção e segurança do Estado de Direito. Verifica-se que o IPEA _ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2019), informa que mais de 6 milhões de brasileiros e brasileiras dedicam-se a serviços domésticos, sendo um percentual de 92% mulheres, a maioria com perfil sendo negras, de baixa escolaridade e 10 são oriundas de famílias de baixa renda. Ainda assim, o Ministério Público do Trabalho de São Paulo no ano de 2021 resgatou 47 trabalhadores em situação análoga à escravidão.

Visualiza-se também conforme a (OIT,2021) que aproximadamente 20,9 milhões de pessoas são vítimas de trabalho em condições análogas a escravidão, sendo deste total

55% mulheres e 45% são homens. E as crianças aproximadamente de um quarto de todas as vítimas. Na pesquisa, a (OIT,2021) informou que no Brasil, entre 1995 e 2020, mais de 55 mil pessoas foram libertas de condições de trabalho análogas à escravidão.(OIT,2021). Ressalta-se que, mesmo após a proibição do trabalho doméstico ser realizado por menores de 18 anos, estima-se conforme os dados do IBGE que no Brasil há 90 mil trabalhadores, sendo adolescentes com idades de 14 a 17 anos de idades. Verifica-se que mesmo diante da alteração do art. 7º da CFRB/88 após EC 72/2013, a Emenda 150/2015 e as alterações da Lei 13467/2017, ainda não foram suficientes para garantir os direitos ao trabalho com dignidade e o respeito as previsões legais no que tange ao trabalho doméstico ao, consolidarmos os dados dos resgates de trabalhadoras domésticas e combater ao trabalho infantil doméstico.

Destarte, a presente pesquisa consolidou por meio de método dedutivo de forma bibliográfica qualitativa. Utilizou-se de análise bibliográfica por diversos meios científicos, dentre os quais se destacam CF/88,CLT, LC 150/2015, as convenções, a OIT, Instrução Normativa, dentre outras fontes de autores que estudam sobre o tema, no que tange ao trabalho em condições análogas a escravidão no Brasil e a legislação para erradicação e garantia da dignidade as trabalhadoras domésticas no Brasil. Em primeiro momento buscou-se relatar sobre os históricos, trabalhar os conceitos, análise dos dados, relativo aos resgates dos trabalhadores em condições análogas ao trabalho escravo e as formalidades do trabalho doméstico antes e após da Emenda 150 /2015, a reflexão no que cerne as políticas públicas como instrumentos auxiliares no combate a erradicação das condições de trabalho análogas à escravidão vivenciadas pelas empregadas domésticas. Ao concluiu-se os trabalhos da pesquisa e analisa-se os impactos da Emenda 150/2015 como instrumento de erradicação ao trabalho em condições análogas à escravidão vivenciadas pelas trabalhadoras domésticas. Além disso, discutir e analisar a necessidade de expansão das criações de políticas públicas para serem implementadas na sociedade, viabilizando reduzir todas as formas de trabalho doméstico análogo a escravidão e com objetivo maior, já tutelado pelo Estado, a erradicação por meio das legislações e garantias previstas no ordenamento jurídico.

2. CONCEITO DE CONDIÇÕES ANÁLOGAS A ESCRAVIDÃO DA EMPREGADA DOMÉSTICA.

No Brasil o trabalho escravo é proibido. Verifica-se que historicamente há mais de 355 (trezentos e cinquenta e cinco anos), desde a publicação da Lei Áurea ou Lei Imperial nº 3.353 não é permitido o trabalho escravo. A proibição ratificou-se com a publicação da Constituição Federal cidadã publicada em 1988, que tem como seu bojo basilar o princípio

da proteção da dignidade da pessoa humana, também signatário nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho.

Entretanto, ainda assim, com os avanços legais, existem muitos casos de empregadas domésticas que ainda vivenciam o trabalho análogo a escravidão. O trabalho análogo a escravidão, tem como suas principais características os trabalhos forçados, as jornadas de trabalhos exaustivas, as condições degradantes e as restrições da locomoção do trabalhador(a) doméstico.

Ademais, (PERON; VILLATORE, 2016) ilustra o conceito retratado pela senhora Laís Abramo (2013), diretora da OIT no Brasil, que conceitua trabalho em condições análogas à escravidão como:

O conceito brasileiro de “trabalho análogo ao de escravo”, ainda que essencialmente baseado no conceito de trabalho forçado estabelecido nas convenções da OIT sobre o tema, inclui a noção de condições degradantes de trabalho. O arcabouço legal brasileiro, assim como o das políticas governamentais, busca sancionar os empregadores que sujeitam sua força de trabalho a condições degradantes e inaceitáveis, reconhecendo ainda a responsabilidade das autoridades públicas de melhorar essas condições como parte do compromisso brasileiro com a Agenda Nacional do Trabalho Decente¹. (PERON, VILLATORE, 2016, p.8)

Outro sim, ressalta-se que a OIT_ Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2023) foi fundada em 1919, atua conjuntamente com os governos e organizações patronais e de trabalhadores nos eixos de trabalho do: emprego, proteção social, diálogo social, direitos no trabalho, visando a promoção da justiça social, a igualdade entre homens e mulheres no mundo do trabalho a segurança, a garantia do trabalho decente, a redução das desigualdades sociais, a garantia e promoção dos governos democráticos e sustentáveis. Em paralelo a essa atuação a Instrução Normativa SIT/MTE nº 139/2018 em seu art.6º prevê como o entendimento o trabalho condições análogos a escravidão como:

Considera-se em condição análoga à de escravo o trabalhador submetido, de forma isolada ou conjuntamente, a: I - Trabalho forçado; II - Jornada exaustiva; III - Condição degradante de trabalho; IV - Restrição, por qualquer meio, de locomoção em razão de dívida contraída com empregador ou preposto, no momento da contratação ou no curso do contrato de trabalho; V - Retenção no local de trabalho em razão de: a) cerceamento do uso de qualquer meio de transporte; b) manutenção de vigilância ostensiva; c)

apoderamento de documentos ou objetos pessoais. (INSTRUÇÃO NORMATIVA SIT/MTE nº 139,2018)

Segundo (PERON ,VILLATORE,2016) o trabalho em condições análogas à escravidão no âmbito do trabalho doméstico é a relação trabalhista ,onde ocorre apenas por trocas de serviços por moradia, comida e vestimentas, sem remuneração digna.

De acordo com MELLO FILHO (2003) conceitua-se o trabalho em condições análogas à condição de escravo quando o homem é submetido a trabalhos com a restrição à liberdade, ou seus direitos de dignidade são violados.

BAUMER (2018), traz as mesmas definições conceituais de trabalho análogo a escravidão supracitada dos demais autores, mas demonstra-se que é mais expansivo em relação ao conceito contemporâneo, pois ele discorre que o trabalhador(a) é enganado, ele cita que:

Considerada tal essência do trabalho escravo, ou melhor, do trabalho em condições análogas à escravidão — expressão mais apropriada aos dias atuais em que a escravidão é proibida pelos povos civilizados — tem-se como exploração de mão-de-obra em tais condições todos os casos em que a dignidade humana é aviltada, notadamente quando o trabalhador é iludido com promessas de bons salários e transportado sem obediência aos requisitos legais, ou impedido de sair do local de trabalho pela vigilância armada ou preso a dívidas impagáveis contraídas perante o empregador, ou, ainda, quando explorado sem atenção aos direitos trabalhistas elementares, tais o salário mínimo, jornada de trabalho normal, pagamento de adicionais, repouso remunerado e boas condições de higiene, saúde e segurança no trabalho.(SOARES,2013,ano 23, n. 26, 14 set. 2003. Disponível em: . Acesso em: 03 nov. 2018., APUD ,BAUMER,2018,P.47)

Nesta seara compreende-se que o trabalhador(a)doméstico(a) que vivencia situações de trabalho análogo a escravidão, quando são expostos a situações degradantes em que violam a dignidade humana, constatando-se que o empregador está em inobservância as legislações vigentes que asseguram os direitos humanos dos trabalhares e o código penal brasileiro.

3.O TRABALHO DOMÉSTICO ANÁLOGO A ESCRAVIDÃO, ÀS PARTICULARIDADES E AS DIFERENÇAS QUE EXISTEM NO BRASIL

Ao analisar o trabalho doméstico no Brasil atual, torna-se imprescindível remeter a uma leitura histórica de como surgiu o trabalho doméstico no país para melhor compreensão da situação em que alguns trabalhadores e trabalhadoras domésticas são vítimas das violações de seus direitos. Após a colonização do país, em paralelo à expansão do tráfico negreiro e com a grande pressão dos jesuítas em catequizar os povos indígenas, a mão de obra escrava passaria por mudanças, essas que repercutem na vida histórico social de nossa sociedade até os dias atuais.

No Brasil surgiu-se a necessidade da sociedade a época em substituir a mão de obra escravizada indígena por a mão de obra escrava dos negros. Segundo Nascimento e Ribeiro (2021) em 1550, chega ao Brasil cerca de 5,8 milhões de africanos, advindos do tráfico transatlântico, descartando-se como marco na história do Brasil.

Assim, ocorreu a substituição e os homens e mulheres negros(as) para o trabalho braçal nas grandes fazendas em atividades agrícolas, pecuária, posteriormente para extração do ouro, dentre outras atividades "operacionais e braçais" e para o trabalho doméstico.

O trabalho doméstico majoritariamente era exercido por mulheres negras, nas casas dos senhores, exercendo as funções como: lavadeiras, cozinheiras, mucamas, amas de leite, pajens, arrumadeiras, quituteiras e por volta do século do século XVII, também exerciam as funções de vendedora ambulante de alimentos, de hortaliças ou ervas de efeito curativo.

Ressalta-se que a exploração sexual dos homens e principalmente das mulheres negras também faziam parte da rotina doméstica de suas atividades.

Diante da proposta da nova sociedade capitalista e consumista com a chegada do iluminismo e os novos padrões sociais, após a busca por mercado competitivo em condições de equidade, ocorre a abolição da escravatura e as "negras são libertas".

Apesar disso, as autoras NASCIMENTO e RIBEIRO (2021) discorrem que as mazelas sociais vivenciadas no período do Brasil colonial permanecem até os dias atuais, não sendo alterada a configuração social, elas citam que é livido, conforme as autoras brasileiras negras:

As autoras negras brasileiras, Lélia Gonzalez (1984), Beatriz Nascimento (1976), Sueli Carneiro (2003) e Djamila Ribeiro (2019) traçam a mesma conclusão: mulheres negras estão destinadas aos trabalhos precarizados. Para Gonzalez (1984) "cozinheira, faxineira, servente, trocadora de ônibus ou prostituta" são trabalhos

destinados às mulheres negras, Nascimento (1976) assim como Carneiro (2003) apontam que os empregos domésticos são a grande base dos trabalhos realizados por essas mulheres e Ribeiro (2019) mostra também que as mulheres negras são a maioria quando se trata de pessoas desempregadas. Djamilia Ribeiro (2019) alega que “(...) mulheres brancas ganham 30% a menos do que homens brancos. Homens negros ganham menos do que mulheres brancas e mulheres negras ganham menos do que todos”, pois para elas, não restaram opções a não ser continuar exercendo as atividades domésticas na casa de famílias brancas e o ofício feirante, recebendo valores irrisórios. Os dados de 2018 do IBGE mostram que 47,8% das mulheres negras estão em trabalhos informais, enquanto as mulheres brancas são 34,7%, mostrando que, mesmo após pouco mais de 130 anos da nossa história republicana, as mulheres negras ainda são mais prejudicadas no mercado de trabalho brasileiro. (NASCIMENTO, RIBEIRO 2021, p.4)

Assim, percebe-se que a manutenção desta configuração perpétua até os dias atuais, vale destacar que o sociólogo norte-americano Kevin Bales, elucida as diferenças do trabalho análogo a escravidão antes da legislação e os dias atuais. Ele discorre em seu livro “Disposable People: New Slavery in the Global Economy” (Gente Descartável: A Nova Escravidão na Economia Mundial):

Brasil	<i>antiga escravidão</i>	<i>nova escravidão</i>
propriedade legal	permitida	proibida
custo de aquisição de mão-de-obra	alto. a riqueza de uma pessoa podia ser medida pela quantidade de escravos	muito baixo. não há compra e, muitas vezes, gasta-se apenas o transporte
lucros	baixos. havia custos com a manutenção dos escravos	altos. se alguém fica doente pode ser mandado embora, sem nenhum direito

mão-de-obra	escassa. dependia de tráfico negreiro, prisão de índios ou reprodução. bales afirma que, em 1850, um escravo era vendido por uma quantia equivalente a r\$ 120 mil	descartável. um grande contingente de trabalhadores desempregados. um homem foi levado por um gato por r\$ 150,00 em eldorado dos carajás, sul do Pará
relacionamento	longo período. a vida inteira do escravo e até de seus descendentes	curto período. terminado o serviço, não é mais necessário prover o sustento
diferenças étnicas	relevantes para a escravização	pouco relevantes. qualquer pessoa pobre e miserável são os que se tornam escravos, independente da cor da pele
manutenção da ordem	ameaças, psicológica, coerção física, punições exemplares e até assassinatos	ameaças, psicológica, coerção física, punições exemplares e até assassinatos

<https://reporterbrasil.org.br/trabalho-escravo/comparacao-entre-a-nova-escravidao-e-o-antigo-sistema/aceso> 10/10/2023

Segundo a OIT (2023), no período de 1995 até 2021, mais de 57 mil trabalhadores brasileiros resgatados, foram público de situações análogas a de escravidão em atividades nas zonas rural e urbana, sendo 68% analfabetos ou não concluíram Ensino Fundamental anos iniciais, 58% (cinquenta e oito por cento) são negros, sendo 45% (quarenta e cinco por cento) pardos e 13% (treze por cento) pretos. As mulheres representam 5% (cinco por cento) dos trabalhadores resgatados neste período, encontradas no **setor têxtil na região de São Paulo**, no trabalho doméstico e sexual. Os trabalhadores homens, configuram-se no perfil de migrantes atuando nos diversos setores: agrícolas, na pecuária, na produção de carvão, no desmatamento, no cultivo de **cana-de-açúcar**, soja, algodão, café, dentre outras lavouras.

Em oportuno destaca-se que conforme DANTAS(2019) o fluxo crescente de trabalhadores em condições análogas a escravidão internacionais das nacionalidades

como: **Bolívia**, Haiti, Venezuela, Paraguai, e Peru, resgatados nas indústrias têxteis e na construção civil.

Logo, pois, verifica-se que ao longo da história ocorrem apenas alterações de personagens, matéria-prima e regiões, mas a configuração "do painel escravidão", ou em nomenclaturas atuais trabalho condições análogas à escravidão permanece íntegro. É notório que as legislações e as políticas públicas não estão sendo suficientes para alcançar êxito em suas propostas.

4.AS FACETAS DO PERFIL DO TRABALHO DOMÉSTICO, FRENTE AS CONDIÇÕES ANÁLOGAS À ESCRAVIDÃO.

O trabalho doméstico, na perspectiva histórica, traz elucidações lividas que as mulheres negras e escravas eram quem realizavam o trabalho doméstico, estabelecendo uma relação de "tutoria" em relação a sua senhora e seu senhor para suprir suas necessidades básicas como comer, morar. Nesta ótica percebe-se que nasce a "obrigação da contraprestação obrigatória". Em meados de 1989, após a Proclamação da República, ocorre uma nova alteração no mundo do trabalho doméstico, com a chegada das trabalhadoras emigrantes no Brasil, as mulheres brancas em paralelo com as negras libertas, para (SCHUTZ ,2019), discorre sobre essa mudança.

Na época escravista, era comum nas grandes propriedades (..), as senzalas se localizarem logo atrás ou ao lado da casa-grande, em volta do "pátio" ou do terreiro de café. Também era comum, (..), as portas se abrirem para o terreiro, permitindo ao senhor e ao feitor manter uma vigilância a moradia dos escravos, já que muitas atividades domésticas eram feitas fora das casas. Quando chegaram os imigrantes, pelo menos alguns fazendeiros tentaram alojá-los em antigas senzalas. Os colonos, no entanto, não gostaram do plano arquitetônico, semelhante ao de uma cadeia, e insistiram em mudanças. Os senhores aceitaram, despreocupados que estavam agora da fuga de trabalhadores que não eram mais semoventes. (SLENES, 1999, p. 284. APUD .SCHUTZ ,2019.P.284)

Neste novo modelo social, êxodo rural e a população brasileira recebendo, mais povos europeus, as relações trabalhistas dividem-se, as mulheres imigrantes brancas em sua maioria com a revolução industrial iniciam os trabalhos nas indústrias e as negras permanecem em sua maioria no trabalho doméstico. Segundo (SCHUTZ,2019) o serviço doméstico era a principal atividades que mais empregava as mulheres pertencentes à

classe baixa urbana. Ressalta-se ainda que as trabalhadoras permaneciam morando nas casas de seus senhores, agora empregadores urbanos. Os empregadores urbanos que legislavam sobre a regulamentação das condições de trabalho, trabalhando em sua maioria todos os dias da semana, quase em todas as horas e recebendo um valor simbólico, que não tinha objetivo garantir a remuneração e a dignidade.

A legislação em prol das trabalhadoras domésticas teve grandes marcos, dentre as quais se destaca a LC150/15 em que garante alguns direitos fundamentais para garantia de um trabalho com dignidade, equidade e humano. Contudo, mesmo com a legislação em vigor, ainda há trabalhadoras domésticas que são vítimas de situações de trabalho em condições análogas à escravidão.

De acordo (PERON, VOLLTARE,2016) o sentimento de gratidão é um dos grandes percussores da prisão psicológicos que mascaram as situações análogas a escravidão, no depoimento de uma senhora, retirado de uma notícia do Tribunal Superior do Trabalho.(2016)

[...] Maria Teotônia Ramos da Silva, aposentada após 60 de trabalho doméstico, relata sua experiência de começar a trabalhar aos 11 anos na casa de uma família abastada de São Luís (MA). Ela não tem dúvida em dizer que foi "uma coisa muita boa". "Eu sempre quis ter minhas coisas, um sapato, um vestidinho", responde justificando o precoce início na vida profissional. Dona Teotônia garante que aprendeu muita coisa naquele lar em que trabalhou, e que sua vida seria muito mais difícil se não tivesse deixado a realidade "humilde da roça" no interior do município de Santa Rita (MA). Embora não recebesse salário, conta que era bem tratada e que o trabalho na casa era leve, pois apenas ajudava no corte e costura de roupas para os filhos da patroa rica, dona de fábrica. Mesmo com todos os elogios aos patrões, ela revela que nunca teve acesso à educação formal, como ocorreu com os filhos dos seus empregadores. Não permitiram que ela fosse para a escola com a promessa de que iriam contratar um professor para lhe ensinar em casa, o que nunca ocorreu. Isso, no entanto, não impediu que Teotônia aprendesse a ler, embora não saiba escrever muito bem. "Quem me ensinou foi Deus, porque eu leio a Bíblia". (PERON,VOLLTARE,2016.P.10)

É lívido o impacto do trabalho infantil doméstico e a prisão psicológica das vítimas. Eles apontam sobre as adoções ilegais mascaradas de intenções trabalhistas. As doações por sua vez transformam na prisão psicológica na fase da vida infantil e adulta, como forma de "gratidão pela vida urbana em condições melhores", reforçada pelas mães de baixa

renda na infância no ato da doação, linha de pensamento também defendida por Ministra do Superior Tribunal do Trabalho Delaíde Aves Miranda Arantes (2016), que já trabalhou como empregada doméstica ratificando que existe uma relação entre o trabalho infantil no ambiente doméstico e o trabalho escravo.

É notório que a desigualdade social presente no contexto histórico e atual é um dos instrumentos para a manutenção do trabalho doméstico em condições análogas à escravidão. O perfil sempre repete conforme os dados do IBGE, MPT, Convenções e da OIT, majoritariamente são pessoas pobres, negras e sem escolarização ou em condições de vulnerabilidade social sem seus direitos constitucionais efetivamente garantindo.

Nesta vertente, é salutar vislumbrar que para solucionar é necessário a reflexão nos porquês, caso contrário, serão trabalhos por parte de todos os personagens deste quadro ineficazes. O seguro-desemprego de três meses para o trabalhador resgatado em Condições análogas à escravidão, o serviço psicológico, capacitação são instrumentos que necessitam de ser revisto.

Portanto, a educação e as implementações eficazes das políticas públicas são a garantia da dignidade da pessoa humana, garantindo um fluxo de público maior do que penas os resgatados, precisa-se pensar na erradicação pela raiz e não em apenas mitigar.

5.A VIRADA DA LEGISLAÇÃO

Debate-se bastante, assertivamente, que após a emenda 150/2015, estabelece-se uma comparação entre a definição do empregado doméstico pela Lei nº 5.859/172 e pela Lei Complementar nº 150/2015.

A Lei nº 5.859/172 enquadrava o empregado doméstico como indivíduo que prestava serviço de natureza contínua no âmbito residencial, já após a Lei Complementar nº 150/2015 detalhou as características deste trabalhador.

Conforme o art.1º da Lei Complementar nº 150/2015, é considerado empregado doméstico, aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana.

Além das características que o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) determinam, são necessários quatro requisitos a para a caracterização adequada do empregado doméstico, quais sejam: a) prestação de serviço para pessoa ou família, b)

serviços prestados em âmbito residencial, c) finalidade não lucrativa e d) os serviços prestados por mais de dois dias da semana.

No que diz respeito à necessidade de prestação de serviço para a pessoa ou família esclarece o julgado:

Não se caracteriza como empregado doméstico aquele que é contratado por pessoa jurídica, ainda que tenha prestado serviço no âmbito residencial de sócio da empresa contratante. Vigora aqui o princípio da condição mais benéfica ao empregado. (TRT-1 - RO: 00012092520145010401 RJ, Relator: Fernando Antonio Zorzenon da Silva, Data de Julgamento: 09/09/2015, Segunda Turma, Data de Publicação: 16/09/2015)

Conclui-se, portanto, que o empregado doméstico precisa estabelecer vínculo empregatício com pessoa física ou unidade familiar, sendo comuns as tentativas de distorção dessa relação para fraudar a relação de emprego regida pela CLT, qual seja a relação existente entre empregado urbano e pessoa jurídica.

A determinação de que os serviços prestados pelo empregado doméstico ocorram em mais de dois dias da semana é uma novidade trazida pela Lei Complementar nº 150/2015, que contribui na distinção entre o empregado doméstico e diarista. A jurisprudência acerca do assunto não era pacífica, conforme se observa nos acórdãos abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPREGADA DOMÉSTICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRÊS VEZES POR SEMANA. Demonstrada a divergência jurisprudencial, há de ser dado provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPREGADA DOMÉSTICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRÊS VEZES POR SEMANA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Empregado doméstico é a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas. Evidenciando-se o labor por somente três vezes por semana, configura-se o caráter descontínuo da prestação de trabalho, fora, portanto, do pressuposto específico da Lei n.º 5859/72. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST - RR:

1378007320075050030, Relator: Maria De Assis Calsing, Data de Julgamento: 10/04/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: 24/05/2013)

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM TRÊS DIAS NA SEMANA. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DOMÉSTICO. Negado o vínculo de emprego doméstico, mas admitida a prestação de serviços por parte da obreira, em dois dias na semana na condição de diarista, incumbia à reclamada o ônus de provar suas alegações, a teor do disposto no art. 818, II, da CLT, por traduzir, a versão articulada, fato impeditivo ao direito vindicado pela autora. De tal ônus, contudo, não se desvencilhou satisfatoriamente a demandada, vez que a testemunha por ela própria arrolada aos autos corroborou a tese autoral ao informar que a prestação de serviços ocorria em três dias por semana, portanto, com a continuidade prevista no art. 1º da Lei Complementar nº 150/2015. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TRT-13 - ROT: 00000056420205130024, Data de Julgamento: 14/06/2022, 2ª Turma, Data de Publicação: 20/06/2022)

Em face dos requisitos exigidos pela Lei Complementar nº 150/2015 para configuração do empregado doméstico, percebe-se que esta Lei trouxe uma melhor compreensão sobre esse trabalhador e seus direitos ao regulamentar a Emenda Constitucional nº 72/2013. Cabe destacar que a elaboração e a publicação da referida Lei fazem parte de uma evolução legislativa, através da qual os empregados domésticos deixaram de ser meros expectadores de garantias para se tornarem titulares de direitos devidamente garantidos.

Assim um dos principais avanços da Lei Complementar 150/2015 foi a fixação de jornada de trabalho ao empregado doméstico, sendo que antes essa fixação dependia exclusivamente da vontade das partes. A Lei determina em seu art. 2º que a duração normal do trabalho doméstico não excederá 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais.

O art. 3º trata sobre a possibilidade de o empregado doméstico trabalhar em regime de tempo parcial, desde que não exceda 25 horas semanais, porém as férias anuais serão calculadas proporcionalmente às horas trabalhadas por semana. Dessa forma, como prevê o §3º deste artigo, o empregado doméstico terá direito a 18 (dezoito) dias de férias se trabalhar entre 22 a 25 horas semanais.

Ainda é importante ressaltar a previsão da Lei Complementar n.º 150/2015 em relação as horas extras e compensação de jornada. Os parágrafos do art. 2º da Lei estabeleceram os seguintes pontos: a) a hora extra deve ser acrescida em, no mínimo, 50% sobre o valor da hora normal de trabalho, b) as 40 primeiras horas devem ser pagas com o adicional e c) as horas que ultrapassarem as 40 horas poderão ser compensadas no prazo limite de 1 ano. Com relação às férias, a Lei Complementar n.º 150/2015 manteve as disposições da CLT.

Diante das mudanças legislativas expostas, percebe-se que a Lei Complementar n.º 150/2015 representa divisor no ordenamento jurídico brasileiro por ter ampliado e regulamentado sistematicamente a proteção dos direitos dos trabalhadores domésticos. Essa postura do legislador é inovadora frente à adotada nas legislações anteriores e demonstra uma evolução no pensamento da sociedade acerca do empregado doméstico.

Dentre esses efeitos decorrentes da elaboração e publicação da Lei Complementar n.º 150/2015, é necessário compreender os efeitos sociais e jurídicos ocasionados pela sua vigência. Assim, as conquistas dos empregados domésticos, previstas na referida Lei, representam uma ruptura com a mentalidade social até então vigente de exploração e segregação dessa classe de trabalhadores. Deste modo, é primordial o papel do Poder Judiciário na tutela dos direitos previstos na legislação mencionada, para que esta possa efetivamente provocar mudanças na relação existente entre empregado doméstico – pessoa física ou unidade familiar. Portanto, as funções interpretativas e decisórias do Poder Judiciário poderão colaborar para a aplicação da Lei Complementar n.º 150/2015 de maneira justa e eficaz.

6. EM QUE AS POLÍTICAS PÚBLICAS PODEM AJUDAR COM AS MUDANÇAS NA LEI COMPLEMENTAR 150/2015?

Após a promulgação da Lei Complementar n.º 150/2015, a situação dos trabalhadores domésticos melhorou significativamente na regulamentação do trabalho doméstico no Brasil, concedendo direitos trabalhistas e previdenciários aos empregados domésticos. As políticas públicas podem desempenhar um papel fundamental na implementação, aprimoramento e cumprimento dessa Lei, incluindo campanhas de conscientização e educação tanto para os empregadores quanto para os empregados domésticos. Isso pode esclarecer os direitos e deveres de ambas as partes de acordo com a lei.

Além da conscientização, as políticas públicas podem oferecer programas de capacitação e treinamento para os empregados domésticos podendo melhorar suas habilidades, qualidade de trabalho e empregabilidade por meio de parcerias com instituições de ensino ou órgãos governamentais. Podem criar programas e benefícios

sociais destinados aos trabalhadores, como acesso a planos de saúde, crédito para habitação e outros benefícios que promovam bem-estar desses trabalhadores.

As políticas públicas devem incluir mecanismos eficazes de fiscalizações para garantir que os empregadores cumpram a lei e forneçam os benefícios e direitos aos trabalhadores. Isso pode envolver a inspeção do trabalho e imposição de multas em casos de não conformidade. Depois da Lei Complementar nº 150/2015 houve uma facilidade em registrar os trabalhadores domésticos, hoje o registro pode ser feito por meio de plataforma online ou serviços públicos. Ainda, podem fornecer assistência jurídica acessível aos empregadores e empregados domésticos incentivando a negociação coletiva entre eles, para que eles possam acordar condições de trabalho justas e benefícios adicionais de acordo com as necessidades e realidades específicas.

A participação de entidades da sociedade civil, as ONGs e os sindicatos podem ajudar nos direitos dos empregados domésticos e no acompanhamento da implementação da lei, incentivando a formalização do empregado doméstico com a emissão de contratos de trabalho, recolhimento de impostos e contribuições previdenciárias, é essencial que eles tenham acesso aos benefícios e a proteção social.

Com isso, a principal melhoria alcançada após a Lei Complementar nº 150/2015, foi a concessão dos direitos trabalhistas e previdenciários aos empregados domésticos, incluindo as horas extras, férias remuneradas, 13º salário, salário-mínimo garantido e contribuição previdenciária. Além disso, a lei tornou obrigatória a formalização do trabalho doméstico, com a emissão da carteira de trabalho e registro de contrato, o que trouxe mais segurança aos trabalhadores. Inclusive a legislação proibiu o trabalho doméstico infantil para menos de 18 anos, protegendo os jovens de situações de exploração, promoveu igualdade de gênero e estabeleceu proteções contra a discriminação e o assédio no ambiente de trabalho. Essas mudanças representam um avanço na eliminação de condições análogas à escravidão no trabalho doméstico, promovendo a dignidade e os direitos dos trabalhadores domésticos.

No entanto é importante destacar que ainda existem desafios contínuos em relação ao cumprimento da lei e à conscientização sobre os direitos e deveres dos empregados e empregadores domésticos, é necessário um esforço contínuo para garantir que os direitos estabelecidos sejam efetivamente respeitados. O combate à informalidade e à exploração é um esforço em andamento e a conscientização, a educação e o monitoramento são fundamentais para evitar as situações de exploração e abuso no trabalho doméstico, além do mais requer a colaboração de diversos atores, incluindo o governo, sindicatos e a sociedade civil.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Emenda Constitucional 72, promulgada em 2013 e regulamentada posteriormente pela Lei Complementar 150/2015, representou um marco histórico na legislação brasileira ao reconhecer e garantir direitos trabalhistas e previdenciários aos empregados domésticos, uma categoria que, por muito tempo, esteve à margem da proteção legal. Este artigo buscou analisar o impacto dessa emenda e lei na melhoria das condições de trabalho para os empregados domésticos e, conseqüentemente, na redução de situações análogas à escravidão nesse setor.

Os resultados desta análise evidenciam que a Emenda 150/15 teve um impacto notável na vida dos trabalhadores domésticos. Ela trouxe consigo um conjunto de direitos e garantias que antes eram inexistentes ou largamente ignorados. Isso incluiu o direito a férias remuneradas, horas extras, décimo terceiro salário e acesso à previdência social. Além disso, a formalização do trabalho doméstico tornou-se obrigatória, proporcionando aos trabalhadores uma maior segurança em relação a seus direitos.

Contudo, os desafios persistem. A fiscalização eficaz da aplicação da lei tem sido irregular, e a informalidade ainda é uma realidade que muitos empregados enfrentam. A falta de conscientização, tanto entre os trabalhadores quanto entre os empregadores, continua a ser uma barreira à plena implementação das reformas. Jornadas de trabalho excessivas e situações de exploração ainda são registradas, apesar das proibições estabelecidas.

Esta pesquisa também destacou a importância da conscientização e da educação contínuas para garantir que os direitos estabelecidos sejam conhecidos e defendidos. A colaboração entre o governo, sindicatos, ONGs e a sociedade civil é fundamental para enfrentar esses desafios e assegurar a plena implementação da Emenda 150/15.

Em última análise, a Emenda 150/15 e a Lei Complementar 150/2015 representaram passos significativos em direção à erradicação do trabalho análogo à escravidão no trabalho doméstico, promovendo a dignidade e os direitos desses trabalhadores. No entanto, a jornada não está completa, e o compromisso contínuo é necessário para garantir que essas reformas legais se traduzam em melhorias tangíveis na vida dos empregados domésticos e na eliminação de situações de exploração no local de trabalho.

8. REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís. Apresentação: **CPI do Trabalho Escravo**, in

http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/falalaiscpi_836.pdf. Acessado em 10 de abril de 2013.

BRASIL, Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021. Altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm Acesso em: outubro de 2023.

DANTAS, Marinalva Cardoso. **O trabalho escravo no Brasil**, 2019. Disponível em: <https://escravonempensar.org.br/o-trabalho-escravo-no-brasil/>. Acesso em: 12 out. 2023.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Quem é escravo?**. In: **Oficina trabalho escravo: uma chaga aberta**. Fórum social mundial, 2003, Porto Alegre. Anais ... Brasília: OIT, 2003. p. 17 – 95.)

NASCIMENTO, Maria Andrade; **RIBEIRO**, Ana Luíza Costa. **A herança escravocrata nas profissões de mulheres negras: o caso das feiras e do trabalho doméstico**. . 2021. Disponível em: <http://www.enecult.ufba.br/modulos/submissao/Upload-568/132360.pdf>. Acesso em: 06 out. 2023.

PERON, Rita C. A. B. **O trabalho doméstico análogo à condição de escravo como exemplo de trabalho forçado ainda existente no Brasil**. In: Eduardo Milléo Baracat; Guilherme Guimarães Feliciano. (Org.). DIREITO PENAL DO TRABALHO - REFLEXÕES ATUAIS. São Paulo: LTr, 2014, v. 1, p. 107- 118. Com atualização em 28/07/2016. Houve adequação à LC nº 150/2015. Portanto, trata-se de republicação de artigo, com atualização até 02/08/2016 disponível em <https://hdl.handle.net/20.500.12178/95413>. acesso em 24/04/2023.

SCHÜTZ, Nathália Chichorro. **Trabalho doméstico no brasil: uma perspectiva social, racial, de gênero e as conquistas jurídicas**. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/197691/Nath%C3%A1lia%20Chich%C3%B4rro%20Sch%C3%BCtz%20-%20TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 out. 2023

SOARES, Evanna. **Meios coadjuvantes de combate ao trabalho escravo pelo Ministério Público do Trabalho**. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, ano 23, n. 26, 14 set. 2003. Disponível em: . Acesso em: 03 nov. 2018.

Organização Internacional do Trabalho – OIT. Promovendo o Trabalho Decente, <http://www.oitbrasil.org.br/node/846>. Acessado em 08 de out. de 2023.

TST, Matérias Especiais: **Ministra Delaíde acredita que resquícios escravocratas na cultura patrocinam exploração infantil doméstica**, in http://www.tst.jus.br/materias-especiais/asset_publisher/89Dk/content/id/1979402. Acessado em 12 de outubro de 2023.

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 outubro de 2023.

Lei Complementar n.º 150 de 01 de junho de 2015: Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150. Acesso em 14 de outubro de 2023.

Lcp 150. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm>. Acesso em: 15 out. 2023.

PICON, Rodrigo. Breve análise da Lei dos Domésticos (Lei Complementar n.º 150/2015 de 1º de junho de 2015). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39888/breve-analise-da-novalei-dos-domesticos-lei-complementar-150-de-1-de-junho-de-2015>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

A REFORMA TRABALHISTA E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

FLAVIA CAROLINA VALERIO:

graduanda em Direito pelo Centro
Universitário de Jales – UNIJALES¹⁶³.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente estudo, tem como objetivo principal, analisar as consequências da lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, no Princípio Protetor e eventuais consequências nas relações de trabalho. Com as mudanças sociais e econômicas, bem como as modernizações das relações trabalhistas, surgiu-se a necessidade de reformar a norma legal. Do ponto de vista legal, a intenção da reforma é que os acordos mutuamente acordados entre empregador e empregado muitas vezes tenham precedência sobre as leis trabalhistas gerais. Do ponto de vista econômico, a reforma deve incentivar os empregadores a criar novos empregos e aumentar a produtividade, diminuindo o ônus de um regime trabalhista restritivo.

Palavras-Chave: Trabalho. Direito. Reforma.

ABSTRACT: The main objective of this study is to analyze the consequences of law 13.467/2017, known as Labor Reform, in the Protective Principle and possible consequences in labor relations. With the social and economic changes, as well as the modernization of labor relations, the need arose to reform the legal norm. From a legal standpoint, the intent of the reform is that mutually agreed agreements between employer and employee will often take precedence over general employment laws. From an economic point of view, the reform should encourage employers to create new jobs and increase productivity, lessening the burden of a restrictive labor regime.

Keywords: Work. Law. Reform.

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho nasceu como resposta ao panorama apresentado com a Revolução Industrial, em que se observou uma desacerbada exploração considerada até

163 E-mail: flavia.carolina.valerio@gmail.com

mesmo desumana em relação aos trabalhadores. Os empregados sempre foram postos em condições desfavoráveis em relação ao empregador, surgindo aí o Direito do Trabalho com a função de tutelar o hipossuficiente e reger os contratos de trabalhos de forma que se torne mais justos. É incontestável que o protecionismo, geralmente, sempre foi o núcleo da doutrina trabalhista sendo, portanto, observado desde a origem da norma até a sua adequação ao caso concreto.

Partindo desta ideia de proteção ao elo mais frágil da relação trabalhista, criou-se o Princípio da Proteção que se subdivide em três outros princípios, a saber: Princípio da Prevalência da Condição mais Benéfica, Princípio da Norma mais Favorável ao Trabalhador e o Princípio do In Dubio Pro Operário, todos buscando amparar o empregado considerado hipossuficiente.

O presente estudo, tem como objetivo principal, analisar as consequências da lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, no Princípio Protetor e eventuais consequências nas relações de trabalho. Restruturações sempre fizeram parte da nossa história o que não seria diferente no campo jurídico, sobretudo no Direito do Trabalho que tem por função regular diretamente as relações jurídicas entre trabalhadores e empregadores, relações essas que por vezes se manifestam complexas e merecedoras de especial atenção no campo legislativo.

Mas como todas as mudanças, inicialmente pode gerar desconfiança das partes envolvidas no processo e diante das dúvidas que pairam a respeito da temática apresentada se pretende esclarecer os principais pontos acerca da temática.

Com o advento da Lei de nº 13.467/17, trazida como reforma trabalhista fazendo diversas modificações nos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, alterações estas no contexto material e processual tendo grande impacto nas relações dos trabalhadores, pois havia vários anos sem alterações, haja visto a grande busca incessável mediante até então o mercado financeiro instável em sua maior parte, visando de um lado a empresa em suas contratações buscando economia para certos serviços, a procura por contrato intermitente e autônomo teve crescimento muito elevado e não havia regulamentação expressa específica para grande parte do que se trata estas regulamentações, levando em consideração a quantidade de processos e a falta de previsão, trouxe com a reforma estas novas modalidades de contratação para haver segurança jurídica para ambas as partes, de outro lado o trabalhador na prestação de serviços no mercado desta forma como meio de solução para si e outrem trazendo praticidade mas esta relação de serviços gera impactos pois as empresas desrespeitam as regras da Consolidação das Leis do Trabalho e em alguns casos por desconhecimento há prejuízo para o contratado.

2 DA RELAÇÃO DE TRABALHO E SEUS PRINCIPIOS

A Constituição Federal de 1988 consolidou direito dos trabalhadores trazendo assim garantias e ampliando direitos, bem como várias previsões da Consolidação das Leis do Trabalho passaram a ter, portanto status constitucional, isso resultante de grande briga travada ao longo dos anos entre empregado e empregador onde o sindicato teve grande importância para esta causa, para que assim fosse garantido este avanço significativo para os trabalhadores.

Com a preocupação com o conceito de dignidade humana, visto as atrocidades vividas naquele período. Assim, a sociedade clamava por um novo modelo de Estado, porquanto se faz surgir o Estado Democrático de Direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 evidencia expressamente que a República Federativa do Brasil se constitui como um Estado Democrático de Direito e, no artigo 7º dispõe dos Direitos Constitucionais dos trabalhadores, sendo, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Com o advento da CRFB, a sociedade passou a ter mais direitos e garantias fundamentais, uma vez que o texto constitucional traz como meta uma sociedade livre, justa e igualitária, priorizando o desenvolvimento nacional.

Nascido da necessidade humanitária na regulamentação da relação entre empregador e empregado o Direito do Trabalho emanou, visando evitar, para extinguir-se toda e qualquer exposição a condições desumanas que seja atual ou a longo prazo do trabalhador em questão pois assim ocorria no passado onde o trabalhador laborava com jornadas excessivas, sem se quer salário-mínimo e condições para a manutenção das necessidades básicas, seguridade social e demais necessidades da pessoa humana. Diante deste cenário foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, ressaltando também que a fundação da OIT se deu em razão de que a justiça social seria base para a paz universal e permanente, então o Brasil assumiu o compromisso de participar da Organização Internacional do Trabalho que implicava no comprometimento com as normas trabalhistas isso devido à grande influência interna nos movimentos operários, efeito da primeira guerra mundial com o surto industrial e a política trabalhista de Getúlio Vargas e externa como por exemplo as mudanças ocorridas na Europa como fim da exploração da mão de obra gratuita e a crescente elaboração legislativa de proteção ao trabalhador em muitos países.

Percebido que um dos fatores contrários à justiça social antigamente se dava mediante a jornada excessiva com seus prejuízos nefastos resultando assim em ser tema

da primeira conferência Internacional onde levou a OIT adotar seis convenções e a primeira sobre este tema na reivindicação da grande preocupação da época que era tornar a jornada de trabalho limitada há 8 horas diárias e 44 semanais e assim com esta preocupação levou a maioria dos países a conquista de grandes feitos nos direitos dos trabalhadores.

A Consolidação das leis do Trabalho surgiu no Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943, sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas, unificando toda legislação trabalhista existente no Brasil. Regulamentando assim as relações individuais e coletivas do trabalho que é o principal objetivo, sofreu várias alterações necessárias para adequação à modernidade mas ainda sim atende regulamentando as relações de trabalho e tem a imensa proteção aos trabalhadores, os principais assuntos da consolidação são; jornada de trabalho, registro do trabalhador/carteira de trabalho, período de descanso, férias, medicina do trabalho, categorias especiais de trabalhadores, proteção da mulher, contratos individuais, organização sindical, convenção coletiva, fiscalização, justiça do trabalho e processo trabalhista dentre outros.

Alguns fatos foram primordiais para o aprimoramento das leis trabalhistas, como a criação em 1912 da Confederação Brasileira do Trabalho - CBT, criação do ministério do trabalho, indústria e comércio em 1930. Em 1978 é publicada a portaria 3214 que estabelece a criação das normas regulamentadoras. Constituição de 1988 trouxe a redução da jornada de trabalho quanto a horas semanais, generalização do regime do fundo de garantia, indenização por dispensa arbitrária, aumento de 1/3 da remuneração das férias, licença gestante de 120 dias, idade mínima para admissão do emprego sendo 14 anos, dentre outras. Em 2010 a licença maternidade passou a ser 6 meses no serviço público e opcional na iniciativa privada. No ano de 2011 foi aprovada a lei que estabelece o aviso prévio de até 90 dias. Recentemente no ano de 2017 trouxe a reforma trabalhista que algumas destas mudanças foram à questão do banco de horas, contribuição sindical sendo opcional, novas modalidades do contrato de trabalho e mudanças na extinção do contrato, férias fracionadas mediante negociação podendo ser em até três períodos, intervalo intrajornada podendo ser negociado e de no mínimo trinta minutos.

Sendo assim, as organizações precisam fazer frente às novas demandas pertinente às relações de trabalho e não apenas "de emprego", fazendo uso de institutos jurídicos que, em sua maioria, não condizem com esta nova tendência.

No tocante a ramo jurídico trabalhista em que se pese a relação de trabalho e emprego, há clara distinção entre trabalho e emprego. Aduz com clareza Delgado (2017, p.310), a expressão relação de trabalho tem caráter genérico, refere-se a todas as modalidades de contratação de trabalho, pois as relações jurídicas tem por prestação essencial e resultado útil devido a execução na obrigação de fazer em labor humano. Compreende, portanto, que esta expressão da relação de trabalho engloba a relação de

emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de labor humano em seu contexto no mundo jurídico atual.

Indubitavelmente, a palavra trabalho desta relação seja ampla, está delimitada, pois o seu contexto não poderá se desvincular do esforço do labor humano estando afastado o esforço de pessoa jurídica ou seres irracionais. Notadamente sendo impensável considerar trabalho a algo que não seja da inerente capacidade da pessoa humana, levando em consideração as características próprias físicas e psíquicas da humanidade. Assim, melhor dizendo, o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim.

A relação de emprego tem previsão própria e específica sendo inconfundível com as outras modalidades previstas de relação de trabalho vigentes, figura o titular que é o empregador com seu empenho de natureza pecuniária, na contraprestação surge o sujeito passivo devedor desta prestação que se trata do empregado munido de sua força laboral, necessariamente deverá ter um contrato de emprego que seja expresso ou tácito além de outros elementos.

Ressaltando que ainda dizem respeito somente a atos inter-humanos que na interação dos mesmos ocorre o fato social, constituindo fato considerado jurídico de trabalho com proteção de direitos trabalhistas, pois ali existe uma relação de trabalho e poderá tornar-se “relação de emprego” se preenchido todos os requisitos do vínculo empregatício, os quais são: a alteridade, a subordinação, a pessoalidade, a onerosidade, e a não eventualidade, elementos estes a serem analisados tão logo no próximo tópico.

Os princípios trazem grande relevo no contexto dos direitos gerais do trabalhador, pois servem como alicerce e norte para aplicabilidade das normas, trazendo também orientação ao Juiz em sua interpretação e deslinde de uma norma.

A principal justificativa para a aprovação da Reforma Trabalhista foi reduzir o desemprego e combater a informalidade no mercado de trabalho. A redução do desemprego se daria pelo aumento da produtividade e competitividade empresarial que a nova lei possibilitaria, já que a contratação de pessoal seria mais rápida e com redução da carga tributária. Como resultado, a economia do país voltaria a crescer. No entanto, um ano e meio após sua promulgação, o que se observou foi o aumento do desemprego e da informalidade, a estagnação da economia e a expansão da precarização.

A alteração da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT ocorreu em um momento em que o Brasil se apresentava em um cenário

econômico de crise desfavorável à criação de emprego, todos os setores da economia do país foram afetados (ABDALA, 2018).

Ressalte-se que a Reforma Trabalhista no Brasil veio travestida pela expressão “modernização das relações de trabalho”, que, a nosso ver, visa atender às políticas macroeconômicas de cunho neoliberal, que vêm sendo implementadas desde 1970 e afetam constantemente o âmbito da trabalhar, porque a formação clássica do trabalho como emprego foi radicalmente transformada. Nesse contexto, novas formas de relações de trabalho foram introduzidas, como contratos temporários, terceirizações, subcontratações, contratações sazonais e remuneração por produtividade.

Buscando o equilíbrio nos interesses contrapostos entre o empregado e o empregador, se faz necessário um tratamento minimamente diferenciado à parte historicamente considerada mais frágil dessa relação – o obreiro – de tal modo que, criou-se o princípio da Proteção ao Trabalhador insculpido nesse caráter protetivo inerente ao Direito do Trabalho.

Como bem leciona, Cassar (2018, p. 172) “o princípio da Proteção ao Trabalhador, que é fundamento e a base do Direito do Trabalho, divide-se em: Princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador; Princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador; Princípio da interpretação: in dubio, pro misero”.

O princípio protetor também pode ser chamado de princípio da proteção e pode ser dividido em três partes;

In dubio pro operário: Na proteção do trabalhador, ou melhor, dizendo até entender que esta ideia se trata da exceção à regra da teoria do ônus da prova pelo fato do trabalhador na relação com o empregador, obviamente a parte mais fraca e vulnerável é o empregado e conseqüentemente a isso ele deve ser protegido.

Da condição mais benéfica: Ocorrendo muito mediante os contratos de trabalho, que na verdade o contrato de trabalho é verificar sempre cláusulas mais benéficas ao trabalhador sendo esta a ideia preservando ainda mais o empregado sendo necessária a condição mais benéfica possível para o empregado para proteger o mesmo.

Da norma mais favorável: Sendo esta proteção em favor do empregado sendo subdividida no momento da elaboração da própria norma, e quando existir o confronto entre regras verificando assim a mais favorável e por fim não menos importante relacionado à interpretação das regras jurídicas, estas também se prevalecem para o empregado novamente levando em consideração o conceito que podemos notar, realçando a proteção da parte mais vulnerável. Temos a exceção a esta regra, no caso do

artigo 620, CLT onde determina que as condições estabelecidas no acordo de trabalho, sempre prevalecerá sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho prevalece sobre convenção coletiva, ou seja, neste caso é uma exceção à regra da norma mais favorável, são preceitos na verdade na verdade de ordem pública como por exemplo a prescrição que possa contar até mesmo na Constituição Federal.

O Princípio da Norma mais Favorável ao Trabalhador também é um desdobramento do princípio da proteção, instituído com a finalidade de equilibrar as relações trabalhistas. O princípio em questão pressupõe que, caso haja mais de uma norma a ser aplicada ao obreiro, deve ser escolhida aquela que mais favorece-lo, independentemente da hierarquia entre as mesmas, contrariando o que normalmente é aplicado em outros ramos do direito em que, havendo um conflito entre normas prevalece sempre a que estiver hierarquicamente acima, pois uma norma busca validação na imediatamente superior.

A doutrina majoritária considera tal princípio, como um dos pilares do Direito do Trabalho, pois possui tripla função. Segundo Delgado (2019, p. 235) “A visão mais ampla do princípio entende que atua, desse modo, em tríplice dimensão no Direito do Trabalho: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante”.

O desdobramento feito por Mauricio Godinho Delgado, vem bem a ensinar que, o princípio em questão tem maior relevância em primeiro momento, tal qual seja, na elaboração da norma (princípio orientador da ação legislativa), em segundo momento, quando existir duas normas conflitantes, aplica-se a que for mais favorável ao trabalhador (princípio orientador do processo de hierarquização) e por fim, no contexto em que uma mesma norma comporte mais de uma interpretação aceitável (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).

3 ALTERAÇÕES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Com as mudanças sociais e econômicas, bem como as modernizações das relações trabalhistas, surgiu-se a necessidade de reformar a norma legal, a Lei nº 13.467/2017, trouxe novas modalidades de contrato de trabalho.

É sabido que o custo do trabalhador brasileiro é vultoso para as empresas e que a rigidez na legislação dificulta a manutenção do emprego. E nesse sentido, visando garantir a manutenção do emprego e do cenário econômico brasileiro o legislador realizou as mudanças na legislação acompanhando os anseios empresariais.

Rotineiramente os contratos de trabalho são firmados por tempo indeterminado, assim, no momento da contratação não há designação de término do vínculo. Nestes

contratos não há, no momento da contratação, uma previsão de término da relação contratual. Nos contratos são garantidos direitos como: férias, décimo terceiro, FGTS, etc.

Diferentemente dos contratos por tempo indeterminado, os contratos de trabalho por tempo determinado, caracterizam-se exatamente pelo estabelecimento de uma data para que se encerrar o vínculo trabalhista.

A Lei nº 13.429/2017, dispôs de duas modalidades de contrato determinado, o contrato de trabalho intermitente e o autônomo. O conceito de trabalho intermitente foi incorporado à legislação trabalhista, alterado pela Medida Provisória (MP) nº 808 de 2017, e dispõe que o contrato intermitente ocorre por meio da prestação de serviços, com subordinação, não contínuo, ocorrendo de forma alternada em períodos de prestação de serviços e de inatividade.

Com esta nova modalidade de contratação, o empregado recebe convocação para o trabalho a ser realizado com antecedência mínima de três dias antes da realização deste, através de qualquer meio de comunicação eficaz, momento em que é informado da jornada a ser cumprida. No trabalho intermitente, a cada doze meses, o empregado tem direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, de um mês de férias.

Já a figura do contrato autônomo, ocorre com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não. O contrato de prestação de serviços observa o que determina os artigos 593 a 609 do Código Civil, quanto ao serviço a ser prestado; a remuneração e sua forma de pagamento; o prazo do contrato, se for o caso; no caso de contrato com prazo indeterminado, os critérios do aviso de encerramento do contrato; casos de extinção do contrato de trabalho; e motivos para rescisão do contrato por justo motivo.

Considerando a modalidade temporária de contrato, muito tem se levantado quanto à existência de inconstitucionalidade no instrumento legal. Doutrinadores e juristas defendem que diversas inconstitucionalidades ínsitas aos novos contratos trazidos pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017).

Os questionamentos, como regra geral, apontam que, inexistente jornada de trabalho (violando o art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal); há violação da garantia de salário-mínimo (violação ao art. 7º, inciso VII, do Texto Constitucional), prejuízos previdenciários, e ainda, há cabimento apenas para as ocasiões em que a própria atividade econômica desenvolvida pelo empregador é intermitente. Ainda, há um inegável retrocesso social, já que os direitos do trabalhador, pertinentes ao bloco de constitucionalidade (respaldo de constitucionalidade nos Tratados e Convenções de Direito Internacional) aparentam estar em descumprimento.

De acordo com o Art. 6 da Portaria MTB Nº 349, o responsável por fazer o recolhimento das próprias contribuições previdenciárias e do empregado, é a empresa. Ocorre que, nos casos de inexistência de vínculo empregatício, como contrato intermitente e contrato autônomo, há patente dúvida quanto a esta atribuição.

Os autônomos são como qualquer outro profissional, assim, caso ele tenha interesse poderá recolher os valores previdenciários. Quanto ao contrato intermitente, este deverá ser realizado pela empresa.

Uma das modificações trazidas pela "Reforma Trabalhista" foi o fim da ultratividade das normas coletivas, como se constata da nova redação do §3º do art. 614 da CLT. Com isso, consagra-se o princípio da não incorporação definitiva das benesses normativas ao contrato de trabalho, permitindo-se a supressão, alteração ou manutenção das vantagens anteriores. Caso o instrumento coletivo perca a vigência ou outra norma venha reduzindo, ou suprimindo o direito concedido pela anterior, não prevalecerá a condição mais favorável ao trabalhador (BONFIM; BORGES, 2017.p.7).

Atualmente não há mais a necessidade da homologação da rescisão do contrato de trabalho por parte do sindicato ou do Ministério do Trabalho. O que se manifesta prejudicial ao trabalhador, pois perde a possibilidade de se verificar se houve algum erro de cálculo das verbas rescisórias.

A reforma trabalhista possibilita que convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo possa diminuir o horário de almoço e descanso, nas jornadas de trabalho que perfaçam pelo menos 6 horas diárias, de uma hora para 30 minutos. Refletindo positivamente para alguns profissionais, já que esses poderão retornar mais cedo do trabalho, havendo maior flexibilidade nas horas diárias.

Portanto, observa-se que a Lei 13.467/2017, em que pese uma singela tentativa de favorecer o empregado em alguns pontos, em sua grande maioria se demonstrou prejudicial ao obreiro, e trouxe mais prejuízo do que benefícios mitigando o Princípio da Proteção sendo inclusive alvo de ação direta de inconstitucionalidade a respeito de alguns artigos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho através da Reforma Trabalhista.

Para os trabalhadores terceirizados, foi garantido através da reforma trabalhista que, quando os serviços forem executados nas dependências da empresa que contrata o serviço, as mesmas condições relativas:

- a) à alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios.
- b) ao direito de utilizar os serviços de transporte.
- c) ao atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado.
- d) ao treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir;
- e) às mesmas condições sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço oferecidas aos empregados da contratante.

Para melhor fundamentar, se tem o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5766, ajuizada pela Procuradoria Geral da República – PGR, que em 20/10/2021 o Supremo Tribunal Federal – STF julgou inconstitucional dois artigos da CLT inseridos após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, os artigos 790 – B, caput e § 4º e o artigo 791 – A, § 4º da CLT que determina o pagamento de honorários periciais e de sucumbência pela parte sucumbente, mesmo que seja beneficiária da justiça gratuita e mesmo que tenham obtido créditos suficientes para o pagamento dessas custas em outra demanda trabalhista.

Ementa: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. REGRAS SOBRE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE SOCIAL E DIREITO SOCIAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. MARGEM DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CRITÉRIOS DE RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. É inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, dispensado o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação na capacidade econômica do beneficiário. 2. A ausência injustificada à audiência de julgamento frustra o exercício da jurisdição e acarreta prejuízos materiais para o órgão judiciário e

para a parte reclamada, o que não se coaduna com deveres mínimos de boa-fé, cooperação e lealdade processual, mostrando-se proporcional a restrição do benefício de gratuidade de justiça nessa hipótese. 3. Ação Direta julgada parcialmente procedente. (STF, 2021)

Há de se falar ainda do artigo 444, parágrafo único da CLT que, permite a livre estipulação de contrato de trabalho entre o empregado e empregador desde que, aquele possua diploma de nível superior e salário mensal igual ou superior a duas vezes do limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social, se sobrepondo inclusive sobre instrumentos coletivos naquilo que estiver previsto no artigo 611 – A, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para Nahas (2017) a nova lei vem dar autonomia para empregado e empregador, onde eles possam discutir as regras do novo contrato por eles firmado, colocando de lado o entendimento de hipossuficiência do trabalhador, gerando o risco de desvincular os direitos sociais garantidos constitucionalmente. A autora faz ainda uma descrição de como serão classificados os trabalhadores após a reforma trabalhista de 2017, com uma análise feita a partir do art. 444, parágrafo único da CLT, explicando: “A eles aplicam-se as regras da CLT, mas não com a mesma rigidez e parcialidade destinadas àquele primeiro, pois é incontestável que tem um mínimo de discernimento e certamente tem maior liberdade para contratar” (NAHAS, 2017, p.17 - 18).

Uma das repercussões da Reforma Trabalhista na qualidade de vida dos trabalhadores são as mudanças relativas às horas extras e folgas compensatórias. Após a reforma, foi retirada a excepcionalidade das horas extras e aberta a possibilidade de negociação de sua realização diretamente com os empregados. Dessa forma, a empresa determina a quantidade de horas que exige do trabalhador com base em suas necessidades e as concede de acordo com sua disponibilidade, não de acordo com as necessidades do trabalhador.

Em 11 de novembro de 2017, grandes reformas nas leis trabalhistas do Brasil entraram em vigor (Lei nº 13.467/2017). Diante do cenário de altas taxas de desemprego, os legisladores brasileiros aprovaram um conjunto de leis modernizadas que atualizam a Consolidação das Leis do Trabalho Segunda Guerra Mundial, e focado na proteção de trabalhadores rurais não qualificados que se deslocam para áreas urbanas.

O principal objetivo (do ponto de vista legal) era estabelecer que acordos mutuamente acordados entre empregador e empregado em muitas circunstâncias prevalecessem sobre as leis trabalhistas gerais. Além disso, os legisladores brasileiros

esperavam que as leis trabalhistas modernas tirassem os contratos informais das sombras e protegessem melhor os empregadores e empregados.

Pelo ângulo econômico, a reforma trabalhista foi projetada para incentivar os empregadores a criar novos postos de empregos e aumentar a produtividade, diminuindo o ônus de um regime trabalhista restritivo. A reforma trabalhista visou promover um ambiente mais favorável aos negócios no Brasil. No primeiro trimestre de 2017, as modernas leis de terceirização no Brasil entraram em vigor e permitiram que empregadores e empregados tivessem maior liberdade para negociar os contornos da relação de trabalho. As novas regras de terceirização de mão de obra do Brasil abriram caminho para essa reforma trabalhista geral.

Sob o antigo regime trabalhista, os tribunais trabalhistas brasileiros eram conhecidos por favorecer os interesses dos empregados e o cumprimento de complicadas leis trabalhistas que impunham pesados custos aos empregadores. Embora essas novas leis tenham como objetivo modernizar o ambiente trabalhista atual, os empregadores precisarão tomar medidas para implementar essas reformas e, o mais importante, a nova lei trabalhista precisará ser testada nos tribunais brasileiros.

Antes da reforma trabalhista, o acesso à justiça gratuita poderia ser requerido a qualquer um que declarasse não ter condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do próprio sustento.

Com o advento da Lei 13.467/2017 tal benefício só pode ser concedido para quem recebe até R\$ 1.659,30 (um mil seiscientos e cinquenta e nove reais e trinta centavos).

Além do mais, outro ponto manifestamente prejudicial ao trabalhador, é a possibilidade de ter que arcar com o pagamento dos honorários sucumbenciais, periciais e demais custas, caso seja a parte derrotada no processo.

Silva (2022) descreve que as alterações ocorridas na lei do trabalho traz uma amostra que a cada dia mais existe uma pressão para que o princípio da proteção seja flexibilizado ou simplesmente mitigado, pois é visível que com o novo modelo social e a evolução da tecnologia, venha surgindo novas formas de trabalho, que é indiscutível que a sociedade precisa se enquadrar a essas novas modalidades de trabalho, mas vemos também que há cada vez mais, um movimento contundente que se vê expressado nas várias reformas legislativas de que o trabalhador deve ter um tratamento menos desigual, o que vemos é um recente número de trabalhadores no ambiente virtual e completamente distinto das relações jurídicas tradicionais, mais que o trabalhador precisa ser visto sempre como parte hipossuficiente que precisa de um olhar mais protetor das leis e seus

legisladores, não se pode permitir que o trabalhador seja submetido a mais diversas formas de trabalho e emprego sem o mínimo de garantia de saúde, dignidade, e bem estar social.

Embora as leis da reforma trabalhista devessem trazer novos empregos para o Brasil, elas não surtiram o efeito pretendido, ainda existem mais de 12 milhões de desempregados, de acordo com pesquisa recente do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), mas as leis não reduziram o número de processos trabalhistas, segundo o TST - Tribunal Superior do Trabalho. Os processos trabalhistas diminuíram cerca de 70% em um ano, passando de 289,7 mil novos processos em novembro de 2017, para 89 mil no mesmo mês de um ano mais tarde.

4 O OBJETIVO SOCIAL FOI ALCANÇADO COM A REFORMA TRABALHISTA?

A avaliação sobre se o objetivo social da reforma trabalhista foi alcançado é um tema debatido e pode variar dependendo da perspectiva adotada. A reforma trabalhista, em geral, buscou promover maior flexibilização e modernização nas relações de trabalho, para estimular a geração de empregos, aumentar a competitividade das empresas e reduzir a burocracia. Há argumentos que sustentam que o objetivo social foi alcançado como:

Estímulo à geração de empregos: Defensores da reforma argumentam que a flexibilização das regras trabalhistas, como a possibilidade de contratos de trabalho mais flexíveis e a ampliação da terceirização, estimulou a geração de empregos, especialmente em setores como comércio e serviços. Eles apontam para a redução da taxa de desemprego em alguns períodos após a implementação da reforma como um indicativo de sucesso nesse aspecto.

Redução dos litígios trabalhistas: A reforma trabalhista visou reduzir o número de processos trabalhistas, incentivando a solução extrajudicial de conflitos e estabelecendo penalidades para litigância de má-fé. Alguns argumentam que essas medidas foram eficazes na redução do congestionamento do Judiciário e na agilização da solução de disputas trabalhistas.

Maior flexibilidade e negociação: A possibilidade de negociação individual e coletiva mais flexível foi considerada benéfica por alguns defensores da reforma. Eles argumentam que isso permite que empregadores e empregados ajustem as condições de trabalho de acordo com suas necessidades e particularidades, promovendo uma maior harmonia nas relações laborais.

No entanto, também existem críticas à reforma trabalhista, questionando se o objetivo social foi alcançado de maneira equilibrada. Algumas das críticas incluem:

Precarização do trabalho: Críticos argumentam que a flexibilização das regras trabalhistas pode levar à precarização do trabalho, com a redução de direitos e garantias dos trabalhadores, especialmente aqueles em empregos mais vulneráveis, como os terceirizados. Isso pode comprometer a proteção social e o bem-estar dos trabalhadores.

Desigualdade de poder: A negociação individual e coletiva mais flexível pode resultar em uma desigualdade de poder entre empregadores e empregados, principalmente quando há assimetria de informações e recursos. Isso pode enfraquecer a posição dos trabalhadores na negociação e resultar em condições de trabalho desfavoráveis.

Evasão de direitos: Críticos argumentam que a reforma trabalhista abriu brechas para a evasão de direitos trabalhistas, como o uso indevido de contratos de trabalho intermitente e a terceirização indiscriminada, com o objetivo de reduzir custos para as empresas.

Impacto na proteção social: Alguns argumentam que a reforma trabalhista pode ter enfraquecido a proteção social dos trabalhadores, afetando aspectos como saúde e segurança no trabalho, jornada de trabalho adequada e benefícios sociais.

É importante ressaltar que as opiniões divergentes sobre a reforma trabalhista refletem diferentes interesses e visões sobre o equilíbrio entre flexibilização e proteção nos mercados de trabalho. A avaliação completa do alcance do objetivo social da reforma depende da análise de seus impactos em longo prazo, considerando aspectos econômicos, sociais e jurídicos.

5 CONCLUSÃO

As transformações decorrentes de políticas macroeconômicas e de cunho neoliberal vêm ocorrendo e afetando o mundo do trabalho. Dentre as consequências dessas transformações está a Reforma Trabalhista no Brasil, ocorrida em 2017 e trouxe prejuízos para a classe trabalhadora ao legalizar a fragmentação das relações trabalhistas, favorecendo diversas formas de flexibilização e precarização do trabalho.

Do ponto de vista legal, a intenção da reforma é que os acordos mutuamente acordados entre empregador e empregado muitas vezes tenham precedência sobre as leis trabalhistas gerais. Do ponto de vista econômico, a reforma deve incentivar os empregadores a criar novos empregos e aumentar a produtividade, diminuindo o ônus de um regime trabalhista restritivo.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor. Abdala. Taxa de desemprego no país fecha 2017 em 12,7%; população desocupada cai 5% Em 2016, a taxa havia ficado em 11,5%. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/taxa-de-desemprego-no-pais-fecha-2017-em-127>

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho (6 ed.). São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. (1 de 05 de 1943). Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943: Consolidação das Leis do Trabalho. Acesso: em 18 de 10 de 2022, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

BRASIL. (2013). Tribunal Superior do Trabalho, RECURSO DE REVISTA: RR 80700-43.2009.5.17.0003 80700-43.2009.5.17.0003. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DJ: 12/06/2013. Acesso: em 18 de 10 de 2022, disponível em: JusBrasil: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23382830/recurso-de-revista-rr-807004320095170003-80700-4320095170003-tst>

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho (16 ed.). São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho (18 ed.). São Paulo: LTr, 2019.

KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019.

LEITE, Carlos Bezerra. Curso de Direito do Trabalho (11 ed.). São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NAHAS, Thereza. Novo Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

STF. (03 de 05 de 2021). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 5766. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 20/10/2021. Acesso em 04 de 11 de 2022, disponível em [trt6.jus.br: https://www.trt6.jus.br/portal/jurisprudencia/temas-e-precedentes/23274](https://www.trt6.jus.br/portal/jurisprudencia/temas-e-precedentes/23274)

ANÁLISE ACERCA DA SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA COMO ENTRAVE PARA O CONHECIMENTO DE RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

MATHEUS HENRIQUE PLEUTIM DE MIRANDA:

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, no ano de 2014. Pós-graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Unigran Capital, em 2019. Auditor do Estado da Controladoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. Advogado, inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Mato Grosso do Sul.¹⁶⁴

RESUMO: o presente artigo objetiva verificar se a jurisprudência defensiva deixou de ser um entrave para o conhecimento dos recursos interpostos as cortes superiores. Tal prática consiste em um conjunto de entendimentos destinados a impedir o exame do mérito dos recursos. A despeito de polêmica aceitação, a jurisprudência defensiva sempre encontrou guarida nas cortes superiores, com base no excessivo número de recursos interposto aos tribunais superiores. Com a entrada em vigor do atual código de processo civil, buscou-se afastar a jurisprudência defensiva do ordenamento pátrio. Por fim, necessária uma comparação acerca da aplicação da jurisprudência defensiva sob o prisma do código de processo civil antigo e do novo código de processo civil.

Palavras-chave: Código de Processo Civil, Jurisprudência Defensiva, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: this article objectives to verify whether defensive jurisprudence has no longer been an obstacle to the knowledge of appeals brought in the higher courts. Such practice consists of a set of understandings designed to prevent the examination of the merit of appeals. Despite controversial acceptance, defensive jurisprudence has always found a guest in the higher courts, based on the excessive number of appeals filed in the higher courts. With the entry into force of the current code of civil procedure, an attempt was to make defensive jurisprudence away from the patrial order. Finally, a comparison is necessary about the application of defensive jurisprudence from the prism of the old code of civil procedure and the new code of civil procedure.

Key words: Code of Civil Procedure, Legal defensive, the Supreme Court, Superior Court.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Dos recursos extraordinário e especial. 2. A jurisprudência defensiva como ferramenta para diminuir o número de processos. 3. O novo ordenamento

¹⁶⁴ matheusmiranda_17@hotmail.com

processual civil e a jurisprudência defensiva. 4. Análise sobre a efetividade dos comandos processuais para redução do número de recursos e superação da jurisprudência defensiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo, o STF se deparou com um grande aumento no número de recursos que ali chegavam, resultando na chamada “Crise do Supremo”.

Em resposta, o Constituinte originário instituiu, através da Carta Republicana de 1988, o Superior Tribunal de Justiça, com a missão de ser o guardião da Justiça no que concerne às causas infraconstitucionais federais.

Ocorre contudo que, após a sua criação, o STJ passou a enfrentar o mesmo problema que ocasionou a sua criação: um excessivo número de recursos. Diante disso, a Corte passou a adotar um exame muito mais restritivo na admissibilidade dos recursos especiais.

Tal prática restou conhecida como jurisprudência defensiva, que nada mais é, portanto, que um conjunto de impedimentos ao conhecimento de recursos, em absoluta contrariedade ao princípio da instrumentalidade do processo.

Como forma de sanar a polêmica, o vigente Código de Processo Civil buscou inserir na nova legislação processual alguns dispositivos voltados a eliminar esse fenômeno, de modo a garantir, sempre que possível, uma análise do mérito do recurso.

O objetivo do presente artigo é, portanto, percorrer pela seara da admissibilidade recursal e verificar se, de fato, o direito processual civil moderno logrou superar a criticada jurisprudência defensiva.

1. DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

O Supremo Tribunal Federal (STF), e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), são instâncias superiores do Poder Judiciário no Brasil, conforme disciplina o artigo 92, I e II da Constituição Federal de 1988: “*Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A - o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça (...)*”.

A missão das Cortes é promover a sustentação teórica e prática, afim de dirimir conflitos ou controvérsias a respeito das normas e interpretações no Direito Brasileiro, sendo que ambos exercem papel de destaque na formação da opinião jurídica no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal (STF), é o protetor Constituição Federal, sendo o órgão de cúpula do Poder Judiciário, ao qual cabe a guarda da Constituição. As competências do STF estão dispostas essencialmente na própria Constituição Federal, precisamente no artigo 102, alíneas e parágrafos, limitando-se o destaque à competência para conhecer e julgar do Recurso Extraordinário.

Importante trazer à lume o corpo do referido artigo.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

(...)

Portanto, o recurso extraordinário é um mecanismo processual que viabiliza a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, de questões constitucionais do caso concreto. Para que o recurso chegue à Suprema Corte é necessário que o jurisdicionado tenha se valido de todos os meios ordinários, ou seja, que tenha percorrido as demais instâncias judiciais do País. Também se exige que o recorrente preencha alguns requisitos legais para que o recurso extraordinário possa ser recebido pelo STF.

Para que o recurso extraordinário seja cabível, também é exigido que a questão recaia sobre “causas decididas”.

Essa exigência diz respeito ao prequestionamento das questões constitucionais, ou seja, à necessidade de que as questões constitucionais objeto do recurso tenham sido suscitadas na instância inferior (DIDIER JR, 2014, p. 245), de que tenha sido emitida tese sobre elas.

Cássio Scarpinella (BUENO, 2014, p. 240), em seu magistério, explicita a importância desse requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais:

(...) para que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenhem adequadamente a sua missão constitucional, de uniformizar a interpretação e aplicação do direito federal em todo o território brasileiro, é mister que eles julguem, em sede de recurso extraordinário e em sede de recurso especial, o que já foi decidido. É das decisões proferidas por outros órgãos jurisdicionais que decorrem, ou não, violações e contrariedades às normas federais e à jurisprudência de outros Tribunais. Sem prévia decisão, não há como estabelecer em que medida as normas federais, constitucionais ou legais, foram ou deixaram de ser violadas pelos demais componentes da estrutura judiciária nacional.

Além disso, a Emenda Constitucional nº 45/04 acrescentou o §3º ao artigo acima citado, passando a exigir que o recorrente demonstre no recurso extraordinário a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.

Esse novo requisito da demonstração da repercussão geral dos recursos extraordinários visa selecionar os recursos que realmente tenham uma importância para toda a sociedade e, não apenas, ao caso individual.

O Recurso Extraordinário, nas palavras de Araken de Assis (2014, p. 811) "*funciona como privilegiado instrumento para controlar a densa atividade desenvolvida pelos demais órgãos judiciários no controle difuso*".

Ocorre, contudo, que o Supremo não possui capacidade operacional para atender, de maneira eficiente e ágil, a todas as questões nacionais recursais.

Segundo leciona Gusmão Carneiro (2005):

A chamada crise do Supremo Tribunal Federal, pelo número de feitos sempre crescente e absolutamente excessivo, posto a cargo dos integrantes do Excelso Pretório. A par da matéria, em competência originária, derivada do exercício de sua função de Corte Constitucional, também uma multiplicidade de recursos supervenientes de todas as partes de um país sob alto incremento demográfico e com várias regiões em acelerado processo de

industrialização e de aumento do setor terciário da economia, acarretando sempre maiores índices de litigiosidade.

Com a promulgação da Constituição de 1988, criou-se outro mecanismo importante para conter a chamada “crise do Supremo”, sendo ele o Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como foi deslocada a competência para este Tribunal para resolução das questões federais.

Nesse sentido, são oportunas as palavras de José Afonso da Silva (1963):

O que dá característica própria ao Superior Tribunal de Justiça são suas atribuições de controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade de interpretação da lei federal, consubstanciando-se aí jurisdição de tutela do princípio da incolumidade do Direito objetivo que constitui um valor jurídico, que resume certeza, garantia e ordem, valor esse que impõe a necessidade de um órgão de cume e um instituto processual para a sua real efetivação no plano processual.

A função principal do STJ é julgar os recursos especiais.

O recurso especial é um recurso excepcional e de competência do Superior Tribunal de Justiça, e tem como objetivo discutir a manutenção da autoridade e unidade da interpretação jurídica em matéria infraconstitucional.

Com efeito:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III- julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c)der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Assim como ocorre no recurso extraordinário, as decisões a serem reexaminadas em sede de recurso especial devem ser irrecorríveis ordinariamente, nos Tribunais de origem, sendo os recursos especiais a última e única via passível de impugnação da decisão proferida.

2. A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA COMO FERRAMENTA PARA DIMINUIR O NÚMERO DE PROCESSOS

Em que pese a tentativa de uniformizar o entendimento infralegal, o que se verificou no STJ foi um aumento na demanda que acabou por superar a capacidade de julgamento do Tribunal.

A chamada “Crise do Supremo” tornou-se uma verdadeira crise das Cortes Superiores Brasileiras pelo afogamento dos tribunais.

Como explica Mancuso (2011, p. 54) há, no Brasil, uma “*propensão a repassar às mãos do Estado a tarefa e a responsabilidade de dirimir os conflitos*”, de modo que se leva ao Judiciário toda sorte de lides, que são, em muitos casos, de pouca complexidade ou relevância.

Como forma de frear, ou menos tentar, a numerosidade de recursos excepcionais, foram se ampliando os requisitos recursais de admissibilidade.

A exemplo do recurso especial que, por possuir um caráter de excepcionalidade, deve apresentar concomitantemente aos pressupostos genéricos, comuns a qualquer tipo de recurso, os seus pressupostos específicos, previstos constitucionalmente (MANCUSO, 2011, p. 213).

Tais pressupostos ora dizem respeito ao próprio direito de recorrer, ora correspondem ao próprio procedimento recursal, podendo ser resumidos em: legitimidade do recorrente, interesse em recorrer, ausência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, cabimento, singularidade recursal, regularidade formal e de representação, preparo e tempestividade da impugnação (FUX, 2008, p. 733).

Sem adentrar na especificidade de cada pressuposto, por não guardar relevância com o objeto deste artigo, verifica-se que o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais é mais rígido do que o exigido para outros atos postulatorios.

Isso, segundo Aprigliano (2011, p. 216), "*é o que demonstra a razoabilidade de estabelecer requisitos de admissibilidade bem mais rigorosos e formais para estes recursos excepcionais*".

Como exemplo, tem-se a exigência de exaurimento das instâncias inferiores (Súmula 281 do STF) e a impossibilidade de reexame de fatos e provas (Súmula 7 do STJ), que são plenamente justificáveis pela natureza do recurso especial (WAMBIER, 2008, p. 267):

Não se poderia, de fato, cogitar de um efetivo controle sobre a higidez do sistema e sobre a uniformidade de aplicação do direito em todo o território nacional se os Tribunais Superiores fossem chamados a decidir, em primeiro lugar, a respeito de questões não completamente examinadas (...).

Da mesma forma, caso fosse possível a estes tribunais julgar questões fáticas, reexaminar provas e entrar nos detalhes de cada caso concreto, sua missão essencial, para a qual foram historicamente concebidos, deixaria de ser realizada, dando lugar a apenas uma instância adicional para o julgamento dos conflitos intersubjetivos.

Porém, nem todos os empecilhos impostos ao conhecimento dos recursos especiais se justificam por sua natureza extraordinária.

Em muitos casos, as súmulas e entendimentos do Superior Tribunal de Justiça representam restrições indevidas à admissibilidade recursal, sendo aplicados apenas em razão de um apego excessivo à forma. Esses empecilhos, em grande parte das vezes, não possuem sequer o devido apoio dogmático, o que acaba levando a verdadeiros contrassensos (APRIGLIANO, 2011, p. 216).

E é justamente esse conjunto de entendimentos restritivos que caracteriza o fenômeno da jurisprudência defensiva.

De início, já pode se afirmar que a jurisprudência defensiva viola direito fundamental, vejamos.

O artigo 5º, XXXV, da CF, ao prever que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*" consagrou como direito fundamental o acesso à justiça.

Essa garantia constitucional, ao contrário do que pode fazer crer a sua denominação, não deve ser entendida como a mera possibilidade de ingresso em juízo. A

compreensão plena do que vem a ser o direito de acesso à justiça deve perpassar também pela ideia de efetividade processual (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2011, p. 39).

De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, o processo efetivo, é aquele que, por meio da observância do equilíbrio entre a segurança e a celeridade processual, proporcione às partes o resultado almejado pelo direito material (BEDAQUE, 2010, p. 49)

O princípio constitucional do acesso à justiça assegura a todos os cidadãos o direito de socorrer-se ao judiciário sempre que sofrerem lesão ou ameaça ao seu direito.

Antonio Carlos Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Rangel Dinamarco (2011, p. 40), por sua vez, destacam que a efetividade do processo consiste na "*plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça*", superando, para isso, "*os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final*".

Nesse mesmo sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2008, p. 133), afirma que a efetividade processual consagrada no art. 5º, XXXV, da CF, caracteriza-se pela busca de uma prestação jurisdicional eficiente, efetiva e justa, realizada por meio de um "*processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus*".

Ora, evidente que não basta apenas permitir o acesso ao judiciário a todas as pessoas, o que deve se buscar é que esse acesso seja efetivo, ou seja, que os cidadãos tenham seu objetivo alcançado, sem empecilhos exacerbados.

Portanto, a utilização de um conjunto de entendimentos (jurisprudência defensiva) consubstancia um formalismo exagerado que acaba por afastar direito constitucional estampado no art. 5º da CF/88.

3. O NOVO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL E A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Como visto, as causas da crise enfrentada atualmente pelo STJ são as mais diversas, e devem ser atacadas em diversas frentes, especialmente no que se refere à mentalidade da sociedade, de judicialização de todos os tipos de conflitos, e, também, na conscientização dos operadores do Direito.

O que não se pode admitir é a violação do direito fundamental do acesso à justiça na tentativa de controlar a numerosidade de recursos.

A Ministra do STJ Nancy Andrighi, no ano de 2008, em voto vista no Recurso Especial n. 975.807/RJ, ressaltou a necessidade de simplificação da interpretação e aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil relativamente à admissibilidade dos recursos, assentando os seguintes argumentos:

O processo, repito sempre, tem de viabilizar, tanto quanto possível, a decisão sobre o mérito das causas. (...) Quanto mais difícil tornarmos o trabalho dos advogados, maior será o número dos profissionais especializados quase que exclusivamente no processo civil, dedicando um tempo desproporcional ao conhecimento da jurisprudência sobre o próprio processo, tomando ciência das novas armadilhas fatais e dos percalços que as novas interpretações do procedimento lhes colocam no caminho. É fundamental, porém, que os advogados tenham condição de trabalhar tranquilos, especializando-se, não apenas no processo, mas nos diversos campos do direito material a que o processo serve. (...).

Os óbices e armadilhas processuais só prejudicam a parte que tem razão, porque quem não a tem perderá a questão no mérito, de qualquer maneira.

Conforme afirma a Magistrada, os empecilhos processuais, ou seja, o formalismo exacerbado ampara àquele que está errado, e prejudica a parte que tem razão no processo, uma vez que, se a parte não tiver razão quanto ao mérito, sempre será bom que o processo atrase ou seja lento, no que diz respeito aos óbices processuais, pois quando chegar a ser analisado o mérito da causa ela irá perder de qualquer maneira, prejudicando somente a parte que tem razão e pressa na lide.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil de 2015, buscou-
"gerar um processo mais célere, mais justo, (...) mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo".

Procurou-se, nas palavras de Teresa Arruda Alvim (2013, 477), *"fazer com que cada processo 'renda' mais, o que significa que, quando chegar ao fim, tenha sido, de fato, resolvida integralmente a controvérsia subjacente"*.

Não é difícil perceber, portanto, que a jurisprudência defensiva se encontra em sentido diametralmente oposto aos objetivos almejados pelo novo CPC, razão pela qual foram previstos, em sua redação, inúmeros dispositivos voltados a, de forma direta ou indireta, extirpá-la, completa e totalmente da prática judiciária brasileira (WAMBIER, 2013, p. 477).

Assim, o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) buscou acabar com a jurisprudência defensiva, ou, ao menos diminuir a utilização deste fenômeno tão obstativo e sem qualquer respaldo legal.

O novo CPC, com a finalidade de acabar com a jurisprudência defensiva, instituiu diversos institutos: necessidade de audiências de conciliação e mediação antes da contestação; instituição do incidente de resolução de demandas repetitivas e determinação de observância dos precedentes de órgãos superiores.

Embora não se negue a importância dos meios autocompositivos para solução do conflito, fato é que o aperfeiçoamento no julgamento de processos repetitivos se mostra como forma aguda no combate a massificação dos recursos.

Exemplo disso é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Disciplinado nos artigos 976 ao 987, do novo CPC, o incidente deverá ser instaurado naquelas situações em que se identificar, ainda na primeira instância, haver simultaneamente uma efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito, com um risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O julgamento do mérito do incidente poderá, por fim, ser impugnado por meio de recurso extraordinário ou de recurso especial, que terão efeito suspensivo, e, após serem apreciados, a tese jurídica adotada pelas Cortes Superiores será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que forem idênticos.

Dando prosseguimento, verifica-se no CPC à exigência de uniformização da jurisprudência nos tribunais, por meio da observância pelos magistrados dos precedentes proferidos pelo STF e pelo STJ, e das orientações dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nos termos dos artigos 926 e 927 do novo CPC, que dispõem:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1o Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2o Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Assim, se presente uma maior estabilidade e previsibilidade, garantidas pelo respeito aos entendimentos firmado nas instâncias superiores, é certo que o número de recursos será reduzido, especialmente aqueles baseados em divergências jurisprudenciais.

4. ANÁLISE SOBRE A EFETIVIDADE DOS COMANDOS PROCESSUAIS PARA REDUÇÃO DO NÚMERO DE RECURSOS E SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

O Novo Código de Processo Civil, tem por objetivo buscar a redução do número de recursos que efetivamente venham a provocar a análise do STJ.

Isso significa que o principal motivo da adoção de entendimentos excessivamente formalistas pela Corte será enfraquecido, gerando boas expectativas em relação à extirpação da jurisprudência defensiva.

Foi disciplinado, ainda, expressamente no novo CPC as regras de admissibilidade dos recursos extraordinários e especiais, de modo a eliminar, ou ao menos minimizar, os entendimentos excessivamente formalistas e controversos que vêm sendo reiteradamente aplicados pelos Tribunais Superiores.

O Código prevê expressamente a possibilidade de o recorrente ser intimado para sanar vícios em relação ao recolhimento do preparo, ou seja, o recurso não será julgado deserto logo que verificado qualquer vício, e sim o recorrente será intimado para, no prazo de 05 (cinco) dias corrigir o problema.

Por fim, corroborando todas as medidas constantes do novo Código que possuem o objetivo claro de eliminar de uma vez por todas a chamada jurisprudência

defensiva, ficou estabelecido no artigo 1.029, § 3º, que " *o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave*".

Pretendeu-se com isso, como exposto na motivação do novo CPC, permitir que:

Os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes.

Assim, de acordo com o Novo Código, os Tribunais Superiores poderão desconsiderar vício existente quanto à forma, ou determinar que seja corrigido, desde que o recurso tenha sido interposto dentro do prazo legal e que também tal vício não seja muito grave e de difícil reparação.

Alinhou-se a nova legislação processual ao que Ricardo de Carvalho Aprigliano (2011, p. 94) denomina de "princípio da prevalência da decisão de mérito", que, em contraponto direto à jurisprudência defensiva, preceitua a possibilidade de superação do dogma da prioridade, isto é, da ordem lógica seguida pelos juízes de analisarem primeiro os pressupostos processuais para, somente se esses estiverem presentes, passarem à análise do mérito.

Teresa Arruda Alvim Wambier (2013, p. 477), relatora da comissão de juristas responsáveis pela elaboração do projeto do novo CPC, afirma que, de fato, a análise isolada das modificações pode levar a crer, equivocadamente, que o Judiciário terá mais trabalho. No entanto, ao se analisar as modificações sob a "ótica macro", isto é, pela sua análise conjunta, se verificará, segundo ela, que essa sobrecarga acaba sendo compensada. Assim, deve-se levar em conta a nova sistemática implementada e não apenas as modificações pontuais realizadas.

Conclui-se, assim, que, mediante a implementação simultânea de todos os instrumentos disponibilizados pelo novo CPC, será viabilizada uma melhor prestação jurisdicional por parte dos Tribunais, de forma mais consonante com a Constituição Federal, e com uma satisfação maior por parte dos jurisdicionados.

Além disso, as ferramentas têm o poder de superar a jurisprudência defensiva como entrave para o conhecimento de recursos.

Isso porque, as Cortes Superiores não mais precisam recorrer a um formalismo exagerado com vistas a barrar pleitos recursais. Com a fixação de entendimentos qualificados e vinculantes, matérias controversas tendem a ser tratadas isonomicamente, garantindo a segurança jurídica e a pacificação social (fator preponderante na interposição de recursos e no conseqüente aumento do estoque processual dos tribunais).

CONCLUSÃO

Com o passar do tempo, o STF se deparou com um grande aumento no número de recursos que ali chegavam, resultando na chamada "Crise do Supremo".

Em resposta, o Constituinte originário instituiu, através da Carta Republicana de 1988, o Superior Tribunal de Justiça, com a missão de ser o guardião da Justiça no que concerne às causas infraconstitucionais federais.

Ocorre, contudo, que, após a sua criação, o STJ passou a enfrentar o mesmo problema que ocasionou a sua criação: um excessivo número de recursos. Diante disso, a Corte passou a adotar um exame muito mais restritivo na admissibilidade dos recursos especiais.

Tal prática restou conhecida como jurisprudência defensiva, que nada mais é, portanto, que um conjunto de impedimentos ao conhecimento de recursos, em absoluta contrariedade ao princípio da instrumentalidade do processo.

Desde o início, já pode se afirmar que a jurisprudência defensiva viola direito fundamental. O artigo 5º, XXXV, da CF, ao prever que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*" consagrou como direito fundamental o acesso à justiça.

O princípio constitucional do acesso à justiça assegura a todos os cidadãos o direito de socorrer-se ao judiciário sempre que sofrerem lesão ou ameaça ao seu direito.

Portanto, a utilização de um conjunto de entendimentos (jurisprudência defensiva) consubstancia um formalismo exagerado que acaba por afastar direito constitucional estampado no art. 5º da CF/88.

Ademais, as causas da crise enfrentada atualmente pelo STJ são as mais diversas, e devem ser atacadas em diversas frentes, especialmente no que se refere à mentalidade da sociedade, de judicialização de todos os tipos de conflitos, e, também, na conscientização dos operadores do Direito, incluídos aí os advogados e os próprios magistrados.

O que não se pode admitir é a violação do direito fundamental do acesso à justiça na tentativa de controlar a numerosidade de recursos.

Como forma de sanar a polêmica, o vigente Código de Processo Civil buscou inserir na nova legislação processual alguns dispositivos voltados a eliminar esse fenômeno, de modo a garantir, sempre que possível, uma análise do mérito do recurso ou, mesmo, uma pacificação social que pudesse efetivamente extirpar o desejo litigante de manejar o recurso.

Assim, o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) buscou acabar com a jurisprudência defensiva, ou, ao menos diminuir a utilização deste fenômeno tão obstativo e sem qualquer respaldo legal.

A partir disso, concluiu-se que, mediante a implementação simultânea de todos os instrumentos disponibilizados pelo novo CPC, será viabilizada uma melhor prestação jurisdicional por parte dos Tribunais, de forma mais consonante com a Constituição Federal, e com uma satisfação maior por parte dos jurisdicionados.

Além disso, as ferramentas têm o poder de superar a jurisprudência defensiva como entrave para o conhecimento de recursos.

Isso porque, as Cortes Superiores não mais precisam recorrer a um formalismo exagerado com vistas a barrar pleitos recursais. Com a fixação de entendimentos qualificados e vinculantes, matérias controversas tendem a ser tratadas isonomicamente, garantindo a segurança jurídica e a pacificação social (fator preponderante na interposição de recursos e no conseqüente aumento do estoque processual dos tribunais).

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 12. ed. Bahia: JusPodium, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Jose Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **In: Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodium, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 49.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O CPC projetado, os recursos e o maior rendimento do processo**. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. et al. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ANÁLISE DO EVOLUTIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DO DIREITO AO ABORTO E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

DIMAIKON DELLON SILVA DO NASCIMENTO:

Pós-graduado em Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal pela FACULDADE ÚNICA. Pós-Graduado em Segurança Pública e Cidadania pela ASCES. Servidor Público do Tribunal Regional do Trabalho¹⁶⁵.

Resumo: O presente trabalho se propõe a realizar uma análise da constitucionalidade ou não do direito ao aborto lido à luz da Constituição da República. O tema possui tem uma grande sensibilidade por envolver diretamente direitos fundamentais que sofrem uma aparente colisão. A importância se confirma diante dos números apresentados pelo Governo Federal, que estipula em mais de um milhão de abortos ilegais praticados por ano, resultado em uma situação saúde pública. Desta forma, partindo de uma análise sob a égide dos direitos fundamentais à vida, à saúde e a dignidade humana, o trabalho se propôs, sem propósito de exaurir o tema, a examinar evolutivamente alguns julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 3510, ADPF 54 e a ADPF 442) acerca do aborto e sua relação com os direitos fundamentais, verificando-se pelo reconhecimento da constitucionalidade da prática abortiva frente a ponderação de valores inerentes e prevalentes à condição humana da mulher.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito à vida. Constitucionalidade. Aborto.

Introdução

O Ministério da Saúde entende como aborto a interrupção da gestação antes do período perinatal, entre a vigésima e a vigésima segunda semana, com a eliminação do produto da concepção pesando menos do que 500g, independentemente de sinais vitais¹⁶⁶.

O tema, em termos de legislação infraconstitucional, é tratado no âmbito criminal pelo Código Penal que tipifica como crime a prática abortiva, trazendo algumas situações que excluem sua ilicitude.

165 E-mail: dimaikon@hotmail.com

166 Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento.pdf>

Entretanto, a jurisprudência, através do Supremo Tribunal Federal vem debatendo outras possibilidades de praticar o aborto e sua relação com os direitos fundamentais, verificando-se pelo reconhecimento da constitucionalidade da prática abortiva frente a ponderação de valores inerentes e prevalentes à condição humana da mulher.

Desta forma, o presente trabalho se propõe a realizar uma análise sobre constitucionalidade ou não do direito ao aborto lido à luz da Constituição da República.

O tema possui tem uma grande sensibilidade por envolver diretamente direitos fundamentais que sofrem uma aparente colisão. A importância se confirma diante dos números apresentados pelo Governo Federal, que estipula em mais de um milhão de abortos ilegais praticados por ano, resultado em uma situação saúde pública.

De um lado é incontroverso que o direito a vida daquele está sendo gerado possui grande relevância jurídica e proteção constitucional, mas o cerne da questão parece está ligado ao limite entre esse direito e os direitos fundamentais da mulher que está gerando, visto que também merece proteção estatal.

Desta forma, o estudo se propõe a viabilizar um debate sobre a ponderação desses direitos fundamentais e a consequente constitucionalidade da prática abortiva, sem esquecer de fazer um breve apanhado sobre a situação do tema no âmbito internacional.

Assim, sem pretender o esgotamento do tema, mas fazendo uma incursão documental doutrinária e jurisprudencial, o presente trabalho se põe mais um instrumento acadêmico na busca de aclarar esse tema que causa grande divergência tanto no âmbito das instituições como na sociedade como um todo.

Desenvolvimento

No Brasil, como não há legislação sobre o aborto e a regulação para sua prática, foi no âmbito da jurisprudência que se construiu alguns parâmetros mínimos sobre o tema, não de forma exaustiva, mas que orienta, de certa forma, como deve ser observado e respeitado os direitos fundamentais que possuem relação ao tema.

Desta forma, é no Supremo Tribunal Federal, que buscou-se a fonte que compreensão acerca dos direitos fundamentais, em especial o direito à vida e sua relação direta com o aborto à luz de sua (in)constitucionalidade.

Antes, portanto, de adentrar a análise dos julgados especificamente é pertinente analisar que a questão se encontra dentro os demais em que o tribunal constitucional exerce a função de ativismo judicial contramajoritário.

O termo ativismo judicial, conforme a doutrina, é caracterizado quando há uma participação de forma mais intensa do judiciário na concretização de valores e direitos previstos nas normas constitucionais.

Essa postura do poder judiciário ocorre quando o poder executivo e legislativo, que seriam os titulares primários para a função, por vezes, não correspondem as perspectivas da população como todo (quando o ativismo é majoritário), mas também se dá quando busca atender os próprios valores definidos na constituição (no ativismo contramajoritário).

Os julgados que passarão a ser analisados refletem bem essa ideia. Ao declarar a inconstitucionalidade de um ato ou impor condutas aos demais poderes está, o Supremo Tribunal Federal, impondo a maioria o que não necessariamente reflete o desejo e a crença dessa mesma maioria.

O caráter contramajoritário das cortes constitucionais é fundamentado pela doutrina, tendo como parâmetro o período pós segunda guerra mundial. Nesse período, houve a prática de grandes atrocidades por governantes de forma legítima, em termos de notação, tendo assim, as constituições modernas atribuído as cortes constitucionais a tarefa de ponderar os interesses das minorias, quando estas se mostrarem compatíveis com a constituição, mesmo em desfavor do interesse na maioria (SARMENTO, 2009).

Desta forma, a função seria de defender os direitos fundamentais e a reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem derrubados por deliberação majoritária e a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos, inclusive da maioria derrotada (BARROSO, 2015).

Assim iremos analisar o julgamento da ADI 3510 que tratou da Lei de Biossegurança. Também será objeto de estudo a ADPF 54, que julgou a interrupção da gestação de feto anencefálico. Também merece atenção, tendo uma grande relevância no direito penal, a ADPF 442 que tratou da descriminalização do aborto nas doze primeiras semanas de vida.

O primeiro julgado paradigma merece análise, por sua relevância, a ADI N° 3.510 do Distrito Federal, teve como objeto a Lei 11.105/05, Lei de Biossegurança, especificamente o seu artigo 5º.167

A legislação em análise, surge devido aos avanços tecnológicos de engenharia genética, em especial, as pesquisas com células-troncos embrionárias, trazendo para o cenário a discussão acerca da constitucionalidade da manipulação dessas células e por conseguinte o momento em que a vida teria seu início.

Houve, nesse diapasão, a primeira audiência pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com a presença de grandes representantes da sociedade civil, dentre os quais, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos (CDH), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), Movimento em Prol da Vida (MOVITAE) e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

Na ocasião, a maioria dos ministros, ao proferirem seus votos, abordaram as teorias acerca do início da vida humana de forma não exaustiva. Nas palavras do relator:

No que concerne à utilização de argumentos científicos como forma de fundamentar decisões judiciais, é possível conferir no caso em estudo a preferência pelas teorias científicas sobre outras formas de conhecimento humano, malgrado tenha se constatado que a ciência é por si só incapaz de definir com precisão um marco para o início da vida humana. Logo, não se defende a posição de que a ciência seja excluída da apreciação do STF nos casos pertinentes, mas simplesmente que não se converta no único critério utilizado para uma decisão acertada. Dentre as teorias apresentadas pelos

167 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 no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

cientistas, infere-se que aquela que foi defendida por mais vezes pelos ministros condiciona a implantação do embrião no útero materno para que a vida humana tenha início, qual seja a teoria da nidação. Cabe aqui frisar novamente que esta e todas as outras teorias são aceitas da mesma forma pela biologia e pela medicina. Assim, questiona-se por qual motivo essa foi justamente a preferida dos ministros. Talvez porque ela possa coexistir sem empecilhos com as pesquisas com células-tronco embrionárias, já que não implicaria na morte de seres humanos, visto que para a teoria da nidação ainda não existiria vida nos embriões crioconservados. (PRESGRAVE, 2018)

O Supremo Tribunal Federal, julgou improcedente a ação, autorizando, desta forma, a pesquisa e terapia com o uso de células-tronco embrionárias, sob fundamento de que tais manipulações não afrontam o direito à vida, nem tampouco os demais princípios constitucionais, em especial a dignidade da vida humana. (PRESGRAVE, 2018).

O segundo julgado objeto de análise, pela relevância com o tema, é a ADPF N° 54 do Distrito Federal, que pleiteou no mérito a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nomeadamente nos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencefálico, previamente diagnosticada.

Fazendo uma breve síntese dos argumentos trazidos em audiência no Supremo Tribunal Federal, apontou-se favoravelmente que atualmente a ciência possui meios eficazes de diagnóstico da viabilidade humana, além de invocar a ilegitimidade da imposição coletiva de uma determinada doutrina moral ou religiosa além dos impactos mentais causados por uma gravidez de feto inconciliável com a vida.

Por outro lado, foi defendido em sentido oposto, que seria impossível ofertar, no atual estágio da ciência, uma certeza absoluta sobre o diagnóstico preciso de morte encefálica, além do fato de que a autorização precoce do parto do anencefálico pode desencadear uma majoração de interrupções de gestação por motivos de eugenia. (PIRES, 2013).

Dados demonstram que:

Entre 2001 e 2006, os tribunais de Justiça do País receberam 46 pedidos de interrupção da gravidez de anencéfalos. Em 54% dos casos, a decisão foi favorável à mulher, permitindo o procedimento. Em outros 35% o pedido foi negado. Nas demandas restantes, o

tempo para decisão foi tão longo que o feto morreu antes. Os dados são de estudo inédito realizado pelo Programa de Apoio a Projetos em Sexualidade e Saúde Reprodutiva (Prosare), ligado ao Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap). Atualmente, nos países da América do Norte, Europa e parte da Ásia é permitido o aborto em todos os casos de malformações incompatíveis com a vida. Desde 2003, a Argentina tem lei semelhante. A proibição permanece em países muçulmanos, em parte da África e da América Latina, segundo relatório da Organização Mundial da Saúde ((PRESGRAVE, 2018).

Assim o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade da interrupção da gestação do feto anencefálico como conduta tipificada no código penal, homenageando a liberdade sexual e reprodutiva da mulher, a dignidade humana e a autodeterminação.

Nesse julgado, a corte constitucional não afastou o direito do feto à vida e ao desenvolvimento, mas quando impedido de se desenvolver devido a características biológicas que não condizem com a vida prevalece o direito da gestante de escolher continuar com a gestação ou não.

Por fim, o último julgado a ser analisado, a ADPF N° 442 do Distrito Federal, movida pelo Partido Socialismo e Liberdade, o PSOL, que requereu a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal, afastando sua aplicação quando a interrupção da gravidez teve ocorrido até a décima segunda semana de gestação, utilizando como fundamento criminalizar o aborto nessas circunstâncias, ferindo os direitos fundamentais das mulheres, pleiteando o reconhecimento do direito constitucional de interrupção da gestação e sua autonomia familiar.

Ainda não houve julgamento do mérito, estando o processo em fase de habilitação para discussão sobre a temática e posterior conclusão para relatório.

Conclusão

O presente trabalho analisou o direito ao aborto e sua constitucionalidade tomando como parâmetro os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, no intuito de responder se a prática abortiva possui coerência com a ordem constitucional atual.

Em uma análise evolutiva do do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, quando dos julgamentos da ADI 3510, ADPF 54 e a ADPF 442, pode-se concluir

que a criminalização do aborto antes do início das atividades cerebrais viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que obedece ao núcleo essencial da liberdade individual, resguardada pelo princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88).

Ignorar essa realidade é aceitar que a população, em especial aquelas que não possuem estrutura financeira e social, se veja forçada, por vezes, a se submeter a tratamentos precários, que partem da ingestão de substâncias venenosas até mesmo a introdução de objetos no útero da mulher.

A mulher goza de autonomia e autodeterminação em relação ao seu corpo e essa decisão deve ser lida a luz dos direitos fundamentais, sendo constitucional a liberdade em determinar o aborto no período em que a vida intrauterina não se determina por si só.

Se antes do início das atividades cerebrais não há efetiva vida humana, conforme a teoria supracitada, impor a mulher a manutenção da gestação em período anterior aos três meses de vida constitui também violação aos direitos de liberdade em sua autodeterminação e planejamento familiar, seu direito à saúde enquanto preservação de seu bem estar físico e mental, e em última análise afronta a sua própria dignidade humana

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIRES, Teresinha Inês Teles. **Uma abordagem interpretativa dos fundamentos jurídicos do julgamento da ADPF 54: dignidade humana, liberdade individual e direito à saúde**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, 2013.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello; CAMPOS, Daniela Vaz. A Abertura Democrática do Supremo Tribunal Federal: **A Influência da Audiência Pública no Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3510**. Disponível em: <https://www.oabrn.org.br/downloads/revista/rev_parlatorio_nov2017_WEB.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

_____, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades.** In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: IMPORTÂNCIA, REQUISITOS E APLICABILIDADE NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM SITUAÇÕES DE REINCIDÊNCIA OU REITERAÇÃO CRIMINOSA

IRINEU SIQUEIRA LEITE: Escrevente Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Ex-Assistente Judiciário. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduado em Direito Processual Civil e Direito Público. Pós-graduando em Direito Penal e Direito Processual Pena¹⁶⁸.

RESUMO: O presente trabalho trata de estudo acerca do princípio da insignificância, sua importância como instrumento de política criminal, seus requisitos e a evolução da jurisprudência no âmbito dos Tribunais Superiores, especificamente no que diz respeito ao reconhecimento – ou não – da insignificância em situações de reincidência ou reiteração criminosa.

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Evolução da jurisprudência. Reiteração Criminosa.

Introdução

O princípio da insignificância – ou bagatela – é instituto de extrema relevância para o direito penal, sobretudo por possibilitar uma “filtragem” de práticas delituosas que merecem, de fato, a atenção e a intervenção estatal.

Toda prática delituosa possui um grau de reprovabilidade, seja ela insignificante ou grave. No entanto, existem delitos e/ou infrações penais que são tão irrelevantes, do ponto de vista jurídico, que não justificam a movimentação da máquina estatal, já tão saturada pelos “graves problemas” da sociedade.

Daí o surgimento do princípio da insignificância como importante mecanismo orientador de aplicação do direito penal, criando aos aplicadores do direito — sobretudo julgadores – a incumbência de analisar a prática delituosa não apenas sob o aspecto formal, mas também material.

168 E-mail: juniordireito64@gmail.com

O objetivo do presente trabalho é propor uma análise desse importante instrumento limitador do *jus puniendi* estatal e a sua aplicação no âmbito dos Tribunais Superiores em relação a reincidentes e infratores habituais, buscando, modestamente, orientar a sua correta utilização e aplicação pelos operadores do direito.

Aspectos gerais e vetores de aplicação do princípio da insignificância

O princípio da insignificância nada mais é do que um desdobramento lógico do princípio da fragmentariedade, que pressupõe a criminalização apenas de condutas direcionadas a bens jurídicos de maior relevância e somente quando houver grave lesão ou perigo de lesão a esses bens jurídicos.

O direito penal, como *“ultima ratio”* que é, não deve se ocupar de condutas irrelevantes, sem nenhuma ou com pouca capacidade de ofensa ao bem jurídico tutelado. Deve, ao revés, ser acionado somente quando indispensável à manutenção ou restauração da paz social, limitando-se à coibição e repressão de comportamentos efetivamente graves e causadores de risco concreto à ordem social.

É a partir dessa ideia que surge o princípio da insignificância, com o objetivo de restringir a interpretação da lei penal, limitando a sua aplicação apenas aos fatos materialmente típicos, capazes de atingir de forma relevante os bens jurídicos mais caros – essenciais – à sociedade.

Nesse sentido, é o que explica o jurista Vico Mañas (1994, p. 81):

Como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da desnecessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

Quer-se dizer: o que o princípio da insignificância busca fazer é mitigar a aplicação do direito penal, com o intuito de excluir da sua incidência condutas que, embora formalmente típicas, não possuem, no caso concreto, aptidão para causar lesão ao bem jurídico tutelado.

É que, segundo Cleber Masson (2019, p. 153), crime *“é toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados”*. Logo, se não há lesão – e nem risco de lesão – ao bem jurídico tutelado, não há que se falar em

crime propriamente dito. A conduta, mesmo que prevista como um tipo penal (juízo de tipicidade formal), não tem relevância jurídica, sendo, pois, materialmente atípica.

Assim, pode-se afirmar que o princípio da insignificância impõe o acréscimo de mais uma etapa ao juízo de tipicidade, demandando, para além do juízo de tipicidade legal do fato, a análise casuística do potencial lesivo da conduta a bens jurídicos relevantes (tipicidade material).

Em outras palavras: é pressuposto que a conduta, para ser considerada criminosa, não apenas esteja prevista na lei como crime; é preciso que, para além disso, seja capaz de oferecer risco concreto e acentuado ao bem jurídico protegido pela norma penal. Sem essa subsunção do fato ao duplo juízo de tipicidade (formal e material), não há propriamente crime. O fato é atípico, ao menos sob a perspectiva material.

É essa a posição adotada por Roxin e, majoritariamente, aceita no Brasil. É, também, o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, conforme destaca Cintra (2011) em sua obra intitulada “Aplicabilidade do Princípio da insignificância aos Crimes que Tutelam Bens Jurídicos Difusos”.

É evidente, assim, a grande importância desse princípio na aplicação do direito penal, servindo, pois, como instrumento de concretização do direito penal como “*ultima ratio*” e, por conseguinte, dos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e da intervenção mínima, que norteiam esse importante ramo do direito.

Todavia, a fim de se evitar a aplicação indiscriminada desse importante instrumento de interpretação do tipo penal – fato que ensejaria em sentimento de impunidade à sociedade e, como consequência, risco de ruptura do próprio pacto social –, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal alguns requisitos essenciais – verdadeiros vetores – limitadores da sua aplicação. São eles: mínima ofensividade da conduta, total ausência de periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressiva lesão jurídica (RHC 113.381/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 20/2/2014).

Trata-se de requisitos cumulativos que devem ser analisados a partir do caso concreto e, notadamente, sob a perspectiva da vítima.

Ora, o furto de uma lata de leite em pó de um grande supermercado, cometido por razões famélicas (furto famélico), é diferente do mesmo furto praticado contra um pai de família, hipossuficiente, que tinha a lata de leite como único alimento para o seu filho. É óbvio, nesse exemplo, que o pai de família, diferentemente do grande supermercado, sofreu lesão jurídica expressiva em seu patrimônio.

Quer-se dizer: embora idênticas as condutas no exemplo acima apresentado, o resultado foi substancialmente mais danoso para o pai de família (se em comparação com o supermercado). Por conseguinte, afastar-se-ia a aplicação do princípio da insignificância, mesmo sendo irrisório o valor efetivo do bem subtraído, diante da ausência do requisito da inexpressiva lesão jurídica. Essa é a essência da compreensão acerca da existência – ou não – de tipicidade material da conduta.

A insignificância na jurisprudência dos Tribunais Superiores em situações de reiteração delitiva

Importante questão controversa sobre a aplicação do princípio da insignificância é se o referido instituto é cabível – ou não – em situações de reincidência ou reiteração criminosa.

Durante um tempo, prevaleceu no âmbito do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a reincidência ou a habitualidade delitiva comprovada impediam a aplicação do princípio da insignificância, a exemplo dos seguintes julgados:

(...) A reiteração delitiva, comprovada pela certidão de antecedentes criminais do paciente, impossibilita a aplicação do princípio da insignificância. (...) (STF. 1ª Turma. HC 109705, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/04/2014).

(...) Sentenciados reincidentes na prática de crimes contra o patrimônio. Precedentes do STF no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada. (...) (STF. 2ª Turma. HC 117083, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/02/2014).

"o princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimas, isoladas, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal" (STF. 1ª Turma. HC 102.088/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 21/05/2010).

Havia, porém, uma segunda corrente jurisprudencial e doutrinária que admitia a aplicação do instituto mesmo em benefício do réu reincidente, desde que presentes os vetores fixados no julgamento do RHC 113.381/RS, já destacados acima.

Fato é que, no julgamento conjunto dos HCs 123.108, 123.533 e 123.734 (Rel. Min. Roberto Barroso), o Plenário da Suprema Corte pacificou o entendimento de que, em se tratando do delito de furto simples, a reincidência não é óbice, por si só, para o reconhecimento da atipicidade material da conduta, à luz dos elementos do caso concreto.

Desde então, é o entendimento que prevalece no Supremo Tribunal Federal em suas duas Turmas, notadamente quando se trata do delito de furto simples – mas não apenas –, evidenciada a mínima lesividade da conduta.

Não é que o Supremo Tribunal Federal deixou de considerar a reincidência e/ou histórico criminoso do agente na análise do cabimento – ou não – do princípio da insignificância. Muito pelo contrário, no próprio julgado em questão – especificamente no HC 123.108 – ficou assentado que a *"aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (conglobante), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados"*.

Ou seja: segundo o entendimento atual e consolidado do Supremo Tribunal Federal, para a análise do cabimento – ou não – do princípio da insignificância, devem ser considerados a lesividade concreta da conduta e o histórico delituoso do agente. Ainda que não determinantes, é imperioso que tais aspectos sejam sopesados no juízo decisório, cujo resultado dependerá das peculiaridades do caso concreto. É, em suma, o que estabeleceu o STF.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o tratamento dado à questão não foi muito diferente.

Tal como no Supremo Tribunal Federal inicialmente, prevaleceu na 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a reincidência e a reiteração delitiva impossibilitavam a aplicação do princípio da insignificância.

Todavia, em julgado da 6ª Tuma do Superior Tribunal de Justiça, foi reconhecida a aplicação do princípio da insignificância em benefício de um agente que ostentava antecedentes criminais e uma condenação transitada em julgado, diante da falta de lesividade efetiva e concreta da conduta, consubstanciada na tentativa de furto de chocolates, avaliados em R\$ 28,00, pertencentes a um supermercado e integralmente recuperados.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. TENTATIVA DE FURTO SIMPLES. BENS DE PEQUENO VALOR RESTITUÍDOS À VÍTIMA. REGISTRO DE ANTECEDENTE CRIMINAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 1. O habeas corpus tem suas hipóteses de cabimento restritas, não devendo vir como sucedâneo do meio próprio cabível. 2. Mesmo diante de writ manifestamente incabível, ao se deparar com evidente coação ilegal, cabe ao Superior Tribunal de Justiça expedir ordem de ofício. 3. A intervenção do Direito Penal há de ficar reservada para os casos realmente necessários. Para o reconhecimento da insignificância da ação, não se pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. Todas as peculiaridades do caso concreto devem ser consideradas, por exemplo, o grau de reprovabilidade do comportamento do agente, o valor do objeto, a restituição do bem, a repercussão econômica para a vítima, a premeditação, a ausência de violência, o tempo do agente na prisão pela conduta etc. 4. Nem a reincidência nem a reiteração criminosa, tampouco a habitualidade delitiva, são suficientes, por si sós e isoladamente, para afastar a aplicação do denominado princípio da insignificância. 5. Na espécie, as oito barras de chocolate foram integralmente restituídas ao supermercado vítima da tentativa de furto, e, não obstante a certidão de antecedentes criminais indicar uma condenação transitada em julgado em crime de mesma natureza, a conduta do paciente não traduz lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem expedida de ofício, extinguindo-se a ação penal (HC 299.185-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 9/9/2014).

Diante da divergência, a questão foi levada à debate na Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EAREsp n. 221.999, que assim definiu:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. CRIME DE FURTO. REITERAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE OU NÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE QUINTA E SEXTA TURMAS. 2. VERDADEIRO BENEFÍCIO NA ESFERA PENAL. RISCO DE MULTIPLICAÇÃO DE PEQUENOS DELITOS. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO CASO CONCRETO. 3. AGENTE REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES.

INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RESSALVA DO CASO CONCRETO. MEDIDA QUE PODE SE MOSTRAR SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. 4. ANÁLISE FÁTICA E PROBATÓRIA. COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 5. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Furto: embora existam vetores que orientam o exame da conduta e do comportamento do agente, bem como da lesão jurídica provocada, não há consenso sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância nos casos em que fica demonstrada a reiteração criminosa. Para a Sexta Turma, o passado delitivo não impede a aplicação da benesse; para a Quinta Turma, entretanto, as condições pessoais negativas do autor inviabilizam o benefício. 2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, no caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é reincidente e possui maus antecedentes não faz jus a benesses jurídicas. 3. Nesse encadeamento de ideias, entendo ser possível firmar a orientação no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável. 4. Apenas as instâncias ordinárias, que se encontram mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário, têm condições de realizar o exame do caso concreto, por meio da valoração fática e probatória a qual, na maioria das vezes, possui cunho subjetivo, impregnada pelo livre convencimento motivado. Dessa forma, não tendo as instâncias ordinárias apresentado nenhum elemento concreto que autorizasse a aplicação excepcional do princípio da bagatela, entendo que deve prevalecer o óbice apresentado nos presentes autos. 5. Acolhidos os embargos de divergência para reformar o acórdão embargado, dando provimento ao agravo regimental para dar provimento ao agravo em recurso especial, reformando o acórdão do Tribunal de origem para cassar a sentença absolutória, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau, para que, superada a insignificância,

prossiga na instrução, se necessário, ou no julgamento da ação penal (EAREsp 221.999/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015).

Assim, pacificou-se no âmbito no STJ que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

Conclui-se, portanto, que tanto no âmbito no Supremo Tribunal Federal quanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que a reincidência não impede, por si só, a aplicação do princípio da insignificância, observadas as peculiaridades do caso concreto, a recomendar – ou não – a aplicação da medida.

Em outras palavras: a reiteração criminosa pode, sim, inviabilizar a aplicação do princípio da insignificância, à luz da jurisprudência do STF e do STJ. Todavia, há que se considerar, para além do histórico delitivo do agente, as peculiaridades do caso concreto, para aferir se, a despeito da reincidência, é possível – ou não – a aplicação do princípio, considerando-se “a medida socialmente recomendável” ao caso. É o que, em breve síntese, definiram os Tribunais Superiores.

Conclusão

Pode-se afirmar tratar-se o princípio da insignificância de importante instrumento de política criminal, funcionando como verdadeiro limitador do “*jus puniendi*” estatal frente a condutas supostamente delituosas, mas sem nenhuma – ou pouca – capacidade de causar lesão a bens jurídicos relevantes, penalmente tutelados.

No âmbito dos Tribunais Superiores, é notória a evolução da jurisprudência sobre a matéria. Conforme destacado acima, tanto o STF quanto o STJ passaram a entender que a reincidência não impede, por si só, que se reconheça a insignificância penal da conduta à luz dos elementos do caso concreto. Reconheceram a aplicação da insignificância mesmo em favor de agentes reincidentes, desde que socialmente recomendável a medida. A evolução da jurisprudência no âmbito dos Tribunais Superiores é cristalina, portanto.

Em suma, é evidente a relevância do princípio da insignificância no direito penal, atuando como importante mecanismo de contenção do poder punitivo estatal. Aliado a outros recursos, auxilia na redução do encarceramento em massa, que hoje é o mais grave problema de Direitos Humanos enfrentado pelo Estado brasileiro. Daí a importância na correta aplicação desse relevante instituto descriminalizador, a evitar o apenamento de condutas indiferentes – sob a perspectiva material – aos bens jurídicos penalmente tutelados.

Referências

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 299.185-SP. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Data do julgamento: 9/9/2014. DJe de 25/9/2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1347984&num_registro=201401734255&data=20140925&formato=PDF>. Acesso em: 1º nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EAREsp 221.999-RS. Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Terceira Seção. Data do julgamento: 11/11/2015. DJe de 10/12/2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1440411&num_registro=201301485649&data=20151210&formato=PDF>. Acesso em: 1º nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 113.381-RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Data do julgamento: 25/6/2013. Data da Publicação: DJe de 20/2/2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305964>>. Acesso em: 1º nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 123.108-MG. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 3/8/2015. Data da Publicação: DJe de 1/2/2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>>. Acesso em: 1º nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 123.533-SP. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 3/8/2015. Data da Publicação: DJe de 18/2/2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10288670>>. Acesso em: 1º nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 123.734-MG. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 3/8/2015. Data da Publicação: DJe de 2/2/2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10179638>>. Acesso em: 1º nov. 2023.

CINTRA, Adjair de Andrade. Aplicabilidade do Princípio da insignificância aos Crimes que Tutelam Bens Jurídicos Difusos. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011.

MAÑAS, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva 1994.

MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. v. 1.

TRANSFUSÃO DE SANGUE EM CRIANÇA OU ADOLESCENTE: DIREITO À VIDA *VERSUS* LIBERDADE RELIGIOSA

JÉSSICA RENATA GOMES PEREZ:
graduada pela Universidade Estadual do
Mato Grosso do Sul¹⁶⁹.

RESUMO: Tema de constante interesse ao longo da história, a religião e os outros institutos que a perpassam, como, por exemplo, a liberdade religiosa e o direito à vida, estão recebendo cada dia mais atenção e interesse, não somente no ambiente acadêmico, mas na sociedade de modo geral. A questão peculiar que envolve os praticantes da religião Testemunha de Jeová ganha relevância quando se trata da não opção de receber transfusão de sangue, especialmente quando se envolvem crianças e adolescentes, que são incapazes perante a legislação brasileira. Assim, muitas demandas jurídicas têm chegado até o Poder Judiciário, a fim de se buscar uma resposta a tais conflitos. Nesse sentido, este trabalho tem entre seus objetivos discutir o tema da liberdade religiosa e o direito à vida, quando se trata de menores de idade que necessitam de transfusão de sangue como tratamento único para sobrevivência.

PALAVRAS-CHAVE: Transfusão de sangue. Testemunha de Jeová. Criança e adolescente. Direito à vida. Liberdade religiosa.

1.INTRODUÇÃO

A discussão acerca da realização ou não de transfusão de sangue em pessoas adeptas à religião Testemunha de Jeová sempre causou enormes debates, especialmente quando se tratam de crianças ou adolescentes, pois são considerados, respectivamente, totalmente e relativamente incapazes perante a legislação brasileira.

De início, tem-se um conflito entre o direito à vida, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e o direito à liberdade religiosa, também estabelecido no art. 5º, inciso VI, da Carta Magna.

Em consequência, muitos casos têm chegado até o Poder Judiciário a fim de se estabelecer limites a tais princípios, utilizando-se, para tanto, a regra que garanta o melhor interesse da criança e do adolescente.

169E-mail: jessycahilaryo@gmail.com

Não se pode negar que todo ser humano tem como direito fundamental a liberdade religiosa e isso inclui a liberdade de credo e de culto, bem como de reger sua vida de acordo com suas crenças e convicções pessoais. Ocorre que, quando se envolve criança ou adolescente, é preciso preponderar que os menores possuem prioridade absoluta, conforme previsto no art. 227 Constituição Federal de 1988.

Assim, faz-se necessário analisar os limites do direito a não transfusão de sangue quando se trata de um paciente menor de idade e que esteja sob a tutela dos pais ou responsáveis, especialmente quando houver eminente risco de morte e não existir outras opções de tratamento médico.

Baseado nesse conflito, o presente trabalho buscará desenvolver a temática por meio de consultas a bibliografias, legislação vigente e decisões judiciais.

2. (IN)CAPACIDADE DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O conceito de criança e adolescente está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 2º, que estabelece: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade.”

Por sua vez, o art. 1º do Código Civil entrosou o conceito de capacidade com o de personalidade, ao declarar que toda “pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Pode-se falar que a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada.

No direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer, capazes de adquirir direitos. Há, portanto, somente incapacidade de fato. A incapacidade é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra.

O Código Civil, no art. 3º, estabelece que os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes. Já no art. 4º diz que são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de exercê-los, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Nesse sentido, o absolutamente incapaz precisa ser representado pelos pais, tutores ou curadores em seu exercício civil. Já no caso de incapacidade relativa, a criança ou adolescente precisa ser assistidos pelos pais, tutores ou curados perante seus atos civis.

Assim, vê-se o papel essencial dos responsáveis pelas crianças e adolescentes diante de decisões importantes, como a realização ou não de transfusão de sangue.

3. RELIGIÃO TESTEMUNHA DE JEOVÁ

A religião, ao contrário do que já foi prognosticado, parece não ter perdido o interesse tanto acadêmico, quanto político, social ou cultural. Aliás, ela está presente entre os temas centrais destes debates, especialmente no que diz respeito à leitura crítica do papel público e político das religiões.

Antes de adentrar em qualquer conflito ou discussão a respeito das crenças das Testemunhas de Jeová, faz-se necessário compreender quem são e quais as crenças que as levam a recusar veementemente as transfusões de sangue.

De início, as Testemunhas de Jeová surgiram nos Estados Unidos, no estado da Pensilvânia em 1870, onde foi formado um grupo de estudos da Bíblia encabeçado por Charles Russel, recebendo inicialmente a alcunha de Estudos Bíblicos Aurora do Milênio.

As Testemunhas de Jeová encontram na Bíblia Sagrada o suporte necessário para sua convicção e posicionamento a respeito da transfusão de sangue, senão vejamos:

Gênesis 9: 3-6: 3 Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo, 4 Somente a carne com a sua alma – seu sangue – não deveis comer. 5 E, além disso, exigirei de volta vosso sangue das vossas almas. Da mão de cada criatura vivente o exigirei de volta; e da mão do homem, da mão de cada um que é seu irmão exigirei de volta a alma do homem. 6 Quem derramar o sangue do homem, pelo homem será derramado o seu próprio sangue, pois a imagem de Deus fez ele o homem.

Levítico 17:14: Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne, porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepado da vida.

No mesmo sentido, as Testemunhas de Jeová argumentam que o sangue representa a alma e a vida, pertencendo somente a Deus. Assim, ao dar a lei indicada acima ao povo de Israel, Ele demonstrou a enorme importância que dá ao sangue. Outro ponto de grande relevância levantado hodiernamente pelas Testemunhas de Jeová como justificativa para a recusa do sangue, diz respeito à qualidade deste tratamento, o qual envolve demasiados riscos adicionais à saúde do paciente.

Segundo Maria Helena Diniz (2001, p. 204):

A seita Testemunhas de Jeová acredita que o sangue é a alma do homem, por esse motivo o sangue de outro homem não deve ser ingerido e nem recebido pelas veias. Para os seguidores desta seita, fazer a transfusão é violar a lei de Jeová.

Portanto, receber a transfusão de sangue para esta religião é violar suas próprias crenças.

4. LIBERDADE RELIGIOSA VERSUS DIREITO À VIDA

A Constituição Federal de 1988 assegura a liberdade religiosa, declarando ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”. Além disso, consagra a separação entre Igreja e Estado (CF, art. 19, inciso I), delegando uma autonomia às organizações religiosas.

José Afonso da Silva (2003), ao estudar o assunto, divide a liberdade religiosa em três categorias: (a) a liberdade de crença; (b) a liberdade de culto; (c) a liberdade de organização religiosa. Segundo o conceito de Pinto Ferreira (2014, p. 205), “a liberdade religiosa é o direito que tem o homem de adorar a seu Deus, de acordo com a sua crença e seus cultos”. Além disso, pode-se entender também que a liberdade religiosa garante que determinada pessoa se abstenha de ter uma religião como, por exemplo, ateus e agnósticos.

Hoje, a liberdade religiosa é um direito fundamental consagrado nas constituições democráticas de vários Estados e nos principais tratados internacionais de direitos humanos. Assim, não é apenas um direito natural, sem força jurídica vinculativa. É uma realização sem a qual não poderia ter a paz social, nem associação harmoniosa entre os vários grupos religiosos existentes na sociedade, incluindo ateus e agnósticos.

Neste sentido Alexandre de Moraes leciona que “o constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual”.

Ademais, no que tange à criança e ao adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu art. 16, inciso III, prescreve:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

III - crença e culto religioso;

Ou seja, o direito à liberdade religiosa, garantido constitucionalmente no art. 5º, foi estendido também à criança e ao adolescente.

Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente perfilha a doutrina da proteção integral, baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes.

A doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse são duas regras basilares do direito da infância e da juventude que devem permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes. Trata-se da admissão de prioridade absoluta dos direitos da criança e adolescente.

Consequentemente, o princípio do melhor interesse deve orientar o Estado-Juiz, sendo que o magistrado moderno da infância e da juventude deve fornecer uma aplicação da lei ao caso concreto de acordo com as reais necessidades da criança e do adolescente.

No mesmo caminho, o art. 17 do ECA prevê que “o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”, afirmando, portanto, que devem ser respeitada a posição das crianças, independentemente de serem ou não iguais a dos seus pais, sendo um dever do Estado garantir que os interesses das crianças e adolescentes sejam respeitados.

Desse modo tem-se um conflito entre os princípios da liberdade religiosa versus o direito à vida.

O direito à vida, consagrado constitucionalmente no *caput* do art. 5º, é essencial, uma vez que sem ele não há outros direitos a se preservar. Freitas e Guimarães definem a vida como “um direito fundamental, garantido constitucionalmente, como um bem inviolável, que está no ápice do ordenamento jurídico, protegido prioritariamente pelo Estado, uma vez que é um bem indisponível”.

No que tange a vida da criança e do adolescente, a Constituição de 1988 traz a previsão no art. 227, *caput*, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 7º, *caput*.

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Ao analisar os artigos, fica evidente a proteção especial que a vida da criança e do adolescente merece, tanto por parte dos pais como do Estado. Assim, diante da recusa dos pais em permitir que seu filho se submeta ao tratamento de transfusão de sangue, deve-se levar em consideração a situação peculiar das crianças e adolescentes.

Ademais, o direito à vida está previsto no art. 6º da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), sendo que tal direito originam obrigações de fazer. Logo, o Estado Social possui a incumbência de melhorar as condições do cidadão criança e adolescente.

Os direitos fundamentais, enquanto princípios que são, possuem como característica a relatividade, ou seja, por se tratarem de princípios constitucionalmente previstos, os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, sendo que em caso de tensão entre eles cabe o sopesamento de um sobre o outro, para que se decida qual o mais adequado ao caso concreto.

Na lição de Sarmiento (2006, p. 293):

Apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, Barroso (2009, p. 329) afirma que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”.

Por outro lado, no âmbito penal, dispensa-se a autorização judicial para realização de intervenção médica ou cirúrgica em caso de iminente perigo de morte, conforme previsto no art. 146, inciso I, parágrafo 3º, do Código Penal (CP):

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.

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

Trata-se, na verdade, na esfera penal, de causa excludente de tipicidade. Isto porque o médico, na realidade, estaria atuando em estado de necessidade, prevalecendo o bem jurídico vida sobre a liberdade religiosa.

No sistema jurídico brasileiro, tratando-se de crianças ou adolescentes que necessitem de transfusão de sangue, sendo os pais pertencentes à religião Testemunha de Jeová, tem-se garantido o direito à vida dos menores.

Neste sentido, mesmo contra a vontade dos pais, uma recém-nascida prematura de Goiânia recebeu transfusão de sangue. A determinação foi dada pelo juiz Clauber Costa Abreu, da 15ª Vara Cível e Ambiental, que deferiu liminar para autorizar o procedimento, a pedido da Maternidade Ela. Na decisão, o magistrado destacou que o direito à crença religiosa não deve se sobrepor à vida da criança. Veja:

Importante destacar que não se está a negar nega que as liberdades de consciência e de culto religioso sejam garantias fundamentais elencadas em nossa Carta Magna. Entretanto, o que se coloca em jogo, no caso, não é a garantia de um direito individual puro e simples, mas a garantia do direito de uma pessoa ainda incapaz, com natureza personalíssima e, portanto, irrenunciável. Merece lembrar aqui que os artigos 7º ao 14º do Estatuto da Criança e do Adolescente contemplam os direitos fundamentais da pessoa em desenvolvimento, no que pertine à vida e à saúde, sendo certo que tais premissas não podem ser ignoradas por aqueles que detém a responsabilidade de guarda. Tais direitos são superiores aos da liberdade de crença ou da escusa de consciência, sob pena de se admitir a perda do bem maior garantido pela Constituição, que é a

vida. Nesse passo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, entre o direito à crença religiosa dos pais da criança e o direito desta de acesso à saúde e a vida, deve prevalecer a garantia último. Ainda mais quando a fé professada pelos pais põe em risco a integridade física do filho incapaz, que não é apto a decidir por si. No caso concreto, a criança que se pretende proteger não detém capacidade civil para expressar sua vontade, pois ainda não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade, que por ora é substituída pela de seus pais, que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue, por motivos religiosos.

No mesmo sentido tem caminho outros tribunais brasileiros:

DIREITO À VIDA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DENUNCIÇÃO DA LIDE INDEFERIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E DIREITO À VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO QUANDO HÁ RISCO DE VIDA DE MENOR. VONTADE DOS PAIS SUBSTITUÍDA PELA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. O recurso de agravo deve ser improvido porquanto à denúncia da lide se presta para a possibilidade de ação regressiva e, no caso, o que se verifica é a responsabilidade solidária dos entes federais, em face da competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição federal, nas ações de saúde. A legitimidade passiva da União é indiscutível diante do art. 196 da Carta Constitucional. O fato de a autora ter omitido que a necessidade da medicação se deu em face da recusa à transfusão de sangue, não afasta que esta seja a causa de pedir, principalmente se foi também o fundamento da defesa das partes requeridas. A prova produzida demonstrou que a medicação cujo fornecimento foi requerido não constitui o meio mais eficaz da proteção do direito à vida da requerida, menor hoje constando com dez anos de idade. Conflito no caso concreto dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa. A liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, mas também a possibilidade de o indivíduo orientar-se segundo posições religiosas estabelecidas. No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das

implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar a saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento de medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor. (TRF4 - 3ª T. - Apelação Cível: AC 155 RS 2003.71.02.000155-6. Rel. Des. Vânia Hack de Almeida. Julgamento: 24/10/2006. Publ.: DJ 01/11/2006, pág. 686).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. Testemunha de Jeová. Recusa à transfusão de sangue. Risco de vida. Prevalência da proteção a esta sobre a saúde e a convicção religiosa, mormente porque não foi a agravante, senão seus familiares, que manifestaram a recusa ao tratamento. Asseveração dos responsáveis pelo tratamento da agravante, de inexistir terapia alternativa e haver risco de vida em caso de sua não realização. Recurso desprovido. (TJRJ - 18º C. Cív. - Agravo de Instrumento nº 2004.002.13229. Rel. Des. Carlos Eduardo Passos - Julgamento: 05/10/2004).

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Danos moral e material - Desrespeito a crença religiosa - Transfusão de sangue - Autora Testemunha de Jeová - Não cabimento - Intervenção médica procedida tão-somente após esgotados outros tratamentos alternativos - Prevalência da tutela à vida sobre suas convicções religiosas - Recurso não provido - JTJ 256/125
INDENIZATÓRIA - Reparação de danos - Testemunha de Jeová - Recebimento de transfusão de sangue quando de sua internação -

Convicções religiosas que não podem prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida - Conduta dos médicos, por outro lado, que se pautou dentro da lei e ética profissional, posto que somente efetuaram as transfusões sanguíneas após esgotados todos os tratamentos alternativos - Inexistência, ademais, de recusa expressa a receber transfusão de sangue quando da internação da autora - Ressarcimento, por outro lado, de despesas efetuadas com exames médicos, entre outras, que não merece acolhido, posto não terem sido os valores despendidos pela apelante - Recurso não provido. (TJSP - 3ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível nº 123.430-4 - Sorocaba - Rel.: Des. Flávio Pinheiro. Julgamento: 07/05/2002).

5. CONCLUSÃO

Atualmente, fica evidente que há um choque entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade de religiosa quando uma criança ou adolescente, por meio de seus pais ou responsáveis, se recusa a receber transfusão de sangue. A Constituição Federal assegura o direito à liberdade religiosa, sendo garantida a prerrogativa de ter uma vida conforme suas crenças pessoais.

Ocorre que, tratando-se de crianças e adolescentes, a liberdade religiosa não deve ser absoluta, sob pena de se violar o direito à vida. Deve-se priorizar a vida do paciente menor de idade, pois este não tem plena capacidade de decisão. Ademais, a própria Constituição Federal garante prioridade absoluta para crianças e adolescentes.

Além disso, ressalta-se que o Estado sempre deve buscar, antes de determinar medidas mais invasivas, como a transfusão de sangue, alternativas ao tratamento do paciente menor de idade, desde que sejam igualmente ou mais eficazes, garantindo que ambos os direitos fundamentais fossem efetivados, sem supressão de nenhum deles.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Rodrigo Vitorino Souza, L. (2014). A liberdade religiosa no direito internacional: âmbito de proteção e restrições. *In*: J. MORENO; R. TAMBELINI; U. SANTANA (org.), **O direito de liberdade religiosa no Brasil e no mundo**. 1. ed. São Paulo, Associação Nacional de Juristas Evangélicos.

AMBITO JURÍDICO. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito->

constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribunal-federal/, Acesso em 24 de março de 2020.

ARGIOLAS, Davide, L. (2014). Introdução ao estudo da responsabilidade civil extracontratual das entidades religiosas. *In*: J. MORENO; R. TAMBELINI; U. SANTANA (org.), **O direito de liberdade religiosa no Brasil e no mundo**. 1. ed. São Paulo, Associação Nacional de Juristas Evangélicos.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código Civil, 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em 23 de março de 2020.

BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, Acesso em 23 de março de 2020.

BRASIL. **Estatuto de Criança e do Adolescente, 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, Acesso em 23 de março de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em 24 de março de 2020.

CONJUR. Contra a vontade dos pais Testemunhas de Jeová, juiz autoriza transfusão de sangue. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mar-12/juiz-autoriza-transfusao-crianca-vontade-pais>, Acesso em 24 de março de 2020.

COSTA, Ilton Garcia; REIS, Junio Barreto. Os **limites da intervenção do Poder Público nas Organizações Religiosas**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=035d4ef6feb5268>. Acesso em: 24/10/2015.

DÍAZ-PABÓN, Luis Ángel. **Bíblia Sagrada**. Rio de Janeiro: CPAD, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FERREIRA, Pinto. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

FERREIRA, Rildo Mourão; SANTOS, Marcelo Henrique, L. (2014). O desafio cultural na cosmovisão cristã política e sociedade à luz da liberdade religiosa. *In: J. MORENO; R. TAMBELINI; U. SANTANA (org.). O direito de liberdade religiosa no Brasil e no mundo*. 1. ed. São Paulo, Associação Nacional de Juristas Evangélicos.

GAARDER, J.; HERLLER, V.; NOTAKER, H. (2004). **O livro das religiões**. 13. ed. São Paulo, Editora Schwarcz.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LUZ, Samuel, L. (2014). Liberdade religiosa como fato social no século XXI. *In: J. MORENO; R. TAMBELINI; U. SANTANA (org.). O direito de liberdade religiosa no Brasil e no mundo*. 1. ed. São Paulo, Associação Nacional de Juristas Evangélicos.

MPPR. **Jurisprudência: saúde- transfusão de sangue- testemunha de Jeová**. Disponível em <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1617.html>, Acesso em 24 de março de 2020.

PASSEI DIREITO. **Transfusão de sangue em crianças testemunhas de Jeová**. Disponível em <https://www.passeidireito.com/arquivo/37465829/transfusao-de-sangue-em-criancas-testemunhas-de-jeova>, Acesso em 23 de março de 2020.

PORTELLA, ANDREA SAMAN. **Transfusão de sangue em menores filhos de testemunhas de Jeová: um estudo doutrinário da representação legal em face dos direitos fundamentais**. 2012. 52 f. Trabalho de conclusão de curso (Direito)- Universidade do Extremo Sul Catarinense, Santa Catarina, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. (2003). **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. Malheiros Editores.

NOTAS SOBRE A LAICIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

MATHEUS PAULO DE ANDRADE:

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Campos Elíseos. Defensor Público do Estado do Paraná¹⁷⁰.

Resumo: O presente artigo versa sobre o tema “laicidade na Constituição Federal de 1988”, sob a ótica histórica, jurídica e científica, uma vez que uma das propostas do grande livro é a promoção da liberdade de credo e permissão para liberdade religiosa. O principal intuito é compreender como as religiões são abordadas e influenciam em alguns aspectos da Carta Magna brasileira. É de saber que considera-se que a laicidade é considerada concretizada no Brasil, devendo-se compreender como isso funciona na prática, libertando as pessoas ao invés de proibi-las. A fim de entender o processo histórico que levou a essa realidade brasileira, foram feitas pesquisas bibliográficas e documentais, a fim de entender melhor a laicidade na CF/88, observar-se-á sua influência quanto às garantias fundamentais, aspectos democráticos, sobre como integrou a assembleia constituinte, quanto à imunidade tributária de templos religiosos e possibilidade de casamentos religiosos com efeitos civis. Ao término, observar-se-á que a laicidade é uma pedra angular na construção de uma sociedade democrática e diversificada, motivo pelo qual, deve ser constantemente defendida e promovida, a fim de assegurar que todas as crenças.

Palavras-chave: Estado Laico; Pluralismo Religioso; Constituição Federal de 1988; Liberdade Religiosa; Direitos Fundamentais.

1 - INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) representa um marco histórico na consolidação da democracia e dos direitos fundamentais no Brasil. Entre os princípios fundamentais que norteiam essa Constituição, a laicidade ocupa um lugar de destaque, estabelecendo uma relação de separação entre o Estado e as instituições religiosas. Neste trabalho, busca-se apresentar algumas notas sobre a laicidade dentro da Norma Maior. O principal objetivo é compreender um pouco da influência religiosa no Brasil hoje, governança que se autodenomina laico.

170. E-mail: matheusandrade.adv@gmail.com

A laicidade na Constituição de 1988 desempenha um papel fundamental na proteção das garantias fundamentais dos cidadãos, vez que o Estado não pode/deve favorecer ou prejudicar qualquer religião, qualquer pessoa por seu credo, garantindo a todos os brasileiros o direito à liberdade de crença e culto. Isso significa que o Estado não pode impor uma religião oficial, nem interferir nas práticas religiosas dos indivíduos, para, assim, promover um ambiente de igualdade e pluralismo religioso.

Além disso, a laicidade do Estado contribui para a promoção dos aspectos democráticos da sociedade brasileira. O foco é que ela estabeleça uma neutralidade estatal em relação às questões religiosas, o que é essencial para a garantia de uma democracia sólida e inclusiva. Todos os cidadãos, independentemente da sua fé ou crença, devem ter garantida a igualdade de direitos perante a lei, e não podendo o Estado privilegiar grupos religiosos em detrimento de outros.

Outro aspecto relevante abordado a saber é a imunidade tributária dos templos religiosos. Isso significa que as instituições religiosas são isentas de direitos fiscais, a fim de garantir sua autonomia financeira e sustentabilidade. Essa medida visa não apenas proteger a liberdade religiosa, mas também o papel desempenhado por essas instituições na promoção de valores culturais e sociais.

Ademais, a Constituição de 1988 autoriza o casamento religioso com efeitos civis, permitindo que os cidadãos formalizem sua união perante as autoridades religiosas em que acreditam, desde que estejam em conformidade com as leis civis, seguindo-se determinados procedimentos. Essa disposição reflete a diversidade cultural e religiosa do Brasil, afinal, busca permitir que as pessoas escolham como desejam celebrar e formalizar sua união, desde que atendam aos requisitos legais estabelecidos.

Nesse trabalho, deseja-se aprofundar o estudo sobre aspectos da laicidade na CF/88, a fim de, por meio da metodologia de revisão bibliográfica, demonstrar o papel que a laicidade desempenha na construção de uma sociedade justa, plural, respeitosa quanto a diversidade religiosa e valores presentes em solo nacional.

2 - ESTADO LAICO E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Com abertura dada pelo governo Geisel, em 1974, iniciou-se a transição “lenta, gradual e segura” (FAUSTO, 2006), para o regime democrático. Em 1985, por meio de eleições indiretas, Tancredo Neves foi eleito para a presidência do Brasil. No entanto, com sua morte, quem veio a assumir o cargo foi o então vice, José Sarney. Sob o seu mandato, restou promulgada a Carta Constitucional de 1988.

O novo texto constitucional representou o “fim aos últimos vestígios formais do regime autoritário” (FAUSTO, 2006), e o estabelecimento da democracia. Bem como, não menos importante, representou o marco jurídico da promoção dos direitos humanos em território nacional (PIOVESAN, 2009) - direitos estes que, em sua conceituação mais sucinta, podem ser definidos como aqueles que se propõem a proteger a dignidade de toda e qualquer pessoa, “pelo simples fato de ser humano” (VIEIRA, 1999).

Foi a primeira constituição brasileira a tratar primeiramente dos direitos e das garantias fundamentais em seu texto, dando a estes dispositivos *status* de cláusula pétreia, para então, só depois, dispor a respeito do Estado e de sua organização. Essa topografia adotada pelo legislador é bastante simbólica e representativa, visto que as constituições anteriores garantiam esse status apenas aos dispositivos que tratavam do Estado (PIOVESAN, 2009). Como se pode notar, logo no primeiro artigo do texto magno, mais precisamente no inciso terceiro, foi garantida a “dignidade da pessoa humana”, fixando-a como núcleo básico e norteador de todo o ordenamento jurídico pátrio e “como critério de parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional” (PIOVESAN, 2009). Os direitos e garantias fundamentais passam, portanto, a compor os princípios constitucionais atendendo os valores éticos e de justiça que permeariam nosso sistema jurídico (PIOVESAN, 2007).

Conhecida também por Constituição Cidadã, alterou o *modus operandi* da política brasileira no tratamento aos direitos humanos. Reconhecendo as obrigações da comunidade internacional nesse aspecto, concedeu aos tratados internacionais de direitos humanos o status de norma constitucional (PIOVESAN, 2009). Foi a partir de sua promulgação que foram ratificados, pelo Brasil, importantes tratados na proteção desses direitos, entre eles, pode-se citar: Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1989; Convenção sobre Direitos da Criança, de 1990; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1992; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência da Mulher, de 1995; Estatuto de Roma, de 2002, entre outros. Houve ainda o reconhecimento da jurisdição da Corte Americana dos Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional (PIOVESAN, 2009).

Os Direitos Humanos devem ser compreendidos a partir de uma concepção de luta e ação social (PIOVESAN, 2007), ou ainda, como uma racionalidade de resistência tendo por base a luta “em defesa de novas liberdades contra velhos poderes” (PIOVESAN, 2009). Não surgem todos de uma única vez, ou ainda, depois de nascidos, não são para uma vida toda (PIOVESAN, 2007) pois são frutos de uma criação humana que está em constante processo de (re)construção. Os direitos fundamentais, nesta ótica, são sempre direitos humanos. No entanto, é importante diferenciá-los haja vista que aqueles são tidos como

fundamentais por estarem positivados em uma constituição, enquanto os segundos são usados para nomear os direitos naturais que foram incorporados em declarações e convenções internacionais, assim como as necessidades fundamentais relacionadas à dignidade, liberdade e igualdade das pessoas que ainda não foram reconhecidas em um quadro legal específico (LUÑO, 2007).

A adoção de um sistema laico pelo constituinte é, para o exercício dos direitos humanos, uma garantia essencial (PIOVESAN; PIMENTEL, 2003). Em um primeiro momento, de acordo com os ideais liberais de cidadania, a laicidade relaciona-se com o direito de liberdade (BLANCARTE, 2008) que, de acordo com a teorização acerca da historicidade dos Direitos Humanos, trata-se de direito de primeira dimensão¹⁷¹. Liberdade, em um conceito breve, trata-se de direito instituído a todos os cidadãos de agir segundo sua própria convicção sem sofrer restrições no exercício de direitos, respeitados os casos determinados por lei (DINIZ, 1998). Desse modo, o texto constitucional tratou tanto das liberdades coletivas, em seu artigo 3º, quanto das liberdades individuais, artigo 5º, prevendo até mesmo punição para qualquer tipo de discriminação que as atentasse.

Tal direito, no campo religioso, refere-se sobretudo à liberdade de consciência, de crença, de culto e de organização religiosa, que se resumem na denominada Liberdade Religiosa, medular para o convívio social (SORIANO, 2002). O ser humano, fundado em sua própria existência, reclama a capacidade de determinar-se, livremente, por acepções filosóficas, sociais e religiosas que deem a realidade mais perfeita sobre si. Assim, atentar contra esta liberdade é negar dimensões essenciais e colocar fim à dignidade (CIFUENTES, 1989). Sobre o assunto, no dia mundial da paz em 1999, o papa João Paulo II afirmou que a liberdade religiosa compunha o coração dos direitos humanos e que ninguém poderia aceitar a imposição de uma religião, independente da circunstância em que se encontra (GALDINO, 2006).

No novo texto constitucional a matéria foi tratada da seguinte forma: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”

¹⁷¹ A teoria das gerações dos Direitos Humanos surgiu pela primeira vez com Karel Vasak e, ao longo dos anos, foi sendo desenvolvida por pensadores como Norberto Bobbio. Dividida em gerações/dimensões, em que não há um processo de substituição entre elas e sim de acumulação, a primeira dimensão é reflexo da Revolução Francesa e diz respeito à preservação de direitos como a vida, liberdade e igualdade. Já a segunda dimensão diz respeito aos direitos sociais decorrentes da luta de classes em que o Estado deve promover uma vida digna com trabalho, educação, saúde, moradia, entre outros. A terceira compreende os direitos de preservação do meio ambiente e do consumidor. Fala-se ainda em uma quarta dimensão, que se referiria aos avanços das tecnologias, como, por exemplo, as pesquisas biológicas e o patrimônio genético, e seus limites constitucionais. (BOBBIO, N. *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988. p. 9-11.).

(BRASIL, 1988). Desse modo, o Estado assume um duplo papel em que, de um lado deve garantir a proteção da religiosidade professada por seus cidadãos, e de outro, é defeso de interferir nesta esfera íntima do indivíduo, bem como, na forma organizacional das instituições religiosas.

Nesse aspecto, a Constituição Federal se inscreve na mesma lógica da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 que, ao tratarem da matéria religiosa, garantiram a plena liberdade religiosa, abrangendo seu direito de livre consciência, de crença e de culto, fazendo do Estado o maior garante destas liberdades (MARTIN, 2009). Este tripé – liberdade de consciência, de crença e culto - opera-se no íntimo de cada indivíduo, sendo sua manifestação, portanto, um direito e não um dever. Não obstante, a exteriorização da fé em ambientes coletivos e públicos não autoriza a imposição do credo aos outros indivíduos. Sendo assim, não pode “definir e determinar a esfera pública”, nem pode “tornar suas leis religiosas em parte das leis civis”.

Em um segundo momento, a laicidade vincula-se com outro importante pilar dos Direitos Humanos, também direito de primeira dimensão: a igualdade. É sabido e notório que, devido aos aspectos históricos e sociais, a sociedade brasileira apresenta uma característica muito peculiar: a sua pluralidade cultural. Qualidade esta que também reflete no âmbito religioso. Muitas são as doutrinas religiosas professadas pelo povo brasileiro, havendo ainda aqueles que se eximem de ter fé em algo transcendental, como ateus e agnósticos. Neste aspecto, o princípio laico vem como ferramenta importante que possibilita tratar a todos, sem distinção de crença, com o mesmo respeito e consideração (SARMENTO, 2008).

O princípio da igualdade, dessa forma, também encontra viés na liberdade religiosa e de sua organização, restando vedado ao poder público fazer qualquer diferenciação ou discriminação com escopo na fé do indivíduo. É o que disciplinou o inciso VII do artigo 5º do texto magno ao dizer que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política [...]” (BRASIL, 1988). Importante entender também que o favoritismo do Estado a uma crença, religião ou instituição religiosa implica em uma “inaceitável violência” contra o ideal de igualdade ao dar o entendimento desleal que as outras crenças são menos dignas de reconhecimento (SARMENTO, 2008).

Conclui-se, assim, que não há de se falar em Estado Laico sem reconhecer sua relevância para proteção de garantias fundamentais e direitos humanos, bem como para conservação de uma sociedade pluralista e cidadã, que visa a ter sua dignidade respeitada. A importância da laicidade para a proteção da dignidade humana é tamanha que, “alguns

autores como G. Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2003).

3 - CONCEITO DE ESTADO LAICO E SEUS ASPECTOS DEMOCRÁTICOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

No ano de 1988, com a promulgação do texto constitucional, inaugurou-se no Brasil uma nova fase do constitucionalismo brasileiro, rompendo, como já dito anteriormente, com a lógica militar autoritária vivida nas décadas anteriores. Estabeleceu-se, assim, a democracia constitucional no país, que veio a contar com grande participação popular em sua elaboração. Por meio de emendas, foi a constituição que apresentou “o maior grau de legitimidade popular” (PIOVESAN, 2009), fazendo-se valer do princípio democrático adotado logo no primeiro artigo, mais precisamente em seu parágrafo único, o qual diz que todo o poder emana do povo, seja da forma direta, como nas iniciativas populares, ou indireta, na escolha de seus representantes (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a democracia representativa e a laicidade estão intrinsecamente ligadas (BLANCARTE, 2008). Não há de se falar em liberdade religiosa, direitos civis e políticos, sem democracia. Esta é substrato para o exercício daqueles, e de outros direitos fundamentais (SORIANO, 2009). Por Estado Laico entende-se “um regime social de convivência, cujas instituições políticas são legitimadas principalmente pela soberania popular e não por elementos religiosos” (BLANCARTE, 2008). Portanto, em determinado momento da história, o poder afasta-se da figura central do monarca que se legitima pelo sagrado, deixando assim sua forma absoluta, para basear-se em uma forma constitucional fomentada pelos anseios populares (BLANCARTE, 2008).

O termo Laico deriva da palavra grega “laikos”, que significa “leigo, do povo”. Nessa concepção, o termo se aproxima ainda mais da ideia de Estado Democrático. O princípio da laicidade adota uma postura neutra em relação às questões religiosas, o que o torna imparcial, não apoiando e nem se opondo a nenhuma religião. Permite aos cidadãos a escolha da matriz religiosa que pretendem seguir, livre de qualquer discriminação direta ou indireta, promovendo a igualdade e liberdade entre os indivíduos em um ambiente plurireligioso (DOMINGOS, 2009).

A laicidade veda a submissão ou cerceamento praticados por qualquer religião ou organização religiosa às diretrizes e aos direitos do Estado, ou ainda, de “apropriar-se dele para seus interesses”, garantindo com isso a pacificação em um cenário de pluralidade religiosa em que o Estado não privilegia nenhuma delas (DOMINGOS, 2009). O Estado Moderno preocupa-se não só com a separação entre Estado-Religião, como também pela autonomia de ambas as instituições, a fim de evitar qualquer contaminação entre elas, entendendo que “o Estado nada pode em matéria puramente espiritual, e a Igreja nada

pode em matéria temporal” (LOCKE, 1978, p. 14). No entanto, embora a separação “orgânica e formal” entre Estado-Religião tenha sido fundamental para o próprio surgimento do Estado Nacional, países tradicionalmente católicos têm demonstrado que sua separação é apenas institucional, e que suas políticas continuam sendo inspiradas em valores, crenças e princípios religiosos (HUACO, 2008).

Desse modo, o princípio da laicidade é composto por outros três princípios: da neutralidade do estado, da liberdade religiosa e do respeito ao pluralismo (DOMINGOS, 2009). Entretanto, no âmbito da relação Estado-Religião, importante se faz distinguir a laicidade de outros dois sistemas: Estado Ateu e Estado Confessional.

Em uma breve diferenciação, entende-se por Estado Ateu aquele anticlerical, ou ainda, antirreligioso, no qual o poder público tenta suprimir toda e qualquer religião por entender que esta é causa de alienação em termos sociais e individuais. Opõe-se a qualquer prática religiosa retirando a ideia do “divino” tanto da vida pública quanto da esfera privada dos indivíduos. Não se admite, portanto, a liberdade religiosa e outras liberdades que dela derivam (ZYLBERSZTAJN, 2012).

Já no Estado Confessional há a escolha de uma religião oficial - vedando ou apenas tolerando as demais confissões - e, com isso, a concessão de privilégios a esta. Estes privilégios podem vir de diversas maneiras, como por meio de recursos financeiros públicos, direta ou indiretamente, incorporação das diretrizes morais religiosas no ordenamento jurídico do Estado, entre outros. Tal predileção é justificada pelos Estados com base no fato da religião escolhida ser adotada pela maior parte da população, ou ainda, por considerar aquela crença a única verdadeira, fazendo jus a sua superioridade (GALLEGO, 2010). Sendo assim, apenas seus seguidores têm a identidade religiosa garantida de forma igualitária. Há, portanto, a união entre Estado e Religião: o Estado declara sua fé e garante a ela certa autoridade, o que pode resultar em conflitos religiosos. No Brasil, este modelo de Estado se fez presente no período Imperial (SEFERJAN, 2012).

Em vista destes três sistemas, vê-se que a escusa em adotar um Estado Laico “inviabiliza qualquer projeto de sociedade pluralista, justa e democrática” (PIOVESAN; PIMENTEL, 2003). No entanto, o aspecto democrático deve ser entendido levando-se em conta o modelo constitucionalista garantidor e protetor de direitos fundamentais de qualquer cidadão. Assim, embora seja entendido que democracia, restritamente, esteja ligada à participação popular e satisfação das pretensões da maioria, em um Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais devem impedir arbítrios que transgridam as liberdades individuais das minorias. Sob pena de arruinar sua própria essência, a democracia não pode se estabelecer de maneira absoluta ou ilimitada

(ZYLBERSZTAJN, 2012). Portanto, para o bom funcionamento do sistema democrático, a “democracia não se confunde com o simples governo das maiorias, pressupondo antes o respeito a uma série de direitos, procedimentos e instituições, que atuam para proteger as minorias” (SARMENTO, 2008).

Neste sentido, a religião predominante em um Estado Democrático não deve prevalecer e nem se impor àqueles que optam por professar outra fé ou por não professar nenhuma. A assimilação dos “valores da maioria aos valores da minoria [...] torna a comunidade política hostil ao pluralismo” (ALMEIDA, 2006, p. 96). Assim, o Estado em suas ações deve apoiar-se unicamente à racionalidade e à razoabilidade, não podendo admitir que discussões e decisões políticas baseiem-se em dogmas, pois, com estes, não há discussão democrática (ZYLBERSZTAJN, 2012).

4 - A INFLUÊNCIA RELIGIOSA NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

Abordar a laicidade no texto constitucional de 1988 remete à análise do poder constituinte desta e da influência religiosa fomentada por alguns parlamentares. A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 contou com o maior grupo de constituintes evangélicos da história do país, representado por 34 parlamentares, tendo como líder o deputado Gidel Dantas (PMDB/CE) (PINHEIRO, 2008).

Formada uma bancada evangélica constituinte, sua primeira vitória veio com a aprovação da emenda nº 681, que culminaria no art. 46 do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. Proposta por Salatiel Carvalho, membro da igreja Assembleia de Deus e deputado pelo PFL/PE, o dispositivo legal dispunha que, “A Bíblia Sagrada deverá ficar, sobre a mesa da Assembleia Nacional Constituinte, à disposição de quem dela quiser fazer uso” (BRASIL, 1987b). Embora, a princípio, o então relator e senador Fernando Henrique Cardoso tenha feito uso do discurso da laicidade para afastar a proposta, o mesmo voltou atrás e colocou o texto em pauta para votação alegando que na própria assembleia já estava afixado, em uma das paredes, um crucifixo e, portanto, não haveria maiores problemas em se ter também uma bíblia. Em fase de votação, a proposta foi acolhida por unanimidade da casa (PINHEIRO, 2008).

A aceitação da emenda pode advir de duas justificativas/possibilidades: representou o “anseio profundo e indispensável de todos os constituintes” (PINHEIRO, 2008) ou, “correspondia à pretensão de um grupo específico, mas que não encontrava qualquer oposição por parte dos demais em razão de sua matéria caracterizar-se por uma não-essencialidade” (PINHEIRO, 2008), ou seja, por entenderem se tratar de um assunto irrelevante, que não mereceria maiores discussões. No entanto, tendo em vista a rejeição inicial à proposta e que, provavelmente, nem todos os parlamentares tenham tido interesse

na supracitada bíblia, quiçá alguns não eram nem adeptos à alguma religião cristã, mister se faz optar pela segunda opção.

A vitória foi exposta pelos parlamentares evangélicos na tribuna do plenário constituinte, entre eles Orlando Pacheco do PFL/SC, que exaltou a coragem dos colegas que lutaram pela medida, bem como, em suas palavras, afirmou: “a Bíblia Sagrada é o livro que representa a primeira, maior e melhor Constituição que o mundo já recebeu” e, ainda, “a partir da sua efetivação, todos os interessados poderão usufruir dos ensinamentos e das palavras de orientação bíblicas para a vida moral, social e cultural de cada um” (BRASIL, 1987a, p. 763). Outro parlamentar que tratou de parabenizar a proposta foi Matheus Iensen, do PMDB/PR, que além de exaltar seus companheiros responsáveis pela conquista, exaltou também a escritura sagrada: “teremos de compartilhar neste recinto do maior ensinamento contido em qualquer livro que se tenha conhecimento, [...], o livro dos livros, que hoje é parte integrante do nosso meio através da Emenda nº681” (BRASIL, 1987a, p. 4986) e, por fim, tratou de profetizar que países que se fundamentaram na Bíblia Sagrada prosperaram grandemente, e seremos ainda mais prósperos se continuarmos a ler e adotar seus valiosos ensinamentos (BRASIL, 1987a, p. 4986).

Todo este evento, ocorrido no interior de uma Assembleia Nacional Constituinte, mostra a dificuldade que o novo texto constitucional teria para a efetivação da laicidade na redemocratização do país. Não só a presença, mas a exigência legal da Bíblia na Assembleia não poderia ser tratada como assunto irrelevante, ignorando-se assim todo seu potencial simbólico e de influências.

O mandato político daqueles que se auto afirmavam como bancada evangélica, diante de suas próprias falas em assembleia, se estabelecia como “um tripé vocação-profetismo-martírio” (PINHEIRO, 2008). A “vocação” diz respeito à escolha de Deus ao eleger o candidato. Vencer as eleições seria o chamado de Deus ao parlamentar para cumprir sua obra divina. Já o tom “profético” se relaciona à obrigação do parlamentar, assim como os profetas bíblicos, de denunciar “as realidades desviadas do plano divino” (PINHEIRO, 2008), como fez Daso Coimbra (PMDB/RJ) ao trazer à tona, em tribuna, os efeitos do Carnaval brasileiro, comparando a celebração com as “cidades imorais de Sodoma e Gomorra, sobre as quais a ira de Deus se manifestou plena ao ponto de destruí-las e a seus habitantes” (BRASIL, 1988, p. 7647).

A última característica, o “martírio” se dá uma vez que, por ser representante de seu povo, o parlamentar sofreria as consequências e perseguições por professar sua fé (PINHEIRO, 2008). O deputado Milton Barbosa (PDC/BA), ao comentar uma notícia da época, que acusava a Confederação Evangélica do Brasil de captar recursos federais para

se privilegiar (PINHEIRO, 2008), fez referência ao texto bíblico, “bem aventurados sois quando, por minha causa, vos injuriarem e vos perseguirem e, mentindo, disserem todo mal contra vós [...]”, e ainda, para reforçar o tom de martírio e de perseguição, disse “a imprensa brasileira [...] levantou-se contra a representação que as Igrejas Evangélicas [...] mandaram a esta casa [...] nenhum outro grupo, anteriormente, foi atacado de forma tão pusilânime e violenta” (BRASIL, 1988, p. 12564-12565).

Apesar de contar com 34 parlamentares, no total de 559 constituintes, a bancada evangélica passou a ganhar corpo e força de articulação em assuntos estratégicos de sua conveniência. Buscando a defesa dos bons costumes, eram de seu interesse, por exemplo, assuntos ligados ao aborto, ao divórcio, à prostituição, à pornografia (principalmente aquela que pesava sobre os meios midiáticos, como a televisão), e ao homossexualismo (PINHEIRO, 2008).

As citações religiosas não só ampliaram a importância visual da Bíblia, mas também conferiram um efeito de veracidade ao discurso do legislador (PINHEIRO, 2008). O texto bíblico passou a ser lembrado por diversas vezes durante as audiências para elaboração da nova carta constitucional. Desse modo, ao tratar sobre aborto, o deputado Matheus Iesen exaltou o Livro de Levíticos, inserido na Bíblia (BRASIL, 1988, p. 6771); ao tratar sobre a inclusão do termo “orientação sexual”, o parlamentar Eiel Rodrigues alegou que seria a oficialização do homossexualismo, reprovável pela ordem moral e espiritual, e lembrou que “Deus ama o pecador, mas aborrece-o o pecado” (BRASIL, 1987a, p. 4877); nas discussões em torno da AIDS, Orlando Pacheco do PFL/SC se referiu à doença como “símbolo da permissividade”, consequência de uma sociedade libidinosa que colheria “os frutos de sua desobediência a Deus” (BRASIL, 1987a, p. 1279). Gidel Dantas, líder da bancada evangélica, não deixou de demonstrar seu viés religioso, afirmando: “A nossa participação no centro de decisões do País é para oferecer ao Senhor Deus o nosso mandato” (BRASIL, 1987a, p. 176).

A bancada também mostrou sua pujança nas discussões acerca da permanência do termo “sob a proteção de Deus” contida no preâmbulo da Constituição de 1988. Isto, pois, o deputado do PT de São Paulo, José Genuino, manifestou-se, por meio da emenda supressiva nº 523, a favor da retirada da expressão contida preambularmente no texto magno, visto que, segundo ele, afrontava a laicidade nacional e o pluralismo religioso, característica esta que estava na essência do povo brasileiro (PINHEIRO, 2008). No entanto, a bancada rebateu fortemente a emenda. Assim o fez Daso Coimbra, alegando que a sociedade brasileira não refutaria a proteção de Deus em nenhum momento (PINHEIRO, 2008). Fausto Rocha (PFL/SP) alegou ser “feliz a nação cujo Deus é o Senhor” (BRASIL, 1987a, p. 6634), e justificou a permanência do termo tendo em vista a prevalência do cristianismo em nosso país.

Trazida ao plenário da comissão, a supracitada emenda proposta pelo deputado do PT foi vencida por 74 votos contrários, contando apenas com um a favor (PINHEIRO, 2008). Desse modo, conclui-se que o processo constituinte nacional contou com grande influência e efervescência religiosa, personificada em um grupo devidamente organizado.

5 - DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA AOS TEMPLOS RELIGIOSOS

Garantida pioneiramente pela constituição de 1934, a imunidade tributária sobre os templos religiosos de qualquer culto foi mantida pelo texto constitucional atual, no artigo 150, inciso VI, alínea "b". De antemão, deve ser compreendido que esta previsão constitucional se refere a impostos, apesar da existência de imunidades que recaem sobre outros tipos de tributos (FISCHER, 2009). Por imunidade entende-se um "obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune" (MACHADO, 2010, p. 190).

O alicerce das imunidades constitucionais encontra-se no fato de ser uma ferramenta de promoção dos valores fundamentais de uma sociedade, como, por exemplo, aquela garantida aos livros, que visou ao desenvolvimento cultural, científico, artístico, intelectual do povo brasileiro (FISCHER, 2009). Do mesmo modo, ao garantir a imunidade aos templos de qualquer religião, buscou-se a efetivação da tolerância religiosa e do princípio da liberdade de crença uma vez que - como previsto pelo artigo 19, I, da Constituição, que proíbe o Estado de embaraçar as atividades religiosas - a imunidade assim garantida impede que sobrevenham obstáculos econômicos à realização dos cultos (MORAES, 2014).

O termo utilizado pelo constituinte - "templos" - não visa a proteger apenas os locais onde se dá a realização das liturgias, mas sim todo imóvel anexo que se relaciona à atividade religiosa, como seminários, conventos, e até mesmo cemitérios - conforme decidido pelo STF no Recurso Extraordinário nº 578.562 (BRASIL, 2008). Não obstante, também se encontram protegidos e imunes todo o patrimônio, renda e serviços que estejam ligados às finalidades essenciais confessionais. É o que preceitua o §4º do artigo 150º da Constituição Federal. Importante ressaltar que deve haver este nexo entre a coisa sobre a qual recai a imunidade e a essencialidade da atividade religiosa. Deste modo, não se encontra sob esta proteção, as rendas que provêm da venda de bens, ou ainda, aluguéis de imóveis, entre outras coisas, por não serem tidas como funções essenciais.

Congruente ao estabelecido no art. 150, VI, alínea "b" da Constituição Federal, a EC 116 de 2022 define a inaplicabilidade da incidência de impostos municipais sobre templos

de qualquer culto, mesmo que o referido artigo preveja somente a imunidade para locatárias do bem imóvel.

6 - CASAMENTO RELIGIOSO E OS EFEITOS CIVIS

Após 1934, todas as constituições nacionais garantiram efeitos civis aos casamentos realizados sob a égide religiosa. O constituinte de 1988 trouxe, no artigo 226, §2º, que “o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (BRASIL, 1988). De forma subsidiária caminham os artigos 1.515 e 1.516, ambos do Código Civil, que equiparam o casamento religioso ao casamento civil e submetem a validade daquele aos requisitos exigidos por este, como habilitações e prazos. No mesmo sentido, tem-se ainda a lei de Registros Públicos (lei nº 6.015/73) que traz outras diversas exigências legais para o registro civil de casamento religioso.

Ocorre que, apesar do texto legal não instituir nenhum óbice ao respeito das liberdades laicas, a prática tem-se mostrado controversa quanto aos casamentos realizados sob os pilares de religiões não hegemônicas, como seitas umbandistas e centros espíritas. Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, ao tecer comentários referentes ao casamento religioso instituído pelo código civil de 1916, defende que é inadmissível o registro de casamentos ocorridos em “terreiro de macumba, centros de baixo espiritismo, seitas umbandistas, ou outras formas de credices populares, que não tragam a configuração de seita religiosa reconhecida como tal” (PEREIRA, 2000, p. 42).

No entanto, apesar da matéria ainda não ter sido levada ao Supremo Tribunal Federal, há Tribunais de Justiça estaduais que já decidiram sobre o tema e apresentaram posicionamentos divergentes da doutrina pontuada acima, como os Tribunais do Rio Grande do Sul e da Bahia.

Em 2006, o Tribunal de Justiça baiano - ao apreciar o mandado de segurança impetrado por um casal que teve o registro de casamento negado pelo cartório por ter sido celebrado em um centro espírita - baseou-se nas garantias constitucionais de liberdade religiosa e dignidade da pessoa humana para decidir que o casamento celebrado sob o mantra da religião espírita terá eficácia jurídica e se equipará ao casamento realizado diante autoridade pública, desde que respeitados os requisitos legais (LENZA, 2014).

No mesmo sentido decidiu o Tribunal do Rio Grande do Sul, após uma viúva ter seu benefício de pensão por morte indeferido administrativamente, pelo INSS, sob a justificativa do não cumprimento de um dos requisitos, qual seja, ser dependente do segurado sob a qualidade de cônjuge, tendo em vista o não reconhecimento do seu

casamento com o falecido marido celebrado em terreiro Umbanda. O Tribunal, acertadamente, garantiu validade jurídica à celebração nupcial (LENZA, 2014).

O que se deve entender, portanto, é que a lei fundamental do país, bem como a lei ordinária, não especificaram quais religiões teriam direito à este reconhecimento civil, e nem poderiam tê-lo feito, tendo em vista o caráter laico e a vedação de garantir privilégio a determinadas denominações religiosas. O que ocorre é que os instrumentos normativos exigiram apenas formalidades burocráticas de modo a garantir a dignidade e a liberdade de crença do ser humano. Sendo assim, preenchidas estas formalidades legais, é inconstitucional a vedação do reconhecimento civil de casamento realizado sobre o prisma de qualquer religião.

7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A Constituição Federal de 1988, aduz através de suas disposições que a laicidade do Estado, desempenha um papel fundamental na proteção das liberdades individuais e na promoção da igualdade religiosa no Brasil.

Neste sentido, a Constituição estabelece as bases para uma sociedade pluralista e inclusiva, que somente é possível em razão da separação clara entre o poder estatal e as instituições religiosas, juntamente com a garantia da liberdade de consciência e crença.

No entanto, é oportuno mencionar que, mesmo com as seguranças constitucionais, ainda persistem desafios referentes à aplicação efetiva desses princípios, especialmente no que diz respeito à garantia da liberdade religiosa para todos os cidadãos.

Portanto, a laicidade na Constituição Federal de 1988 é um tema de grande relevância para a compreensão do sistema legal e da cultura política brasileira. Este artigo demonstra que a laicidade é uma pedra angular na construção de uma sociedade democrática e diversificada, motivo pelo qual, deve ser constantemente defendida e promovida, a fim de assegurar que todas as crenças, ou a ausência delas, sejam respeitadas e protegidas em um ambiente de igualdade perante a lei.

Isto posto, pontua-se que o estudo da laicidade na Constituição de 1988 também serve como inspiração para outros países que buscam estabelecer um equilíbrio entre liberdade religiosa e a separação efetiva entre religião e governo.

8 - REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **Liberalismo político, constitucionalismo e democracia: a questão do ensino religioso nas escolas públicas**. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília. 2006. p. 96. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/2664>. Acesso em: 15 set 2023.

BLANCARTE, Roberto. **O porquê de um Estado laico**. In: LOREA, Roberto Arriada (Org). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão. Tradução de: L'età dei Diritti. ISBN: 85-352-1561-1.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília, 14.03.1987. 1987a. Disponível em http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em: 03 set 2023.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília, 26.02.1988. Disponível em http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em: 06 set 2023.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. **Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte**: Resolução nº2, de 25 de Março de 1987b. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987. Acesso em: 10 de maio 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 de mai. 2023.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário nº. 578-562/BA**. Relator: EROS GRAU. Data de Julgamento: 21/05/2008. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe-172; Recorrente: Sociedade da Igreja de São Jorge e Cemitério Britânico. Recorrido: Município de Salvador/BA. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547393>. Acesso em: 30 set 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. Bibliografia: ISBN: 9789724021065.

CIFUENTES, Rafael Llano. **Relações entre a Igreja e o Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989. Bibliografia: ISBN: 978-8503003261.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 4 v. São Paulo: Saraiva, 1998. Bibliografia: ISBN: 8502027506.

DOMINGOS, Marília de Franceschi Neto. **Ensino Religioso e Estado Laico: uma lição de tolerância**. *Revista de Estudos da Religião*. São Paulo, v. 09, n. 3, set. 2009. Disponível em: http://www.pucsp.br/rever/rv3_2009/t_domingos.pdf. Acesso em: 19 mai 2023.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed, 1. reimpr. - São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006 - (Didática, 1). Bibliografia: ISBN 85-314-0240-9.

FISCHER, Octavio Campos. **Artigo 150 a 152**. In: BONAVIDES, Paulo. (coord.); MIRANDA, Jorge (coord.); AGRA, Walber de Moura (coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: 2009. Bibliografia: ISBN 978-8530929237.

GALDINO, Elza. **Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Bibliografia: ISBN: 8573087943.

GALLEGO, Roberto de Almeida. **O Sagrado na Esfera Pública: Religião, Direito e Estado Laico**. 187f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/9103>. Acesso em: 15 set 2023.

HUACO, Marco. **A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito**. In: LOREA, Roberto Arriada (Org). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Bibliografia: ISBN: 9788502214545.

LOCKE, John. **Carta sobre a Tolerância**. Anoar Aiex. (Trad.). São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2007. Bibliografia: ISBN: 978-84-309-4557-3.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Melheiros, 2010. p. 190. Bibliografia: ISBN 978-8574209982.

MARTIN, A. **Laicidade no Brasil**. In: BONAVIDES, Paulo (coord.); MIRANDA, Jorge (coord); AGRA, Walber de Moura (coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014. Bibliografia: ISBN: 9788522488100.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. I. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PINHEIRO, Douglas A. Rocha. **Direito, Estado e Religião** – a Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/1087>. Acesso em: 29 out 2023.

PIOVESAN, Flavia; PIMENTEL, Silvia. **Aborto, Estado de Direito e religião**. Folha de São Paulo. São Paulo, 6 de out. 2003. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0610200310.htm>. Acesso em: 29 out 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Desenvolvimento histórico dos direito humanos e a Constituição Brasileira de 1988**. In: ANGRA, W. M. (Coord.). Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Bibliografia: ISBN: 8502055283, 9788502055285.

SARMENTO, Daniel. **O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado**. In: LOREA, Roberto Arriada (Org). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEFERJAN, Tatiana Robles. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988**. 162f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012. Disponível em: [http://ole.uff.br/wp-content/uploads/sites/600/2019/05/b - t-Seferjan-2012.pdf](http://ole.uff.br/wp-content/uploads/sites/600/2019/05/b-t-Seferjan-2012.pdf). Acesso em: 20 set 2023.

SORIANO, Aldir Guedes. **Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal**. In: SORIANO, Aldir Guedes; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. Bibliografia: ISBN: 8574532479.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Humanos 50 anos depois**. Cadernos de Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Instituto dos Direitos Humanos e Cidadania (IEDC), 1999.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.2.2012.tde-11102012-111708>. Acesso em: 29 out 2023.

OLHAR HISTÓRICO-SOCIAL SOBRE O TRABALHO EXERCIDO PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

BIANCA REITMANN PAGLIARINI:

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados-UFGD. Pós-graduada em Direito do Consumidor pela Faculdade Faculminas. Procuradora Municipal do Município de Dourados.¹⁷²

Resumo: Este artigo utiliza-se do método dialético para analisar a história do tratamento social dispensado às pessoas com deficiência. A partir disso, expõe um histórico de exclusão, lutas por direitos e inclusão. Por fim, faz uma análise da importância do trabalho na luta contra o capacitismo, promovendo independência e autoestima, mudando a visão da sociedade.

Palavras-chaves: Deficiência - História - Inclusão - Trabalho - Capacitismo

Abstract: This article employs dialectical methodology to analyze the history of the social treatment of people with disabilities. It presents a historical account of exclusion, struggles for rights, and inclusion. Finally, it provides an analysis of the significance of work in the fight against ableism, promoting independence and self-esteem while changing society's perspective.

Keywords: Disability - History - Inclusion - Work - Ableism

Introdução

O presente artigo aborda a história das pessoas com deficiência e o papel do trabalho na superação do capacitismo. Nesse sentido, apresenta-se um panorama da história mundial da relação entre a sociedade e as pessoas com deficiência.

Desde as sociedades antigas, onde as deficiências eram interpretadas como castigos divinos, até os tempos mais recentes, ocorreram mudanças significativas na percepção e inclusão das pessoas com deficiência.

A partir desse contexto, busca-se entender o papel do trabalho na superação do capacitismo, promovendo independência e mudando a visão da sociedade.

172 Email: pagliarinibia@gmail.com

Um Panorama na História Mundial.

A história da relação entre a sociedade e as pessoas com deficiência é uma narrativa complexa e multifacetada, que revela a evolução das atitudes, crenças e tratamentos em relação a esse grupo ao longo dos séculos. Desde as sociedades antigas, onde as deficiências eram frequentemente interpretadas como castigos divinos, até os tempos mais recentes, onde ocorreram mudanças significativas na percepção e inclusão das pessoas com deficiência, essa jornada histórica oferece insights valiosos sobre como as sociedades têm abordado a diversidade humana e as questões de equidade ao longo do tempo. Explorar esse tema nos ajuda a compreender não apenas o passado, mas também a moldar um futuro mais inclusivo e acessível para todos.

De início, é relevante entendermos que as deficiências e as doenças incapacitantes sempre existiram desde as sociedades pré-históricas, e o ser humano aprende a lidar com esses corpos diferenciados desde seus primórdios, apesar de não existir dessa época estudos e materiais contundentes sobre o tratamento dado às pessoas com deficiência.(OLIVEIRA, 2012).

Desde as polis Gregas a existência de deficiências físicas e sensoriais é externada em suas crenças mitológicas, a exemplo da figura dos deuses da Fortuna, do Amor e da Justiça, retratados como figuras que não possuem o sentido da visão. Nesse período também as deficiências já eram associadas a males e castigos, a exemplo das figuras mitológicas de Licurgo e Fineu, ambos tratavam-se de reis mitológicos castigados pelo Olimpo com acegueira (SILVA, 1987).

Em Esparta, a pólis grega conhecida pela sua cultura de guerras, os bebês que nasciam com deficiência deveriam ser descartados e ofertados aos deuses por não possuírem serventia à formação militar (GURGEL,2008).

Portar algum tipo de deficiência nas sociedades Clássicas, era um fato encarado com misticismo religioso, normalmente como uma forma de maldição dos deuses.

Nota-se que as pessoas com deficiência normalmente eram mortas em rituais aos deuses ou abandonadas por suas famílias por serem um sinal de vergonha nos meios sociais. Esse tipo de tratativa derivava principalmente da cultura das sociedades da antiguidade clássica, possuindo como destaque a cultura Romana e a Antiga Grécia.

A sociedade romana teve grande influência na formação e estruturação do direito na cultura ocidental. Por esse motivo é válido destacar que já no Direito Romano haviam leis que tratavam especificamente dos direitos dos recém-nascidos, estipulando como

uma das principais condições para a negação desses direitos a vitalidade e a forma humana.

Como exemplo podemos mencionar que, tanto os bebês nascidos prematuramente (antes do 7º mês de gestação) quanto os que apresentavam sinais da chamada “monstruosidade”, não tinham condições básicas de capacidade de direito. Além de não encontrarmos uniformidade nos pontos de vista dos autores quanto aos requisitos básicos para o reconhecimento dos direitos de um ser humano recém-nascido, dentro do Direito Romano, os sinais indicativos da “monstruosidade” eram um fator decisório para a sua negação (SILVA, 1987, p. 91).

Nota-se que o Direito Romano negava às pessoas com deficiência desde o nascimento a capacidade de direitos, e sendo o direito uma expressão das regras basilares da sociedade, é por bem entendermos que nesse período a pessoa portadora com deficiência vivia à margem do direito e da sociedade.

As polis Gregas, por sua vez, são um marco relevante para o início do culto à beleza, ao corpo e à perfeição. Os jogos, as expressões artísticas e até as guerras da época ainda encontram-se enraizados nos preceitos da cultura ocidental contemporânea e tem como consequência a estranheza a tudo aquilo que destoa do padrão (MARTINS, 2010, p. 29-31).

O culto ao belo (entende-se por belo um padrão de estética e de comportamento intrinsecamente estabelecido pela sociedade) continuou com o passar da história chegando à Idade Média. A Idade Média, período de grande misticismo, preserva o culto ao belo vindouro das sociedades antigas, bem como a exclusão social dos portadores de deficiência. Neste período a deficiência inicialmente era associada a demônios e bruxaria. Porém esse quadro passou a se alterar com a expansão do Cristianismo para a Europa que exaltava a figura do homem como imagem e semelhança de um Deus perfeito. (GURGEL, 2008).

O Cristianismo teve relevante papel na mudança de mentalidade no século IV por passara primar também pelo direito à vida e condenar abertamente a morte de crianças não desejadas pelos pais devidos a deformações. Os preceitos cristãos ganharam ainda mais força na Europa no século XV ao XVII e alteraram toda a concepção da sociedade quanto ao que era divino e o que era profano. Esses preceitos, apesar de alterarem a visão social sobre a pessoa com deficiência, dando a ela caráter mais assistencialista e fraterno, ao mesmo tempo sufocou a sociedade por condenar condutas naturais do ser humano (LARAIA, 2009).

Apesar de ocorrer essa mudança propiciada pelo cristianismo é deste período que derivou o chamado “Circo dos Horrores”.. Essa prática de exposição da deficiência em eventos de entretenimento surgiu com a imagem do “bobo da corte”, que se tratava normalmente de uma pessoa com alguma deficiência física utilizada na Idade Média para divertir a nobreza em festas e eventos sociais (L.M.A, 2010).

O renascimento veio para o homem da Idade Média como uma luz à cultura, à ciência e ao desconhecido e proporcionou às pessoas com deficiência avanços medicinais e invenções que facilitariam a sua inclusão social. O movimento renascentista via a pessoa com deficiência como mão-de-obra a ser habilitada para o trabalho, passou-se a buscar mecanismos que minorassem as dificuldades impostas pela deficiência e diversas invenções como a cadeira de rodas, as muletas, o sistema Braille, os coletes, as bengalas foram fundamentais para a mudança do papel da pessoa com deficiência na sociedade (LARAIA, 2009).

O Olhar Histórico na Realidade Brasileira.

No Brasil Colonial os deficientes, quando de famílias sem recurso financeiro, viviam em situação de total miserabilidade, eram figuras indesejáveis condenados à mendicância. Aqueles portadores de deficiências vindouros de famílias mais afortunadas estavam condenados a viver enclausurados em suas mansões sendo tratados como enfermos até mesmo quando a deficiência não era por todo incapacitante para o trabalho e para o convívio social devido à vergonha familiar (SILVA, 1987)

No Brasil Império a realidade não foi muito alterada, as pessoas acometidas de alguma paralisia, alguma deformação congênita ou sequelas traumáticas eram uma responsabilidade da própria família. Não havia nesse tempo preocupação estatal e tutela efetiva por parte do Estado em relação a essas pessoas com deficiência, o que acabava condenando os mais humildes a viver em condições desumanas.

Ainda com o advento da república, a tratativa estatal e social das pessoas com deficiência manteve-se quase que inalteradas. Alguns institutos criados no período do império, a exemplo do Imperial Instituto dos Meninos Cegos, criado por Dom Pedro II em 1854, porém apenas a deficiência auditiva e a visual que recebiam maior subsídio e visibilidade estatal (LANNA JÚNIOR, 2010).

A partir de 1920 foram criadas organizações da sociedade civil que abarcassem outros tipos de deficiências. Nesse período os portadores de deficiências mentais ainda tratados como “loucos” e sujeitos a internações manicomiais e tratamentos desumanos

em hospícios começaram a ser estudadas no Brasil, devido aos movimentos pestalozziano¹⁷³ e apaeno¹⁷⁴ (LANNA JÚNIOR, 2010).

Porém ainda que movimentos civis já lutassem pela melhora do tratamento dado às pessoas com deficiência mental, o modelo brasileiro de assistência psiquiátrica era embasado na Constituição Federal de 1934 e trazia como principal alternativa a hospitalização do doentemental em prol da ordem pública. Essa visão só veio a ser alterada com a reforma psiquiátrica que passou a ocorrer vagarosamente no Brasil a partir da década de 70 (GONÇALVES, SENA, 2001).

Desse modo, verifica-se que todas as mudanças quanto à inserção social dos portadores de deficiência foram ocorrendo de modo lento e em consonância com movimento de organizações da sociedade civil e de instituições estatais que trabalharam em prol dessa causa até desembocarem na atual legislação atual.

Por tudo exposto, com a breve análise da trajetória histórica da pessoa com deficiência énotório que, quando lhe dada a chance de viver, na maioria das vezes essas pessoas eram abandonadas a própria sorte, sem assistencialismo estatal ou cuidado familiar. Ainda que os movimentos em prol da pessoa com deficiência ganhassem cada vez mais voz ao logo da história muitas vezes esse grupo encontrava-se condenado a mendicância sem alternativas de trabalho.

A exibição das próprias deficiências, como uma atração de entretenimento, mostrava-se uma alternativa de trabalho a essas pessoas e de algum modo lhes proporcionava uma relativa inclusão social que a eles era rara, sendo esse um assunto a ser melhor explorado adiante.

Trabalho na Construção da Dignidade Humana

A trajetória histórica da pessoa com deficiência é extremamente marcada pela exclusão e discriminação, a elas eram rotineiramente negados direitos civis básicos, direito a liberdade, direito a um trabalho digno, e até mesmo o direito a vida.

173 O movimento Pestalozziano teve início no Brasil, quando da Fundação do Instituto Pestalozzi, em 26 de outubro de 1926, tendo como objetivo prestar serviços em educação especial e atendimento clínico à comunidade, contribuindo para melhorar a qualidade de vida do ser humano, promovendo sua integração social. (web site: <http://www.ufrgs.br/incluir/dia-nacional-do-movimento-pestalozziano>)

174 Instituída em 11 de dezembro de 1954 a Apae – Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais, é um Movimento que se destaca no país pelo seu pioneirismo por ser a primeira iniciativa de congregar pais de Pessoas com Necessidades Especiais e outras pessoas interessadas em apoiá-los com o objetivo de “promover o bem estar dos excepcionais”. (web site: <http://carlosbarbosa.apaebrasil.org.br/>)

Exercer um trabalho significa possuir um papel dentro da sociedade, e acaba por abrandar a realidade de desigualdade e discriminação desse grupo que ao longo da história esteve condenado a exclusão. Utilizar o trabalho como meio de inserção social da pessoa com deficiência foi uma prática aprimorada com o tempo e cada vez mais debatida no âmbito nacional e internacional por essa ser um requisito para a preservação e construção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, faz-se necessário expor e esclarecer o conceito de dignidade da pessoa humana, por ser de extrema relevância para o tema, como segue:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais (SARLET, 2006, p. 62).

O direito de possuir e exercer um trabalho é verdadeiramente importante para que o ser humano construa meios dignos de vida dentro do convívio social. A nossa própria Constituição Federal de 1988 prevê, logo em seu primeiro artigo, um Estado Democrático de Direito que possui como fundamento a dignidade humana e os valores sociais de trabalho.

(...) os Direitos Humanos advém de uma série de desrespeitos cometidos pelo próprio homem, seja ele representado um Estado ou por suas próprias forças, e de uma luta constante para a garantia destes direitos inerentes ao ser humano. Todavia, o que se questiona até os dias de hoje é como fazer com que estas proteções sejam realmente seguidas, tendo em vista que por mais protegido que seja o homem, ele ainda é o grande alvo das violações. Por isso, abordaremos a seguir a questão da eficácia destes direitos e o que tem sido feito para que o homem esteja mais protegido" (CARDOSO, 2012, p.35)

Além disso, é de rigor reconhecer que o direito ao trabalho não se vincula apenas à dignidade da pessoa humana, mas também ao direito de liberdade e igualdade. Quanto a isso a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 prevê em seu artigo XXIII, 1:

Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Essa Declaração teve sua aprovação após a 2ª Guerra Mundial, um momento em que a comunidade internacional passou a olhar com maior preocupação e zelo para as minorias, como o grupo de pessoas com deficiência. Tal documento busca a igualdade entre os homens consagrando princípios fundamentais da ordem jurídica internacional (LARAIA, 2009).

Ainda nesse sentido no cenário internacional, gradativamente foram promulgadas declarações que englobassem especificamente o portador de deficiência, a exemplo da Declaração de Direitos do Deficiente Mental promulgada em 1971 e a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência promulgada em 1975.

A Declaração de Direitos do Deficiente Mental deu abertura ao processo de reforma psiquiátrica no âmbito mundial, a medida que buscou proteger o deficiente mental de exploração, abusos e tratamentos degradantes, além de ter seu texto contrario à política manicomial vivenciada mundialmente.

A Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência além de definir o termo "pessoas deficientes"¹⁷⁵ prevê a garantia da igualdade e o respeito à dignidade dessas pessoas, conforme segue seu artigo terceiro:

3 - As pessoas deficientes têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes, qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar de uma vida decente, tão normal e plena quanto possível.

O respeito à dignidade da pessoa com deficiência trata-se de um elemento muito amplo que, com já dito abrange também o direito ao trabalho. Possuir a oportunidade de exercer uma atividade não discriminatória que contemple as habilidades próprias do trabalhador propicia ao portador de deficiência autonomia financeira e autorrealização.

175 DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS DEFICIÊNCIA. Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 09/12/75. 1 - O termo "pessoas deficientes" refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

Este talvez seja o ponto principal, o resgate do papel do trabalho: seu potencial de elemento significativo, seja na auto realização, seja na configuração da autoestima, seja na independência econômica, na autonomia, no prazer presente no processo e no produto, na sensação de aceitação e “pertencimento” (AMARAL, 1992).

Verifica-se que a relevância do direito ao trabalho e emprego para as pessoas com deficiência vai além da questão financeira e da mera inclusão no sistema de consumo ela tem papel fundamental no respeito à dignidade da pessoa.

Tal questão também foi tema da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006, ratificada no Congresso Nacional em 9 de julho de 2008 através do Decreto Legislativo nº 186 de 2008, que em seu artigo 27 trata especificamente dessa matéria. Além da Organização das Nações Unidas a Organização Mundial do Trabalho também passa gradativamente a se voltar ao portador de deficiência objetivando tutelar seus direitos trabalhistas. Desta volta temos de relevância para o tema as Convenções de nº 111, nº 117, nº 159 todas da OIT.

A Convenção de nº 111 da OIT e a Convenção de nº 117 da OIT, assim como as declarações da ONU também fala do tratamento igualitário com enfoque na igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego ou profissão objetivando a proteção contra qualquer tipo de discriminação.

A Convenção de nº 159 da OIT tem matéria específica sobre a Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas com Deficiência. Essa Convenção foi ratificada no Brasil em 18 de maio de 1990 e promulgada através do Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991 e prevê as políticas de reabilitação profissional e emprego para as pessoas com deficiência¹⁷⁶ de modo a objetivar a promoção de oportunidades de emprego para as pessoas deficientes no mercado regular de trabalho.

O Brasil, através de sua Constituição Federal de 1988, absorve os preceitos fundamentais previstos na ordem jurídica internacional de modo a buscar a igualdade e a inclusão social das pessoas com deficiência.

¹⁷⁶ CONVENÇÃO N. 159 da OIT - Art. 1 — 1. Para efeitos desta Convenção, entende-se por ‘pessoa deficiente’ todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.

Quanto à habilitação e reabilitação¹⁷⁷ para o trabalho e emprego tratada na A Convenção de nº 159 da OIT, o artigo 203 da nossa Lei Maior cuida especificamente do tema com o objetivo expresso de promover a integridade da pessoa com deficiência à vida comunitária.

Assim, mais uma vez o próprio ordenamento jurídico expõe a necessidade da garantia ao trabalho para a promoção da igualdade social e para o respeito da dignidade da pessoa com deficiência. Dessa forma vai se construindo o processo gradual de inclusão da pessoa com deficiência no ambiente laboral, por vezes através de políticas de incentivo à contratação, outras vezes impondo percentuais de profissionais categorizados como “pessoas com necessidades especiais” – PNE. Ao criar situações que permitam fazer com que essa figura “extraordinária” se torne comum, ordinária, o direito laboral garantiria que exercessem suas atividades com naturalidade.

Nessa perspectiva, promover o direito ao trabalho e emprego dignos às pessoas com deficiência demonstra-se uma alternativa para discriminação e a exclusão que ainda hoje esse grupo encontra-se sujeito.

Trabalho como Ferramenta de Superação do Capacitismo

O capacitismo é uma forma de discriminação que se baseia na ideia de que as pessoas com deficiência são inferiores ou incapazes de realizar determinadas tarefas. Essa visão preconceituosa tem sido perpetuada ao longo dos anos, dificultando a inclusão e a igualdade de oportunidades para esses indivíduos. No entanto, o trabalho pode ser uma poderosa ferramenta de superação do capacitismo, permitindo que as pessoas com deficiência demonstrem suas habilidades e contribuam para a sociedade de forma plena e significativa.

O trabalho oferece às pessoas com deficiência a oportunidade de se tornarem financeiramente independentes. Ao terem um emprego, elas podem se sustentar, pagar suas contas e ter autonomia para tomar decisões sobre suas vidas. Isso reduz a dependência de benefícios sociais e promove a inclusão desses indivíduos na sociedade.

Além disso, o trabalho proporciona um senso de propósito e realização pessoal. Quando as pessoas com deficiência têm a oportunidade de exercer suas habilidades e talentos no ambiente de trabalho, elas se sentem valorizadas e reconhecidas por suas

¹⁷⁷ Lei 13.146/15, art. 36 § 2º A habilitação profissional corresponde ao processo destinado a propiciar à pessoa com deficiência aquisição de conhecimentos, habilidades e aptidões para exercício de profissão ou de ocupação, permitindo nível suficiente de desenvolvimento profissional para ingresso no campo de trabalho.

contribuições. Isso fortalece sua autoestima e confiança, desafiando a visão capacitista de que elas são incapazes. A título de ilustração, um indivíduo com deficiência visual que trabalha como professor de música pode compartilhar seu conhecimento e talento com os alunos, recebendo elogios e reconhecimento por suas habilidades musicais.

O trabalho realizado por pessoas com deficiência desafia estereótipos e preconceitos, promovendo uma mudança de percepção na sociedade. Ao verem esses indivíduos desempenhando suas funções com competência, os demais colegas de trabalho e a comunidade em geral passam a enxergá-los como cidadãos capazes e produtivos, rompendo com a visão capacitista.

Desse modo, o trabalho é uma ferramenta poderosa para combater o capacitismo, permitindo que as pessoas com deficiência sejam vistas e valorizadas por suas habilidades e contribuições. Ao proporcionar independência econômica, fortalecer a autoestima e desafiar estereótipos, o emprego promove a inclusão e a igualdade de oportunidades para esses indivíduos.

É fundamental que a sociedade reconheça e valorize o potencial das pessoas com deficiência, oferecendo-lhes as mesmas oportunidades de trabalho e desenvolvimento profissional. Somente assim poderemos construir uma sociedade mais inclusiva e justa para todos.

Conclusão

Em conclusão, a história da relação entre a sociedade e as pessoas com deficiência é um testemunho de mudança e evolução ao longo dos séculos. Das crenças antigas de castigos divinos às lutas por direitos e inclusão no século XX, a sociedade tem percorrido um longo caminho na compreensão e aceitação das pessoas com deficiência.

A Constituição de 1988, ao destacar o direito ao trabalho, desafiou o capacitismo e promoveu independência e autoestima para esse grupo. A inclusão no mercado de trabalho é fundamental para construir uma sociedade mais justa e igualitária.

À medida que continuamos a desafiar estereótipos e promover oportunidades iguais, podemos construir um futuro verdadeiramente inclusivo e acessível para todos. A história nos ensina que a mudança é possível, e é nossa responsabilidade continuar trabalhando para tornar o mundo um lugar melhor para as pessoas com deficiência.

Referências

AMARAL, Lígia Assumpção. Mercado de Trabalho e Deficiência. Revista Brasileira de Educação Especial. Dez. 1992. p.127-136

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Cartilha do Censo 2010: pessoas com deficiência [Internet]. Brasília, DF; 2012. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/cartilha-do-censo-2010-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 06 de fev. 2017.

CARDOSO, Tatiana de Almeida Freitas R. Direitos Humanos: da sua evolução à sua (in)efetividade. Revista Videre (on line), v. 4, p. 30-40, 2012. Disponível em http://ojs.ufgd.edu.br/index.php?journal=videre&page=article&op=view&path%5B%5D=1861&path%5B%5D=pdf_197 acesso em 12 de dez 2016

GONÇALVES, Alda Martins; SENA, Roseni Rosângela de. A reforma psiquiátrica no Brasil: contextualização e reflexos sobre o cuidado com o doente mental na família. Revista Latino- americana de Enfermagem, ed. 9, mar. 2001, p.48-55.

GURGEL, Maria Aparecida. A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade. 2008. Disponível em http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php. Acesso em 05 de fev. 2017

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil. - Brasília: Secretaria de Direitos Humanos.

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. A pessoa com deficiência e o direito do trabalho. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2008.

MARTINS, Viviane Lima. Valores estéticos e estigmas sociais ligados ao culto à beleza. Revista Científica Intraciência. Nov. 2010. p. 27-105.

OLIVEIRA, Marileide Antunes de; GOULART JÚNIOR, Edward; FERNANDEZ, José Munhoz. Pessoas com deficiência no mercado de trabalho: Nos Estados Unidos, União Europeia e Brasil. Revista Bras. Ed. Especial. Marília. V.15, nº2, p.219-232. Mai.-Ago. 2009

SARLET, Igno Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2006

SILVA, Otto Marques da. A epopéia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, 1987

ALIENAÇÃO PARENTAL NOS CASOS DE ROMPIMENTO NAS RELAÇÕES CONJUGAIS E AS HIPÓTESES DE INDENIZAÇÃO À VÍTIMA

ROGÉRIO DE CÁSSIO NEVES FERREIRA FILHO:

Pós-graduando em Direitos Humanos pela Faculdade UniAmérica, pós graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, bacharel em direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais, advogado178.

RESUMO: Desde a edição da lei 12.318/2010, que disciplinou a alienação parental, buscase cada vez mais, estudar e analisar seus aspectos gerais, haja vista a evolução da sociedade e seus costumes com o passar do tempo. Sabe-se que a alienação parental é definida como o ato de interferência na formação psicológica da criança ou adolescente promovida ou induzida por um de seus genitores ou até por parentes próximos e ligados ao menor, a fim de que cause prejuízo na relação com seu outro genitor. Sendo assim, a razão da norma é a proteção da dignidade da pessoa humana do menor, que não pode ter seu desenvolvimento social e aprendizagem prejudicados. A Constituição de 1988 discorre sobre a proteção familiar, especificamente os artigos 226 e 227, assim como a Lei 12.318/10, e com base nesses dispositivos, o presente trabalho analisará o instituto da alienação parental, e os efetivos resultados advindos da Lei 12.318/10, que regulamentou o comportamento desviado dos genitores em relação aos seus filhos, bem como tratar das hipóteses de indenização às vítimas.

Palavras-Chave: Família; Afeto; Alienação Parental; Síndrome da Alienação Parental; Hipóteses de indenização a vítima.

ABSTRACT: Since the enactment of Law 12,318 / 2010, which regulated parental alienation, there has been an increasing search for and study and analyze its general aspects, in view of the evolution of society and its customs over time. It is known that parental alienation it is defined as the act of interference in the psychological formation of the child or adolescent promoted or induced by one of their parents or even by close relatives and linked to the child, in order to cause damage in the relationship with their other parent. Therefore, the reason for the norm is to protect the dignity of the human person of the minor, who cannot have his social development and learning impaired. The 1988

178 E-mail: rogerionevesfilhoadv@gmail.com

Constitution discusses family protection, specifically articles 226 and 227, as well as Law 12,318 / 10, and based on these devices, the present work will analyze the institution of parental alienation, and the effective results arising from Law 12,318 / 10, which regulated the deviated behavior of parents in relation to their children, as well as dealing with the hypotheses of compensation to victims.

Key words: Family; Affection; Parental Alienation; Parental Alienation Syndrome; Chances of compensation to the victim.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da Alienação Parental 2.1 Noções introdutórias 2.2 Da Síndrome da Alienação Parental 2.3 Lei nº 12318/10 2.4 Problemas e consequências da prática da Alienação Parental 3. Das hipóteses de indenização à vítima da alienação Parental 4. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, o fenômeno da alienação parental se faz presente em muitos casos de divórcios e separações litigiosas, de forma que seus efeitos estão sendo frequentemente discutidos nos âmbitos do Direito. Assim, as forças que geram danos irreversíveis à criança e aos seus pais ganham reconhecimento do Estado no cenário brasileiro contemporâneo.

Diante desta necessidade, a Lei nº 12.318/2010 surgiu como forma de proteger a parte prioritária dessa relação, isto é, a criança, e seu direito fundamental à convivência familiar saudável.

A família é considerada uma instituição responsável por promover a educação dos filhos e influenciar o comportamento destes na sociedade e é no seio familiar que são transmitidos os valores morais e sociais que servirão de base para o processo de socialização da criança e do adolescente, transcendendo através de gerações.

O ordenamento jurídico brasileiro conceitua a família como o conjunto de pessoas unidas pelo afeto. Tal conceito é consolidado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 227 em tradução literal 'a convivência familiar'.

Com o rompimento do vínculo conjugal, bem como considerando todas as mudanças advindas dessa ruptura, todos os membros da família precisam se adaptar a uma nova situação estrutural, aprendendo a viver dentro de um novo formato familiar e redefinindo papéis e funções. São nessas situações que os genitores normalmente encontram dificuldade em estabelecer um relacionamento saudável entre si, transferindo referido problema aos seus filhos.

Não obstante, esta interferência psicológica não só causa problemas na relação do filho com seus genitores, como também em relação à adequação dessa criança ou adolescente na sociedade.

A partir dessa perspectiva, ressalta-se a importância da identificação desses atos tão recorrentes, para que providências sejam tomadas e seja assegurada a proteção integral da criança, com absoluta prioridade, conforme exposto no texto constitucional, em seu art. 227.

Além disso, é necessário considerar o conjunto familiar, de forma que todos os envolvidos mereçam cuidados e atenção, visto que estão sofrendo de modo subjetivo. Insta frisar, assim, a relevância da manutenção do vínculo na constituição das relações afetivas da criança vítima do litígio familiar.

Neste contexto, o presente trabalho tem como objetivo, estudar os conceitos principais relacionados ao tema em questão, quais sejam: família, extinção da sociedade conjugal, alienação parental e a possibilidade de indenização às vítimas, bem como ampliação do olhar para as consequências desse fenômeno sobre a criança, a fim de amenizar o sofrimento psíquico dos pais, alienante e alienado, e proteger a criança e seu desenvolvimento psíquico de um fenômeno que se faz tão presente no cenário brasileiro atual.

2. DA ALIENAÇÃO PARENTAL

2.1 Noções introdutórias

O termo alienação parental teve sua primeira definição pelo psiquiatra, Dr. Richard Gardner, em 1985, como a situação em que a mãe ou o pai de uma criança a treina para romper os laços afetivos com o outro genitor, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor.

O conceito de alienação parental, é trazida pela lei nº 12.318/ 2010 em seu artigo 2º que segundo ela, é um processo de interferência na formação psicológica da criança, de modo que vem a alterar a percepção desta em relação ao genitor que detêm a guarda.

Nesse sentido:

A alienação parental consiste, basicamente, em uma prática realizada por um dos genitores ou também por outras pessoas ligadas à criança, com finalidade de desconstituir a figura parental do outrem

perante a criança, de forma a desmoralizar, desqualificar e marginalizar o outro genitor (TARTUCE, 2017, p.23).

Entende-se, portanto, que a alienação parental nada mais é, que uma arma de vingança utilizada pelo genitor detentor da guarda do menor contra aquele que não detém o poder da guarda. Referida vingança consiste basicamente, na no impedimento imposto aos filhos de entrar em contato com o genitor que não detém a guarda, através do afastamento e pejorativação da imagem do outro.

Nesses termos:

É importante se debruçar de forma um pouco mais aprofundada nos casos de inserção de falsas memórias na cabeça do menor, muitas vezes o alienador ultrapassa todosos limites, chegando ao absurdo de implantar a falsa idéia de abuso sexual. Essa forma de alienação é mais demorada, tendo em vista que se trata de um processo sistemático de repetição que introduz ideiasna cabeça da criança, de forma que muitas vezes o menor não tem capacidade de discernir o que é verdade e o que não é. (TARTUCE, 2017, p.24).

Verifica-se, através do exemplo abaixo, jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que exemplifica perfeitamente o conceito de alienação parental:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABANDONO NÃO CONFIGURADO. MÃE BIOLÓGICA QUE APRESENTA PLENAS CONDIÇÕES PARA EXERCER A MATERNIDADE. ADOÇÃO PELA MADRASTA INDEFERIDA. SENTENÇA REFORMADA. A cessão ou transferência da guarda de um filho ao outro genitor não deve ser confundida com hipótese de abandono do menor. Comprovada nos autos a constância do intuito da mãe em manter vínculos com seu filho, havendo indícios de que sempre houve impedimento para a realização desse intento por ação do pai biológico do infante. Por si só, ofato do menor ter sido criado pela madraستا e por ela haver desenvolvido vínculo parental, não autoriza a sua adoção, não estando comprovada nos autos a concretização de nenhuma das hipóteses legais que autorizam a destituição do poder familiar. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 45 70053362943, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 29/05/2013). (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

É, portanto, uma forma de abuso emocional que visa à extinção dos vínculos afetivos entre o genitor alienado e sua prole, acarretando consequências nefastas para a vida futura de um ser em pleno desenvolvimento.

Possível concluir, portanto, que é indispensável para o desenvolvimento de qualquer criança ou adolescente, um ambiente familiar pacífico, uma vez que depende de toda essa estrutura para formação de sua personalidade.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, o poder parental passou a pertencer a ambos os genitores, sem distinção e, é do Estado o direito de amparar o menor envolvido.

2.2 Da Síndrome da Alienação Parental

Como já exposto em tópico anterior, a alienação parental teve seu conceito elaborado por Gardner, em 1985, que também definiu a Síndrome de Alienação Parental como uma espécie de campanha prejudicatória de um dos pais para alienar o outro, visando obter a preferência, ou uma relação preferencial, com um filho, cuja regulação de poder parental esteja em disputa.

Assim, a síndrome de alienação parental (SAP) pode ser definida como um distúrbio infantil que acometeria, especialmente, menores envolvidos em situações de disputa de guarda entre os pais. A síndrome se desenvolve a partir de programação ou lavagem cerebral realizada por um dos genitores para que o filho rejeite o outro responsável.

Nesse sentido:

Na síndrome de alienação parental, verifica-se um contributo da criança na campanha levada a cabo pelo progenitor alienante para denegrir o outro. Nestes processos, devem estar presentes, os seguintes factos ou critérios, indiciadores de SAP: "1) Campanha para denegrir a pessoa do outro progenitor junto da criança; 2) Razões frágeis, absurdas ou frívolas para a rejeição do progenitor; 3) Falta de ambivalência; 4) O fenómeno do pensador independente; 5) Apoio automático da criança ao progenitor alienador; 6) Ausência de sentimentos de culpa em relação à crueldade e/ou exploração do progenitor alienado; 7) Presença de encenações encomendadas; 8) Propagação de animosidade aos amigos e/ou família alargada do progenitor alienado"(SOTOMAIOR, Maria Clara, 2014, p.2).

No mesmo contexto:

A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado. O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro (DIAS, 2018, p.2).

Apesar da intensa divulgação do tema, com o advento da internet e redes sociais, há ainda, uma acentuada dificuldade em identificar e diagnosticar a síndrome da alienação parental. Os profissionais que lidam com o assunto diariamente devem estar preparados para lidar com a questão e suas possíveis consequências e obstáculos, como por exemplo, tratar o agressor como vítima.

Sabe-se, que como tratado anteriormente um dos principais sinais iniciais é a mudança de comportamento por parte da vítima. Destaca-se ainda, que tendo em vista o casuísmo das situações que levam à identificação da síndrome, a melhor forma de diagnosticá-la é através da observância à conduta do alienante, que na maioria das vezes, desenvolve atitudes semelhantes, dentre elas: Denigre a imagem do outro genitor; tomar decisões sobre a vida da vítima sem o aval do outro genitor, causando tensão entre os envolvidos; apresenta novo companheiro/companheira como novo pai/mãe da criança; critica competência profissional e financeira do outro genitor; tecer comentários desairosos sobre presentes/agrados comprados ou feitos pelo outro genitor; obrigar constantemente a vítima a escolher entre a mãe ou o pai, ameaçando-lhe através de violência mental e até mesmo física; transmitir seu desagrado diante da manifestação de contentamento externada pela vítima em estar com o outro genitor; síndrome da alienação parental é portanto, uma forma de abuso emocional que visa à extinção dos vínculos afetivos entre o genitor alienado e sua prole, acarretando consequências nefastas para a vida futura de um ser em pleno desenvolvimento.

Em outras palavras, a SAP consiste em um processo de programação da criança para que odeie um dos genitores, sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor.

Nessa esteira:

A Síndrome da Alienação Parental, também costuma ser chamada de "implantação de falsas memórias. Sua origem está ligada à

intensificação das estruturas de convivência familiar, o que fez surgir, em consequência, maior aproximação dos pais com os filhos. Assim, quando da separação dos genitores, passou a haver entre eles uma disputa pela guarda dos filhos, algo impensável até algum tempo atrás” (DIAS, 2018, p. 4).

Outra característica importante da SAP é o fato de que verifica-se a tentativa a qualquer preço, do genitor guardião que quer se vingar do outro, através da condição de superioridade que detêm, a tentativa de fazer com que o outro progenitor ou se submeta às suas vontades, ou então se afaste dos filhos.

Verifica-se, portanto, que referida síndrome se apresenta basicamente em 3 estágios, sempre com as mesmas características, podendo variar de acordo como a sua gravidade, sendo eles: leve, moderado e grave.

O estágio leve é aquele inicial, onde a alienação é iniciada, sendo sua característica principal a sutileza. Inicia-se ali o processo de desconstituição da figura do genitor alienado de forma minuciosa e gradativamente.

Já o estágio moderado é aquele em que já há o posicionamento da vítima (filho) de maneira contrária àquelas provenientes do genitor alienado. Há, nesta fazem o início do processo de afastamento entre os envolvidos.

A forma mais grave da SAP, ou seja, seu estágio mais grave consiste na repulsa total da criança para com um dos seus genitores. Neste último estágio o comportamento do filho caracteriza a síndrome.

A SAP, pode ser considerada ainda como mais do que uma simples lavagem cerebral, pois inclui fatores conscientes e inconscientes que motivariam um genitor a conduzir seu filho ao desenvolvimento dessa síndrome, além da contribuição ativa desse na difamação do outro responsável.

2.3 Lei nº 12318/10

Conforme conceituado anteriormente, a Alienação Parental é o ato praticado pelo detentor da guarda contra vítima, a fim de deturpar a imagem do ex- cônjuge, valendo-se de falsas alegações sobre sua índole e atribuindo-lhe uma imagem distorcida.

No Brasil, de acordo com a evolução histórica descrita em tópicos anteriores deste trabalho, a possibilidade de ocorrência da Alienação Parental começou a ser levada em

consideração em algumas decisões judiciais conforme a sociedade evoluiu, porém, não havia até então, qualquer legislação específica que tratasse do assunto.

Constatou-se, portanto, a necessidade da criação de uma legislação específica, com a finalidade de coibir todo ato atentatório à perfeita formação e higidez psicológica e emocional de filhos de pais separados ou divorciados. Restou pacífico o entendimento de que toda a situação descrita envolve claramente questão de interesse público, ante a necessidade de exigir uma paternidade e maternidade responsáveis, comprometidas com as imposições constitucionais.

Assim, e considerando o gradativo número de crianças afetadas por atos de alienadores e das graves consequências para elas, é que se sancionou, em 26 de agosto de 2010, a Lei 12.318/2010, a qual dispõe sobre a Alienação Parental.

Referida lei, além de incluir a alienação parental no âmbito jurídico, trouxe à tona um rol explicativo de contendo as maneiras mais comuns de se alienar uma criança, caracterizando, inclusive, os envolvidos.

Assim, a aprovação da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, estabeleceu um marco no debate brasileiro sobre o conceito de Alienação Parental ou Síndrome da Alienação Parental.

Neste diapasão:

Maior força quanto a criminalização da Alienação Parental, tendo em vista que o praticante deste ato sempre realizava o ato, e, em nenhum momento era responsabilizado por tamanho dano causado ao psicológico da criança, causando-lhe problemas de depressão, de complexo de inferioridade e etc. e com a criação da Lei 12.318/10 foi de ótima aceção trazer a baila do legislativo a questão da Alienação Parental (VENOSA,2017, p.58)

Assim, a própria Lei aduz o conceito de alienação parental e qual será a pena aplicada para a prática deste ato, vejamos o art. 2º:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Destaca-se, que a Lei não se limita apenas aos pais, pois abrange qualquer guardião da criança. Ou seja, referida lei não faz acepção do agente e sim do ato praticado por qualquer pessoa que tiver a guarda da criança ou adolescente, pois a criação da lei se deu em consonância ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

Além da definição disposta no caput, o Art. 2º da Lei 12.318/10 ainda conta com um rol exemplificativo de condutas configuradoras de alienação parental, contida no parágrafo único do referido artigo. Veja-se:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Destaca-se, que o inciso I do parágrafo único do Art. 2º considera ato de alienação parental a realização de campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade. Referida hipótese diz respeito, por exemplo, às brigas entre os pais, que normalmente culmina na separação de corpos ou até mesmo no divórcio. Como já tratado em capítulo anterior, a dita separação do casal, muitas das vezes aquele que fica com a guarda da criança ou do adolescente inicia campanha de desqualificação do antigo parceiro, transferindo para a criança as frustrações decorrentes do final do relacionamento.

Já os artigos II, III e IV, também do Art. 2º da Lei 12.318/10, que consideram ato de alienação parental a conduta de se dificultar o exercício da autoridade parental, o contato da criança ou adolescente com um de seus pais, ou o exercício do direito regulamento de convivência familiar, dizem respeito basicamente, aos casos em que um dos genitores possuem a guarda da criança/ adolescente, dificulta, diminui ou corta o contato do menor com o ex- cônjuge.

Posteriormente, o inciso V da mesma lei, prevê a alienação parental na conduta de se omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço. Nesse caso, em que pese o ato de alienação não ocorrer diretamente em relação à vítima, há o enfraquecimento da relação entre pais e filhos.

Já o inciso VI da Lei 12.318/10 faz menção, justamente, a uma das piores e mais sérias formas da prática da alienação parental, pois prevê como ato alienador, a a apresentação de falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente.

O Art. 3 da Lei 12.318/10 preconiza que o ato de alienação parental fere o direito fundamental à convivência familiar, garantia que se encontra prevista no Art. 226 da Constituição Federal, bem como no Art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda

A necessidade da convivência familiar e os laços afetuosos tem ligação direta com o desenvolvimento da criança e do adolescente. Sabe-se, que é direito garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro, a convivência familiar. Além do mais, com o advento da

Lei 12.010/09 (Lei da adoção), tratou de denotar especial cuidado em relação a proteção aos núcleos familiares, incluindo por exemplo, no Estatuto da Criança e do Adolescente, a instituição da família extensa ou ampliada, formada para além da unidade pais e filhos, englobando parentes próximos com os quais a criança e o adolescente tenham vínculo de afinidade.

As consequências da SAP na vida da criança/adolescentes são graves e podem, além de tudo, ocasionar anormalidades no desenvolvimento psíquico e social da vítima. É comum, nesses casos, o desenvolvimento de ansiedade, depressão, transtorno de identidade e até incapacidade de adaptação ao ambiente familiar.

O artigo 4º e seguintes da referida lei, tratam basicamente, das regras sobre a instrumentalização processual do instituto:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas'.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da

forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Intervenção de um profissional da área psíquica é de grande relevância para resolver litígios de forma menos danosa às partes envolvidas. Para tanto, necessário se faz a designação de perícia psicológica no processo, devendo ser realizada por profissional da área. Referido laudo pericial tem como objetivo de basear e auxiliar o magistrado responsável pela causa.

O perito designado, nestes casos, consiste basicamente na realização de entrevistas com as partes envolvidas, sejam elas individuais ou coletivas. Referida avaliação psicológica deve ser realizada e deverá levar em consideração as condutas praticadas pelo agente alienador ao decorrer das consultas realizadas.

O artigo 6 da Lei 12.318/10, institui as providências que o juiz poderá tomar após detectar a alienação parental:

Art. 6o Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizado mudança

abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Além das determinações possíveis a partir do reconhecimento processual do ato de alienação parental, a Lei 12.318/10, por meio de seu Art. 8º, bem determina que a alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial. Sabe-se, que a criança e o adolescente são as maiores vítimas, por serem pessoas em desenvolvimento, no entanto, não se pode que todos os membros da família são atingidos, principalmente o genitor alienado, que muitas vezes é o maior prejudicado.

A lei, portanto, tem o objetivo de punir ou inibir aquele genitor que descumpra os deveres inerentes à autoridade parental ou decorrente da tutela ou da guarda do menor.

A Lei 12.318/10 surgiu no ramo do direito para regulamentar a prática de alienação parental, mas, sobretudo conectar outros ramos do direito como a Lei Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.906/90), tendo em vista que ambos só se conectavam em relação a crimes de lesão, ou, ameaça a vida da criança ou do adolescente.

2.4 Problemas e consequências da prática da Alienação Parental

Este tópico será direcionado à análise da dissolução da sociedade conjugal, suas consequências e relação com a Síndrome da alienação parental.

Conforme detalhadamente tratado no capítulo anterior, o poder familiar é assegurado pelo estado, bem como os direitos e garantias fundamentais dele decorrentes, sendo usados como base os direitos da pessoa humana e resguardados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O poder familiar é aquele que garante inúmeros direitos aos detentores do âmbito familiar e aos que constituem o local familiar, sendo assegurado que o local físico (casa) onde estiver uma família, não é objeto de penhora a fim de saldar qualquer tipo de débito contraído por um dos membros. Portanto, de qualquer âmbito que se possa enxergar, a família terá proteção do Estado a fim de garantir sua integridade.

Entretanto, a partir do momento em que a relação conjugal se torna insustentável seja por qual motivo for, há, por fim, a dissolução da sociedade conjugal anteriormente constituída.

Assim, há no ordenamento jurídico brasileiro, três formas de se concretizar referida dissolução. São elas:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

Nestes termos:

Deve-se distinguir entre o término da sociedade conjugal e a dissolução do vínculo matrimonial. O casamento estabelece, concomitantemente, a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial. Sociedade conjugal é o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges. O casamento cria a família legítima ou matrimonial, passando os cônjuges ao status de casados, como partícipes necessários e exclusivos da sociedade que então se constitui. Tal estado gera direitos e deveres, de conteúdo moral, espiritual e econômico, que se fundam não só nas leis como nas regras da moral, da religião e dos bons costumes". (GONÇALVES, 2017, p. 252).

Nesta toada, conclui-se que o conceito de divórcio na sociedade atual já é pacificada e definida como o rompimento legal e definitivo do vínculo de casamento civil.

Acerca do assunto, neste capítulo será ressaltado, especificamente, a modalidade de divórcio litigioso, que diz respeito ao tipo de dissolução que mais gera conflitos entre as partes e, conseqüentemente, tem mais relação com a alienação parental.

3. DAS HIPÓTESES DE INDENIZAÇÃO À VÍTIMA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Conforme tratado anteriormente, em que pese os pontos positivos da modernização das relações humanas, referidas mudanças sociais trouxeram também

fatores negativos, como por exemplo o surgimento de sequelas psicológicas nas vítimas, que na maioria dos casos, são os filhos originários de casamentos e uniões estáveis que terminaram.

Os danos provenientes da alienação parental, ainda que na sua maioria acontecem de forma silenciosa, geram, sem sombra de dúvidas, danos psicológicos severos nos filhos alienados.

A partir de toda análise acerca da evolução do conceito de família, da Sociedade, do divórcio, da Alienação Parental, impossível não haver o questionamento acerca da possibilidade de indenização à vítima.

A resposta para este questionamento é afirmativa, tendo em vista que a Constituição Federal prevê expressamente, em seu artigo 5º, que são resguardados os direitos da personalidade, da imagem entre outros. Veja-se:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Destaca-se, que há a previsão à inviolabilidade da vida privada e da intimidade, sendo assegurado o direito a indenização nos casos em que haja a comprovação do dano. Conforme tratado anteriormente, a alienação parental é um ato em que um genitor intervém na vida privada de seu filho no sentido de desqualificar a imagem do ex-cônjuge.

Todavia, o dano é evidente, podendo ser destacado tanto o dano moral como o patrimonial nos casos de Alienação Parental. Sabe-se, que a responsabilidade civil no direito de família deixou de ter cunho meramente patrimonial com as inovações trazidas pela constituição federal de 1988, visto que esta cuidou de estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações familiares.

A prática da alienação parental, desse modo, reúne todos os pressupostos que caracterizam a responsabilidade civil previstos no art. 186 do Código Civil de 2002. Assim,

quando flagrada a prática de alienação parental é cabível a responsabilização civil, por configurar abuso do poder familiar que prejudica tanto o genitor alienador como os filhos.

Conforme tratado em capítulo anterior a responsabilidade civil tem como um dos elementos, a conduta voluntária do agente, seja ação ou omissão, que causa um dano, sendo ainda necessário haver a ligação entre a conduta do agente e o dano. Desta forma percebe-se que a conduta do genitor alienador por si só já configura ato ilícito, que vai contra todos os deveres do poder familiar.

Cita-se o entendimento de Cavalieri Filho (2010, p.72) sobre a importância do dano para que ocorra a responsabilidade civil "O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano".

Em analogia a este procedimento, há inúmeros processos de indenização por dano moral no âmbito do judiciário brasileiro, que são fundamentados pelo artigo citado, para que haja a devida restituição ou manutenção do dano causado a outrem. Veja-se:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PARCIAL PROCEDENCIA – CARTÃO DE CRÉDITO ENVIADO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO CLIENTE – RECURSO DO BANCO RÉU – PRETENSÃO AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS

MORAIS – DESCABIMENTO – Cartão enviado sem pedido prévio do consumidor, o que configura prática abusiva (art. 39, III CDC), situação que configura abalo moral, suscetível de reparo por meio de fixação de indenização por danos extrapatrimoniais (sumula 532 do STJ). Recurso do banco réu desprovido. (TJSP – APL: 10109791020178260066 SP).

É de entendimento pacífico dos Tribunais, que para que haja a indenização por dano moral, deve-se haver o ato lesivo que venha a causar danos a honra, imagem e etc., devendo ser responsabilizado o agente nos moldes dos art. 186 e 927 do Código Civil:

"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Nos referidos artigos está caracterizado a responsabilidade civil objetiva e subjetiva. A responsabilidade será subjetiva, quando necessária à comprovação de culpa do agente causador do dano, ou objetiva, quando importante comprovar somente a ocorrência do dano e o nexo causal. Ou seja, A responsabilidade será subjetiva quando o dever de indenizar surgir em razão do comportamento do sujeito que causa danos a terceiros, por dolo ou culpa. Já na responsabilidade objetiva, basta que haja o dano e o nexo de causalidade para surgir o dever de indenizar, sendo irrelevante a conduta culposa ou não do agente causador.

Passa-se a abordar os quatro pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta humana, o nexo de causalidade, o dano e a culpa.

A conduta humana (ação ou omissão) é o ato da pessoa que causa dano ou prejuízo a outrem. É o ato do agente ou de outro que está sob a responsabilidade do agente que produz resultado danoso seja por dolo, negligência, imprudência ou imperícia. Este ato gera a obrigação de reparação.

Já o nexo causal considerado o liame entre o ato lesivo do agente e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima. O dano é o prejuízo resultante da lesão a um bem ou direito, podendo ser classificado em material e extrapatrimonial.

Veja-se:

“O dano se classifica em dano patrimonial e extrapatrimonial. O dano patrimonial ou material é aquele que causa a destruição ou diminuição de um bem de valor econômico. O dano extrapatrimonial ou moral é aquele que causa lesão em um bem que não pode retornar ao estado anterior por não ter caráter simplesmente pecuniário, diz respeito a direitos da personalidade, como direito a vida, integridade moral, integridade física e integridade psíquica. O dano patrimonial pode ser direto ou indireto. Dano patrimonial direto é aquele provocado diretamente pela ação ou omissão do agente e o dano patrimonial indireto é o causado por ato não dirigido ao bem que sofreu a lesão”. (COSTA, MARIANA DE ANDRADE, 2013, p.07).

A legislação brasileira admite a existência de responsabilidade civil com a culpa como pressuposto, no entanto pode haver sem culpa. O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil afirma que “haverá obrigação de reparar o dano independentemente de

culpa.” A culpa não é elemento essencial da responsabilidade civil, essenciais são a conduta humana, o dano ou lesão e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Ainda, existe uma grande controvérsia e discussão acerca da aplicação da responsabilidade civil no âmbito do direito de família. No entanto, em que pese a existência da referida discussão, não há dúvidas acerca da responsabilização do a gente praticante da alienação parental, nos termos Lei 12.318/2010.

Com base no narrado acima, é totalmente cabível a indenização por ato de Alienação Parental, tendo em vista ao praticar a alienação parental o alienante está violando norma constitucional, uma vez que tal conduta não permite que o menor tenha uma convivência familiar harmônica e comunitária.

Nos casos relacionados a alienação parental, sabe-se que se é retirado do genitor alienado, o direito de conviver e dar amor aos filhos. Assim, a partir do advento da Lei 12.318/2010, diante da prática de ato ilícito, surge o dever de indenizar.

“Portanto, pode-se concluir que a Lei de Alienação Parental autoriza a responsabilização do alienante frente ao menor e ao genitor alienado. Tal responsabilidade civil é subjetiva, exigindo-se, portanto, os quatro pressupostos para sua configuração. A conduta pode ser comissiva ou omissiva, e ainda, direta ou indireta. O alienador age de forma comissiva quando implanta mentiras no menor, criando falsas memórias, sempre com o objetivo de prejudicar e atrapalhar a relação dele com o genitor alienado. Agindo assim, muitas vezes o alienante faz com que o menor, acreditando em tais mentiras, se afaste do outro genitor”. (COSTA, MARIANA DE ANDRADE, 2013, p.21).

Nesse mesmo sentido, dispõe do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre o assunto:

“Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Sabe-se, que as vítimas, seja o genitor alienado ou o menor, sofrem danos irreparáveis, tanto moral quanto materialmente falando. Nesse segue julgado acerca do tema em questão:

APELAÇÃO CÍVEL. PUBLICAÇÃO INDEVIDA DE CONTEÚDOS REFERENTE À INFANTE EM REDES SOCIAIS. DANO MORAL. CABIMENTO. No Direito de Família, o dano moral é, em tese, cabível. No entanto, imprescindível que haja a configuração do ato ilícito. No caso, evidenciado o dano sofrido pela infante, na medida em que as apelantes, avó e tia paterna, publicaram imagens e informações a ela referentes em perfil de rede social, atribuindo à genitora suposta prática de alienação parental. O fato de terem sido retiradas da rede as publicações não retira o caráter ilícito do ato praticado, porquanto publicizou indevidamente imagem da criança, em flagrante violação ao comando constitucional do art. 5º, X, bem como dispositivos infraconstitucionais (arts. 3º e 17 do ECA e 3º e 7º da Lei 12.965/2014). A configuração do dano moral impõe o dever de reparar. O quantum arbitrado mostra-se adequado, ante a conduta das apelantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNANIME. (Apelação Cível Nº 70064085095, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 02/07/2015). (TJ-RS - AC: 70064085095 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 02/07/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/07/2015).

Ainda que não haja diversas jurisprudências nos Tribunais brasileiros sobre a responsabilidade civil do alienante, conclui-se que não há como afastá-la, pois como foi demonstrado no presente trabalho, a Alienação e suas conseqüências se encaixam perfeitamente nos requisitos necessários para que exista o dever de indenizar.

Cabe ao genitor alienado buscar os meios legais para que cesse a alienação, bem como pleitear judicialmente indenização em favor de si próprio e da criança/adolescente, devido à alienação sofrida. A ação de reparação de danos com fundamento na responsabilidade civil, deve ser proposta na vara da família, por iniciativa do alienado, do Ministério Público ou mesmo de ofício pelo juízo, ao deparar-se com casos graves de alienação parental.

CONCLUSÃO

A partir da constante evolução na seara do direito de família, houveram também alterações não somente em sua formação em si, mas também nas especialidades de problemáticas que são levadas ao Poder Judiciário. Assim, o presente trabalho monográfico teve como principal finalidade apresentar o que é a alienação parental aos acadêmicos e profissionais da área do direito, bem como pais, mães, crianças e adolescentes vítimas da referida síndrome e demais pessoas que se interessem pelo tema.

A alienação parental ocorre quando um dos genitores, ou qualquer pessoa que detenha a guarda do menor, cria situações irreais para afastar a criança ou o adolescente do convívio com o outro genitor.

Assim, no primeiro capítulo, buscou-se demonstrar a evolução do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro, bem como apresentar a definição dos conceitos de alienação parental e síndrome da alienação parental. Ainda, referido capítulo destinou-se à apresentar os meios de formação do núcleo familiar existentes.

No segundo capítulo, este trabalho se direcionou à demonstrar e os tipos de extinção da sociedade conjugal, definindo-os e apresentando as consequências relacionadas ao ato. Tratou-se também, a presente monografia, neste capítulo, de trazer à tona problemas e questões recorrentes relacionadas ao tema, quais sejam. A guarda dos filhos e a regulamentação de visitas.

Já o terceiro capítulo destinou-se à tratar diretamente do advento da Lei 12.318/10, expondo seus principais pontos, bem como a interdisciplinaridade entre as normas formadoras e a necessidade e possibilidade de indenização às vítimas da alienação parental no Brasil.

Conclui-se, que com o advento da Lei 12.318, não há como não ser reconhecida a responsabilidade civil do alienador, pois o artigo 3º dispõe acerca da conduta ilícita e abusiva por parte do alienante, que justifica a propositura de ação por danos morais contra ele, além de outras medidas de caráter ressarcitório ou inibitório. Assim, diante da prática de ato ilícito, surge o dever de indenizar, ainda que se considere todas as dificuldades encontradas nesse sentido.

A Lei nº 12.318/10, surgiu com o intuito de proteger a criança e adolescente vítima de alienação parental e punir o alienador, fortalecendo os dispositivos constitucionais e o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como contribuindo com as demandas judiciais.

A responsabilidade civil é oriunda de um dano, que deve ser comprovado pela existência de uma conduta humana voluntária, que tenha nexo de causalidade com o dano ocasionando quatro pressupostos formais: conduta, nexo de causalidade, dano e culpa.

Desta forma, desde que existentes todos esses elementos estudados no presente trabalho, estará determinado o dever de indenizar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em :25 out 2023.

Código Civil(2002). In Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2019.

DIAS. Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_s%EDndrome_da_aliena%E7%E3o__parental%2C_o_que_%E9_isso.pdf> Acesso em: 14 out. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. Vol.1. 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva.

SOTOMAIOR, Maria Clara- **Regulação do exercício das responsabilidades no caso de divórcio-** Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=-ndrBwAAQBAJ&pg=PT188&lpg=PT188&dq=Garder+defendeu+que+a+SAP+estava+presente+em+aproximadamente+90%25+das+crian%C3%A7as+cujas+fam%C3%ADlias+estavam+envolvidas+em+lit%C3%ADgios+de+guarda//visita+mas+n%C3%A3o+forneceu+dados+objectivos+de+investiga%C3%A7%C3%A3o+para+demonstrar+estas+asser%C3%A7%C3%B5es+sobre+a+s%C3%ADndrome+nem+a+sua+frequ%C3%AAncia.&source=bl&ots=9qI8cS_mCW&sig=ACfU3U1EB0ZypdE5GoL3GVcz2NE7KPF8iQ&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwj6v-2GopbsAhVSA9QKHTbkDdUQ6AEwAHoECAEQAg#v=onepage&q=Garder%20defendeu%20que%20a%20SAP%20estava%20presente%20em%20aproximadamente%2090%25%20das%20crian%C3%A7as%20cujas%20fam%C3%ADlias%20estavam%20envolvidas%20em%20lit%C3%ADgios%20de%20guarda%2F%2Fvisita%20mas%20n%C3%A3o%20forneceu%20dados%20objectivos%20de%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20para%20demonstrar%20estas%20asser%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20s%C3%ADndrome%20nem%20a%20sua%20frequ%C3%AAncia.&f=false> Acesso em 17.out.2023.

TARTUCE. **Manual de Direito Civil**, 7º ed. São Paulo: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio. **Direito Civil. Direito de Família**, 12º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

A FRAUDE À COTA DE GÊNERO COMO INSTRUMENTO DE ABUSO DO PODER POLÍTICO: UMA ANÁLISE DAS SANÇÕES À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

GERALDO ZIMAR DE SÁ JÚNIOR: Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN (2013); Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário na atualidade pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-Minas (2016); Servidor Público Federal.179

Resumo: a ocupação dos espaços públicos ainda é capaz de refletir a dificuldade de concretização do princípio da igualdade, mormente a de gênero. Com efeito, a mulher, independentemente do nível de capacitação, ainda não consegue acessar cargos de natureza política com a mesma naturalidade com que o fazem os representantes do sexo masculino. Nesse sentido, sensível à necessidade de minimizar a problemática acima narrada, o Poder Legislativo promoveu mudanças no sistema de cotação das candidaturas permitidas para cada partido político. Por meio do art. 10, §3º, da Lei n. 9.504/97, o legislador estabeleceu regra mínima de participação de cada sexo no processo político. Ocorre que, na prática, os atores do processo político vêm buscando formas de se desvencilhar da obrigatoriedade estabelecida no preceptivo normativo destacado. Para tanto, investem esforços na promoção das tradicionais candidaturas masculinas e utilizam, ilicitamente, as femininas apenas como meio de preenchimento da cota obrigatória por lei. A participação feminina, nesse contexto, mostra-se despedidas do real sentido almejado pela norma e pela Constituição Federal de 1988. O presente estudo, portanto, busca compreender a fraude à cota de gênero como um instrumento do abuso do poder político e as consequências dessa prática no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Processo político. Fraude à cota de gênero. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The occupation of public spaces is still capable of reflecting the difficulty of implementing the principle of equality, especially that of gender. In fact, women, regardless of their level of training, are still not able to access positions of a political nature with the same naturalness as male representatives. In this sense, sensitive to the need to minimize the problem narrated above, the Legislative Branch promoted changes in the system of quoting the candidacies allowed for each political party. By means of article 10, paragraph 3, of Law No. 9,504/97, the legislator established a minimum rule for the participation of each sex in the political process. It so happens that, in practice, the actors of the political

179 E-mail: geraldojrsa.adv@gmail.com

process have been looking for ways to get rid of the obligation established in the normative precept highlighted. To this end, they invest efforts in the promotion of traditional male candidacies and illicitly use female candidacies only as a means of filling the quota required by law. Women's participation, in this context, shows farewell to the real meaning desired by the norm and by the Federal Constitution of 1988. The present study, therefore, seeks to understand gender quota fraud as an instrument of abuse of political power and the consequences of this practice within the scope of the Federal Supreme Court.

Keywords: Political process. Gender quota fraud. Federal Supreme Court.

Sumário: Introdução. 1. Igualdade de gênero e a Lei das Eleições. 2. Igualdade de sexo e igualdade de gênero. 3. Fraude à cota de gênero e o Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Historicamente, as estruturas sociais foram formatadas de modo a delegar à mulher papéis secundários nos espaços de poder. No âmbito político, o quadro de desigualdade é demonstrado pela evidente desproporção de gênero na condição de titular da Presidência da República em todo o histórico dessa citada forma de governo.

Com o intuito de promover a igualdade de gênero e minimizar a falta de representatividade do sexo feminino no espectro político, o legislador promoveu mudanças no âmbito da Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/97), nela alterando a redação do §3º do art. 10, nos seguintes termos: "*Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo*". A leitura do dispositivo, em cotejo com as disposições do próprio "caput", evidencia a intenção de buscar um maior espaço de participação política para as mulheres. Para tanto, a legislação exige que os partidos políticos envidem esforços no sentido de incentivar o sexo feminino a imergir no processo eleitoral, com vistas a almejar cargos de cunho político.

A medida legal, apesar de bem-intencionada, encontra resistência operacional. Como forma de não se submeter ao cumprimento do mandamento normativo, dirigentes partidários vêm buscando formas de transpor a exigência legal, sem, no entanto, infringi-la. Nessa ordem de ideias, a fraude à cota de gênero tem se tornado uma infeliz realidade processual posta à apreciação pelo Estado-Juiz.

A fraude costuma se manifestar, principalmente, por duas formas: através de candidaturas-laranja, quando a mulher sequer tem conhecimento da sua candidatura, que

é providenciada à revelia da autonomia da vontade, ou por meio de candidaturas inexistentes, quando a postulante, apesar de ciente da sua condição, não tem o real interesse de participar do processo eleitoral, evitando realizar atos de campanha e de arrecadação.

A burla acima tem sido sistematicamente enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, que, por meio da sua jurisprudência, tem buscado limar a participação política de partidos, candidatos e representantes partidários que se valem do expediente fraudulento para legitimar candidaturas masculinas.

O presente estudo científico, pretende, portanto, analisar a fraude à cota de gênero enquanto realidade que desafia os órgãos de controle, corrompe a possibilidade de se buscar a igualdade de gênero nos espaços de poder e impõe ao Supremo Tribunal Federal o dever de coibir a prática por meio da aplicação de sanções firmes e pedagógicas.

As análises aqui empreendidas se desenvolveram com auxílio de pesquisa bibliográfica e da análise da jurisprudência mais atualizada a respeito da temática discutida.

1 IGUALDADE DE GÊNERO E A LEI DAS ELEIÇÕES

A preocupação com a perspectiva de gênero não é uma novidade inaugurada por meio da reforma eleitoral promovida em 2009, por meio da Lei n.º 12.034/09, responsável pela modificação redacional do §3º do art. 10 da Lei das Eleições. Antes dela, a Lei n.º 9.100/95 instituiu cota mínima de 20% (vinte por cento) para candidaturas do sexo feminino. Com a Lei n.º 9.504/97, esse percentual foi maximizado para 30% (trinta por cento). Na prática, contudo, as previsões legislativas acima não dispuseram de acentuada eficácia, uma vez que o limite a ser preenchido por candidaturas de cada sexo tinha por referência o número máximo de candidaturas a serem registradas abstratamente. A obrigação, nesse contexto, era de reserva de vagas. A lei, pois, não dispunha de um caráter obrigacional, figurando com um viés aparentemente facultativo.

Não fosse suficiente, a ausência de uma conjuntura de aplicação de sanções em face de descumprimento dos percentuais legais reforçava a ideia de que a lei buscava estimular a participação feminina, mas apenas de forma figurativa, sem qualquer compromisso com a modificação de um quadro crônico de desigualdade.

Somente com a edição da Lei n.º 12.034/09 o ordenamento jurídico passa a estimular a participação feminina nos espaços políticos e a tentar controlar de forma mais eficaz os mecanismos de operacionalização dessa regra. Com efeito, por meio do supracitado diploma normativo, conferiu-se nova redação ao art. 10, §3º, da Lei das Eleições, o qual passou a ostentar um comando obrigatório de inscrição de candidaturas

de cada sexo nos pleitos eleitorais. Além disso, a reforma retirou a aparente facultatividade do comando, ao utilizar a expressão “preencherá”, em substituição a outrora vigente “deverá reservar”¹⁸⁰.

A Lei das Eleições, atualmente, parte da premissa de que os partidos políticos são obrigados a preencher, no mínimo, 30% (trinta por cento) das vagas destinadas às candidaturas com representantes de cada sexo.

Nesse sentido, CASTRO (2016, p. 122) afirma que:

Com a Lei n. 12.034/2009, a exigência de percentual mínimo de candidaturas de ambos os sexos (reserva de gênero) passou a ser ainda mais incisiva. De fato, o § 3º, do art. 10, da Lei n. 9.504/97, que dantes impunha aos partidos e coligações a reserva das vagas, agora diz que estes preencherão o mínimo de 30% com candidaturas do sexo minoritário. Daí que o partido terá que incluir na sua lista o mínimo de 30% de mulheres, p.ex., não bastando que não ultrapasse os 70% de candidaturas masculinas. A substituição da expressão “deverá reservar” pelo vocábulo “preencherá”, aliada à imposição de aplicação financeira mínima e reserva de tempo no rádio e TV (Lei n. 9.096/95, alterada pela dita Lei n. 12.034/2009), revela nitidamente a vontade do legislador de incluir as mulheres na disputa eleitoral. Esse percentual mínimo (30%) será calculado sempre sobre o número de candidaturas que o partido/coligação efetivamente lançar e não sobre o total que a lei indica como possível (150% ou 200% do número de vagas a preencher). Para uma Câmara Municipal com 15 Vereadores, p.ex., em que a coligação pode lançar até 30 candidatos, se a sua lista, levada a registro, contiver apenas 20 nomes, pelo menos seis devem ser de candidaturas de um sexo e no máximo quatorze do outro. Chegando a lista à Justiça Eleitoral sem observância desse mínimo, ela deve ser devolvida ao partido/coligação, para adequação, o que imporá o acréscimo de candidaturas do sexo minoritário ou a exclusão de candidatos do sexo majoritário, assim alcançando-se os limites mínimo e máximo.

¹⁸⁰ § 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo. (redação anterior a Lei n. 12.034/09).

Já GOMES (2018, p. 413), por sua vez, sintetiza as perspectivas da Lei das Eleições nos seguintes termos:

Por quota eleitoral de gênero compreende-se a ação afirmativa que visa garantir espaço mínimo de participação de homens e mulheres na vida política do país. Seu fundamento encontra-se nos valores atinentes à cidadania, dignidade da pessoa humana e pluralismo político que fundamentam o Estado democrático Brasileiro [...].

A ação afirmativa inaugurada com a multicitada Lei n.º 12.034/09 ampliou, de fato, o âmbito de participação feminina no processo eleitoral, dado o seu caráter cogente, mas não obteve os resultados esperados de incremento efetivo da igualdade entre os gêneros na busca por espaços de poder. Na verdade, o já mencionado caráter coercitivo da legislação impôs aos atores políticos não apenas a observância da lei, mas também o dever de buscar formas de contornar a exigência legal – inclusive por meios fraudulentos –.

2 IGUALDADE DE SEXO E IGUALDADE DE GÊNERO

Sem a pretensão de esgotar as discussões relativas à necessidade de incremento das políticas públicas em prol das mais diversas minorias, vale destacar o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral acerca do preenchimento da cota de gênero e a candidatura do sexo feminino.

Sobre o tema, o então Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, no bojo da consulta 0604054-58.2017.6.00.0000181, firmou entendimento no sentido de que:

A expressão “cada sexo” mencionada no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou

181 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000. Acórdão. Consulta. Requisitos. Legitimidade. Senadora. Exame. Expressão “Cada Sexo”. Referência. Transgêneros. Omissão legislativa. Nome social. Cadastro eleitoral. Princípios da dignidade da pessoa humana. Igualdade. Não discriminação. Intimidade. Direito à felicidade. Bem-estar. Objetivo. Valores de justiça. Fins sociais. Exigências do bem comum. Cotas feminina e masculina. Contabilização. Percentuais. Art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97. Pedido de registro de candidatura. Nome completo. Art. 12, caput, da Lei das Eleições. Nome civil. Determinação. Nome social. Urnas eletrônicas. Possibilidade. Expressão “Não estabeleça dúvida quanto à sua identidade”. Candidaturas proporcionais e majoritárias. Idênticos requisitos. Art. 11 da Lei das Eleições. Consulente: Maria de Fátima Bezerra. Consultado: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Sessão em 01 março 2018. Diário de justiça eletrônico, tomo 63, 03 abr. 2018. Acesso em: 20 de outubro de 2023.

feminina. Para tanto, devem figurar como tal nos requerimentos de alistamento eleitoral, nos termos estabelecidos pelo art. 91, caput, da Lei das Eleições, haja vista que a verificação do gênero para o efeito de registro de candidatura deverá atender aos requisitos previstos na Res.- TSE nº 21.538/2003 e demais normas de regência.

[...]

A despeito de se tratar de regra mais inovadora em relação à anterior, é imperioso reconhecer que o nosso sistema atual ainda se mostra aquém da realidade social e política do país, por não garantir idêntico tratamento às outras categorias de gênero que se apresentam no mundo inteiro, a exemplo das pessoas denominadas transexuais – que já lograram importantes conquistas no âmbito do direito civil e dos direitos fundamentais, e ainda lutam por outras tantas. É preciso, pois, avançar, conferindo-se amplitude máxima ao regime democrático, respeitando-se a diversidade, o pluralismo, a subjetividade e a individualidade como expressão dos direitos fundamentais assegurados no texto constitucional.

[...]

Forte nessas premissas, à primeira indagação, respondo no sentido de que a expressão “cada sexo” mencionada no art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 deve se referir ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou feminina, porquanto a apuração do sexo, para fins eleitorais, constitui, entre outros aspectos, evidente violação da intimidade. É dizer, quem se identifica como mulher, transgênera (incluída a travesti nessa categoria) ou cisgênera, ou como homem, transgênero ou cisgênero, independentemente de sua orientação sexual, deve compor as respectivas cotas, feminina ou masculina, conforme seu autorreconhecimento.

O posicionamento firmado na consulta acima referenciada evidencia que o Tribunal Superior Eleitoral não limita a compreensão da cota de gênero ao sexo biológico, mas, sim, ao autorreconhecimento do candidato/eleitor. Há, pois, uma nítida tendência de valorização das declarações prestadas pelo próprio eleitor ao cadastro eleitoral, em

detrimento de quaisquer noções limitantes a caracteres físicos. Pessoas transexuais e travestis, portanto, podem figurar enquanto agentes preenchedores da representação feminina exigida pela cota de gênero, desde que tenham manifestado esse interesse em requerimento de alistamento eleitoral, na forma da Lei das Eleições.

Consagra-se, com tal posição, uma visão macrocômica da pessoa humana, não revestida de preconceitos e adversidades decorrentes da opinião social.

3 FRAUDE À COTA DE GÊNERO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como sedimentado acima, apesar dos esforços do legislador, a participação feminina no âmbito político ainda carece de um maior respaldo prático. Em verdade, a fixação de critérios de imposição obrigatória aos partidos políticos acabou inaugurando um novo contexto abusivo no processo eleitoral: a fraude à cota de gênero.

Visando não se submeter às imposições legais, os atores políticos vêm demonstrando refino no aperfeiçoamento das técnicas de superação e descumprimento do comando que determina a reserva de vagas a candidatas mulheres. Na prática, a fraude à cota de gênero se apresenta, sobretudo, por meio de duas formas: pela veiculação de candidaturas-laranja, por meio das quais os partidos políticos informam à Justiça Eleitoral a existência de proporcionalidade de gênero nas candidaturas pleiteadas, quando, em verdade, as postulantes sequer têm conhecimento da sua condição e potencial participação no processo eleitoral. A fraude também costuma ser publicizada por meio de candidaturas fictícias, por meio de um conluio engendrado pelo partido político, de modo a publicizar a efetiva existência de candidaturas femininas, mas sem qualquer pretensão de efetivá-las na prática.

A fraude à cota de gênero, nesse contexto, enquanto manifesta forma de exercício abusivo do poder político, representa um meio a serviço da desigualdade, já que serve apenas à legitimação da concentração do capital político nas mãos dos representantes do sexo masculino.

Como uma distorção legal, tal modalidade de fraude reclama atuação enérgica dos órgãos de controle, de modo a viabilizar a aplicação de sanções que efetivamente desestimulem a prática e permitam, enfim, algum espaço de atuação feminina na política.

Nessa ordem de ideias, vale destacar a atuação do Supremo Tribunal Federal, que, por meio da sua jurisprudência, vem reafirmando o compromisso com a preservação da normalidade do processo eleitoral, de modo a sancionar gravemente as agremiações partidárias que se utilizam de expedientes fraudulentos em busca do preenchimento dos requisitos impostos por lei.

Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 6.338, do Distrito Federal, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de analisar a eventual inconstitucionalidade da regra que define a reserva da cota de gênero no âmbito da lei geral das eleições.

Por meio da supracitada ação de controle concentrado, buscou-se declarar a nulidade da interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral¹⁸² às consequências advindas do descumprimento do art. 10, §3º, da Lei das Eleições. Na ótica das partes postulantes, o reconhecimento de candidatura fictícia deveria ensejar a cassação apenas dos responsáveis pela prática abusiva, isentando de sanção candidatas e candidatos eleitos sem vinculação com a fraude. A título de fundamento, sustentou-se que o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de cassar/anular todas as candidaturas do partido envolvido na atividade fraudulenta acabaria por minar o alcance da ação afirmativa estampada na Lei das Eleições, haja vista atingir, igualmente, candidatas do sexo feminino validamente eleitas. Além disso, a punição de forma geral seria responsável por vulnerar o princípio da proporcionalidade, porquanto as sanções ultrapassariam à esfera dos responsáveis pelo ato ilícito.

182 A esse respeito, destaque-se a posição firme do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que a fraude à cota de gênero tem o condão de invalidar não apenas a candidatura fraudulenta, mas, sim, devem ser cassados todos os registros ou diplomas de todos os candidatos que compuseram a chapa, independentemente de prova de participação ou anuência à fraude. Nesse sentido: "8. Caracterizada a fraude e, por conseguinte, comprometida a disputa, não se requer, para fim de perda de diploma de todos os candidatos beneficiários que compuseram as coligações, prova incontestada de sua participação ou anuência, aspecto subjetivo que se revela imprescindível apenas para impor a eles inelegibilidade para eleições futuras. Precedentes. 9. Indeferir apenas as candidaturas fraudulentas e as menos votadas (feito o recálculo da cota), preservando-se as que obtiveram maior número de votos, ensejaria inadmissível brecha para o registro de "laranjas", com verdadeiro incentivo a se "correr o risco", por inexistir efeito prático desfavorável. 10. O registro das candidaturas fraudulentas possibilitou maior número de homens na disputa, cuja soma de votos, por sua vez, contabilizou-se para as respectivas alianças, culminando em quociente partidário favorável a elas (art. 107 do Código Eleitoral), que puderam então registrar e eleger mais candidatos. 11. O círculo vicioso não se afasta com a glosa apenas parcial, pois a negativa dos registros após a data do pleito implica o aproveitamento dos votos em favor das legendas (art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral), evidenciando-se, mais uma vez, o inquestionável benefício auferido com a fraude. 12. A adoção de critérios diversos ocasionaria casuísmo incompatível com o regime democrático. (TSE - RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 19392 - VALENÇA DO PIAUÍ - PI - Acórdão de 17/09/2019 - Relator(a) Min. Jorge Mussi)." Tal entendimento, inclusive, encontra-se cristalizado na Resolução de n.º 23.609, do Tribunal Superior Eleitoral, por meio da qual conclui-se que a utilização de candidaturas femininas fictícias deve redundar na anulação /cassação de todos os diplomas/mandatos daqueles que se beneficiaram com a medida, independentemente de prova da anuência destes para com a realização do ato fraudulento (art. 20, §5º).

Em decisão paradigmática, o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto condutor da Ministra Rosa Weber¹⁸³, definiu que a fraude à cota de gênero representa, inicialmente, violação à cidadania, ao pluralismo político e a isonomia, valores fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988. Para além disso, é ato que compromete a lisura, legitimidade e normalidade das eleições, já que o partido publiciza a existência de candidaturas que, na prática, não são reais, circunstância que permite, inclusive, o lançamento de um número maior de candidaturas masculinas com potencial de arregimentar o eleitorado e alavancar o quociente partidário.

Por essas razões, para a Ministra, não há que se falar em punição circunscrita à candidatura fraudulenta, providência essa que redundaria no aumento das candidaturas masculinas efetivas – em franca oposição aos objetivos da cota de gênero –, além de culminar no completo esvaziamento da sanção aplicada, já que a anulação apenas da candidatura fictícia não teria impacto significativo no quociente partidário.

A fraude é promovida justamente como forma de simplificar o registro de candidaturas masculinas capazes de alavancar o quantitativo de votos obtidos; nesse contexto, anular apenas a candidatura inexistente, naturalmente esvaziada, sem representatividade ou soma considerável de votos, representaria um verdadeiro estímulo à prática ilícita, dada a ausência efetiva de punição.

Sobre o tema, igualmente válidos os ensinamentos de HOLL (2019, p. 58-61):

Primeiramente cumpre observar que reservar vagas traz obrigações distintas de efetivamente preencher um determinado número de vagas. Daí que ao observar o número de candidatas à Câmara dos Deputados das eleições de 1998, verificou-se que o número não atingiu os 30%. Na época vigorou o discurso de que as vagas para as candidaturas de mulheres haviam sido reservadas, entretanto não havia um número suficiente de mulheres dispostas a se candidatar. Esse discurso mostra-se extremamente problemático, primeiro por pretender flexibilizar a obrigação dos partidos em incluir mais mulheres em sua estrutura e por negar a solução que é simples, se não há mais mulheres desejando se candidatar por aquele partido, logo deve-se reduzir o número de candidatos homens, de forma a obter as porcentagens legais (interpretação essa que vigora atualmente, após a Lei n. 12.034/2009). Mas também é uma argumentação mesquinha que tenta fortalecer a ideia de que o locus

183 ADI de n.º 6.338/DF.

da mulher é o espaço privado e não o espaço público, daí as mulheres não almejem cargos políticos. O que, por sua vez, desconsidera todos os fatores sociais subjacentes às escolhas das mulheres, que vão desde a jornada dupla que já exercem, à falta de apoio interno nos partidos, perpassando questões das mais diversas, como o acesso a recursos menores para suas campanhas, a falta de apoio familiar ou mesmo as dificuldades que se manifestam após eventual eleição, quando lhes é delegado um papel de coadjuvantes nas casas legislativas. Note-se que a falta de tempo para se dedicar a mais uma atividade é um motivo de destaque quando se considera o afastamento das mulheres da política formal, uma vez elas acabam vivenciando uma jornada dupla de trabalho (BOLOGNESI, 2012. p. 116), visto que são responsáveis pela renda da família tanto quanto os homens, mas diferentemente destes ainda continuam responsáveis pelas atividades domésticas quase com exclusividade. Outros aspectos culturais, como uma maior busca por cargos com estabilidade tornam menor a procura das mulheres pela política formal, sem que hajam incentivos externos para tanto (BOLOGNESI, 2012. p. 116). O que problemas como esses, apresentados a título exemplificativo, demonstram é que a histórica baixa participação das mulheres na política formal brasileira é reflexo de um problema estrutural que precisa ser enfrentado pelos partidos políticos, não bastando que eles se furtem a essa responsabilidade, sob a cortina da falta de interesse, que na verdade tem como único objetivo a preservação do status quo e a manutenção do espaço político dos homens que tradicionalmente o ocuparam. Ademais, nesse momento também houve um aumento da proporção das listas partidárias em relação ao tamanho e população da região em que se dão as eleições. Fato esse que, somado à inexistência de punição para os partidos ou coligações que não registravam efetivamente a porcentagem mínima de mulheres, levou a uma efetividade muito moderada da então Lei de Reserva de Vagas por Sexo. Explicase: como o comando normativo exigia apenas a reserva de um mínimo de 30% das vagas para cada sexo, considerando o máximo de candidatos que o partido ou coligação poderiam apresentar no pleito em questão — cento e cinquenta ou duzentos por cento do número de lugares a serem preenchidos, para os partidos e coligações, respectivamente, nos termos do art. 10 §§1º e 2º da Lei n. 9.504/1997,

em sua redação original — caso não fossem alistados 30% de candidaturas de mulheres, o espaço dessas candidaturas, dentro os 150 ou 200% permitidos, não poderiam ser ocupados por candidatos homens. Logo, poderiam ser registrados 70% de homens do total de cento e cinquenta ou duzentos por cento de lugares disponíveis, e o restante das vagas poderiam ser ocupadas por candidatas ou permanecerem vagas. Na prática verificou-se apenas um teto máximo para o número de candidatos homens, contudo um teto suficientemente distante para não impactar concretamente no espaço político daqueles homens que já estavam inseridos no meio. A esse respeito Bolognesi salienta que: [...] onde, implantadas cotas de gênero nas listas partidárias (ou nas coligações eleitorais) no Brasil, pouco alterou a composição social das elites políticas, bem como das candidaturas políticas. O incremento de cotas aliado ao aumento na proporção das listas partidárias em relação à magnitude do distrito e não punição pelo descumprimento das cotas acaba por diluir a competitividade e manter a proporção de indivíduos do sexo masculino estável (BOLOGNESI, 2012. p. 114-115). Esse quadro levou Bolognesi a considerar a política de reserva de vagas por sexo tanto como uma política pública, como uma engenharia eleitoral (BOLOGNESI, 2012. p. 126). Isso, uma vez que “[...] [a]o mesmo tempo em que se intenta aumentar a participação feminina, criam-se mecanismos que retroalimentam o status quo” (BOLOGNESI, 2012. p. 126). Ao mesmo tempo em que a Lei de Reserva de Vagas por Sexo possibilitou um aumento, ainda que moderado, do número de mulheres candidatas e candidatas eleitas, ela foi inserida em conjunto com mecanismos que asseguravam a manutenção do espaço político até então ocupado pelos homens, através do aumento do número de candidaturas passíveis de serem apresentadas por partidos e coligações e da não obrigatoriedade do preenchimento das vagas destinadas às mulheres.

Ainda na percepção do Supremo Tribunal Federal, a anulação de todos os votos dados ao partido responsável pela fraude à cota de gênero é proporcional porque o expediente ilícito precede o próprio registro da candidatura. Com efeito, a análise da legitimidade da reserva de percentuais aos gêneros ocorre por ocasião da aferição de regularidade do Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários – DRAP, razão pela qual, vislumbrada a fraude, impõe-se o indeferimento do próprio DRAP e de todas as candidaturas a ele vinculadas.

Em arremate, a Eminente Relatora destacou que os candidatos atingidos pelo indeferimento do DRAP, com os efeitos daí decorrentes, possuem uma função específica na conjuntura que redundará na fraude à cota de gênero: a de fiscalizar os atos partidários da agremiação a que se encontram vinculados, já que estes podem beneficiar ou prejudicar a todos.

O papel do candidato, portanto, não se limita à condição de espectador do processo eleitoral. A partir de o momento em que se insere na dinâmica política, cabe ao postulante exercer todos os atos com retidão e legitimidade, inclusive no que concerne à higidez dos procedimentos da sua agremiação partidária.

Considerando todo o exposto, especialmente as conclusões lançadas pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI de n.º 6.338, infere-se que a fraude à cota de gênero subverte a própria lógica legiferante, já que se criou uma ação afirmativa com a nítida intenção de descumpri-la.

O respeito à distribuição das candidaturas de modo proporcional entre os gêneros representa indiscutível avanço na instrumentalização da isonomia, em um contexto material; representa, inclusive, a própria efetivação dos parâmetros constitucionais de pluralismo político e de plena capacidade de exercício do poder político, por meio de representação legítima dos detentores de mandatos eletivos.

CONCLUSÃO

A equidade de gênero não demanda apenas a edição de textos de lei despidos de eficácia. A concretização do mandamento constitucional que impõe a igualdade entre homens e mulheres demanda a superação de dogmas que delegam à mulher funções secundárias, sem maiores participações nos espaços públicos, mormente no exercício do poder político.

A cota de gênero, delineada no art. 10, §3º, da Lei das Eleições, como imposição e não uma mera faculdade, representa um legítimo esforço do poder legiferante no sentido de minimizar a crônica falta de representação da figura feminina no âmbito político.

Esse caráter de imposição, contudo, acabou por desencadear distorções praticadas por atores do processo político com vistas a contornar a exigência e perpetuar a desigualdade. Por meio de candidaturas-laranja, fictícias, as agremiações passaram a comprometer a normalidade e legitimidade do processo político.

A resposta à prática, enérgica e assertiva, veio, inicialmente, por meio do Tribunal Superior Eleitoral - TSE, que, além de rechaçar a prática, editou ato normativo impondo a anulação/cassação/perda de todos as candidaturas/mandatos integrantes do Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários – DRAP em que veiculada a fraude.

A interpretação dada pelo TSE, coerente com os valores constitucionalmente consagrados, foi ratificada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que, no contexto da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 6.338, salientou a necessidade de se promover um combate enérgico à fraude à cota de gênero, enquanto medida pedagógica e proporcionalmente necessária ao desestímulo da prática.

Na ótica – acertada – do STF, a imposição de sanção que não se limita à candidatura fraudulenta representa medida consentânea com a necessidade de sancionar as agremiações que se utilizam do expediente ilegítimo, a partir da perda das candidaturas/mandatos a elas vinculados, além de impor medida pedagógica aos próprios integrantes das agremiações, igualmente atingidos pela sanção, no sentido de fiscalizarem os atos partidários.

O combate eficaz à fraude à cota de gênero, inclusive com o apenamento de todos os integrantes da agremiação beneficiada com a fraude, serve de elemento de concretização de valores constitucionais caros ao processo político, seja por meio do estímulo à igualdade ou mesmo pela busca a um real contexto político marcado pelo pluralismo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.504/1997, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 19 de out. 2023.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000. Acórdão. Consulta. Art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições). Cotas. Sexo biológico ou gênero. Mulheres transgêneras e homens transgêneros. Art. 12 da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições). “Nome completo”. Inteligência. Nome registral civil. Nome social. Candidaturas proporcionais e majoritárias. Consulente: Maria de Fátima Bezerra. Consultado: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, em 1º de março de 2018. PSESS em 1º de março de 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 0000193-92.2016.6.18.0018/PI. Acórdão. Leading Case - A fraude da cota de gênero em eleições proporcionais implica a cassação de todos os candidatos registrados pela legenda ou pela

coligação. Recurso conhecido e improvido. Recorrentes: Antonio Gomes da Rocha e outros. Recorridos: Atencio Pereira de Queiroga e outros. Relator: Min. Jorge Mussi, em 17 set. 2019. Publicado DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 193, Data 04/10/2019, Página 105/107.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.338/DF. Relator: Min. Rosa Weber, julgada em 03 de abril de 2023. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 07 de junho de 2023.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

HOLL, Jessica. **Uma Herança do Período Ditatorial não Superada pela Lei nº 12.034/2009: Reflexões sobre a presença das mulheres nas eleições para a Câmara dos Deputados do Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2019.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SE APLICA AOS CASOS DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA?

LETÍCIA RIBEIRO PIRES: Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC - Bahia). Pós-Graduada em Direitos Difusos e Coletivos pelo Curso CEI, sob coordenação do professor Tiago Fensterseifer e do professor Júlio Carmago Azevedo. Assessora Técnico Jurídica do Ministério Público da Bahia.¹⁸⁴

Resumo: O artigo propõe discutir a aplicabilidade do instituído da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do CC/02, aos casos de responsabilidade tributária. Nesse enfoque, será analisada que existem juristas que não concordam com a aplicação de tal teoria, bem como há doutrinadores que vislumbram clara possibilidade de se aplicar o que vem disposto no art. 50 do CC/02. Ademais, será demonstrado que há quem defenda o entendimento no sentido de existir uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica fundada no art. 135 do CTN. Por fim, será concluído, em suma, que a disposição do art. 135 do CTN não se confunde com a desconsideração da personalidade.

Palavras-chave: desconsideração da personalidade jurídica; art. 135 do CTN; art. 50 do CC/02; responsabilidade tributária.

Abstract: The article proposes to discuss the applicability of the disregard of legal personality established in article 50 of the CC/02 to cases of tax liability. With this in mind, it will be analyzed that there are jurists who do not agree with the application of this theory, and there are also scholars who see a clear possibility of applying the provisions of article 50 of the CC/02. In addition, it will be shown that there are those who defend the view that there is a hypothesis of disregard of the legal personality based on art. 135 of the CTN. Finally, it will be concluded, in short, that the provision of art. 135 of the CTN is not to be confused with the disregard of personality.

Keywords: disregard of legal personality; art. 135 of the CTN; art. 50 of the CC/02; tax liability.

184 Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Pós-Graduada em Direitos Difusos e Coletivos pelo Curso CEI.

INTRODUÇÃO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi criada no direito anglo-saxônico, chamada de *desregard of legal entity doctrine*, no intuito de coibir as fraudes que administradores da sociedade empresária possam cometer utilizando da pessoa jurídica como escudo, lesando terceiros. Rubens Requião afirma que conforme o prof. Verrucoli, um dos mais característicos casos de aplicação da *disregard doctrine* foi o julgado de “Salomon versus Salomon & Co Ltda.” ocorrido na Inglaterra, em 1897, tido por muitos estudiosos como o primeiro processo judicial que efetivamente enfrentou o debate sobre a desconsideração da pessoa jurídica.

Importa saber que, de início, vige o princípio da autonomia patrimonial, no qual há a separação do patrimônio dos sócios e da pessoa jurídica. Todavia, esse princípio não pode assumir um caráter absoluto, impenetrável. A partir do momento em que o administrador da pessoa jurídica, dolosamente, pratica atos em nome dessa pessoa jurídica, mas em seu favor (pessoa física) – contra os interesses da sociedade empresária –, deve ser responsabilizado por meio da invasão no patrimônio particular, de modo que assuma as obrigações que adquiriu.

No direito brasileiro, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica está presente nos diferentes âmbitos, seja no Código do Consumidor, na seara ambiental, seja no Código Civil. Interessa-se aqui a disposição contida no Código Civil. O art. 50 do CC/02 disciplina da seguinte forma:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

O art. 50 do CC/02 estabelece requisitos a serem cumpridos a fim de se possam responsabilizar os administradores ou sócios da pessoa jurídica. Sendo assim, para que o patrimônio dos sócios ou administradores seja invadido é imprescindível que se configure o abuso da personalidade jurídica, seja por meio do desvio de personalidade, seja pela confusão patrimonial.

1. APLICABILIDADE (OU NÃO) DA TEORIA DA PERSONALIDADE JURÍDICA AOS CASOS DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Há grande dissenso na doutrina acerca da aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de responsabilidade tributária. Há juristas que não concordam com a aplicação de tal teoria, há doutrinadores que vislumbram clara possibilidade de se aplicar o que vem disposto no art. 50 do CC/02. Diante disso, serão explanadas as diversas nuances em que isso poderá ocorrer.

Existem duas correntes: a primeira que considera ser necessário haver previsão expressa de norma jurídica que discipline acerca da desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário. Essa linha de raciocínio é guiada pelo princípio da legalidade, nos termos do art. 37, *caput*, da CF/88.

Nessa corrente, há uma subdivisão: entre os que consideram dispensável a norma jurídica específica, bastando que uma norma jurídica geral preveja a desconsideração da personalidade; e a outra que afirma ser preciso uma norma jurídica específica que discipline acerca dessa desconsideração, nos termos do art. 146, III, CF/88, mas que, como não existe essa norma – no âmbito tributário–, não há que se falar em aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Nessa última filiam-se Renato Becho Lopes, Luciano Amaro e Edmar Oliveira Andrade Filho.

Comprovando o entendimento supra, Renato Becho assegura que:

De qualquer modo, para nós, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica não precisou ser transposta para a legislação tributária, pois há uma ferramenta legal mais forte no CTN, largamente utilizada pelas autoridades fiscais, para solucionar as questões em que se busca a despersonalização, que é o lançamento tributário ou sua revisão, fundada no art. 149, inc. VII. (BECHO, 2014, p. 124).

Luciano Amaro, em sua obra *Direito Tributário Brasileiro*, afirma que:

Resta examinar a desconsideração da pessoa jurídica (propriamente dita), que seria feita pelo juiz, para responsabilizar outra pessoa (o sócio), sem apoio em prévia descrição legal de hipótese de responsabilização do terceiro, à qual a situação concreta pudesse corresponder. Nessa formulação teórica da doutrina da desconsideração, não vemos possibilidade de sua aplicação em nosso direito tributário. Nas diversas situações em que o legislador

quer levar a responsabilidade tributária além dos limites da pessoa jurídica, ele descreve as demais pessoas vinculadas ao cumprimento da obrigação tributária. Trata-se, ademais, de preceito do próprio Código Tributário Nacional, que, na definição do responsável tributário, exige norma expressa de lei (arts. 121, parágrafo único, II, e 128), o que, aliás, representa decorrência do princípio da legalidade. Sem expressa disposição de lei, que eleja terceiro como responsável em dadas hipóteses descritas pelo legislador, não é lícito ao aplicador da lei ignorar (ou desconsiderar) o sujeito passivo legalmente definido e imputar a responsabilidade tributária à terceiro. (AMARO, 2004, p. 236).

Por outro lado, a segunda corrente afirma ser dispensável um dispositivo legal específico para que se aplique a teoria:

No âmbito do direito tributário, sempre houve casos em que a desconsideração da personalidade jurídica foi adotada como meio de coibir a evasão fiscal, agora, portanto, ganhando o reforço da nova norma escrita. [...] No passado, vários casos tributários levados ao julgamento dos tribunais foram decididos através da desconsideração de personalidades jurídicas, mesmo sem lei expressa, ao passo que o novo art. 50, acima referido, iguais soluções poderão ser proferidas com fundamento mais sólido. [...] Portanto, este aspecto terá que ser devidamente levado em conta quando da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no campo do direito tributário, pois a responsabilização pessoal é exatamente o objetivo da norma no campo das relações jurídicas privadas, esgotando-se aí a sua finalidade, ao passo que no âmbito dos tributos não se procura apenas responsáveis, mas principalmente definir a situação efetivamente existente e constitutiva da obrigação tributária, a qual se disfarça através do indevido uso da pessoa jurídica. (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, 2004, p. 194-196).

Diante disso, estabelece-se a divergência doutrinária, ressaltando-se que na via jurisprudencial, os tribunais têm aplicado a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, fundada na ideia de que havendo meio mais célere e eficaz de satisfação do crédito, esse será utilizado.

Há autores que fundamentam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos arts. 134 e 135, ambos do CTN, outros que defendem com base no art. 116, parágrafo único, e os demais que fundamentam no art. 50 do Código Civil. Importa aqui trazer os fundamentos que os doutrinadores encontram no art. 135 do CTN, bem como no art. 50 do CC/02, estabelecendo-se uma ligação com a dissolução irregular da empresa, nos termos da Súmula nº 435 do STJ.

Sendo assim, doutrinadores e a jurisprudência do STJ afirmam existir uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica fundada no art. 135 do CTN. Veja-se decisão do STJ:

TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DEVIDA PELO TOMADOR DE SERVIÇO – ART. 22, IV DA LEI 8.212/91 – VIOLAÇÃO DO ART. 135 DO CTN: INOCORRÊNCIA.

1. O legislador, ao exigir do tomador do serviço contribuição previdenciária de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativa de trabalho, nos termos do art. 22, IV da Lei 8.212/91 (com a redação dada pela Lei 9.876/99), em nenhum momento valeu-se da **regra contida no art. 135 do CTN, que diz respeito à desconsideração da personalidade da pessoa jurídica** para que seus representantes respondam pessoalmente pelo crédito tributário nas hipóteses que menciona.

2. A referência a "cooperados" contida no art. 22, IV da Lei 8.212/91 diz respeito tão-somente ao fato de que, embora firmado o contrato com a cooperativa de trabalho, o serviço, efetivamente, é prestado pela pessoa física do cooperado.

3. Inexistência de ofensa ao art. 135 do CTN.

4. Recurso especial improvido.185 (grifo meu)

Outrossim, a Min. Eliana Calmon encontrou na responsabilidade tributária de terceiros, prevista no CTN, uma regra de desconsideração da personalidade jurídica, conforme dispõe a seguir:

185 REsp. n. 787.457/PR. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>> Acesso em: 01 out. 2023.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - INOCORRÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - VÍNCULO FAMILIAR - DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA.

1. As hipóteses de configuração de litisconsórcio necessário estão no artigo 47 do CPC, o qual exige imposição de lei, ou a existência de vínculo natural, pela natureza da relação jurídica.
2. A base fática da demanda descarta a existência de liame entre os litisconsortes, de relevância para o desfecho da causa, sendo certo que o fato de pertencerem os litisconsortes a uma só família não os coloca na mesma relação jurídica discutida nos autos.
3. Examinada a lei aplicável à espécie, **o CTN, o primeiro diploma do direito pátrio a consagrar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, não se encontra, nas hipóteses do artigo 134 do CTN, determinação legislativa justificadora do litisconsórcio.**¹⁸⁶ (grifo meu)

No entanto, **o que se tem disciplinado no art. 135 do CTN não se confunde com a desconsideração da personalidade**, haja vista o referido dispositivo corresponder apenas à imputação de responsabilidade pessoal e direta a pessoas determinadas pelos créditos tributários decorrentes de atos ilícitos praticados por essas, conforme fora exposto ao longo desse artigo.

Em tais casos, observa-se que a esses sujeitos a responsabilidade é conferida de forma exclusiva, sendo dispensáveis os efeitos da desconsideração: a suspensão temporária da eficácia dos atos constitutivos da pessoa jurídica, a fim de que se desconsidere a separação patrimonial existente entre essa e seus sócios, responsabilizando esses, de maneira ilimitada, pelas obrigações tributárias devidas pela pessoa jurídica.

Nesse sentido, veja-se:

O Código Tributário Nacional (CTN) prevê, no art. 135, situações em que, por abuso do representante legal da pessoa jurídica, ele é pessoalmente responsabilizado por obrigações tributárias que,

¹⁸⁶ Resp 436.012/PR. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>> Acesso em: 01 out. 2023.

formalmente, seriam da empresa. Exemplos de responsabilidade subsidiária são dados pelos arts. 133, II, e 134.

[...]

Portanto, quando a lei cuida de responsabilidade solidária, ou subsidiária, ou pessoal dos sócios, por obrigações da pessoa jurídica, ou quando ela proíbe que certas operações, vedadas aos sócios, sejam praticadas pela pessoa jurídica, não é preciso desconsiderar a empresa, para imputar as obrigações aos sócios, pois, mesmo considerada a pessoa jurídica, a implicação ou responsabilidade do sócio já decorre de preceito legal. (AMARO, 1993, p. 74)

Salienta-se que o art. 135 do CTN abarca situações de responsabilidade por substituição, que se apura quando, no instante da materialização da hipótese de incidência, quem se obrigará a realizar o pagamento será terceira pessoa distinta daquela que tem relação direta e pessoal com o fato gerador. Destarte, desde a prática da conduta definida em lei como fato gerador, o sujeito passivo é o diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica de direito privado, e não a pessoa jurídica.

Por consequência, não se deve confundir a responsabilidade tributária prevista no artigo 135 do Código Tributário com a desconsideração da personalidade jurídica, já que seus pressupostos são distintos. Atente-se que, para que a desconsideração seja adotada deverá haver abuso da personalidade jurídica, o que não se vislumbra, necessariamente, nos mencionados dispositivos legais. Não resta dúvida, portanto, que o art. 135, III, do CTN não demonstra o instituto da desconsideração da pessoa jurídica, abrangendo não mais que pressupostos de responsabilidade tributária pessoal e direta por expressa disposição legal.

Registra-se que alguns autores, bem como jurisprudência, afirmam ser possível aplicar aos casos de responsabilidade tributária a teoria da desconsideração da personalidade jurídica fundada no art. 50 do Código Civil. Sendo assim, para que houvesse uma responsabilização pessoa do sócio-gerente, por exemplo, deveria haver uma quebra da separação patrimonial do sócio e da pessoa jurídica e posterior invasão no patrimônio particular do sócio, desde que cumprissem os requisitos: confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

Traçando-se um paralelo com a problemática desse artigo, indaga-se: E quando se tem a dissolução irregular da sociedade empresária, há fundamento legal que embasa a aplicabilidade dessa teoria, quando da aplicação Súmula nº 435 do STJ? Existe fundamento para esse redirecionamento da execução fiscal ao sócio, atribuído pela Súmula?

Nas lições do doutrinador Leandro Paulsen,

A dissolução irregular tem sido considerada como causa para o redirecionamento porque se presume, em tal caso, a confusão de patrimônios, com locupletamento dos sócios. Não seria o caso, contudo, de invocação do art. 135, III, do CTN, porquanto o crédito tributário não decorre da dissolução irregular. Mais pertinente é o art. 50 do Código Civil de 2002: 'Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica'. (PAULSEN, Leandro, 2007, p.60)

Em outras palavras, o mencionado autor vislumbra a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes do art. 50 do CC/02, isto é, existe, para ele, a possibilidade de haver a dissolução irregular da pessoa jurídica e, havendo a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade, os administradores ou sócios da sociedade empresária poderão ser responsabilizados pessoalmente.

Em contraposição, Renato Becho afirma que a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica não se coaduna com a legislação tributária, uma vez que há uma ferramenta mais forte no CTN, que é o lançamento tributário ou sua revisão, baseada no art. 149, inc. VII, do mesmo código. Esse entendimento já foi seguido pela jurisprudência em alguns julgados, conforme se segue:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE.

PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual,

com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

-A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. - Recurso a que se nega provimento. 187(grifo meu)

Renato Becho garante que na ocasião de o Fisco configurar como o sujeito lesado, não há necessidade de socorrer-se no Judiciário, como dispõe o Código Civil, haja vista que, nesse caso, o representante do fisco facilmente desconsiderará a personalidade jurídica e fará a constituição do crédito tributário, sem se ater aos vícios do negócio jurídico (dolo, simulação ou fraude) (BECHO, 2014).

Com efeito, parte da doutrina manifesta-se adepta à aplicação do artigo 50 do Código Civil no campo do direito tributário, especialmente pela não existência de norma específica desse ramo do direito estipulando a maneira e os limites da aplicação da doutrina desconsideração da personalidade jurídica nas relações jurídicas tributárias.

Em verdade, a utilização do dispositivo legal ora mencionado propiciaria maior segurança jurídica aos sujeitos passivos da obrigação tributária e à própria Administração Pública Tributária, uma vez que a desconsideração da personalidade não se realizaria conforme o simples arbítrio do administrador ou do juiz, mas sim fundamentada em critérios legais **antecipadamente** delimitados. Dessa maneira, estreitar-se-ia a eventualidade de contestação do procedimento utilizado para a aplicação do instituto, conferindo-se maior celeridade e eficácia à satisfação do crédito tributário.

Acredita-se que, após elucidação feita nesse artigo, não seja possível fundamentar a hipótese de dissolução irregular na legislação tributária, notadamente no art. 135 do CTN. A responsabilização dos sócios-administradores no caso de dissolução irregular da pessoa jurídica não encontra fundamento legal, uma vez que é decorrente de uma criação da

187Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15166 BA 2002/0094265-7. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 out. 2023.

Fazenda amparada pelo Poder Judiciário, contudo infringindo a escolha legislativa no momento da elaboração do Código Tributário Nacional.

Em verdade, o erro jurisprudencial não pode ser suportado por outros dispositivos que não se comprometem a estabelecer a responsabilidade tributária. Não fosse assim, outros dispositivos legais, que não o art. 135 do CTN, viriam ao amparo dos exequentes. Em outros termos, caracterizando a situação como desconsideração da personalidade jurídica, seria como se a discussão (cobrança de tributo) saísse da espera do direito tributário (e de sua lei de regência, o CTN), permitindo que os credores buscassem satisfazer seu crédito como se não tributário fosse, aplicando-se, por conseguinte, a legislação comercial ou civil. Nesse sentido,

De nossa parte, não conseguimos identificar que a dissolução irregular seja uma hipótese de desvio de finalidade. Ela se parece mais com o encerramento, ainda que irregular, da pessoa jurídica, que não cumpre mais com sua finalidade. Assim também não nos parece que o encerramento irregular (o simples “fechar as portas” do estabelecimento comercial) signifique confusão patrimonial. Esta nos parece evidente quando se comprova que o sócio administrador pagou débitos pessoais, com os meios financeiros da pessoa jurídica ou vice-versa. Em outras palavras, fechar as portas de uma empresa não nos parece o mesmo que confundir o patrimônio social com o particular do sócio. (BECHO, Renato, 2014, p. 123-124).

A dissolução irregular **em si** não encontra fundamento legal nem no art. 135 do CTN nem no art. 50 do Código Civil. O que se pode vislumbrar é a possibilidade de atos que deram a origem, de forma indireta, à dissolução irregular configurarem pressupostos de fatos de um ou do outro dispositivo – do CTN ou do CC/02.

Em outras palavras, se os diretores, gerentes ou administradores da pessoa jurídica praticaram atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto e desses atos originaram créditos que não foram adimplidos, essas pessoas serão responsabilizadas pessoalmente, nos termos do art. 135 do CTN. Se dessa conduta gerou a dissolução irregular, as pessoas físicas não podem ser responsabilizadas por todo o tributo devido pela pessoa jurídica, mas sim, tão-somente por esses créditos que deram origem de forma ilícita.

O mesmo ocorre com o art. 50 do Código Civil. A dissolução irregular **em si** não pode ser considerada pressuposto para a aplicação do indigitado dispositivo. Caso sejam

praticados atos, pelo sócio da pessoa jurídica, caracterizados pelo abuso de direito – confusão patrimonial ou desvio de finalidade – que indiretamente provocaram a dissolução irregular, em razão desses atos, poderá haver a desconsideração da personalidade jurídica, a fim de que levante o manto protetor que serviu de escudo para prática de fraudes em favor da pessoa física e contra os interesses da pessoa jurídica. Nesse caso, pode-se vislumbrar a possibilidade de aplicação do artigo 50 do Código Civil contra esses atos. Essa conclusão assemelha-se à posição defendida pelo doutrinador Leandro Paulsen.

O próprio CPC de 2015, a partir do art. 133, apresenta um capítulo autônomo que disciplina acerca da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o que no Código de Processo Civil de 1973 não há correspondência. Sendo assim, haverá um procedimento a ser seguido, traçado pela legislação, de forma que garantirá o contraditório e a ampla defesa do sócio da pessoa jurídica, possibilitando uma decisão justa e mais distante de arbítrios dos juízes. Segundo o art. 133 do novo CPC:

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Como se observa, o incidente de desconsideração terá existência **somente** quando houver pedido da parte ou do Ministério Público, fato que retira a possibilidade de o juiz instaurar de ofício. Corroborando com esse raciocínio, o art. 135, do mesmo diploma, assegura que o sócio ou a pessoa jurídica **será citado** para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

CONCLUSÃO

Diante de toda a exposição, pode-se concluir que a dissolução irregular em si não pode ser considerada o pressuposto de aplicação dos art. 135 do CTN nem do art. 50 do CC/02. A tentativa em aferir de que maneira os sócios agiram é de suma importância no que se refere à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para a consequente responsabilização desses sócios, na medida das suas ações ou omissões.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, vol. 20, n.58, 1993.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECHO, Renato Lopes. **Responsabilidade Tributária de Terceiros – O Art. 135 do CTN**. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 197, 2012, p. 127-137.

_____. **Responsabilidade Tributária de Terceiros: CTN, arts. 134 e 135**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 35ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Tributário**. In: Eduardo de Carvalho Borges (coord.), *Impacto Tributário do Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

PAULSEN, Leandro. **Contribuições: custeio da seguridade social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **Curso de Direito Tributário: completo**. 4ª. Ed. rev., atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz doutrina e da jurisprudência**. 13ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine)**. *Revista dos Tribunais* n. 410, São Paulo, Ed. *Revista dos Tribunais*, p. 12-24, 1969.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito comercial**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15166 BA 2002/0094265-7. Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 07/08/2003. T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 08.09.2003. Disponível em :<<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 436.012/PR. Rel. Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 17.06.2004. Publicado no DJ 27.09.2004. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 787.457/PR. Rel. Ministra Eliana Calmon. 2ª T. Data da decisão: 14.08.2007. Publicado no DJ 23.08.2007. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 out. 2023.

ESTADO CONSTITUCIONAL, COOPERAÇÃO E PROCESSO ADMINISTRATIVO: A COLABORAÇÃO PROCESSUAL APLICADA AOS PROCESSOS TUTELADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

GABRIEL GARCIA SOLIDADE:

Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá.¹⁸⁸

RESUMO: A existência de um Estado Constitucional pressupõe que o Estado esteja qualificado de juridicidade e consubstanciado pela democracia. Estas qualidades devem nortear toda atuação estatal, inclusive em um dos seus instrumentos de diálogo com os cidadãos: o processo administrativo. Diante disso, o Novo Código de Processo Civil apresenta em seu artigo sexto uma excelente via à organização do processo, o denominado princípio da cooperação. Assim, a colaboração processual é relevante para superar as dissonâncias entre as práticas administrativas e o modelo de processo administrativo disposto na Constituição Federal. Para isso, esta pesquisa apresenta as bases de um Estado Constitucional e contextualiza as características do modelo processual colaborativo. Utiliza, para tanto, uma pesquisa bibliográfica, valendo-se do exame de livros na área de Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Direito Administrativo.

PALAVRAS CHAVES: Estado Constitucional; Cooperação Processual; Processo Administrativo; Administração Pública.

1. INTRODUÇÃO

O Constitucionalismo buscou justificar um Estado submisso ao direito, sem confusão de poderes, com o fito de mitigar o arbítrio daqueles que exerciam o poder político. Em verdade, o movimento de índole política, social e jurídica buscou a estruturação de um Estado dotado de qualidades imprescindíveis à sua existência. São elas: o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito. (CANOTILHO, 1997, p. 93).

O Estado de Direito, calcado na legalidade, oferece segurança jurídica, tornando previsíveis as consequências das condutas humanas perante o Direito. A lei, por seu turno,

¹⁸⁸ *E-mail:* gsolidade03@gmail.com.

impõe restrições tanto ao agir dos indivíduos, quanto aos que estão investidos no exercício de funções públicas.

Por outro lado, o elemento democrático é introduzido no Estado Constitucional não apenas como freio do arbítrio estatal, mas, sobretudo como legitimador de sua existência, uma vez que, no contexto republicano e democrático, o poder político apenas está legitimado a atuar se a ele for deferida a outorga pelo corpo político soberano. (CALMON DE PASSOS, 2013, p. 163).

Com efeito, faz-se imprescindível que as qualidades norteadoras do Estado Constitucional dirijam, por consequência, o exercício de todos os seus poderes e funções. Nesse plano, a Administração Pública, na condução dos processos administrativos deve se revestir destas qualidades, isto é, pautar-se pela constitucionalidade e pela democracia, de modo a permitir um controle sobre a sua atividade, bem como a possibilidade de participação efetiva dos administrados no processo.

O presente artigo, visa ao estudo do modelo processual cooperativo, expresso no art. 6º do Código de Processo Civil, como viés compatível com a Constituição e idôneo a promover a democratização não apenas do processo civil, mas também dos processos administrativos.

O estudo revela-se relevante para que se discuta as bases constitucionais do princípio da cooperação, considerando a redação acolhida pelo artigo 6º do CPC/2015, que expressa, *ipsis litteris*, que "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Diante da previsão legal de que as disposições da legislação adjetiva se aplicam de forma subsidiária aos processos administrativos, empreendemos esta pesquisa também com a finalidade de instigar e contribuir com futuras pesquisas que se relacionem ao tema até aqui descrito, mas, sobretudo, visando responder à seguinte pergunta: Em que medida é devida a aplicação do princípio da cooperação processual, estabelecido no art. 6º do Novo CPC, aos processos administrativos?

O objetivo geral consiste em analisar o modelo processual colaborativo e a sua aplicação aos processos administrativos.

Nesse passo, os objetivos específicos consistem em perquirir as características do Estado Constitucional e sua influência sobre a atuação da Administração Pública enquanto condutora dos processos sob jurisdição administrativa. Após, compreender a sistemática do modelo cooperativo – deveres da colaboração e eficácia normativa para ao final

investigar até que ponto a cooperação prevista no NCPC é adequada aos processos administrativos.

Será aplicado o método dedutivo ao se estudar o conceito e as características do Estado Constitucional e sua aplicação para a concepção contemporânea de processo administrativo. Foram realizadas pesquisas legislativa e bibliográfica. A este respeito, foram consultadas publicações com conteúdo jurídico e histórico. Além da página impressa, foram consultados artigos jurídicos constantes na rede mundial de computadores.

2.O ESTADO CONSTITUCIONAL

Quando se fala em Estado Constitucional, sem dúvidas, se está muito mais próximo a falar sobre um ponto de partida do que mesmo um ponto de chegada. Isto porque, qualquer que seja o seu conceito ou justificação, atualmente, somente é possível conceber o Estado como sendo um Estado Constitucional. A Constituição, então, deixa de ser encarada como a constituição da República e da comunidade política, para ser enxergada como a norma ou a lei que conforma o próprio Estado¹⁸⁹. (CANOTILHO, 1997, p. 92).

Tal concepção advém dos frutos gerados pelo constitucionalismo, movimento político, jurídico e social, que buscou o estabelecimento de parâmetros constitucionais para a atuação do Estado. Nessa quadra, segundo Luís Roberto Barroso (2013, p. 33) em um Estado Constitucional, há pelo menos três ordens de limitação do poder. A primeira é de índole material, haja vista a existência de valores básicos e direitos fundamentais a serem observados, como a dignidade humana, e a liberdade de religião. A segunda, de viés orgânico, afixa a ideia de que as funções de legislar, administrar e julgar não devem pertencer a uma mesma pessoa, antes devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes. Por derradeiro, a terceira possui natureza processual, estabelecendo não apenas o agir estatal de acordo com a lei, mas o respeito ao devido processo legal e as regras que dele derivam.

Para além da ideia de limitação do arbítrio estatal, um novo pensamento eclodiu nos meados do século XX, florescendo o chamado “neoconstitucionalismo”, movimento

¹⁸⁹Canotilho (1997, p. 88) apresenta três razões para que a Constituição, a partir do século XIX, passe a ter como referente o Estado e não a sociedade. A primeira possui caráter histórico e refere-se à evolução semântica do conceito, tratando-se do período em que, nas Constituintes Americana e Francesa se começaram a entender que a Constituição “constituía” os “Estados Unidos” ou o “Estado Nação” Francês. A segunda tem natureza político-sociológica relacionando-se com a crescente consolidação do Estado Liberal e separação do Estado-Sociedade. A terceira tem viés filosófico-político, sob a influência da filosofia hegeliana e juspublicista germânica, em que a constituição designa uma ordem do Estado.

que compreende Constituição como suprema e que reconhece sua carga axiológica e normativa, que a torna verdadeiro filtro de validade de todo o direito. Nesse momento, propõe-se uma efetiva mudança de paradigma, do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional. (CUNHA JR, 2014, p. 35).

De certo, o Constitucionalismo buscou justificar um Estado submisso ao direito, sem confusão de poderes, a fim de mitigar o arbítrio daqueles que exerciam o poder político. Nas palavras de Gomes Canotilho, o movimento buscou estruturar um Estado com qualidades, qualidades estas que fazem do Estado efetivamente um Estado Constitucional. Segundo leciona o referido autor, existem duas grandes qualidades que identificam um Estado Constitucional: O Estado de Direito e o Estado Democrático. (CANOTILHO, 1997, p. 93).

O Estado de Direito possui diversas acepções. Isto significa que diante de circunstâncias históricas e fatores culturais, a regulação do Estado pelo Direito se fez de diversos modos, todos estes, porém, com o fito de alicerçar a sua juridicidade.

A fórmula *the rule of law*, prevista no sistema britânico, por exemplo, aponta, *a priori*, para a obrigatoriedade de observância de um processo justo e legalmente previsto quando se tratar de julgamento dos cidadãos em que se discuta a liberdade e propriedade. Em segundo lugar, significa a preponderância das leis e costumes do país em face da discricionariedade do poder real. Em terceiro, ainda, traduz o sentido de igualdade dos indivíduos no acesso aos tribunais das demais entidades públicas. (CANOTILHO, 1997, p. 94).

A ideia americana *always under law*, associa a juridicidade do poder à justificação do governo, não se admitindo, um governo que atue distante das razões públicas, isto é, dissonante do consentimento do povo e insubordinado às leis. Nesse sentido, o governo que se justifica é aquele que obedece aos princípios e regras jurídicas esculpidos na Constituição do Estado. (CANOTILHO, 1997, p. 94).

Há também a concepção francesa *L'État Légal*, que se fundamenta na existência de uma ordem jurídica hierárquica, composta pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que possui caráter supra constituição, a Constituição em segundo plano, e posteriormente, as leis. Nesta estrutura, o Estado Constitucional se confunde com o Estado Legal, tendo em vista a doutrina amplamente difundida de que a lei expressa a vontade geral da nação. (CANOTILHO, 1997, p. 96).

Não se deve, porém, compreender o Estado Constitucional apenas como um Estado de Direito, sob o risco de se incorrer num reducionismo imperdoável. Em verdade, o Estado de Direito, inicialmente, cumpre bem as exigências do constitucionalismo, visto que visa à

limitação do exercício do poder político pelo império do Direito. Todavia, a mitigação do arbítrio do estatal, na forma propugnada, apesar de se constituir um elemento relevante, é insuficiente para a configuração de um Estado Constitucional. (CANOTILHO, 1997, p. 98-99).

Em verdade, o Estado de Direito, através da legalidade, oferece a garantia da segurança jurídica, finalidade precípua do Estado moderno, que é marcada por proporcionar a previsibilidade das consequências das condutas humanas (certeza do direito). Por outro lado, a legalidade por si só, não oferece garantias contra o próprio legislador, que pode a qualquer momento revogar leis, restringindo ou abolindo direitos. (DIMOULIS, 2011, p. 86).

O elemento democrático, por sua vez, é introduzido no Estado Constitucional, não com a finalidade de frear o poder, mas com o fito de legitimá-lo, de justificar a real origem de sua existência. Isso porque nenhum poder político se legitima se a ele não for deferida à outorga pelo corpo político soberano, uma vez que os que se investem na função política, são, na realidade, verdadeiros mandatários a quem se deferiram poderes, cujo exercício deve se dar nos moldes estabelecidos pelos outorgantes. (CALMON DE PASSOS, 2013, p. 163).

Aqui, destaca-se o princípio da soberania popular, que assegura que “todo poder o emana do povo” garantindo igualdade de participação aos cidadãos na formação da vontade popular. A este respeito, Canotilho leciona que:

[...] o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o Estado de Direito e o Estado Democrático possibilitando a compreensão da moderna fórmula ‘Estado Democrático de Direito’. (CANOTILHO, 1997, p. 99-100).

Sabe-se, porém, que o governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, isto é, a democracia sob viés meramente formal, também não é suficiente, ante a evidente necessidade de se efetivar um governo que seja para todos, apto, então, a propiciar à inclusão das minorias – raciais, éticas, religiosas, culturais – e demais grupos de pequena expressão política, como mulheres e a classe pobre. Nessa quadra, Barroso (2015, p. 66) acrescenta que:

Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de

conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade.

Com efeito, para a concretização de um Estado Democrático de Direito faz-se necessária à conjugação de alguns pressupostos, sendo eles, a limitação do poder político em face do indivíduo, a institucionalização de efetivos controles sobre o exercício do poder político, bem como a exigência de limites à atuação do poder econômico, considerando a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana em face dos riscos da sua eminente coisificação pelo capitalismo. (CALMON DE PASSOS, 2013, p. 163).

Ademais, o conteúdo da legalidade, no Estado Democrático de Direito, pautar-se-á pela busca à promoção da igualdade, não apenas pela generalidade normativa, mas pela realização de intervenções que efetivamente alterem a situação da comunidade. De certo, o viés democrático ao Estado de Direito, lhe confere a missão de utilização da lei como instrumento de transformação social. (STRECK, p. 73-74, 2014).

Assim, nota-se que o Estado Constitucional tem como pressuposto o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito, fórmulas que visam à mitigação do arbítrio estatal, assim como a garantia da igualdade e da participação dos cidadãos nos processos de tomada de decisões públicas. Invariavelmente, estas características devem nortear a atuação estatal em todos os poderes e funções exercidas.

3.O PROCESSO COOPERATIVO E O ARTIGO SEXTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015.

O processo, do latim *procedere*, etimologicamente, significa "marcha avante", "caminhada" ou "seguir adiante". Para o Direito, todavia, o conceito de processo pode ser examinado sob diversas perspectivas, dentre elas, pode ser encarado como forma de instrumentalização e organização da jurisdição. Em outras palavras, o processo é considerado como método de trabalho visando à coordenação das atividades exercidas pelo juiz (jurisdicionais), pelo autor (a ação) e pelo réu (a defesa). Nessa senda, o processo disciplinará o *modus operandi* das faculdades e/ou direitos pertencentes aos sujeitos processuais. (DINAMARCO; CARRILHO LOPES, 2016, p. 123).

No contexto atual, há que se destacar a doutrina de Elio Fazzalari, que leciona o processo como um "*procedimento em contraditório*". Segundo esta corrente, haverá processo quando o procedimento for organizado e regulado de maneira a permitir que nele haja a participação das partes, devendo esta participação se efetivar de forma paritária e simétrica entre os interessados. Além disso, nesse contexto, processo sem contraditório passa a ser considerado como mero procedimento – este último considerado como uma

série de normas reguladoras de condutas, que, encadeadas, deságuam na norma reguladora do ato final. (CERQUEIRA, 2011, p. 28).

Segundo Aury Lopes Júnior (2014, p. 53):

O processo, visto como procedimento em contraditório, supera essa visão formalista-burocrática do procedimento, até então reinante. Resgata a importância do estrito respeito às regras do jogo, especialmente do contraditório, elegido a princípio supremo. O procedimento se legitima através do contraditório e deixa de ser uma mera concatenação de atos, formalmente estruturados, para tomar uma nova dimensão.

A noção de Fazzalari ganha relevo, sobretudo, em tempos de Estado Constitucional, dada a necessidade de estabelecimento de um procedimento que limite o exercício do poder estatal e que garanta a participação dos sujeitos interessados, uma vez que a participação se constitui como postulado inafastável da própria noção de democracia, que, por sua vez, é elemento imprescindível do Estado Constitucional. (DINAMARCO; CARRILHO LOPES, 2016, p. 123).

Com efeito, não é mais possível reduzir o processo a uma relação jurídica em que o Estado-Juiz imponha a sua superioridade e que o debate processual seja relegado a segundo plano. O processo em perspectiva constitucional é democrático e revela-se garantidor da participação e influência de todos os envolvidos, implementador de direitos fundamentais e até mesmo controlador dos argumentos encontrados de maneira solitária pelo julgador, que longe do debate entre as partes pode, sem dúvidas, gerar efeitos nefastos. (NUNES; BAHIA; CÂMARA; SOARES, p. 24-24).

Outrossim, o Estado Brasileiro possui como regime político a democracia representativa, temperado por dispositivos constitucionais que preveem a participação direta dos cidadãos (art. 14, CRFB), razão pela qual o processo, seja ele jurisdicional ou administrativo, deve também refletir o anseio Estatal, possibilitando a efetiva participação dos cidadãos, seja em ações envolvendo o interesse público, como na ação popular (art. 5º, LXXIII, CRFB), seja em demandas que versem sobre direitos individuais, por meio da garantia do contraditório em sua acepção material. (MARINONI, 2015, p. 51).

Inquestionavelmente, esta adequação passa, necessariamente, pela imprescindibilidade de se propiciar a efetiva participação das partes no procedimento, de modo a legitimar o exercício da jurisdição (judicial ou administrativa), isto porque um procedimento que obsta a participação das partes está claramente distante dos ideais

democráticos que consubstanciam um Estado Constitucional. (MARINONI, 2013, p. 459-460).

Nesse prisma, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), apresenta o cooperativo de processo, que representa uma terceira via à organização do processo – para além de concepções adversariais e inquisitoriais –, constituindo-se um modelo processual fundado no princípio da cooperação e conforme o devido processo legal na medida em que se apresenta devidamente sintonizado com a Carta Magna de 1988, notadamente, quanto à democracia estabelecida na divisão do trabalho processual. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 125).

Está consubstanciado pelo chamado princípio da cooperação, que possui raízes nos princípios da boa-fé processual, do devido processo legal e do contraditório. O princípio da cooperação está consignado no artigo sexto¹⁹⁰ do CPC, presente no rol de normas fundamentais da nova legislação processual e expressa que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. (BRASIL, 2015).

A consagração da cooperação no rol de normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil representa bem mais do que o texto literal do artigo sexto apresenta. Em verdade, a primeira legislação processual concebida em uma perspectiva democrática e sob a égide da Constituição Federal de 1988, visa superar o paradigma processual estéril, que avaliava os resultados a partir da coincidência entre o processo realizado e o projetado na lei. (DUARTE; GAJARDONI, 2015, p. 62).

Segundo Zulmar Duarte,

Censura-se o processo dominador, aquele que aprisiona e faz servo o direito material, cujo sacrifício no altar do formalismo é uma consequência natural. Repele-se a superfetação da forma, impondo-se a informalização do processo, sua de formalização, assumindo as formas posição conducente e proporcional ao atingimento das finalidades do mesmo. (DUARTE; GAJARDONI, 2015, p. 62).

Nesse passo, o modelo cooperativo, a fim de conformar o processo à Constituição passa a redefinir a própria estrutura do princípio do contraditório. Aqui, o contraditório

¹⁹⁰ O texto normativo brasileiro guarda notável semelhança com a legislação processual portuguesa, que consigna no art. 7º da Lei nº 41/2013, a saber, o Código de Processo Civil de Portugal, que “na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

não se revela apenas como uma regra formal a ser observada pelo julgador para que o julgamento seja válido, mas como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 125).

Com efeito, o contraditório sob o efeito da cooperação processual possui maior alcance e extensão, torna o processo dialógico e a decisão judicial fruto do debate promovido entre as partes, afastando soluções solipsistas, isto é, que não foram submetidas à prévia discussão das partes. Não há, portanto, no processo cooperativo, questões a serem enfrentadas na decisão, senão aquelas que foram discutidas e debatidas, porque o debate prévio e efetivo se traduz como condição *sine qua non* para decidir. (DUARTE; GAJARDONI, 2015, p. 62).

Zulmar Duarte ainda destaca com precisão:

O contraditório é acionado pelo verbo (cooperação), mas nos limites da locução adjetiva (de boa-fé). A cooperação atuando de forma inclusiva, ampliando as potencialidades do contraditório, enquanto a locução adjetiva (boa-fé) exclui referências não abrangidas pela qualidade (especificação) atribuída. Essa é a síntese do contraditório imbuído no Código, impondo-se, em tempos de novo acordo ortográfico, uma nova gramática do processo – contraditório cooperando de boa-fé: sujeito, verbo e locução adjetiva de uma nova gramática do processo. (DUARTE; GAJARDONI, 2015, p. 66).

Por sua vez, Cássio Scarpinella Bueno (2016, p. 39) registra que o contraditório é a forma pela qual se efetivam os princípios democráticos da República brasileira, é, pois, o princípio que viabiliza a ampla participação dos indivíduos no exercício das funções do Estado. Por esta razão é que se entende pela adequada inserção do órgão jurisdicional – juiz - como sujeito ao contraditório, através, sobretudo, da vedação de decisões surpresa, como expressam os artigos nono¹⁹¹ e décimo¹⁹² do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015).

¹⁹¹ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

¹⁹² Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Nesse sentido, Alvim Wambier *et al.* (2015, p. 22) pontua que no regime democrático exige-se a participação cooperativa de todos os que possam ser afetados pelo exercício de algum poder estatal, com o fito de que o provimento emanado seja considerado legítimo. Desse modo, no processo judicial, a cooperação se verifica na participação das partes, de terceiros e do juiz na construção da decisão.

É preciso, ainda, compreender que o processo cooperativo é dotado de eficácia normativa e estabelece deveres a todos os participantes do processo. Segundo Fredie Didier Júnior (2015, p. 128) a eficácia normativa do princípio da cooperação independe de regras expressas, visto que, mesmo não havendo regras expressas que orientem ao magistrado a não adoção de comportamentos contraditórios – *venire contra factum proprium* –, é inaceitável, por uma interpretação sistemática e constitucional, postura judicial diversa. Por isso, a cooperação terá o condão de garantir a imputação de deveres, sendo eles os deveres de **esclarecimento, lealdade e proteção**.

Em relação às partes, o dever de esclarecimento impõe que os litigantes redijam as peças processuais com coerência e clareza, evitando dubiedades e omissões. A parte que se subordina ao dever de esclarecimento evitará eventual extinção do processo sem resolução de mérito, em função da inépcia - art. 330, I do CPC/2015 – (BRASIL, 2015), mas também atuará na garantia do exercício efetivo do contraditório ao outro litigante.

Pelo dever de lealdade, entende-se a obrigatoriedade de a parte observar a boa-fé processual para com o órgão jurisdicional (e de maneira indireta, para com a parte adversa), tanto em seu viés objetivo, quanto subjetivo, vedando-se a litigância de má-fé, disposta nos artigos 79 a 81 do CPC/2015. O dever de proteção, por sua vez, estabelece a responsabilidade da parte ao causar danos à parte adversária, impondo, assim, a abstenção de condutas temerárias. (BARREIROS, 2015, p. 140); (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 213).

Com efeito, é possível, ainda, acrescentar os deveres de comparecimento em audiência, sempre que intimadas pelo juiz, e os de correção e urbanidade, que devem balizar a conduta dos litigantes em relação ao juiz e todos os demais participantes do processo, sejam advogados, membros do Ministério Público e auxiliares da justiça. (BARREIROS, 2015, p. 140).

Já em relação ao juiz, o princípio da cooperação também determina condutas a serem observadas. No tocante aos deveres de lealdade e de proteção estas são consequências da boa-fé processual e, assim, também se aplicam ao magistrado, uma vez que seria contraditório o Estado exigir que as partes agissem com integridade e probidade, mas atuasse de maneira distinta. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 129).

O dever de esclarecimento orienta o magistrado evitar decisões fundadas em percepções apressadas acerca das alegações das partes. Em havendo dúvida por parte do juiz, faz-se imprescindível que antes da aplicação das consequências processuais, como eventual extinção do processo, o magistrado se esclareça com as partes, intimando-as para que expliquem de maneira pormenorizada os fatos ou fundamentos jurídicos que se encontram dúbios. Assim, o juiz tem a responsabilidade de aclarar suas dúvidas acerca do posicionamento das partes. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 102).

A eficácia normativa da cooperação estabelece, ainda, o dever de consulta, consignado na impossibilidade de o juiz ou tribunal decidir sobre questões de fato ou de direito que as partes não tenham tido a oportunidade de se manifestarem, regra que passou a constar expressamente no art. 10 do NCPC193, vedando-se a chamada “decisão surpresa”. Este ônus do magistrado é também denominado de “dever de diálogo” ante o seu encargo de ouvir as partes e possibilitar que seus pronunciamentos possam influenciar nos rumos do processo. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 102).

Por fim, tem-se, também, o dever de prevenção, que visa obstar que o processo seja extinto sem a resolução do mérito, em função de inadequações que possam ser sanadas pelas partes. Caberá ao juiz apontar de forma específica à deficiência da postulação das partes, dando-lhes a possibilidade de correção, a fim de que o mérito da demanda seja julgado e a haja uma prestação jurisdicional apta a promover a pacificação do conflito. A prevenção tem o escopo de evitar que o exercício do direito de ação ou defesa possa ser frustrado em virtude do mal uso das técnicas processuais. (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 213); (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 102).

Desse modo, nota-se que o modelo cooperativo, para a construção de um “estado de coisas” condizentes com o processo no Estado Constitucional, promove o remodelamento do papel exercido pelas partes e pelo próprio juiz, que passam a atuar de maneira colaborativa. Isto, porém, não significa que as partes renunciarão aos seus interesses privados, tampouco que o órgão jurisdicional se inclinará ao favorecimento de um litigante, mas implicará, necessariamente, na observância dos deveres acima apontados, que se constituem, inquestionavelmente, a marca distintiva deste modelo processual.

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

É preciso, então, compreender de que modo a cooperação processual, digna de um Estado Constitucional, pode ser aplicada aos processos administrativos e como tais deveres podem ou devem ser observados pela Administração Pública e os administrados.

4. DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E SUA EFICÁCIA NORMATIVA.

Feitas as considerações prévias acerca do processo de natureza civil, importa registrar que o processo administrativo não possui conceituação antagônica. Nesse passo, segundo OLIVEIRA (2020, p.353) pode ser entendido como “a relação jurídica que envolve uma sucessão dinâmica e encadeada de atos instrumentais para obtenção da decisão administrativa”.

A competência para legislar sobre o processo administrativo, porém, difere da relativa ao processo civil, uma vez que enquanto esta é privativa da União (art. 22, I, da CRFB/88), aquela se traduz como autônoma e se estende a todos os entes da Federação, muito embora o Superior Tribunal de Justiça entenda que a norma federal (Lei 9.784/1999) possa ser aplicada, por analogia, aos demais entes que não possuem legislação específica¹⁹⁴. Nesse sentido, é o recente entendimento sumulado no verbete de nº 633 da Corte da Cidadania:

“Súmula 633 - A Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria”.

Com efeito, diante do princípio da juridicidade, que impõe ao ente público não apenas a observância das leis em sentido estrito, mas de todos os princípios e regras que vigoram no ordenamento, segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2020, p. 354), no Direito Administrativo contemporâneo, há forte tendência pela processualização das atividades administrativas, tendo em vista que tal fenômeno propicia a maior legitimidade aos atos administrativos, a garantia de decisões pautadas pelo contraditório e ampla defesa, além de inegável eficiência, considerando que as decisões serão tomadas por pessoas diversas (agentes públicos e administrados).

¹⁹⁴ (RMS 21.070-SP, Rel. Min Laurita Vaz, 5ª Turma, Dje 14.12.2009 – Vide informativo nº 416 do STJ).

Nesse espírito, é firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal – editado sob o regime de repercussão geral¹⁹⁵ - de que a edição de atos administrativos que já tenham gerado efeitos concretos deve ser precedida de contraditório e ampla defesa, não se admitindo, à luz da Constituição Federal, que o Poder Público suprima direitos criados por lei sem ao menos permitir a manifestação dos interessados, vejamos:

DIREITO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO CUJA FORMALIZAÇÃO TENHA REPERCUTIDO NO CAMPO DE INTERESSES INDIVIDUAIS. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO SOB O RITO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E COM OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

(RE 594296 RG, Relator(a): MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-06 PP-01087).

Assim, há tempos, doutrina e jurisprudência, através da sedimentação da necessidade de tomada de decisões públicas através da processualização, já vêm criando terreno fértil para a aplicação da cooperação processual no âmbito dos processos administrativos. Tal possibilidade se mostra ainda mais sensata diante da previsão do art. 15196, do Código de Processo Civil, que passou a permitir a aplicação subsidiária e/ou supletiva da legislação processual civil aos processos administrativos. Torna-se possível, então, por força de lei, a aplicação da cooperação no âmbito dos processos regidos pelo Poder Público.

Não basta, porém, garantir a possibilidade de aplicação subsidiária e/ou supletiva do Código de Processo Civil no âmbito administrativo, é preciso definir a eficácia normativa da cooperação processual nessa seara, a fim de que sejam fincadas as bases para a atuação do Administrador Público e dos administrados, sobretudo porque estes, no campo

¹⁹⁵ Tese Fixada: RE 594296 - Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo.

¹⁹⁶ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

administrativo, não possuem o dever de constituição de profissional habilitado para a defesa dos seus direitos.

Por isso, em relação aos administrados, a cooperação indica o dever de esclarecimento, impondo que aqueles que militam perante o Poder Público redijam de forma clara o objeto do seu pedido, a fim de se evitar confusões desnecessárias e garantir a eficiência da prestação administrativa.

Além disso, impõe-se que os cidadãos exerçam o seu direito de petição (art. 5º, XXXIV, da CRFB/88) em conformidade com a boa-fé processual e que evitem posturas temerárias, infundadas, de modo a evitar o desgaste desnecessário da máquina administrativa, o que poderá, inclusive, gerar o dever de ressarcimento ao Ente Público, quando comprovado o dolo ou a culpa.

Em relação à Administração Pública, impõem-se os deveres de esclarecimento, lealdade, proteção e de consulta.

*Acerca do dever de **esclarecimento**, o Ente Público deve evitar a tomada de decisões desmotivadas e alicerçadas em concepções jurídicas apressadas, sem a oitiva dos interessados. Assim, até mesmo quando da apuração de eventual ilegalidade, antes da prática do ato administrativo de anulação, a Administração deve, prioritariamente, expor, de forma clara, precisa e acessível, aos administrados, as razões de fato e de direito que nortearão a conduta administrativa e proceder à instauração de processo administrativo, garantido o contraditório e a ampla defesa.*

Por certo, dessa maneira a Administração atenderá ao dever de esclarecimento, postura que se mostra consentânea, ainda, com as alterações realizadas pela Lei 13.655, de 2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Dec. Lei nº 4.657/1942)197.

Em relação ao dever de **lealdade**, a Administração deve ser a principal guardiã da boa-fé processual. Nesse prisma, o gestor público deve respeitar as regras estatuídas, não lhe sendo lícita a produção de provas sem o respeito às garantias individuais dos administrados. Ademais, devem, também, ser rechaçados eventuais comportamentos contraditórios pelo Poder Público, como aqueles que até reconhecem direitos, mas se

197Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

negam a implementá-los, o termina por acarretar a judicialização em massa de questões que poderiam ser resolvidas na esfera administrativa.

No tocante ao dever de **proteção**, além da responsabilidade de a Administração evitar condutas temerárias e de não causar danos diretos aos administrados – cuja responsabilização do Ente obedecerá à regra do art. 37, §6º, da CRFB/1988 –, evidencia-se o encargo de zelar pela duração razoável do processo (art. 5º, LXXVII, da CRFB/88) e evitar a existência de processos administrativos infundáveis, que passem pelos órgãos políticos e não solucionam os problemas dos cidadãos.

Por fim, tem-se, também, o dever de **consulta**, que pode ser consignado no dever de se evitar a “decisão administrativa surpresa”, consistente naquela em que a Administração suprime direitos individuais através de nova interpretação da lei e não possibilita que os terceiros interessados tenham a oportunidade de sequer se manifestar.

Vê-se, assim, que a eficácia normativa da cooperação, aplicada à Administração Pública atende, ainda, aos princípios dispostos no art. 2º, da Lei Federal 9.784/99, bem como à garantia dos direitos dos administrados disposta no art. 3º, da referida lei.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo demonstrou que, atualmente, o Estado Constitucional se revela como verdadeiro ponto de partida, visto que sua existência e força normativa possuem o condão de conformar o próprio Estado. O movimento político, jurídico e social denominado constitucionalismo destacou-se em diversos países, notadamente, nos Estados Unidos, Inglaterra e França, locais onde se lutou pela consagração de direitos fundamentais, pela repartição de poderes e pela limitação do arbítrio estatal.

O Estado de índole Constitucional é marcado por qualidades que devem nortear toda atuação do ente soberano (CANOTILHO, 1997). A primeira delas é o Estado de Direito. Nesse ponto, destacam-se as fórmulas *the rule of law*, *Always under law* e *L’Etat Légal*, concebidas nos sistemas britânico, americano e francês, que visam à garantia de um processo justo, cujo procedimento seja previamente previsto em lei e a subordinação do Estado aos princípios constitucionais e às leis.

A segunda qualidade é o Estado Democrático de Direito. Tal característica impõe-se não apenas para frear o exercício do poder, mas para legitimá-lo, haja vista a necessidade de se garantir a efetiva participação dos cidadãos na formação da vontade popular. Nesse passo, a democracia se revela muito além de um elemento formal, que estabeleceria

meramente o governo da maioria, mas como fator à propiciação da inclusão de minorias – raciais, étnicas, religiosas, culturais - e grupos de pequena expressão. Na democracia a lei é utilizada como instrumento de transformação social. (STRECK, p. 73-74, 2014).

Diante dessas qualidades que consubstanciam o Estado Constitucional, se torna imperioso que os demais poderes e funções do Estado estejam em harmonia com os seus fundamentos, isto é, que se revistam da juridicidade e da democracia. Assim, a Jurisdição, enquanto poder/função do Estado de dizer o direito nos casos postos a julgamento, deve, necessariamente, pautar-se em tais ideais, pois é preciso que a atuação do órgão jurisdicional se dê nos limites traçados pela Constituição, de modo a se proporcionar o acesso à Justiça e evitar o perecimento de direitos.

Nesse sentido, em relação ao Estado de Direito, destaca-se a submissão da Jurisdição não apenas à lei, mas à própria Constituição, uma vez que os fundamentos de validade dos direitos se encontram no texto constitucional. O fator democrático, por sua vez, se insere quando aqueles que dialogam com as estruturas de poder detêm a garantia de influenciar na formação do provimento judicial.

Diante disso, o Código de Processo Civil (2015) acolheu o modelo processual cooperativo, que foi instituído com o fito de democratizar a divisão do trabalho processual e responsabilizar todos os sujeitos do processo pelo fruto da demanda, através de uma releitura do papel exercido pelas partes e pelo juiz. Tal modelo representa uma terceira via à organização do processo e está fundado nos princípios da cooperação, da boa-fé processual, do devido processo legal e do contraditório.

Em verdade, a fim de conformar o processo judicial às qualidades do Estado Constitucional, o modelo colaborativo apresenta sua eficácia normativa e impõe deveres a todos os sujeitos processuais, redefinindo a própria estrutura do princípio do contraditório, que passa a ser encarado não apenas como regra formal a ser preenchida, mas como instrumento de aprimoramento da decisão judicial. Sob o efeito da cooperação, o contraditório possui maior alcance e extensão, tornando dialógico o processo e a decisão judicial fruto do debate promovido entre as partes e o juiz. (DIDIÉ JR, 2015, p. 125).

Após a apresentação da cooperação processual, foi discutido que a *doutrina e jurisprudência vinham criando terreno fértil para a aplicação da cooperação processual no âmbito da Administração Pública, através da sedimentação da necessidade de tomada de decisões públicas através da processualização. Tal possibilidade se mostrou ainda mais sensata diante da previsão do art. 15198, do Código de Processo Civil, que passou a*

198 Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

permitir a aplicação subsidiária e/ou supletiva da legislação processual civil aos processos administrativos.

Destacou-se, porém, que garantir a possibilidade de aplicação subsidiária e/ou supletiva do Código de Processo Civil no âmbito administrativo é insuficiente, sendo necessária definição a eficácia normativa da cooperação processual nessa seara, a fim de que sejam fincadas as bases para a atuação do Administrador Público e dos administrados.

Desse modo, foram apontados os deveres da cooperação processual aplicáveis à Administração Pública e aos administrados, estando os referidos deveres em consonância com as disposições constitucionais e legais que regem a matéria.

Portanto, consideramos que o princípio da cooperação, com os deveres que lhe são inerentes, mostram-se aplicáveis não apenas no âmbito do processo civil, mas também na seara administrativa. Além disso, a eficácia normativa da cooperação conforma a conduta do gestor público e dos administrados, propiciando um ambiente processual administrativo leal, que respeita o contraditório, a ampla defesa, a duração razoável do processo e, por isso, se mostram compatível e adequado à atividade administrativa no Estado Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O Juiz e o Princípio do Contraditório**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto Alegre, 1993.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual: Nona Série**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARREIROS, Lorena Miranda. **Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual**. UFBA, Salvador, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

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

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Out. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 14 out. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**: Reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Editora Juspodvim, 2013.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. - Coimbra: Edições Almedina, 1997.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** – 8ª Ed. – Salvador: Juspodvim, 2014.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. Ed. – Salvador, Ed. Juspodvim, 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação do Direito Processual Civil Português**. Ed: Coimbra, Coimbra, 2010.

DIDIER JR. Fredie. **Os Três Modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Disponível em <https://www.academia.edu/1771108/Os_tr%C3%AAs_modelos_de_direito_processual>. Acesso em: 14 de out. 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**: definição e conceitos básicos, norma jurídica. - 4ª Ed. Rev, ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros: 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. - São Paulo: Malheiros, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria Geral do Processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. – São Paulo: Forense, 2015.

GRINOVER, A.P; CINTRA, A.C.A; DINAMARCO, C.R. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal** – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo**: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo. UFRGS, Porto Alegre, 2007.

MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Ed. Juruá, São Paulo, 2008.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, B.R; SOARES, C.H. **Curso de Direito Processual Civil**: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O processo na perspectiva dos direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Direito Comparado - Rio de Janeiro: v. n. 24, p. 81-101, jan./jun., 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito -3 ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Edirora Lumem Juris, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil** – 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS REPERCUSSÕES

MARIO JOSE GOMES DE MELO SILVA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas- UFAL. Oficial de Justiça Avaliador do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Pós-graduado em Gestão Pública e Legislação Urbana e Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes -UCAM.¹⁹⁹

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como escopo estudar a responsabilidade civil das pessoas jurídicas tanto de direito privado como de direito público, enfatizando a responsabilidade civil do Estado, o qual se enquadra como pessoa jurídica de direito público. Ademais, estende-se a pesquisa às prestadoras de serviços públicos, dentre as quais estão as concessionárias e permissionárias, que são de direito privado e no que lhe couber possuem prerrogativas e limitações de direito público.

O Estado, regido por princípios próprios, uma vez que exerce funções de interesse público, responde de forma divergente a responsabilidade civil praticada pelos seus agentes em relação às outras pessoas jurídicas. Lembrando que pessoa jurídica é capaz de exibir direitos e obrigações na esfera jurídica, sendo conseqüentemente propensa a violar os direitos de terceiros. Neste caso, em que se verifica o desrespeito ao direito alheio, caberá a responsabilidade civil da pessoa jurídica, nas formas das normas jurídicas.

Este tipo de responsabilidade jurídica tem seu âmbito de abrangência o direito privado, cujo objetivo é restabelecer o equilíbrio jurídico, que por ventura tenha sido lesado, desta forma a vítima poderá solicitar a reparação do seu prejuízo a pessoa jurídica, independentemente de ser de direito público ou privado, a fim de se restabelecer o seu estado anterior, através de uma compensação pecuniária.

1 PESSOA JURÍDICA

ão seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, visando a atingirem determinados fins, logo, sendo capazes de contraírem direitos e obrigações (DINIZ, 1997).

199 E-mail: mariojgomesmelo@gmail.com

De acordo com o critério utilizado pelo Código Civil brasileiro as pessoas jurídicas são divididas em duas grandes classes: pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado. As de direito público ainda subdividem-se em pessoas jurídicas de direito público interno e pessoas jurídicas de direito público externo (DINIZ, 1997).

O artigo 40 do Código Civil nos traz as pessoas jurídicas de direito público interno, são: a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, Municípios, autarquias e outras entidades de caráter público criadas pela lei. No que se reporta às autarquias, temos como exemplo a OAB e o INMETRO, e quanto às entidades de caráter público criadas por lei, os partidos políticos são um exemplo clássico.

As pessoas jurídicas de direito público externo são de acordo com o artigo 42 do Código Civil: os Estados estrangeiros e as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público, exemplo destas últimas são organizações como a ONU e a Santa Sé.

Quanto às pessoas jurídicas de direito privado, estas vem elencadas no artigo 44 do Código Civil. São as associações, fundações e sociedades, pertencem à autonomia privada, objetivam fins e interesses comuns de particulares.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

As pessoas jurídicas, apesar de não serem seres humanos, respondem com seu patrimônio pelos atos ilícitos praticados através de seus representantes. Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2006) não há, qualquer distinção efetiva entre os entes de existência física para os de existência ideal, no tocante à responsabilidade civil.

Independente da natureza da pessoa jurídica, no que tange a negócios jurídicos, tendo sido observado limites legais e estatutários, deliberado por órgão competente e/ou realizado pelo representante, deve cumprir o pactuado ou responderá com o patrimônio.

Já no campo extracontratual utilizam-se os artigos 186, 187 e 927 do CC 02, pois não fazem referência às pessoas destinatárias da norma.

Há no artigo 931 referência expressa à responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, o que se adequou perfeitamente ao Código de Defesa do Consumidor. Valem lembrar que é possível também responsabilizar patrimonialmente os sócios e/ou representantes (da PJ), como exposto no CPC artigo 596 caput e § 1º. Resta óbvio que nessa responsabilização devem-se observar as normas que disciplinam cada sociedade, por conta de práticas específicas dos sócios.

Nos casos onde se vai executar o sócio por dívidas societárias, como na não integralização de capital social em sociedade limitada, a pessoa jurídica não pode ser ignorada, nem tida como inexistente. “A verificação da responsabilidade dos sócios, por conta de uma série de causas e fatores, pressupõe a existência da pessoa jurídica.” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 166).

A responsabilidade aquiliana da pessoa jurídica é consequência lógica de sua capacidade real e ampla de agir no mundo jurídico, por intermédio de seus órgãos, representantes, empregados e prepostos. A pessoa jurídica age por meio de seus órgãos e, assim sendo, os atos de seus representantes são atos da própria pessoa jurídica.

Deve-se lembrar também que segundo o Código Civil aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo.

Ressalta-se ainda, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, o que não se confunde com a responsabilidade patrimonial direta dos sócios. A desconsideração serve para encontrar o negociante que se valeu da pessoa jurídica. É para situações onde o ato aparentemente é lícito, mas se torna ilícito na medida em que se revela ter havido abuso no exercício do direito de constituir ou valer-se de uma pessoa jurídica. Já quando o sócio é diretamente responsável, não se pode falar em desconsideração.

Gagliano e Pamplona Filho (2006, p.81) asseveram:

A doutrina da desconsideração pretende o superamento episódico da personalidade jurídica da sociedade, em caso de fraude, abuso, ou simples desvio de função, objetivando a satisfação do terceiro lesado junto ao patrimônio dos próprios sócios, que passam a ter responsabilidade pessoal pelo ilícito causado.

O Código de Defesa do Consumidor (L. 8078/90) faz referência explícita à desconsideração em seu artigo 28 caput e § 5º, já no CC 02 tal referência se faz presente no artigo 50.

Art. 50. Em casos de responsabilidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do ministério público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios de pessoas jurídicas.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Durante muito tempo prevaleceu o princípio da irresponsabilidade do Estado, sob a invocação da regra “The King can donot wrong” (“O rei nada faz de errado”), em face da qual não há possibilidade de acionar o rei ou funcionários diretamente dependentes dele com base na responsabilidade civil, uma vez que o rei não podia errar, o que eximia de responsabilidade o Estado (DINIZ, 1994).

A concepção atual de responsabilidade Estatal, de acordo com Diniz (1994), funda-se no princípio da isonomia. Através deste princípio, busca-se repartir os encargos públicos entre os cidadãos, pois, se em razão de atividade administrativa somente alguns particulares sofrerem danos especiais e anormais, haveria um desequilíbrio na distribuição dos ônus públicos se somente eles suportassem o ônus daquela atividade. Daí a imprescindibilidade de se restabelecer o equilíbrio, ressarcindo os lesados à custa dos cofres públicos. Dessa forma, ficará a cargo do Estado a obrigação de indenizar dano acarretado pelo funcionamento do poder público, evitando o ônus de alguns cidadãos mais que de outros.

Assim como as pessoas físicas, as pessoas jurídicas devem arcar com os ônus causados a terceiros. O Estado é pessoa jurídica, portanto, não foge à regra. No entanto, está regido por princípios próprios, uma vez que os danos que ele gera advêm de sua função, que é atender às necessidades da sociedade.

Segundo Diniz (1994, p. 428):

Não será justo que somente algumas pessoas sofram com o evento lesivo oriundo de atividade exercida em benefício de todos. Assim, quem auferir os cômodos deve suportar os ônus, de maneira que, se a sociedade, encarnada juridicamente no Estado, obteve vantagens, deverá arcar com os encargos.

Existem casos, no entanto, que não são incluídos na esfera da Responsabilidade estatal, que são aqueles em que a norma jurídica permite ao Estado investir contra o direito de terceiro, sacrificando seu interesse, como é o caso da desapropriação.

A responsabilidade do Estado, tendo tal afirmação fulcro em sede constitucional de acordo com o art. 37 § 6°.

Art. 37 (...) § 6° As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos

que seus agentes causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O Código Civil de 202 segue regra semelhante em seu art. 43.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvando direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

O Estado não possui vontade nem ação próprias, se manifesta por meio de pessoas físicas e são estas que tomam decisões e realizam atividades de alçada do Estado, uma vez que desempenham funções públicas. Dessa forma, o querer e o fazer do agente público é o próprio querer e fazer do Estado. Diniz (1994) sobre este assunto enfatiza que não será levado em consideração se o agente obrou ou não de acordo com o direito, culposa ou dolosamente, pois só importará saber se o Estado agiu ou deixou de agir bem ou mal.

A responsabilidade do Estado pelos danos causados pelos seus órgãos ou funcionários no exercício de suas funções públicas oferece rico conteúdo doutrinário. Para o melhor entendimento, seguiremos a divisão teórica dotada por Gagliano e Pamplona Filho (2006).

A mais antiga dentre as doutrinas é a da Irresponsabilidade absoluta, que decorria da idéia de estado absolutista, contra o qual não prevaleciam interesses individuais. De acordo com esta doutrina, aquele que, ao contratar com um funcionário público, tivesse seus direitos individuais lesados teria de cobrar responsabilidade do funcionário quando o evento danoso tivesse relacionado a um comportamento pessoal seu. Obviamente, esta teoria já não é mais aceita, posto que não se concebe que a vítima de um procedimento lesivo não tenha direito de reparação contra o Estado, devendo limitar-se a demandá-la daquele que diretamente a provocou, embora agindo em nome e por conta do Estado.

Da prepotência da teoria da absoluta irresponsabilidade estatal pelos danos causados a particulares partiu-se para o reconhecimento da aplicabilidade da concepção da responsabilidade da responsabilidade subjetiva. Nesse caso, o fundamento da responsabilização se refere à culpa do funcionário para a atribuição da responsabilidade ao Estado, exige-se a presença do elemento anímico para a sua concretização. São cinco as teorias subjetivistas: Teoria da culpa civilista, a da culpa administrativa, a da culpa anônima, a da culpa presumida e da falta administrativa.

A primeira teoria subjetivista foi a da Culpa Civilista, que de acordo com Gomes (2000) teve o mérito de haver rompido com a irresponsabilidade e, além disso, buscava distinguir na ação estatal, atos de gestão de império. Estava calcada na idéia de que seus agentes ostentavam a condição de prepostos. Incide o Estado em culpa in vigilando ou in eligendo (na eleição ou na vigilância de seus criados). Esta responsabilidade teria o caráter de indireta, uma vez que o Estado, como pessoa jurídica, não lhe é dado agir ilicitamente.. Esta teoria é inaceitável visto que é muito difícil caracterizar o elemento anímico do Estado, o que causava inúmeras situações de irressarcibilidade. Por outro lado, negar a indenização do Estado em qualquer de seus atos causaria prejuízo a terceiros e afastaria o Estado de sua função de tutelar o direito.

A segunda teoria subjetivista é a da Culpa Administrativa ou do Acidente Administrativo. Aqui o agente público passa a ser encarado como elemento integrante, instrumento da própria estrutura do Estado. Conseqüentemente, o dano por ele gerado, será em nome da própria administração pública. A responsabilidade estatal passa a ser direta. O Estado só pode ser responsabilizado se houver culpa do agente ou funcionário, o elemento subjetivo seria respaldado na ação ou omissão dos seus agentes. O prejudicado terá de provar o ilícito do agente público para que o Estado responda pelos danos. Essa teoria não se mostrava satisfatória quando não era possível identificar o causador do malefício.

A terceira teoria subjetivista é a da Culpa Anônima, diferente da teoria da culpa administrativa, que exigia a identificação do agente, esta teoria exigia, para a responsabilização do Estado, apenas a prova de que a lesão foi decorrente da atividade pública, sem a necessidade de saber quem a produziu.

A quarta teoria subjetivista é a da Culpa presumida. Trata-se de uma variante da Teoria da Culpa Administrativa, a sua principal diferença é que na Teoria da Culpa presumida há presunção de culpa do Estado, invertendo-se o ônus da prova.

A última teoria subjetivista é a da Falta do Serviço. Segundo Diniz (1994) esta teoria parte do pressuposto de que os funcionários fazem parte de um todo uno e indivisível com a administração, e, como órgãos desta, se lesarem terceiros por falta cometida dentro dos limites de suas funções, será a pessoa jurídica a responsável, não cabendo indagar sobre a culpa do funcionário, mas apenas se houve falha no serviço. A falta do serviço, portanto, caracterizaria culpa da administração. Portanto, o lesado tem direito a reparação não apenas quando o houver culpa do funcionário, mas também quando ocorre prejuízo em razão de fato objetivo, irregularidade material, acidente administrativo ou culpa anônima do serviço. De acordo com Gomes (2000) e Diniz (1994), haveria uma responsabilidade

subjetiva fundada na culpa administrativa e estes fatos identificáveis como falta do serviço público poderiam ser de três ordens, consoante resultem: de seu mau funcionamento, de seu não funcionamento ou quando seja tardio.

Segundo Diniz (1994, p.428):

Na primeira categoria estão os atos positivos culposos da administração. Na segunda, os fatos conseqüentes à inação administrativa, quando o serviço estava obrigado a agir, embora a inércia não constitua rigorosamente uma ilegalidade. Na terceira, as conseqüências da lentidão administrativa.

Nos três casos ocorrerá a culpa do serviço, independente de qualquer inquirição a respeito da falta do funcionário.

Apesar de muitas vezes a inversão do ônus da prova gerar maior facilidade para o reconhecimento civil do Estado, a tendência mundial de estabelecimento de regras de responsabilização sem culpa não poderia passar em branco em relação à Administração. Dentre as teorias objetivistas, as principais são: Teoria do Risco Integral e Teoria do risco administrativo.

A teoria do risco integral tem por característica levar a idéia de responsabilidade às mais altas conseqüências. A sua aplicação levaria a reconhecer a responsabilidade civil em qualquer situação em que estivessem presentes os três elementos essenciais, desprezando-se quaisquer excludentes de responsabilidade. A administração responderia por todo o risco decorrente de sua atuação. Esta é uma situação extrema, que não deve ser aceita, pela imensa possibilidade de ocorrência de desvio e abusos.

A responsabilidade civil do Estado é considerada matéria constitucional. A Carta Magna adotou a teoria da responsabilidade estatal sob a modalidade do risco administrativo, que é a que mais se identifica com a responsabilidade objetiva administrativa adotada pela Constituição Federal, consoante os princípios da igualdade dos ônus e encargos sociais.

Mesmo fundamento é defendido por Gagliano e Pamplona Filho (2006), já que a responsabilidade objetiva prescinde da idéia de culpa, como pressuposto para a obrigação de indenizar. A adoção da Teoria do risco administrativo torna-se aqui latente, já que ela admite a quebra do nexos causal pela comprovação de uma das excludentes de responsabilidade civil.

Há, contudo, doutrinadores que defendem posição diversa, a saber, a teoria da culpa presumida, como Arnaldo e Marmitt, citado por Gagliano e Pamplona Filho (2006):

Importa colocar tais postulados nos seus devidos termos, arredando o radicalismo e buscando o verdadeiro alcance da norma constitucional. Esta traduz mero risco administrativo, estabelecendo simples inversão do ônus probatório(...)Se a administração deixar de produzir essa prova, responderá pelas perdas e danos, cumprindo ao lesado apenas positivar o prejuízo e sua relação causal com o fato.

Gonçalves (2005) ressalta que a responsabilidade do Estado no Direito brasileiro é ampla. Enfatize-se, porém, que não é qualquer prejuízo patrimonial relacionável com ações ou omissões do Estado que o engaja na obrigação de indenizar. A Constituição de 1988, para este doutrinador, há a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, aos ditames da ordem jurídica, de forma que a lesão aos bens jurídicos de terceiros traz como conseqüência para o causador do dano a obrigação de repará-la.

3.1 Responsabilidade civil: Excludentes e Ação regressiva

Havendo, em tese, dano ao particular, provocado por qualquer ato comissivo ou omissivo dos agentes do Poder Público ou omissivo dos agentes do Poder Público ou dos seus serviços, surge a possibilidade de indenização patrimonial. Porém, há situações especiais que excluem tal responsabilidade.

Encontramos em Nascimento (1995) as excludentes da responsabilidade estatal inerentes ao risco administrativo: culpa exclusiva da vítima e caso fortuito ou força maior. Neste diapasão, basta A provar o dano sofrido e seu nexos causal com a atividade estatal prestada. O autor em epígrafe lembra que cabe ao Estado provar que houve a incidência de uma das excludentes admitidas: culpa exclusiva da vítima, ou de terceiro que não agente público em atividade, e caso fortuito e força maior.

Se a culpa não for exclusiva da vítima, o Estado responderá pela metade dos prejuízos havidos. Se o terceiro interferiu danosamente na relação jurídica entre particulares e o Poder Público, e provando o Estado que tomou os cuidados necessários, fica isento de responsabilidade. Em incidência de força maior, deve ser irresistível, inevitável e imprevisível.

Para Diniz (2006), negar a indenização pelo Estado em qualquer de suas ações que provocaram danos a terceiros é subtrair o poder público de sua função primordial de

tutelar o direito. Se o dano foi causado pelo Estado, e este age em nome da sociedade, então responsabilidade acaba sendo desta, que deve suportar os custos pelos prejuízos distribuídos a cada indivíduo.

No tocante à ação regressiva do Estado em relação ao agente material do dano, temos que Meirelles citado por Gagliano e Pamplona Filho (2006) defende a responsabilidade do Estado era exclusiva, podendo a vítima apenas ajuizar ação contra a entidade pública responsável, não se incluindo o servidor na demanda. O servidor culpado só responderia por sua omissão perante a Administração, sendo responsabilizado civilmente em ação regressiva.

A jurisprudência posiciona-se de maneira contrária, admitindo a ação indenizatória contra o Estado, o agente público ou ambos.

3.1.1 Jurisprudência

“Ação indenizatória – vítima. Terceiro em relação ao tiroteio, atingida por projétil. Inexistência de caso fortuito e de prova de culpa desta. Responsabilidade do Estado reconhecida” (TJSP, 1º Câmara, Ap. 127.771-SP. Rel. Dês. Roque Komatsu. J. 11/09/1990).

“Danos causados à lavoura por obra pública. Responsabilidade objetiva da Administração. Departamento de Estradas de Rodagem. Responsabilidade solidária da firma empreiteira e construtora” (RJTJSP, 40:96, 87:1220).

Julgamento de RE 109.615-RJ, referente a acidente ocorrido nas dependências de escola municipal, por omissão da administração em evitar que uma criança, durante o recreio, atingisse o olho da outra, acarretando-lhe a perda total do globo ocular direito, proclamou o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do relator, Min. Celso Mello:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos, por ação ou omissão, houverem dado caso. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. (...).

3.2 Responsabilidade civil do Estado pelos atos omissivos de seus agentes

Não agindo se produzirá danos, omitindo-se o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria administração. Cruzar-se os braços ou não agir, quando o deveria, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente (Gonçalves, 2007).

Para Mello, citado por Gonçalves (2007) a omissão estatal em debelar o incêndio, em prevenir enchentes, em conter a multidão, em obstar ao comportamento jurídico de terceiro, terá sido “condição” para a ocorrência do dano, mas não sua causa, por isso ser responsabilidade subjetiva e essa culpa em uma de suas três vertentes: imperícia, negligência e imprudência.

Na jurisprudência, entende-se que a atividade administrativa abrange tanto a conduta comissiva como omissiva. Nesta, desde que a omissão seja a causa direta e imediata do dano.

A teoria do risco administrativo confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos que seus agentes houverem dado caso. Então, o Estado deverá indenizar pelo dano pessoal e/u patrimonial sofrido, independentemente da caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Sendo assim, reconhece-se o direito de indenizar a mãe de um preso assassinado dentro da própria cela por outro detento, responsabilizando-se objetivamente.

3.3 Sujeitos passivos da ação: Estado e funcionário

Ainda segundo entendimento de Gonçalves (2007), a ação de indenizar pode ter como sujeito passivo o próprio agente público ou mesmo o Estado. Isso porque age aquele como elemento ativo de um órgão moral, cuja formação e exteriorização da vontade dependem dele para atuar. O particular, se fundada a ação em culpa ou dolo do agente público, propondo a ação contra ambos, agente público e Estado, como responsáveis solidários, ou mesmo só contra o agente público.

Se o administrado quiser poderá apenas e tão-só acionar o funcionário, assinalando que a vítima teria o inconveniente de ter de provar a culpa do funcionário, mas em compensação se livraria das notórias dificuldades da execução contra a Fazenda Pública.

A ação deve ser proposta dentro do prazo prescricional de três anos para sua reparação civil, porém quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva (art.200).

3.4 Responsabilidade civil do Estado em acidentes de veículos

A sociedade moderna desenvolveu atividades de grandes riscos, como transporte, o fornecimento de energia elétrica, o funcionamento de grandes complexos industriais. O risco criado na utilização da coisa perigosa passou a ser o parâmetro para aferição da responsabilidade. Instituiu-se a responsabilidade civil objetiva em caos de danos pessoais causados por veículos de transportes, por meio do seguro obrigatório (Gonçalves, 2007).

Admitida à inversão do ônus da prova, poderá a Administração observar a questão da culpa ou da inexistência da relação de causalidade, demonstrando que o acidente ocorreu por fato ou culpa exclusiva da vítima. Se houver concorrência de culpa, do motorista-funcionário e do motorista do veículo particular, a indenização será devida apenas pela metade.

Se o Estado provar que o fato ocorreu em virtude de culpa exclusiva, ou concorrente da vítima, poderá livrar-se por inteiro, ou parcialmente, da obrigação de indenizar. A contradição nos depoimentos ou a insuficiência de provas favorece, no entanto, o motorista-funcionário exige, para sua condenação, prova de culpa. Na via regressiva, a responsabilidade do agente público é subjetiva.

3.5 Atividade regular do Estado, mas causadora de dano

A atividade da Administração é regular, mas por causa de dano, legitima a ação de ressarcimento contra o Estado. Decorrendo o dano de ato predatório de terceiro, como no caso da vítima fatal ter sido atingida por bala perdida quando assistida por bala perdida quando assistia a um jogo de futebol em estádio público, a responsabilidade do ente público só ocorrerá se comprovar a culpa subjetiva (Gonçalves, 2007).

Em relação a tombamento do patrimônio histórico e artístico nacional, por si só, não gera ao Poder Público a obrigação de indenizar ou conservar; porém, p.ex., ocorrendo desapropriação do imóvel tombado por Município, cumpre a esse o dever de reparar eventuais danos causados no imóvel.

3.6 Responsabilidade estatal por atos judiciais

No excelente entender de Diniz (1994), a discussão acerca da responsabilidade que tenha por base ato de magistrado põe à frente tema de adequação. Assim, o juiz, por desempenhar uma função estatal e enquanto no exercício dela, é um "agente público",

exercendo atribuições constitucionais, atuando com plena liberdade funciona, sendo, dessa forma, um “agente político”.

A partir do momento em que a Constituição de 88 mandamentalizou, que o Estado responderá “pelos danos que os ‘agentes’, nessa qualidade, causaram a terceiros...”, incluído o ato judicial como podendo gerar a responsabilidade civil do Estado. Pelo menos, não há razões normativas constitucionais para sustentar a irresponsabilidade civil estatal frente ao ato judicial.

Há sustentação doutrinária e jurisprudencial, negando esta responsabilidade estatal, fundamentados em três objeções: não pode o Estado responder pelo ato jurisdicional, por ser este um ato soberano; a coisa julgada decorrente do ato jurisdicional impediria sua responsabilidade estatal; assim como, dita responsabilidade feriria a independência do juiz.

Um argumento importantíssimo que rechaça a primeira objeção está presente no inciso LXXV do art. 5º da CF “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário...”, embora se entenda que tal erro judiciário em sentença penal, questiona-se por que não poderia abranger também na sentença cível.

Na verdade, o Juiz tem independência intelectual e investigatória para interpretar a prova e a lei, proferindo seu julgamento, visando à pacificação social. Ele convive com a recorribilidade de suas decisões, mas não deixa de ser independente.

Na sentença cível, havendo procedência, a decisão será rescindida, podendo-se haver novo julgamento, no próprio Juízo rescindendo ou na instância inferior, para evitar supressão de uma instância. Os danos resultantes da sentença, ou decisão, devem ser satisfeitos pelo outro litigante, restando pouco, após a decisão da rescisória, para se buscar em ação de responsabilidade civil contra o Estado. O prazo é decadencial e de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão. Caberá, ainda, segundo pensamento de Nascimento (1995), ação regressiva em relação ao juiz singular, caso tenha agido com dolo ou culpa; porém, não existirá quando os atos lesivos provierem do Tribunal.

3.7 Responsabilidade estatal por atos legislativos

Há uma forte discussão doutrinária acerca da responsabilidade ou não do Estado diante de atos legislativos. Ensina-nos Diniz (1994), que entre os que defendem a irresponsabilidade argumentam: a lei sendo ato soberano não pode de forma alguma ser requerida qualquer indenização, a lei nova não viola direito preexistente, a determinação

da responsabilidade estatal paralisaria a evolução da atividade legislativa e, por fim, o ato que porventura possa causar algum prejuízo adveio de seus representantes do Parlamento.

Do outro lado, autores muitos rechaçam o primeiro pensamento, fundamentando que é cabível indenização, pois foi o próprio legislador quem fixou a indenização na própria lei causadora do dano, a omissão legislativa deve ensejar reparação, se houver ocorrência de dano causado a terceiro por ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato legislativo também devem ser reparáveis pelo Estado. E, ainda assim, o ente estatal que paga a indenização a quem foi lesado por ato legislativo lesivo não terá ação regressiva contra o legislador faltoso.

3.8 Responsabilidade estatal na ordem internacional

Para Diniz (1994), a responsabilidade do direito internacional nasce imediatamente após o vento danoso. Depois de esgotados os recursos de direito interno, surge o direito formal à interferência diplomática desta forma, a denegação de justiça, identificada como infração do dever internacional de proteção jurídica ao estrangeiro, ou o esgotamento dos recursos jurídicos proporcionados ao queixoso constituem a base da responsabilidade internacional do Estado perante particulares, indenizando-os por lesões materiais ou morais, restabelecendo-os, quando possível, ao estado anterior ao evento danoso.

3.9 Prejuízos indenizáveis: Dano material e Dano moral

Como ensina Nascimento (1995), em relação aos danos materiais, a indenização devida pelo ente estatal, a título de dano material ou patrimonial, deve comportar todo prejuízo suportado pelo ofendido, vítima. A finalidade da reparação é que a vítima conserve, o mais possível, a situação anterior à lesão.

Assim, a indenização deve corresponder aos danos emergentes e aos lucros cessantes. Com um acidente de veículo, o veículo se danifica. Seu proprietário suporta naquele instante uma diminuição no patrimônio. Isto é o dano emergente; todavia, se o dono do veículo é motorista profissional suportará outro prejuízo, qual seja, enquanto veículo estiver em conserto deixará de receber seus vencimentos por não poder nele trabalhar.

O prejuízo indenizável deve ser, em princípio, certo, atual e direto. A certeza do prejuízo de significar que o dano deve efetivamente existir. A atualidade do prejuízo é aferida no momento do ajuizamento da ação. Prejuízo direto no sentido de ser aquele que atinja o ofendido, ou a vítima. Existem, da mesma forma, os danos em ricochete que são exemplos de prejuízos reflexos, abrindo espaço para que o terceiro prejudicado seja parte ativa legítima para a ação de responsabilidade civil. Há dificuldade de se aceitar a

indenizabilidade do dano em ricochete porque se corre o risco de haver um bis in idem. Mas os prejudicados em danos em ricochete têm direitos de ação contra o ofendido, ou vítima, não por responsabilidade civil, mas por descumprimento por responsabilidade civil, mas por descumprimento da relação jurídico-material que mantêm.

O dano material é falado para que haja uma composição mais integral do prejuízo sofrido. O autor ilustra o caso da morte de um filho menor, de um ano ou mais, provoca em seus pais um sofrimento muito intenso e sucessivo, sendo caracterizável como prejuízo material, mesmo porque ninguém dependia economicamente do menor. O sofrimento é psíquico, é a dor pela perda do filho, formando-se uma espécie de dano moral.

A indenizabilidade do dano moral foi matéria que nunca alcançou univocidade na doutrina e jurisprudência brasileiras. A constituição disse em seu art. 5º, X, serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. A carta, então imprimiu normatividade hierarquicamente superior, como direito fundamental, a afirmativa do dano moral. Diz ainda a Súmula nº. 37, do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”. Enfim, a dificuldade, na verdade, está na sua avaliação em dinheiro, indiscutivelmente de difícil liquidação, mas não impossível, podendo ser utilizados critérios razoáveis para “quantificação” do dano moral.

O lesado pela pessoa de direito público pode ajuizar ação indenizatória contra o Estado e ao seu agente simultaneamente? A doutrina diverge sobre essa questão, alguns juristas como Meirelles, citado por (2000, p. 198) afirma que: “a ação de indenização da vítima deve ser ajuizada unicamente contra a entidade pública responsável, não sendo possível a inclusão do servidor na demanda”. O lesado nada tem haver com o funcionário causador do dano, visto que o seu direito é o de ser reparado pela pessoa jurídica, e não pelo agente direto da lesão. E o servidor culpado não está obrigado a reparar o dano à vítima, pois responde pelo seu ato ou omissão perante a administração a que serve, só responsabilizado civilmente em ação regressiva.

Nessa linha a vítima só poderia ajuizar ação indenizatória contra o Estado. No entanto há o entendimento de que o autor pode escolher litigar contra o Estado, responsabilidade objetiva, ou contra o agente, e nesse caso terá que provar dolo ou culpa do agente; ou pode litigar contra ambos, como responsáveis solidários. E foi esta corrente que vingou entre nossos doutrinadores.

É certo que a norma do art. 37, § 6º, segundo Ribeiro, citada por Gagliano e Pamplona Filho (2006, p.199), é clara ao dispor que a pessoa jurídica responde perante a vítima e tem direito de regresso contra o agente que atuou com dolo ou culpa. Mas ela não restringe, apenas admitindo a ação contra o Estado e negando-a contra o agente que lhe causou o prejuízo. O objetivo desta norma é de conferir a possibilidade da vítima encontrar na fase de execução, um patrimônio solvente, e não de restringir o pólo passivo da ação indenizatória.

3.10 Da Responsabilidade civil do Estado pelo dano ambiental

Ao Estado foi atribuído o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 37 CF/88). Considerando, então, estas duas particularidades da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados ao meio ambiente e ressaltando, ainda, que pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, art. 14 § 3º, IV, poluidor é toda pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental, podemos concluir que o ente público é responsável não apenas pelos danos que diretamente causar ao meio ambiente, mas também pelos danos ambientais causados por terceiros que decorrerem da falta de fiscalização ou, ainda, da expedição das licenças ambientais.

Ressalta-se que a responsabilidade civil do Estado, nestes casos, é solidária, de modo que o ente público poderá responder individualmente ou em conjunto com a empresa licenciada pelos danos ocorridos. A reparação do dano pela pessoa jurídica de direito público, porém, enseja a ação de regresso em face dos que diretamente tiverem causado o dano ao meio ambiente.

A responsabilidade civil pode ser subjetiva, fundada na culpa, ou objetiva, com respaldo na teoria do risco, que preconiza que aquele que exerce uma atividade que expõe terceiros. A teoria objetiva é aplicada nos casos expressamente previstos em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927 CC).

No tocante aos danos causados ao meio ambiente, o legislador brasileiro, considerando que a responsabilidade subjetiva, por suas limitações, não é adequada para ensejar a reparação destes danos, optou por consagrar a responsabilidade objetiva.

Neste sentido, estabelece o art. 14 § 1º da Lei nº 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente:

Art. 14. § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de

culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

O artigo que foi recepcionado pela Constituição Federal, que estabelece em seu art. 225, § 3º que:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Considerando que a responsabilidade civil ambiental, é pautada na teoria objetiva do risco integral, segundo a qual deve ser responsabilizado pelos danos ambientais todo aquele que exerce uma atividade de risco e tendo em vista, ainda, o princípio do poluidor-pagador que estabelece que o poluidor tem o dever de arcar com os custos da prevenção, reparação e repressão da poluição, observa-se que a empresa licenciada será sempre responsável pelos danos que decorrerem da sua atividade, visto que é ela quem lucra economicamente com a atividade de construção dos dutos de gás natural e suporta os riscos ambientais dela advindos.

A responsabilidade civil do empreendedor, é completamente irrelevante analisar a licitude ou ilicitude da atividade, ou seja, é indiferente observar se o poluidor agiu ou não em desacordo com os padrões estabelecidos pela licença ambiental, posto que isto tem apenas o condão de afastar a culpabilidade do agente, o que é totalmente desnecessário em face da teoria objetiva da responsabilidade prevista no art. 14, § 1º, da Lei n.º 6.938/81, que requer apenas os pressupostos da conduta, o dano ao meio ambiente e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano ocasionado.

Observa-se, porém, que não obstante a verificação da licitude ou ilicitude da atividade seja desnecessária para configurar a responsabilidade civil da empresa licenciada, essa distinção se revela extremamente importante nos campos da responsabilidade penal e administrativa.

Mediante o que foi colocado acima, é também desnecessário, para estabelecer a responsabilidade civil do empreendedor, verificar se o estudo de impacto ambiental foi realizado, ou não, fora dos parâmetros estabelecidos pelo órgão ou entidade ambiental competente para o licenciamento ambiental ou se foram utilizadas, ou não, as técnicas

mais avançadas. A existência do impacto ambiental irregular será apenas importante para configurar a responsabilidade civil, penal e administrativa da equipe multidisciplinar que realizou o estudo, mas não para afastar a responsabilidade civil ambiental do empreendedor. Sobre este assunto Silva (2002) relata que não libera o responsável nem mesmo a prova de que atividade foi licenciada de acordo com o respectivo processo legal, já que as autorizações e licenças são outorgadas com a inerente ressalva de direitos de terceiros; nem que exerce a atividade poluidora dentro dos padrões fixados, pois isso não exonera o agente de verificar, por si mesmo, se sua atividade é ou não prejudicial, está ou não causando dano.

Importante enfatizar que, na hipótese de existir mais de um empreendedor, haverá entre eles o vínculo da solidariedade passiva, de forma que todos os empreendedores ou cada um individualmente poderá ser responsabilizado pela integralidade do dano. Todavia, aos que responderem pela totalidade do dano fica assegurada a ação de regresso em face dos demais co-responsáveis. Esta solidariedade encontra seu fundamento legal no art. 942, parte final, do Código Civil que preconiza que se o dano tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação e, principalmente, na Constituição Federal que dispõe, em seu art. 225, § 3º, que aqueles que praticarem condutas e atividades lesivas ao meio ambiente deverão reparar os danos causados.

Cumprido mencionar, ainda, que a solidariedade passiva na reparação dos danos ambientais também decorre do art. 3º, IV, da Lei de Política Nacional do meio Ambiente, que conceitua o poluidor como sendo a pessoa física ou jurídica, de direito público interno ou externo, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

3.11 Responsabilidade civil das prestadoras de serviços públicos

Conforme o Art.37, § 6º, CF/88:

Art. 37. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causaram a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O exame deste dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegatários.

O mesmo se aplica as concessionárias que esteja atuando por sua conta e risco, mas realizando um serviço ou obra em regime de concessão, a natureza da sua responsabilidade também é objetiva. E por isso haverá incidência do artigo 37, § 6, da CF/88, onde se traduz nos exatos termos em que se coloca a responsabilidade do Estado no que respeita aos atos realizados por ele.

Segundo Mello (2001, p. 669), O concessionário gere serviço por sua conta, risco e perigos. Daí que incumbe a ele responder perante terceiros pelas obrigações contraídas ou por danos causados. Sua responsabilidade pelos prejuízos causados a terceiros e ligados à prestação do serviço governa-se pelos mesmos critérios e princípios da responsabilidade do Estado, pois ambas estão consideradas conjuntamente no mesmo dispositivo constitucional. Isto significa, segundo opinião absolutamente predominante no Direito brasileiro, que a responsabilidade em questão é objetiva, ou seja, para que seja instaurada, prescinde-se de dolo ou culpa da pessoa jurídica, bastando a relação causal entre a atividade e o dano.

A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo artigo 37, § 6º, da Constituição, que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos; a norma constitucional veio pôr fim às divergências doutrinárias quanto à incidência de responsabilidade objetiva quanto (sic) se tratasse de entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos (fundações governamentais de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos)..."

Em face ao art.37, §6º, CF/88 e do que foi exposto acima, quando se trata de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, prevalece a teoria da responsabilidade objetiva, somente a empresa é desobrigada de responder pelo dano se provar a culpa da vítima. Pois a teoria do risco administrativo embora dispense o lesado de provar a culpa da administração ela permite que o poder público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização. É de se verificar que o risco administrativo não chega ao extremo do risco integral, ou seja, não significa que a administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Significa que a vítima fica dispensada de provar a culpa da prestadora de serviços.

CONCLUSÃO

As pessoas jurídicas respondem com seu patrimônio, por todos os atos ilícitos que praticarem, através de seus representantes. Uma vez estabelecido um negócio jurídico com a observância dos limites determinados pela lei ou estatuto, com deliberação do órgão

competente e realização pelo legítimo representante deve ela cumprir o quanto pactuado, respondendo, com seu patrimônio.

As pessoas jurídicas de direito privado respondem subjetivamente, tendo algumas restrições como: se, por sua natureza, o tipo de atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar riscos ao direito de outrem; e nos casos específicos pela lei, a exemplo dado pelo código de defesa do consumidor, que se adequou a responsabilidade objetiva.

Enfim, as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privada que prestam serviços públicos respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros. Isto significa que a responsabilidade civil destas pessoas jurídicas, independe da comprovação de dolo ou culpa, porém caberá a ação regressiva contra os agentes causadores dos danos, entretanto faz-se necessário a comprovação do dolo ou culpa dos agentes provocadores da lesão ao direito de outrem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1998, com alterações pelas emendas n ° 1/92 a 52/2006. Brasília: Senado Federal, 2006.

BRASIL. **Código Civil**. 13 ed. São Paulo: Rideel, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil**. 8 ed.. São Paulo: Saraiva, 1994, 7 v.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral de Direito Civil** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, 7 v.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil**. 8 ed. 7 volume. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 4 v.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, 4 v.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. **Responsabilidade Civil do Estado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO E NAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS DECORRENTES DE CASOS SUBMETIDOS À COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

JULIA RUBIM PIMENTEL:

Advogada, Juíza Leiga e Pós-Graduada pela EMERJ e pela Faculdade Legale²⁰⁰

RESUMO: O advento da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 representou a quebra de um regime ditatorial e a construção de um Estado Democrático de Direito, com destaque para a garantia de direitos fundamentais. A ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e a aceitação da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na década seguinte, demonstraram a preocupação do Brasil em assegurar, de igual modo, a proteção dos direitos humanos. Tal comprometimento revela a intenção do Estado Brasileiro em adaptar suas legislações e jurisprudências ao entendimento dos organismos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Assim, o presente trabalho tem como objetivo apontar as alterações positivas na legislação e nas políticas públicas brasileiras decorrentes de casos submetidos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com destaque para implementação das Audiências de Custódia e a edição da Lei nº 11.340/2006 – “Lei Maria da Penha”.

Palavras-chave: Constituição da República Federativa Brasileira. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Audiências de Custódia. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340/2006

1. INTRODUÇÃO

Com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁰¹ e a aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Estado Brasileiro passou a se sujeitar às decisões e aos entendimentos da Comissão e da Corte Interamericanas. Houve, portanto, o comprometimento do país na realização de ajustes necessários à efetivação da proteção dos direitos humanos.

200 E-mail: julia_rp@hotmail.com

201 COSTA RICA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 ago. 2016.

No que se refere ao impacto do sistema interamericano no âmbito brasileiro, Flávia Piovesan²⁰² destaca que “os casos submetidos à Comissão Interamericana têm apresentado relevante impacto no que tange à mudança de legislação e de políticas públicas de direitos humanos, propiciando significativos avanços internos”.

Pode-se dizer que os exemplos mais significativos dessa influência foram a implementação das Audiências de Custódia, em respeito à previsão do art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁰³, e a elaboração da Lei nº 11.340/2006²⁰⁴ – “Lei Maria da Penha” –, em cumprimento à recomendação feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no Relatório nº 54/2001²⁰⁵.

Em relação ao primeiro, tendo em vista a previsão de garantia mais ampla no Pacto de São José da Costa Rica²⁰⁶ – a obrigatoriedade de apresentação do preso ao magistrado – do que no ordenamento interno – a mera necessidade de comunicação ao juiz a respeito da prisão –, foi feita adaptação na legislação brasileira para se adequar ao sistema protetivo interamericano.

No que se refere ao segundo, a edição da Lei nº 11.340/2007, de 2006 foi resultado de denúncia apresentada pela brasileira Maria da Penha Maia, em razão de alegada violação a direitos humanos. Ao analisar o caso, foi emitida Recomendação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que, dentre outras medidas, prosseguisse e intensificasse o processo de reforma com o intuito de evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório no que se refere à violência doméstica contra mulheres no Brasil.

2. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O ART. 7º, ITEM 5, DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

202 PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI MORALES, Mariela. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 343.

203 COSTA RICA, op. cit., nota 1.

204 BRASIL. *Lei nº 11.340/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

205 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes Vs Brasil*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 11 out. 2017

206 COSTA RICA, op. cit., nota 1.

207 BRASIL, op. cit., nota 4.

Uma das garantias fundamentais do preso, prevista no inciso LXII, do art. 5º, da Constituição da República Federativa Brasileira²⁰⁸, é o direito à comunicação imediata de sua prisão e do local onde ele se encontre ao juiz competente e à sua família ou à pessoa por ele indicada. No mesmo sentido estabelece o art. 306, §1º, do Código de Processo Penal²⁰⁹, especificando o prazo de 24 horas para que seja tomada tal providência, por meio do mero encaminhamento do auto de prisão em flagrante.

Há, porém, disposições assecuratórias de maior proteção ao preso, contidas em tratados internacionais de direitos humanos, que devem prevalecer, tendo em vista a hierarquia supralegal dessas normas. A esse respeito, estatui o art. 7º, 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²¹⁰ que:

toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Em redação semelhante, dispõe o artigo 9º, 3²¹¹, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos²¹², exigindo também o direito à presença física do preso perante a autoridade judicial. Observa-se, assim, que, enquanto o texto constitucional prevê uma

208 Id., *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

209 Id., *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

210 COSTA RICA, op. cit., nota 1.

211 Artigo 9º, 3. Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para execução da sentença. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

212 Ibid.

garantia mínima²¹³ – a necessidade de comunicação ao juiz a respeito da prisão –, as disposições internacionais a complementam, ao determinarem a obrigatoriedade, e não mera faculdade, de apresentação do preso ao magistrado.

Admite-se tal complementação, de acordo com Carlos Weis²¹⁴, por dois motivos: o princípio da primazia da norma mais favorável e a possibilidade de ampliação dos direitos e garantias fundamentais, estabelecida no art. 5º, §2º, da Constituição da República²¹⁵.

Além disso, por mais que haja disposição expressa no Decreto-Lei nº 3.689/41 – Código de Processo Penal²¹⁶ –, determinando o prazo e a maneira como a comunicação da prisão deve ser feita ao juiz, esse diploma foi recepcionado, pela Constituição de 1988²¹⁷, apenas com *status* de lei ordinária. Desse modo, não há qualquer óbice à possibilidade de que medidas diversas, dispostas em tratados internacionais, de nível hierárquico, ao menos²¹⁸, supralegal – superior, portanto, ao CPP²¹⁹ –, como a CADH²²⁰ e o PIDCP²²¹, prevaleçam.

Inclusive, nos termos da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso "*Tibi x Ecuador*"²²², entendeu-se pela impossibilidade da substituição da condução do preso à presença do juiz pela mera notificação da prisão:

118. Este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el art. 7º, 5, de la Convención son claros en cuanto a que la

213 WEIS, Carlos. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 101; n. 921; jul. 2012, p. 331-355, p. 338.

214 *Ibid.*, p. 337 e 339.

215 BRASIL, *op. cit.*, nota 8.

216 *Id.*, *op. cit.*, nota 9.

217 *Id.*, *op. cit.*, nota 8.

218 Como já esclarecido, dependendo do quórum de aprovação, é possível que normas de tratados internacionais de direitos humanos sejam considerados equivalentes a emendas constitucionais, nos termos do art. 5º, §3º, CR.

219 BRASIL, *op. cit.*, nota 9.

220 COSTA RICA, *op. cit.*, nota 1.

221 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

222 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso "Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 septiembre de 2004. Serie C n. 114*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

persona detenida debe ser llevada sin demora ante um juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que um juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alego el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente.

Assim, mostra-se evidente que, desde a ratificação desses diplomas internacionais, ocorrida no ano de 1992, deveria ter sido inserida, no ordenamento jurídico brasileiro, a obrigatoriedade de apresentação do preso à autoridade judicial, denominada “audiência de custódia” ou “audiência de apresentação”.

Nesse sentido, houve o Projeto de Lei do Senado nº 554/2001²²³, que propôs alterar o §1º do artigo 306, do Código de Processo Penal²²⁴ para dispor que, no prazo máximo de 24 horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente.

O Projeto de Lei do Senado nº 156/2009²²⁵, que estatui o Novo Código de Processo Penal, por sua vez, embora pareça ser positivo, continua representando retrocessos sobre o tema. Apesar de seu artigo 14, inciso III, prever como função do “juiz das garantias” a de “zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença”, percebe-se que a apresentação do preso à autoridade judicial consiste apenas em uma faculdade do magistrado, e não em um dever. Ademais, o seu artigo 553 deixou de incluir a condução do preso ao magistrado como medida obrigatória, ao estabelecer, tão somente, em redação semelhante à do §1º do art. 306 do atual CPP²²⁶, que “em até 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas”.

223 BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 554/2001*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>> Acesso em: 14 ago. 2017.

224 Id., op. cit., nota 9.

225 Id. *Projeto de Lei do Senado nº 156/2009*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>> Acesso em 14 ago. 2017.

226 Id., op. cit., nota 9.

Por mais que tenham sido apresentadas, pelo Senador José Sarney, as Emendas nº 170 e 171²²⁷ ao referido Projeto de Lei, com o objetivo de incluir a audiência de custódia no Novo Código de Processo Penal, ambas foram rejeitadas²²⁸ pelo relator, Senador Renato Casagrande, sob o seguinte fundamento:

Não vemos em que a redação do art. 551 do projeto do novo CPP possa ferir tratados internacionais de que o Brasil é signatário. São as próprias normativas internacionais citadas na justificativa que abrem a possibilidade de que o preso seja conduzido à presença de 'outra autoridade habilitada/autorizada por lei a exercer funções judiciais', papel que em nosso ordenamento é exercido pelo delegado de polícia judiciária.

Dessa forma, com o objetivo de determinar o imediato cumprimento do Pacto de São José da Costa Rica²²⁹, a fim de que a União viabilizasse a realização de audiências de custódia para todos os presos em flagrante, em âmbito federal, foi ajuizada, na Justiça Federal do Amazonas, a Ação Civil Pública nº 8837-91.2014.4.01.3200, pela Defensoria Pública da União²³⁰. No entanto, o magistrado extinguiu o feito sem resolução do mérito²³¹, sob o fundamento de que a referida ação continha manifesta ilegalidade, tendo em vista que os beneficiados pelo pedido "não se enquadram na condição de necessitados".

Porém, mesmo com a ausência de leis que incluíssem a audiência de custódia como instrumento pré-processual no ordenamento brasileiro, foi editado o Provimento Conjunto nº 3232, publicado em 27 de janeiro de 2015, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, inaugurando nesse Estado, e pioneiramente no país, o "Projeto Audiência de Custódia". No mesmo sentido foi firmado, entre o Conselho Nacional de Justiça, o

227 Id. *Emendas 170 e 171 ao Projeto de Lei do Senado nº 156/2009*. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575197&disposition=inline>> pp. 223-225. Acesso em 07 mar. 2017.

228 Id. *Parecer do Senador Renato Casagrande*. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575233&disposition=inline>>. Acesso em 07 mar. 2017.

229 Ibid.

230 A petição inicial da ação ajuizada se encontra disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wpcontent/uploads/2014/11/ACP_Audiencia_Custodia_DPU_Manus.pdf> Acesso em: 04 ago. 2017.

231 BRASIL, Terceira Vara da Justiça Federal do Amazonas. *Sentença nº 8837-91.2014.4.01.3200*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/defensoria-mover-acao-civil-publica.pdf>> Acesso em: 04 ago. 2017.

232 Id. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Provimento Conjunto nº 3/2015*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Termo de Cooperação Técnica nº 7²³³, em 09 de abril de 2015.

Após o advento desses regramentos, houve uma série de questionamentos a respeito do *status* jurídico do novo procedimento instaurado na dinâmica do processo penal brasileiro. A tese predominante²³⁴, entretanto, é a de que, por estar prevista em tratados internacionais de direitos humanos, a apresentação imediata do preso em flagrante diante de uma autoridade judicial é norma autoaplicável que integra o ordenamento jurídico “sem que haja necessidade de edição de lei ou ato normativo”. Esse entendimento decorre do art. 5º, §1º da Constituição da República Federativa Brasileira²³⁵, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Em conformidade com essa tese majoritária, as regras internas devem ser interpretadas de acordo com as convenções internacionais protetivas de direitos humanos, as quais, segundo consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, têm valor supralegal. Desse modo, em se tratando de Direito Penal e de Direito Processual Penal, segundo Aury Lopes Jr. e Caio Paiva²³⁶, “para se alcançar um devido processo, esse deve ser não apenas legal e constitucional, mas também convencional”.

Mesmo assim, foi levada ao Judiciário a discussão a respeito da legalidade e constitucionalidade do Provimento Conjunto nº 3/2015237, do TJSP. Em primeiro lugar, foi impetrado o Mandado de Segurança nº 2031658-86.2015.8.26.0000, posteriormente

233 Id. Conselho Nacional de Justiça. *Termo de Cooperação Técnica nº 7/20015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/7525f63d46d1147032a1003f1c9271c9.pdf>> Acesso em: 04 ago. 2017.

234 BADARÓ, Gustavo. *Parecer sobre as audiências de custódia, apresentado como resposta à consulta formulada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa e a Defensoria Pública da União*. São Paulo. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf> Acesso em: 05 ago. 2017.

235 BRASIL, op. cit., nota 8.

236 LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Revista Liberdades*, n. 17, set-dez, 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos> p. 13. Acesso em 05 ago. 2017.

237 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. *Provimento Conjunto nº 3/2015*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

rejeitado pelo referido Tribunal²³⁸, pela Associação Paulista do Ministério Público, que alegou a inconstitucionalidade da instituição da audiência de custódia, em virtude da usurpação de competência privativa da União para legislar em matéria processual, ao trazer alterações ao Código de Processo Penal²³⁹. Logo em seguida, foi ajuizada, no STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240240, pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil, sob o fundamento de que o TJSP não teria competência para instituir norma que criasse obrigações para a autoridade policial.

O Supremo entendeu²⁴¹, porém, não haver qualquer inovação do ordenamento jurídico brasileiro, em virtude da supralegalidade da previsão da audiência de custódia, estabelecida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁴², nos termos do seguinte acórdão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.

(...)

5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada

238 Id. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *MS nº 20316588620158260000*, Relator: Luiz Antonio de Godoy, Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/170441642/mandado-de-segurancams-20316588620158260000-sp-2031658-8620158260000/inteiro-teor-170441652>> Acesso em: 05 ago. 2017.

239 Id., op. cit., nota 9.

240 Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.240 SP*. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em 05 ago. 2017.

241 Ibid.

242 COSTA RICA, op. cit., nota 1.

diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda.

[...]

Por sua vez, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347243, visando à declaração de “estado de coisas inconstitucional” no sistema prisional brasileiro, foi determinado que as audiências de custódia se estendessem por todo o país, no prazo de 90 dias a partir da publicação do respectivo acórdão, o que abriu caminho para que o Conselho Nacional de Justiça regulamentasse o procedimento, por meio da Resolução nº 213/2015²⁴⁴.

Assim, a partir da entrada em vigor da referida Resolução²⁴⁵, em 1º de fevereiro de 2016, todos os tribunais foram obrigados a implementar esse tipo de audiência em suas respectivas jurisdições até maio de 2016, nos termos do seu art. 15.

Mais recentemente ainda, com a reforma legislativa promovida pela Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, passou a haver expressa previsão legal determinando a realização da audiência de custódia.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal²⁴⁷, tal ato “constitui direito público subjetivo, de caráter fundamental, assegurado por convenções internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro aderiu” e sua imprescindibilidade:

[...] tem o beneplácito do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (ADPF 347-MC/DF) e, também, do ordenamento positivo doméstico (Lei nº 13.964/2019 e Resolução CNJ nº 213/2015), não podendo deixar de realizar-se (Rcl 36.824-MC/RJ, Rel.

243 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347/ DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 05 ago. 2017.

244 Id. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213/2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em: 05 ago. 2017.

245 Ibid.

246 BRASIL. *Lei nº 13.964/2019*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 08 mai. 2021.

247 Id. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 188.888/MG*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888acordao.pdf>> Acesso em 02 mai. 2021.

Min. CELSO DE MELLO, v.g.), sob pena de tríplice responsabilidade do magistrado que deixar de promovê-la (CPP, art. 310, § 3º, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019), cabendo salientar, ainda, como adverte GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“Processo Penal”, p. 1.206, item n. 18.2.5.5, 8ª ed., 2020, RT), que, “se não for realizada a audiência de custódia a prisão tornar-se-á ilegal, e deverá ser relaxada” [...]

Antes da alteração legislativa promovida pelo “Pacote Anticrime”²⁴⁸, houve certa polêmica no que se refere à presidência da audiência de custódia, tendo em vista a redação do art. 7º, 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁴⁹, ao dispor que o detido seria conduzido, sem demora, à presença de um “juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo chegou a entender²⁵⁰ que o ato em questão poderia ser presidido por um Delegado de Polícia:

[...] No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, *in concreto*, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante.

A esse respeito, contudo, deve-se ter em mente que o texto da Convenção²⁵¹ possui abrangência internacional, sendo aplicado a ordenamentos com realidades jurídicas distintas. Com a devida vênia, no que se refere ao sistema brasileiro²⁵², nem o Delegado de Polícia, nem o membro do Ministério Público seriam dotados de autorização para exercer funções judiciais.

248 Id., op. cit., nota 46.

249 COSTA RICA, op. cit., nota 1.

250 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *HC nº 2016152-70.2015.8.26.0000*, Relator: Desembargador Guilherme de Souza Nucci, j. 12/05/2015, Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188312282/habeas-corporus-hc-20161527020158260000-sp-2016152-7020158260000>> Acesso em: 08mai. 2021.

251 COSTA RICA, op. cit., nota 1.

252 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1019

No mesmo sentido a Corte Interamericana, no caso "*Chaparro Álvarez y Lapoñiguez x Ecuador*"²⁵³, definiu a impossibilidade de o juiz ser substituído na audiência de custódia por funcionário administrativo, policial, delegado ou mesmo promotor de justiça, nos termos da seguinte decisão:

84. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte en outro caso relativo al Estado ecuatoriano, no puedo considerarse que la declaración de las víctimas ante el fiscal cumpla con el derecho consagrado em el art. 7º, 5, de la Convención de ser llevado ante un 'juez u outro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales'.

Assim, foi fixado, nas sentenças dos casos "*Tibi x Ecuador*"²⁵⁴ e "*Acosta Calderón x Ecuador*"²⁵⁵, o entendimento segundo o qual essa expressão, prevista no art. 7º, 5, da CADH256, deve ser interpretada à luz do art. 8º, 1, da referida Convenção²⁵⁷:

oda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Apenas no final de 2019, com o advento da Lei 13.964258 ("Pacote Anticrime"), as questões a respeito da previsão legal da audiência de custódia e da autoridade responsável por presidi-la foram pacificadas no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as diversas

253 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Chaparro Álvarez y Lapoñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n. 170*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2021.

254 Id., op. cit., nota 22.

255 Id. *Caso Acosta Calderón x Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C n. 129*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf> (§80). Acesso em: 02 mai. 2021.

256 COSTA RICA, op. cit., nota 1.

257 Ibid.

258BRASIL, op. cit., nota 46.

mudanças legislativas promovidas pelo referido diploma²⁵⁹, foi alterada a redação do art. 310, do Código de Processo Penal²⁶⁰ para estabelecer que:

Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público [...]

Por mais que tenha havido um atraso significativo no implemento dessas audiências no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o decurso de décadas entre a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁶¹ e a introdução desse instrumento no processo penal pátrio, sua recente aplicação já produz efeitos positivos na realidade jurídica e carcerária brasileira.

3. A LEI MARIA DA PENHA E O RELATÓRIO Nº 54/2001 DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

No Brasil, na década de 1980, a esperança na renovação do Estado Brasileiro e o envolvimento na luta pela redemocratização levaram grupos de mulheres a se organizar em torno de propostas específicas de enfrentamento da violência e de todas as demais formas de discriminação. Assim, as feministas buscaram incluir na Constituição Democrática de 1988²⁶² além de direitos civis e sociais plenos, o direito ao aborto legal seguro e o direito a uma vida sem violência²⁶³. Em síntese, esperava-se a eliminação das discriminações e violências contra as mulheres por meio de reformas legislativas e de políticas públicas.

Por mais que todos os pleitos pretendidos não tenham sido alcançados, a atual Constituição Brasileira²⁶⁴ foi considerada um marco na conquista dos direitos das mulheres, sobretudo ao estabelecer que "homens e mulheres são iguais em direitos e

²⁵⁹Ibid.

²⁶⁰Id., op., cit., nota 9, art. 310.

²⁶¹COSTA RICA, op. cit., nota 1.

²⁶²BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁶³BATERD, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem sucedida de *advocacy* feminista. In: CAMPOS, Carmem Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13-17, p. 18.

²⁶⁴BRASIL, op. cit., nota 8.

obrigações, nos termos desta Constituição”²⁶⁵ e que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos pelo homem e pela mulher”²⁶⁶.

No âmbito internacional, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher²⁶⁷ (CEDAW), aprovada em 1979 e ratificada²⁶⁸ pelo Brasil, em 1984, teve grande importância na conquista dos direitos femininos. No entanto, quanto à violência contra a mulher, pode-se dizer que somente no ano de 1992, com a aprovação da Recomendação Geral nº 19²⁶⁹, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o tema foi tratado²⁷⁰ em texto normativo.

Do mesmo modo, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher²⁷¹, aprovada pela ONU, em 1993, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher²⁷² – também conhecida como Convenção de Belém do Pará –, aprovada pela OEA, em 1994, reconheceram que a violência contra a mulher, no âmbito público ou privado, constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais.

265 Ibid., art. 5º, I.

266 Ibid., art. 226, §5º.

267 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139389por.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

268 BRASIL. *Decreto nº 89.460/1984*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 set. 2017.

269 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Recomendação Geral nº 19/1992 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher*. Disponível em: <http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf> Acesso em: 09 out. 2017

270 Ibid. *Observaciones Generales: “6. En el artículo 1 de la Convención se define la discriminación contra la mujer. En la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad (...).”*

271 Id. *Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a48r104.htm>> Acesso em: 11 out. 2017.

272 BRASIL. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>> Acesso em: 11 out. 2017.

No entanto, em que pese a existência de proteção internacional contra tais abusos, no âmbito interno, até o ano de 2006, não havia qualquer disposição constitucional ou infraconstitucional que dispusesse acerca do assunto.

A mudança legislativa finalmente ocorreu com a entrada em vigor da Lei nº 11.340/2006²⁷³, em 22 de setembro do mesmo ano, após intensa pressão internacional. Essa norma foi resultado da denúncia apresentada pela brasileira Maria da Penha Maia Fernandes, em conjunto com o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em face do Estado Brasileiro, pela prática de diversas violações a normas de tratados internacionais de direitos humanos.

Em 20 de agosto de 1998, foi encaminhada a referida denúncia, tendo como fundamento a inércia do Estado Brasileiro no processamento e na punição do agressor da denunciante. Assim, foi iniciado o Caso nº 12.051, que resultou no Relatório nº 54/2001²⁷⁴.

Em síntese, a denunciante, farmacêutica brasileira, foi vítima de duas tentativas de homicídio cometidas por seu então marido, em seu próprio domicílio, na década de 80. Embora ela tenha sobrevivido, em razão dos tiros que a atingiram enquanto dormia, da tentativa de eletrocutá-la e das demais agressões sofridas por ela ao longo de sua relação matrimonial, Maria da Penha ficou paraplégica. No entanto, apesar de condenado pela Justiça local, após quinze anos, não havia condenação definitiva do réu, que ainda permanecia em liberdade, valendo-se de sucessivos recursos processuais contra a decisão condenatória do Tribunal do Júri.

Assim, a denúncia se baseou na violação de diversas normas de convenções internacionais, dentre as quais se destacam os artigos 1.1; 8; 24 e 25, da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁷⁵; os artigos II e XVIII, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem²⁷⁶; e o art. 7º, da Convenção de Belém do Pará²⁷⁷.

No Relatório nº 54/2001²⁷⁸, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar o mérito do caso, basicamente, dividiu as violações cometidas pelo Estado

273 Id., op. cit., nota 4.

274 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 5.

275 COSTA RICA, op. cit., nota 1.

276 COLÔMBIA. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_carta_oea_1948.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

277 BRASIL, op. cit., nota 77.

278 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 5.

brasileiro da seguinte maneira: (i) Direito à justiça – artigo XVIII, da Declaração²⁷⁹ –, às garantias judiciais – artigo 8.1, da CADH²⁸⁰ – e à proteção judicial – artigos 1.1 e 25.1, da CADH²⁸¹ –; (ii) Direito à igualdade – artigo II, da Declaração²⁸², e artigo 24, da CADH²⁸³ –; (iii) Deveres do Estado – artigo 7º, da Convenção de Belém do Pará²⁸⁴.

Com relação ao primeiro aspecto, os denunciante alegaram a violação ao direito de toda pessoa de ser ouvida em prazo razoável, disposto no art. 8.1, CADH²⁸⁵, e de ter acesso a recursos judiciais simples, rápidos e efetivos, conforme previsão do art. 25.1, CADH²⁸⁶. A esse respeito, para definir o conceito de “prazo razoável”, a Comissão aplicou entendimento utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “*Genie Lacayo Vs. Nicaragua*”²⁸⁷:

77. El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales [...].

279 COLÔMBIA, op. cit., nota 81.

280 COSTA RICA, op. cit., nota 1.

281 Ibid.

282 COLÔMBIA, op. cit., nota 81.

283 COSTA RICA, op. cit., nota 1.

284 BRASIL, op. cit., nota 77.

285 COSTA RICA, op. cit., nota 1.

286 Ibid.

287 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C n. 30.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf> Acesso em: 11 out. 2017.

Assim, considerando a complexidade do assunto, a atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciais, e, tendo em vista as alegações dos denunciantes e o silêncio do denunciado, a Comissão, no Relatório nº 54/2001²⁸⁸, entendeu que houve ineficácia, negligência e omissão do Estado Brasileiro, em virtude da demora injustificada no julgamento do acusado. Acrescentou, ainda, que essa postura colocou “em risco definitivo a possibilidade de punir o acusado e indenizar a vítima, pela possível prescrição do delito”, concluindo pela configuração das violações sustentadas na denúncia.

Quanto ao aspecto do direito à igualdade, a Comissão mencionou o Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil²⁸⁹, de 1997, que em seu capítulo VIII, item “e”, trata da questão da violência contra a mulher. Nesse documento, foram apontadas como iniciativas positivas adotadas pelo Brasil a criação de delegacias policiais especiais para o atendimento de denúncias de ataques a mulheres e de casas de refúgio para mulheres agredidas. Além dessas relevantes inovações, foi destacada a decisão da Corte Suprema de Justiça, de 1991, que invalidou o conceito arcaico de “defesa da honra” como causal de justificação de crimes contra as esposas.

No Caso Maria da Penha²⁹⁰, contudo, concluiu-se que as mudanças “foram implementadas de maneira reduzida em relação à importância e urgência do problema, conforme se observou anteriormente”, de forma que não teria havido qualquer efeito em relação à situação enfrentada pela farmacêutica. Desse modo, ainda que tenha havido avanço na proteção dos direitos da mulher no Brasil, essas melhorias não foram capazes de evitar diversos episódios de violência doméstica no país, como o caso emblemático da denunciante.

Por fim, no que se refere aos aspectos relativos aos deveres do Estado, foi destacado o disposto no *caput* do artigo 7º, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher²⁹¹: “os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência”.

Desse modo, considerando a impunidade do presente caso, representada pela ausência de condenação definitiva do acusado, a Comissão apontou que houve tolerância por parte do Estado Brasileiro quanto às agressões sofridas por Maria da Penha e destacou

288 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 5, item 44.

289 Id. *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm>> Acesso em: 11 out. 2017.

290 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 5, item 50.

291 BRASIL, op. cit., nota 77.

que se trata de “pauta sistemática”, uma vez que diversas vítimas de violência doméstica no país não conseguem punir efetivamente seus agressores.

Nesse sentido, entendeu-se pela responsabilização do Estado pelo não cumprimento de seus deveres estabelecidos nas alíneas b, d, e, f e g do artigo 7º, da Convenção de Belém do Pará²⁹², em relação aos direitos por ela protegidos, dentre os quais se encontram o direito a uma vida livre de violência – artigo 3º –, o direito ao respeito à sua vida, sua integridade física, psíquica e moral e à sua segurança pessoal, sua dignidade pessoal; e o direito a recurso simples e rápido perante os tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos – artigo 4º, a, b, c, d, e, f, g.

Sendo assim, com o envio do Relatório nº 54/2001²⁹³, em 13 de março daquele ano, a Comissão recomendou ao Estado Brasileiro que: a) concluísse rápida e efetivamente o processo penal envolvendo o responsável pela agressão; b) investigasse séria e imparcialmente irregularidades e atrasos injustificados do processo penal; c) pagasse à vítima uma reparação simbólica, decorrente da demora na prestação jurisdicional, sem prejuízo da ação de compensação contra o agressor; d) prosseguisse e intensificasse o processo de reforma para evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil.

A partir de então, foram implementadas diversas medidas, como a prisão do réu, em 31 de outubro de 2002; a edição da Lei nº 10.778²⁹⁴, em 24 de novembro de 2003, determinando a notificação compulsória, no território nacional, de casos de violência contra a mulher que seja atendida em serviços de saúde públicos ou privados; e, finalmente, a instituição do Grupo de Trabalho Interministerial, em 31 de março de 2004, por meio do Decreto nº 5.030²⁹⁵, para elaboração de proposta de medida legislativa e de outros instrumentos para coibir as agressões contra a mulher.

Assim, após a aprovação da proposta legislativa encaminhada pelo referido Grupo, foi editada, em 07 de agosto de 2006, a Lei nº 11.340²⁹⁶, criando-se, de forma inédita no país,

292 Ibid.

293 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 5.

294 BRASIL. *Lei nº 10.778/2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.778.htm> Acesso em: 11 out. 2017.

295 Id. *Decreto nº 5.030/2004*. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%205.030-2004?OpenDocument> Acesso em: 11 out. 2017.

296 Id., op. cit., nota 4.

mecanismos para reduzir a violência doméstica e familiar contra a mulher, por meio de medidas para a prevenção, assistência e proteção às vítimas.

Essa inovação legal pretendeu dar cumprimento ao §8º do art. 226 da Constituição da República Federativa Brasileira²⁹⁷, ao Comitê CEDAW e à Convenção de Belém do Pará²⁹⁸, dispendo sobre os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, por meio da alteração de diversos diplomas legais, como os Códigos Penal²⁹⁹ e de Processo Penal³⁰⁰, a Lei de Execução Penal³⁰¹, dentre outras providências. Assim, foi dada efetividade normativa ao disposto nos tratados internacionais anteriormente ratificados pelo Brasil e dado cumprimento à recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Após o advento da Lei Maria da Penha³⁰², houve ainda relevantes alterações legislativas na promoção da proteção dos direitos das mulheres, como a edição da Lei nº 12.015, de 2009³⁰³, que alterou o Código Penal³⁰⁴ para redefinir os crimes sexuais como crimes contra a dignidade sexual, em vez de crimes contra os costumes, e da Lei nº 13.104, de 2015³⁰⁵, que alterou o Código Penal³⁰⁶ para tipificar o feminicídio.

De acordo com o Mapa da Violência 2015³⁰⁷, entre 1980 e 2013, 106.093 mulheres foram vítimas de homicídio no Brasil. Apesar de o número ser expressivamente alto, o Mapa mostra que, em termos gerais, pode-se afirmar que a entrada em vigor da Lei Maria

297 Id., op. cit., nota 8.

298 Id., op. cit., nota 77.

299 Id. *Decreto-Lei nº 2.848/1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 25 out. 2017.

300 Id., op. cit., nota 9.

301 Id., *Lei nº 7.210/1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 25 out. 2017.

302 Id., op. cit., nota 4.

303 Id. *Lei nº 12.015/2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em: 25 out. 2017.

304 Id., op. cit., nota 96.

305 Id. *Lei nº 12.104/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm> Acesso em: 25 out. 2017.

306 Id., op. cit., nota 96.

307 WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flacso Brasil, 2015. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2016/03/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf> Acesso em: 25 out. 2017.

da Penha³⁰⁸, em 2006, contribuiu para reduzir a velocidade de crescimento da taxa de assassinato de mulheres.

No entanto, conforme pesquisa da ONU³⁰⁹, a taxa de homicídios de 4,8 por 100 mil mulheres posiciona o Brasil, num grupo de 83 países, na quinta posição entre os mais violentos do mundo, de modo que o país somente estaria à frente dos seguintes países: El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia.

Evidencia-se, assim, que ainda que haja avanços, a sociedade brasileira se mantém com heranças patriarcais e ideais machistas que devem ser, cotidianamente, desconstruídos. Dessa forma, verifica-se necessária a permanente luta e resistência para que direitos humanos básicos de todas as mulheres sejam cumpridos e respeitados.

4. CONCLUSÃO

Com a sujeição do Estado Brasileiro às decisões e aos entendimentos da Comissão e da Corte Interamericanas, houve inegável comprometimento do país na busca pela efetiva proteção dos direitos humanos.

O primeiro exemplo significativo dessa influência foi a implementação das Audiências de Custódia, que encontra respaldo convencional no art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos³¹⁰. Enquanto o Pacto de São José da Costa Rica³¹¹ previa garantia mais ampla, consistente na obrigatoriedade de apresentação do preso ao magistrado, o ordenamento interno brasileiro estabelecia a mera necessidade de comunicação ao juiz a respeito da prisão, razão pela qual foi feita adaptação na legislação brasileira para se adequar ao sistema protetivo interamericano.

Como segundo exemplo, pode-se destacar a edição Lei nº 11.340/2006³¹² – “Lei Maria da Penha” –, em cumprimento à recomendação feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no Relatório nº 54/2001³¹³, para que, dentre outras medidas,

308 BRASIL, op. cit., nota 4.

309 ONU MULHERES. *Diretrizes nacionais Feminicídio*: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf> Acesso em: 25 out. 2017.

310 COSTA RICA, op. cit., nota 1.

311 Ibid.

312 BRASIL, op. cit., nota 4.

313 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS op. cit., nota 5.

prosseguisse e intensificasse o processo de reforma com o intuito de evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório no que se refere à violência doméstica contra mulheres no Brasil.

Nesse contexto, não há dúvidas a respeito do impacto positivo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no processo penal brasileiro, com a implementação das Audiências de Custódia e a edição da Lei Maria da Penha³¹⁴.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. *Parecer sobre as audiências de custódia, apresentado como resposta à consulta formulada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa e a Defensoria Pública da União*. São Paulo. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf> Acesso em: 05 ago. 2017.

BALLESTEROS, Paula R. *Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2021.

ATERD, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem sucedida de *advocacy* feminista. In: CAMPOS, Carmem Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13-17.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213/2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em: 05 ago. 2017.

_____, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

_____, *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>> Acesso em: 11 out. 2017.

314 BRASIL, op. cit., nota 4.

_____, *Decreto nº 5.030/2004*. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%205.030-2004?OpenDocument> Acesso em: 11 out. 2017.

_____, *Decreto nº 89.460/1984*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____, *Decreto-Lei nº 2.848/1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848_compilado.htm> Acesso em: 25 out. 2017.

_____, *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

_____, *Emendas 170 e 171 ao Projeto de Lei do Senado nº 156/2009*. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575197&disposition=inline>> pp. 223-225. Acesso em 07 mar. 2017.

_____, *Lei nº 7.210/1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 25 out. 2017.

_____, *Lei nº 10.778/2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.778.htm> Acesso em: 11 out. 2017.

_____, *Lei nº 11.340/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____, *Lei nº 12.015/2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em: 25 out. 2017.

_____, *Lei nº 12.104/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm> Acesso em: 25 out. 2017.

_____, *Lei nº 13.964/2019*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 08 mai. 2021.

_____, *Parecer do Senador Renato Casagrande*. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575233&disposition=inline>>. Acesso em 07 mar. 2017.

_____, *Projeto de Lei do Senado nº 156/2009*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>> Acesso em 14 ago. 2017.

_____, *Projeto de Lei do Senado nº 554/2001*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>> Acesso em: 14 ago. 2017.

_____, Terceira Vara da Justiça Federal do Amazonas. *Sentença nº 8837-91.2014.4.01.3200*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/defensoria-mover-acao-civil-publica.pdf>> Acesso em: 04 ago. 2017.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *HC nº 2016152-70.2015.8.26.0000*, Relator: Desembargador Guilherme de Souza Nucci, j. 12/05/2015, Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188312282/habeas-corpus-hc-20161527020158260000-sp-2016152-7020158260000>> Acesso em: 08 mai. 2021.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *MS nº 20316588620158260000*, Relator: Luiz Antonio de Godoy, Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/170441642/mandado-de-seguranca-ms-20316588620158260000-sp-2031658-8620158260000/inteiro-teor-170441652>> Acesso em: 05 ago. 2017.

_____, Tribunal de Justiça de São Paulo. *Provimento Conjunto nº 3/2015*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.240 SP*. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em 05 ago. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 05 ago. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. *HC nº 188.888/MG*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888acordao.pdf>> Acesso em 02 mai. 2021.

COLÔMBIA. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_carta_oea_1948.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunicado de Imprensa 29, de 07/03/2016*, disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/029.asp>> Acesso em: 07 ago. 2017

_____, *Relatório nº 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes Vs Brasil*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 11 out. 2017

_____, *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm>> Acesso em: 11 out. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso "Acosta Calderón x Ecuador". Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C n. 129*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf> (§80). Acesso em: 02 mar. 2017.

_____, *Caso "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador". Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n. 170*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

_____, *Caso "Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C n. 30*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf> Acesso em: 11 out. 2017.

_____, *Caso "Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 septiembre de 2004. Serie C n. 114*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

COSTA RICA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 ago. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Revista Liberdades*, n. 17, set-dez, 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos> p. 13. Acesso em 05 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139389por.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____, *Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a48r104.htm>> Acesso em: 11 out. 2017.

_____, ONU MULHERES. *Diretrizes nacionais Femicídio*: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf> Acesso em: 25 out. 2017.

_____, *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

_____, *Recomendação Geral nº 19/1992 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher*. Disponível em: <http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf> Acesso em: 09 out. 2017

PAIVA, Caio. *Na Série "Audiência de Custódia"*: conceito, previsão normativa e finalidades. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/#_ftn22> Acesso em: 02 mai. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI MORALES, Mariela. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flacso Brasil, 2015. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2016/03/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf> Acesso em: 02 mai. 2021.

WEIS, Carlos. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 101; n. 921; jul. 2012, p. 331-355.

NORMA PENAL EM BRANCO E A COMPLEMENTAÇÃO POR ATOS INFRALEGAIS À LUZ DO TEMA N.º 1.246 DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF

GUILHERME GRUNFELD ZENÍCOLA MENDES:

Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (graduado). Pós-Graduado na Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro – AMPERJ. Advogado³¹⁵

Resumo: O objetivo do presente artigo é esmiuçar a decisão a respeito do Tema n.º 1.246 de Repercussão Geral do STF, consistente em discutir, à luz do art. 22, I, da Constituição Federal, se, diante de normas penais em branco, seria possível aos entes federativos estaduais e municipais legislarem por meio de atos infralegais a fim de complementar o teor da norma penal em branco, ante a competência privativa da União para legislar sobre direito penal. Ou seja, haveria grau de liberdade ao legislador estadual ou municipal para complementar a norma penal ou isso violaria a competência privativa da União? Há diferença entre a complementação ser do preceito primário ou secundário da norma penal em branco? Seria a norma penal em branco constitucional? São esses questionamentos que orientarão o presente artigo.

Palavras-chave: Norma Penal em Branco – Tema n.º 1.246 de Repercussão Geral – Complementação da norma penal em branco por atos infralegais – Competência Privativa da União para Legislar Consumação

Sumário: Introdução. 1. Norma Penal em Branco. 1.1. Conceito. 1.2. Espécies: Própria, Imprópria, Ao revés e Ao Quadrado. 2. Norma Penal em Branco e Instâncias Federativas Diversas. 3. Constitucionalidade da Norma Penal em Branco. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Abstract: The objective of this article is to scrutinize the decision regarding Topic n.º 1.246 of General Repercussion of the STF, consisting of discussing, in light of art. 22, I, of the Federal Constitution, if faced with blank criminal norms, it would be possible for state and municipal federative entities to legislate through infralegal acts in order to complement the content of the blank criminal norm, given the exclusive competence of the Union to legislate on criminal law. In other words, would there be a degree of freedom for the state or municipal legislator to complement the criminal law or would this violate the exclusive competence of the Union? Is there a difference between complementing the primary or

315 E-mail: guigrunfeld@hotmail.com

secondary precept of the blank criminal norm? It is these questions that will guide this article.

Keywords: Blank Criminal Rule – Topic n.º 1.246 of General Repercussion – Complementation of the blank criminal rule by infralegal acts – Private Competence of the Union to Legislate to Legislate on criminal law

INTRODUÇÃO

Inicialmente, quanto ao conteúdo, a lei pode ser classificada em completa ou incompleta. A norma penal completa é aquela que dispensa complemento valorativo, dado pelo juiz, ou normativo, dado por outra norma. Já a incompleta é a norma penal que depende de complemento valorativo ou normativo.

Quando depende de complemento normativo, temos a norma penal em branco. Nesse caso, seu preceito primário, onde descreve-se a conduta proibida, e/ou seu preceito secundário, onde descreve-se a sanção, dependem de complementação a ser dada por outra norma.

Sob esse aspecto, a dúvida doutrinária que incitou o Supremo a se pronunciar, consistia na discussão a respeito da possibilidade do preceito primário ou secundário serem complementados por instâncias federativas diversas, isto é, por atos normativos estaduais, ou até mesmo municipais.

Como pano de fundo, o art. 268 do Código Penal foi objeto de análise do Tema n.º 1.246 de Repercussão Geral e é sobre essa decisão que o presente artigo procura tratar.

1. Norma Penal em Branco.

1.1 Conceito

Primeiramente, consiste a norma penal em branco em norma penal incompleta que depende de complemento normativo.

Como se sabe, a norma-regra trata-se de um processo de elaboração de texto que possua conteúdo normativo apto a orientar determinados comportamentos pela sociedade de forma, por vezes, abstrata ou concreta. Contudo, seria tarefa hercúlea exigir do legislador destrinchar todas as hipóteses, nuances, situações, que poderão advir do conteúdo da norma esculpida. Nesse cenário, a norma penal em branco revela a sua importância, que delega ao legislador em um segundo momento a tarefa de integrá-la.

Como exemplo clássico citado na doutrina penalista, o art. 66 da Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas) pretende definir o que seriam “drogas”, mas admite a complementação por Portaria do Ministério da Saúde (Portaria SUS/MS n.º 344/2018), já que não seria possível ao legislador exaurir as várias espécies de drogas na norma, haja vista que, por vezes, determinada espécie ainda nem existe.

1.2 Espécies: Própria, Imprópria, Ao Revés e Ao Quadrado

Dentre suas espécies, a doutrina elenca 04 principais: própria, imprópria, ao revés e ao quadrado.

A norma penal em branco própria, também chamada de heterogênea, consiste na norma cujo complemento advém de fonte normativa diversa, como é o caso do recém citado art. 66 da Lei de Drogas³¹⁶ (Lei n.º 11.343/06), complementado por Portaria do Ministério da Saúde.

Por sua vez, a norma penal em branco imprópria, ou homogênea, consiste na norma cujo complemento possui origem na mesma fonte normativa, podendo ser homovitelínea, quando tratar-se do mesmo diploma legal (exemplo: arts. 312 c/c 327 do Código Penal, em que o conceito de funcionário público do art. 313 é extraído do art. 327)³¹⁷, ou heterovitelínea, quando o diploma legal for distinto (exemplo: art. 236 do Código Penal, em que o conceito de casamento encontra-se no Código Civil – CC/02)³¹⁸.

³¹⁶ Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

³¹⁷ Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

³¹⁸ Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

Por outro lado, a norma penal em branco ao revés ou invertida, ocorre quando o preceito secundário do tipo penal necessita ser complementado, como é o caso do crime de genocídio (art. 1º da Lei n.º 2.889/1956)³¹⁹.

Finalmente, a norma penal em branco ao quadrado consiste na norma penal em branco cujo complemento também depende de outro complemento. Como exemplo, pode ser citado o art. 38 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98), em que o conceito de “floresta considerada de preservação permanente” é complementado pelos arts. 3º, inciso II e 6º do Código Florestal (Lei n.º 12.651/2012), quando assim declarados de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo³²⁰.

319 Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: (Vide Lei nº 7.960, de 1989)

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a;

Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;

Com as penas do art. 270, no caso da letra c;

Com as penas do art. 125, no caso da letra d;

Com as penas do art. 148, no caso da letra e;

320 Lei n.º 9.605/98. Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

Art. 6º Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a uma ou mais das seguintes finalidades:

I - conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha;

2. Norma Penal em Branco e Instâncias Federativas Diversas

Sabe-se que a competência para legislar sobre direito penal é privativa da União, conforme dispõe o art. 22, inciso I, da CRFB/88. Discute-se na doutrina se outras instâncias federativas, como Estados e Municípios, poderiam complementar normas penais em branco.

Em cima disso, o Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu a relevância da controvérsia e reconheceu como Tema de Repercussão Geral, n.º 1.246321:

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 22, I, da Constituição Federal, se o descumprimento de determinação dos poderes públicos Estaduais, Municipais e Distrital, no contexto de combate à propagação do vírus SARS-CoV-2, causador da Covid-19, se mostra apto a enquadrar-se, abstratamente, na violação da norma penal de infração de medida sanitária preventiva (art. 268 do Código Penal), ante a competência privativa da União para legislar sobre direito penal.

O caso paradigmático refere-se ao art. 288 do Código Penal, que prevê em seu “caput”, preceito primário, o termo “infringir determinação do Poder Público”. A discussão se deu em torno da (in) admissibilidade dessa norma ser complementada por atos normativos infralegais editados pelos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), respeitadas as respectivas esferas de atuação. Assim, o tipo deve ou não ser

II - proteger as restingas ou veredas;

III - proteger várzeas;

IV - abrigar exemplares da fauna ou da flora ameaçados de extinção;

V - proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico;

VI - formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

VII - assegurar condições de bem-estar público;

VIII - auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares.

IX - proteger áreas úmidas, especialmente as de importância internacional. (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

321Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6559944&numeroProcesso=1418846&classeProcesso=ARE&numeroTema=1246>. Acesso em: 04/10/2023.

complementado por ato normativo que imponha regras para impedir a introdução ou a propagação de doença contagiosa.

De um lado, parte da doutrina e da jurisprudência entendia ser o artigo 268 do Código Penal norma penal em branco que exige outra norma jurídica a complementar o tipo e tal deve advir de fonte legislativa Federal, visto que é competência privativa da União legislar sobre direito penal. Assim, quando muito, argumentavam que se não fossem observadas as normas estaduais e municipais emanadas pelo Poder Público podem vir a caracterizar infração administrativa, mas não um ilícito penal.

Todavia, a tese vencedora, encampada pelo Supremo Tribunal Federal, foi no sentido de admitir a complementação, conforme abaixo³²²:

Tese: O art. 268 do Código Penal veicula norma penal em branco que pode ser complementada por atos normativos infralegais editados pelos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), respeitadas as respectivas esferas de atuação, sem que isso implique ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I).

Isso porque, entendeu o STF que tais atos normativos não possuíam natureza criminal, mas sim técnico-científica, razão pela qual não violariam a competência privativa da União para legislar sobre direito penal. Além disso, a regulamentação estadual e municipal não extrapolaria suas respectivas esferas de atuação, conforme avalizado pelo próprio STF, na medida em que a proteção da saúde é de competência concorrente (STF. Plenário. ADI 6341 MC-Ref/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 15/4/2020).

Para um melhor detalhamento do tema, destacamos o voto da lavra da Excelentíssima Ministra Rosa Weber:

“É preciso ressaltar que o art. 268 do Código Penal veicula em sua redação o preceito primário incriminador, vale dizer, o núcleo essencial da conduta punível. Disso resulta que **a União exerceu, de forma legítima e com objetivo de salvaguardar a incolumidade da saúde pública, sua competência privativa de legislar sobre direito penal** (CF, art. 22, I).

322 Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6559944&numeroProcesso=1418846&classeProcesso=ARE&numeroTema=1246>. Acesso em: 04/10/2023.

O fato de tratar-se, na espécie, de norma penal em branco heteróloga significa apenas a necessidade de complementação (HC 128.894/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 23.8.2016, DJe 28.9.2016), por atos normativos infralegais (decretos, portarias, resoluções, etc.), de modo a se tornar possível a aferição da conduta nuclear tipificada, qual seja, infringir normas estabelecidas pelo Poder Público para evitar a introdução ou disseminação de doença contagiosa.

Sobre o referido dispositivo, Nelson Hungria leciona que poder público quer dizer, aqui, autoridade competente (federal, estadual ou municipal) (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, Vol. IX, Arts. 250 ao 361. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 101).

Tratando-se de norma penal em branco heterogênea, sua complementação se faz por **ato do poder público, compreendida a competência de quaisquer dos entes federados**, segundo entendimento exarado, dentre outros, na ADI 6.341-MC-Ref/DF, na ADPF 672-MCRef/DF e na ADI 6.855/RN.

Vale destacar, nesse contexto, **que a complementação de que necessita a norma penal em branco não se reveste, só por esse motivo, de natureza criminal, mas sim, via de regra, de caráter administrativo e técnico-científico, a justificar seja o ato normativo suplementador editado por ente federado que possua competência administrativa para tanto.**

Ademais, a prevalecer a tese adotada pela Turma Recursal Criminal/RS restringir-se-ia a competência concorrente e outorgar-se-ia, ao Poder Executivo federal, competência exclusiva na matéria, legitimando o afastamento das deliberações levadas a efeito pelos entes estaduais, municipais ou distrital, em absoluta contrariedade à jurisprudência desta Casa (ADI 6.343-MC-Ref/DF, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 06.5.2020, DJe 17.11.2020).

Portanto, a infração a determinações sanitárias do Estado, ainda que emanada de atos normativos estaduais, distrital ou

municipais, permite seja realizada a subsunção do fato ao crime tipificado no artigo 268 do Código Penal, afastadas as alegações genéricas de inconstitucionalidade de referidas normas por violação da competência privativa da União”. (grifo nosso)

Esse também já era o entendimento doutrinário, por exemplo, de César Roberto Bitencourt³²³, antes mesmo do decidido pelo STF:

“Trata-se, na realidade, de normas de conteúdo incompleto, vago, impreciso, também denominadas normas imperfeitas, **por dependerem de complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, resolução etc.)**, para concluírem a descrição da conduta proibida. A falta ou inexistência dessa dita norma complementadora impede que a descrição da conduta proibida se complete, ficando em aberto a descrição típica. Dito de outra forma, a norma complementar de uma lei penal em branco integra o próprio tipo penal, uma vez que esta é imperfeita, e, por conseguinte, incompreensível por não se referir a uma conduta juridicamente determinada e, faticamente, identificável. **Um claro exemplo pode ser encontrado no art. 268 do Código Penal**, que descreve como conduta proibida “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”. Para a delimitação do conteúdo exato dessa proibição torna-se necessário acudir às determinações dos Poderes Legislativo e Executivo em matéria de prevenção de doenças contagiosas.

(...)

No entanto, **a fonte legislativa (Poder Legislativo, Poder Executivo etc.) que complementa a norma penal em branco deve, necessariamente, respeitar os limites que esta impõe, para não violar uma possível proibição de delegação de competência na lei penal material, definidora do tipo penal, em razão do princípio constitucional de legalidade (art. 5º, II e XXXIX, da CF/88), do mandato de reserva legal (art. 22, I) e do princípio da tipicidade estrita (art. 1º do CP)**. Em outros termos, é indispensável que essa integração ocorra nos parâmetros estabelecidos pelo preceito da norma penal em branco. É inadmissível, por exemplo,

³²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte Geral. Coleção Tratado de Direito Penal volume 01. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. Págs.: 454/457

uma remissão total do legislador penal a um ato administrativo, sem que o núcleo essencial da conduta punível esteja descrito no preceito primário da norma incriminadora, sob pena de violar o princípio da reserva legal de crimes e respectivas sanções (art. 1º do CP). Com efeito, as normas penais devem ser interpretadas de acordo com o bem jurídico protegido e o alcance de dita proteção, isto é, sempre levando em consideração a sua finalidade (teleologia), que deve ser estabelecida pelo legislador penal. A validade da norma complementar decorre da autorização concedida pela norma penal em branco, como se fora uma espécie de mandato, devendo-se observar os seus estritos termos, cuja desobediência ofende o princípio constitucional da legalidade. Por esse motivo também é proibido no âmbito das leis penais em branco o recurso a analogia, assim como a interpretação analógica.

(grifo nosso)

Portanto, confirmando a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, declarou o STF ser a norma penal em branco constitucional, não havendo violação à reserva legal ou à separação de poderes quando o preceito primário for complementado por atos normativos infralegais estaduais ou municipais, desde que dentro de suas esferas de atuação.

Por fim, ressalta-se que, no caso da norma penal em branco ao revés, também chamada de invertida, entende a doutrina que não pode ser complementada por atos normativos infralegais estaduais ou municipais, uma vez que o preceito secundário prevê a sanção penal, a pena, que obrigatoriamente deve ser disposta pela União, sob pena de infringir sua competência privativa.

CONCLUSÃO

Dessa maneira, a partir do presente artigo, conclui-se pela constitucionalidade da norma penal em branco e a possibilidade de complementação por atos normativos infralegais quanto ao seu preceito primário, desde que este possua o núcleo essencial da conduta discriminado, e a atuação infralegal esteja dentro das esferas de atuação do respectivo ente federativo.

Assim, nem todo e qualquer preceito primário da norma penal em branco pode ser complementado por instâncias federativas diversas, sob pena de violação a uma possível proibição de delegação de competência na lei penal material, definidora do tipo penal, em

razão do princípio constitucional de legalidade (art. 5º, II e XXXIX, da CRFB/88), do mandato de reserva legal (art. 22, I, da CRFB/88) e do princípio da tipicidade estrita (art. 1º do CP).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte Geral. Coleção Tratado de Direito Penal volume 01. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

BRASIL. **Código de Penal**, 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/10/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/10/2023.

BRASIL. **Código Florestal, Lei 12.651/2012**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/10/2023.

BRASIL. **Lei dos Crimes Ambientais, Lei 9.605/1998**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/10/2023.

SUPERENCARCERAMENTO NO BRASIL: O CONFRONTO FRENTE AOS IMPACTOS DO DIREITO NA ECONOMIA

GUILHERME AUGUSTO BRITO ANDRADE:

Bacharel em Ciências Jurídicas - Universidade Federal da Grande Dourados Pós Graduado em Direito do Consumidor – Faculdade Damásio de Jesus Servidor Público Estadual, atuante em direito penal³²⁴.

RESUMO: Em janeiro de 2020, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux decidiu, em caráter liminar, que a mudança do procedimento processual penal brasileiro, instituída pela Lei 13.964/2019, incluindo a figura do juiz de garantias ao cenário jurídico estaria suspensa, posto a inexistência de estudos de impacto financeiro a tal mudança, sendo uma das primeiras decisões que trouxe a análise dos impactos do direito à economia. Arelado a esta decisão, são notórios os desafios enfrentados pelos três poderes brasileiros quanto ao seu sistema carcerário, cuja ocupação excede sua capacidade máxima, trazendo diversas violações aos direitos dos presos, em clara demonstração do abandono estatal ao enfrentamento do referido problema. A partir deste panorama, o presente trabalho propõe sugestões ao superencarceramento brasileiro, atrelada a medidas de baixo impacto financeiro, providências estas, em consonância com os ditames trazidos pela Suprema Corte Brasileira, acima mencionadas. A discussão inicia com uma análise da prisão, sob os aspectos da legislação penal brasileira, trazendo os dados quantitativos de sua população carcerária, seja pela proporção oferta x demanda, seja incidências de crimes por tipo penal, durante o primeiro semestre de 2020. Por conseguinte, expõe-se práticas exitosas já realizadas pelo governo brasileiro, através de seu Conselho Nacional de Justiça, com a criação dos programas Fazendo Justiça e Justiça Presente, os quais repercutiram na informatização da execução penal brasileira, trazendo uma unificação dos sistemas e procedimentos. Na França, através de estudos e proposições realizadas por *Gilbert Bonnemaïson*, então membro do Poder Legislativo francês, qual criou o sistema *numerus clausus* de execução penal, cujo teor prevê a adoção de taxas máximas de ocupação prisional, que uma vez atingidas, devem conceder a imediata liberdade sob monitoração eletrônica a alguns presos, a serem determinados por todos os atores do sistema prisional (juiz, acusação e departamento penitenciário). Os dados sugerem que o

324 E-mail. GuilhermeAndrade_787@hotmail.com

Brasil é um país violento, com alta incidência de crimes com grave ameaça e hediondos, crimes estes os quais a sociedade espera uma maior resposta do Estado, quanto à sua punibilidade, e o encarceramento de seus acusados. Por esta razão, grande das vagas existentes em nosso sistema penitenciário devem ser reservadas para os mesmos, pois os dados não demonstram uma diminuição muito grande em sua incidência. Por outro lado, o tráfico de drogas é outro crime cuja incidência tem muita ressonância na superlotação carcerária, bem como as prisões preventivas. Frente a esta situação, o trabalho sugere uma alteração na sistemática processual penal, garantindo a concessão de liberdade provisórios às mulas do tráfico, e, conseqüentemente, garantindo a redução da ausência de vagas. O trabalho conclui, afirmando que a experiência mundial traz como alternativa aos problemas discutidos a ampliação de medidas despenalizadoras, as quais já foram muito difundidas em nosso ordenamento jurídico. Contudo, frente aos êxitos brasileiros neste tipo de medida, o trabalho traz como sugestão alterações legislativas no âmbito da Lei de Execução Penal e Código Penal, modificando o imediatismo do cumprimento das penas, trazendo como possibilidade seu escalonamento, aos crimes de menor gravidade, bem como, aos presos que não possuem antecedentes criminais, cujas penas excedem os benefícios existentes na lei penal, e exigem seu respectivo cárcere em nossas penitenciárias.

Palavras-chave: Superencarceramento. Execução Penal. Tráfico de Drogas.

ABSTRACT: Brazilian Prison Overcrowding: A Legal Battle Through An Economic Perspective In January 2020, the Supreme's Court President, Minister Luiz Fux decided, on a preliminary injunction, that the change in the Brazilian criminal procedure, instituted by Law 13.964/2019, which divided the procedure in two phases: investigation and judgment (one judge is responsible for all decisions that should be taken during the preliminary investigations, and the other is responsible for the final judgment), would be suspended, due to the inexistence of studies of financial impact to such change, being one of the first decisions that brought this economic analysis to the juridical scenario. In the other hand, Brazilian Government faces many challenges in his prisional system, whose occupancy exceeds their maximum capacity, bringing several violations to prisoners' rights, in a clear demonstration of the State's abandonment to the problem. Based on this panorama, the paper proposes suggestions for the Brazilian prisional overpopulation, linked to measures of low financial impacts, in line with the new dictates, brought by the Brazilian Supreme Court, mentioned above. The discussion begins with a prison analysis, under the aspects of the Brazilian criminal law, bringing a quantitative data of prison population, either by the supply vs demand ratio, or incidences of crimes, during the first semester of 2020. Consequently, it exposes successful practices already carried out by the Brazilian

government, through its National Council of Justice, which developed *Fazendo Justiça* and *Justiça Presente* programs, which bring Brazilian prison conditions to the digital era, unifying systems and procedures. In France, by the end of 80's, through studies and proposals made by Gilbert Bonnemaïson, then a member of the French Legislative Branch, which created the *numerus clausus* system of prison conditions, whose context provides the adoption of maximum rates of prison occupation, which once reached, judges, prosecutor and prison department, all together, must decide, and grant immediate freedom, under electronic monitoring, to preventive prisoners¹. The data suggest that Brazil is a violent country, with a high incidence of crimes with a serious threat and heinous, crimes which society expects a greater response from the State, regarding its punishment, and the detention of its accused. Therefore, as the data do not suggest a very large decrease in their incidence, the Brazilian penitentiary system must put aside a large number of places for these criminals. On the other hand, drug trafficking is another felony whose incidence has a lot of resonance in prison overcrowding, as well as preventive arrests. Against this situation, the work suggests a change in the criminal procedural system, guaranteeing the freedom to trafficking mules pending their further hearings and trials, and, consequently, ensuring the reduction of the absence of places in Brazilian's prisons. The paper concludes, stating that the world experience brings as an alternative to the problems discussed the expansion of decriminalizing measures, which have already been widespread in our legal system. However, despite Brazilian success with those measures, the paper suggests legislative changes within the Penal Code, and criminal procedure laws, making it possible to stagger prison conditions, to less serious crimes, as well as like, to prisoners who have no criminal record, whose sentences exceed the benefits existing in criminal law, and demand their respective imprisonment.

Keywords: Prison Overcrowding. Drug Trafficking. Prison Conditions.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. Um Breve Estudo Sobre A Prisão. 2. Alternativas Ao Superencarceramento Na França E No Brasil. 2.1 Numerus Clausus. 2.2 A Experiência Paranaense. 2.3 Justiça Presente. 2.4 Fazendo Justiça. 3. Solucionando O Problema. 3.1 Da Tecnologia E Das Medidas Despenalizadoras. 3.2 Numerus Clausus. 3.3 Do Interrogatório

¹ Preventive is one kind of Brazilian's detentions, used to people who is under investigation, or during their prosecution, before the verdict or the *Res Judicata*, also known as claim preclusion.

E As Mulas Do Tráfico. 3.4 Do Programa De Execução Sequencial – PES. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

É necessário falar sobre o superencarceramento no Brasil.

Historicamente dizendo, temos que o passado de nosso país, desde sua colonização portuguesa, esteve ligado à persecução penal, posto que muitos portugueses foram condenados a cumprir seu exílio ao oeste do atlântico, em *Terras Brasilis*, já demonstrando a negatividade que vigia na execução penal, afastando-se os criminosos do convívio com a considerada sociedade de bem.

Neste íterim, de lá para cá, a execução penal não sofreu grandes mudanças, sendo umdos “patinhos feios” das ciências jurídicas, que pouco se fala, pouco se discute, pouco se modifica, que pouco se enxerga, pois, sociologicamente dizendo, e remetendo-se ao nosso passado, nosso país cresceu com o estigma da necessidade do distanciamento entre sociedadee presídios, de modo que, embora seus problemas sejam integralmente desconhecidos, o aumento da população carcerária traz a sensação de segurança ao consciente coletivo, cumprindo uma das finalidades a qual a sociedade espera do direito penal.

Desde logo, a superlotação carcerária brasileira não é surpresa às ciências jurídicas, portanto, o objetivo deste trabalho versa num breve estudo sobre a prisão, e por conseguinte, frente aos últimos dados disponibilizados pelo governo brasileiro, quanto à capacidade carcerária de nosso sistema, traçar alternativas de baixo custo e alto impacto social.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal afirmou que o direito não esta alheio às questões econômicas. Posto isso, é sempre muito difícil aliar a obrigatoriedade estatal de proveruma execução penal adequada aos direitos humanos e a realidade brasileira, de um país rico, cuja riqueza não é redistribuída à sua população de forma igual, além de extensas falhas quantoao fornecimento de uma educação, saúde e infraestrutura, todos de forma gratuita e dequalidade.

Assim, o tema não é palatável à sociedade, e, promover uma política pública em benefício da população carcerária, atrelada às diversas falhas de nossas políticas públicas, jamais será digerido pelos brasileiros sem críticas e desaprovação.

Mas, não podemos esperar que esta bomba relógio continue armada e pronta para explodir diante de nossos rostos. Não há espaço para covardia, é necessário enfrentar esta feridade frente, assim como já iniciado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Outrossim, a partir de um breve estudo sobre a prisão, passando por uma análise estatística de nosso sistema penitenciário e políticas bem sucedidas realizadas na França e no Brasil, tenta-se trazer soluções a este grave problema, ideias estas, que, embora possam parecer mais empíricas do que teóricas, fomentar a discussão acadêmica, retirando a execução penal desse estado inercial científico é necessário.

A construção de uma sociedade melhor passa pela criatividade, e, não há dúvidas que não há povo mais criativo que o brasileiro, que, há muito tempo já aprendeu a contornar os revezes da vida com criatividade, pois façamos seu uso. O primeiro passo é sempre mais difícil, porém necessário.

1. Um Breve Estudo Sobre A Prisão

As reflexões à prisão nos levam à antiguidade, e, embora apenas Platão e Aristóteles tenham contribuído para humanidade com obras escritas, não podemos delimitar toda a filosofia grega a estes dois grandes pensadores. Talvez, dentre este universo filosófico, a maior de todas vertentes da humanidade tenha sido dita por Protágoras, filósofo pré-socrático, em sua clássica frase: "o homem é a medida de todas as coisas".

Há quem defenda que tal frase tem viés subjetivo, defendendo a inexistência de verdades absolutas. Contudo, creio que desde a antiguidade, Protágoras já tenha dito que a sociedade devesse ser construída em respeito à própria humanidade, entendendo-a como detentora de direitos, que limitassem abusividades, tudo aquilo que pudesse pô-la em riscos, ou fosse considerado degradante à própria existência.

Ou seja, uma simples frase, exarada na antiguidade, talvez tenha sido o alicerce do que hoje conhecemos como direitos humanos.

Não obstante, embora vivamos a mais de 2000 anos após a existência de Protágoras, ainda convivemos com abusos a própria existência humana. Alguns de fácil solução, mas de baixo interesse, outros de difícil elucidação, mas com diversos entraves sejam políticos, financeiros ou administrativos.

Ainda, no campo filosófico, Platão e Aristóteles deram o pontapé inicial na discussão sobre o que é a justiça, e, novamente, o tema tem tamanha relevância, que anos

e anos se passaram, e cada uma das fases da evolução humana foi marcada por um pensador, cujos estudos aprofundaram-se sobre o tema, até mesmo na contemporaneidade.

Portanto, a construção do pensamento quanto ao tema justiça é zetético, inexistindo premissas absolutas, quais garantem sua constante evolução, conforme a dialética hegeliana, representada pela tese, antítese e síntese.

Traçando um paralelo entre a evolução da justiça e suas teorias, afirma Dimitri Dimoulis³²⁶:

Com exceção da teoria da justiça absoluta, que praticamente não encontra partidários nas últimas décadas, as demais correntes concordam que os valores de justiça dependem de três fatores: dos fatores tempo e espaço, já que as ideias sobre o justo se modificam dependendo do período histórico e do país, e também do fator social, já que a representação do justo pode divergir segundo o grupo social.

No mesmo sentido, Michel Villey conceitua justiça como “dar a cada um o que é seu³²⁷”, argumento o qual pode ser enquadrado dentro de uma ótica criminológica absoluta/retributiva, cujas raízes estão presentes dentro dos ensinamentos de Kant e Hegel, os quais visavam devolver danos sociais causados por criminosos de acordo com sua culpa moral, representada pelo comando *quia peccatum est*, ou seja, pune-se porque pecou.

Embora o senso comum parta das premissas de Villey, entendendo que, no que tange ao direito do Estado em punir os seus jurisdicionados, mesmo frente ao superencarceramento do sistema prisional brasileiro, a justiça esta representada, posto que a realidade dos apenados advém daquilo que fizeram, é de se admitir, que, sob a égide de nosso Estado Democrático De Direito, se o Estado detém o exercício do *jus puniendi*, o mesmo deve assegurar o cumprimento de todos os seus deveres trazidos em seara constitucional.

Dentre todos estes deveres, os mais importantes estão presentes no artigo 5º, XLIX da Constituição Federal, cujo teor afirma que é assegurado aos presos o respeito a

326 DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 7. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 123.

327 VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. - São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 66.

integridade física e moral, direito à integridade pessoal, e, no artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, quando afirma que: 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral; 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Outrossim, quanto à prisão, importante se faz mencionar que o sistema carcerário brasileiro, em regime fechado, é preenchido por duas modalidades de prisões: prisão pena e processual, que, nos dizeres de Guilherme Madeira Dezem³²⁸, por prisão pena entende-se a aplicada na sentença ou acórdão em cognição plena e que tem incidência após o trânsito em julgado da sentença pena condenatória, enquanto a prisão processual é a aplicada durante o processo e antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo compostas por prisões temporárias e preventivas.

Tem-se, que embora a discussão sobre o sistema prisional brasileiro tenha sido esquecida pela academia e Poderes Executivo e Legislativo, as más condições carcerárias não ficaram a margem do Poder Judiciário, quando o Estado de Mato Grosso do Sul foi levado ao Supremo Tribunal Federal pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, exigindo-se sua responsabilidade civil pela violação aos direitos fundamentais dos apenados em estabelecimentos prisionais, vejamos:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos

³²⁸DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. – 6. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: ThomsonReuters Brasil, 2020. p. 873.

padrões dehumanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, "e"; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: "Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais,

comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação. (STF, RE 580.252/MS, Pleno, rel. Min. Teori Zavascki, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 11.09.2017).

Entendimento compartilhado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no *case* Neira Alegria y otros vs. Perú³²⁹:

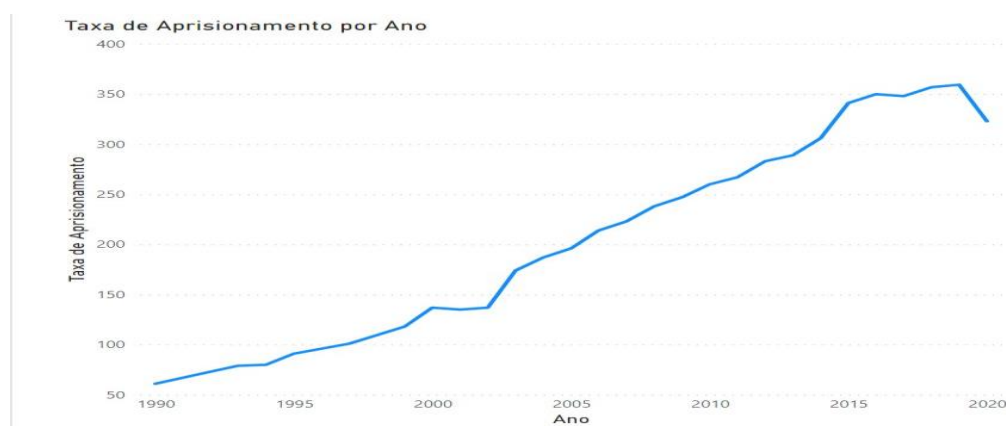
En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir em condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos. (Case Neira Alegria y otros vs. Perú, Sentencia de 19 de enero de 1995 (fondo), p. 15).

Segundo o Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN, o qual apresenta as estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, e sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária, no período de janeiro a junho de 2020, todo o sistema brasileiro dispunha de 446.738 (quatrocentos e quarenta e seis mil setecentos e trinta e oito) vagas, destas 414.656 (quatrocentos e quatorze mil seiscentos e cinquenta e seis) direcionadas ao sexo masculino e 32.082 (trinta e duas mil e oitenta e duas) direcionadas ao sexo feminino.

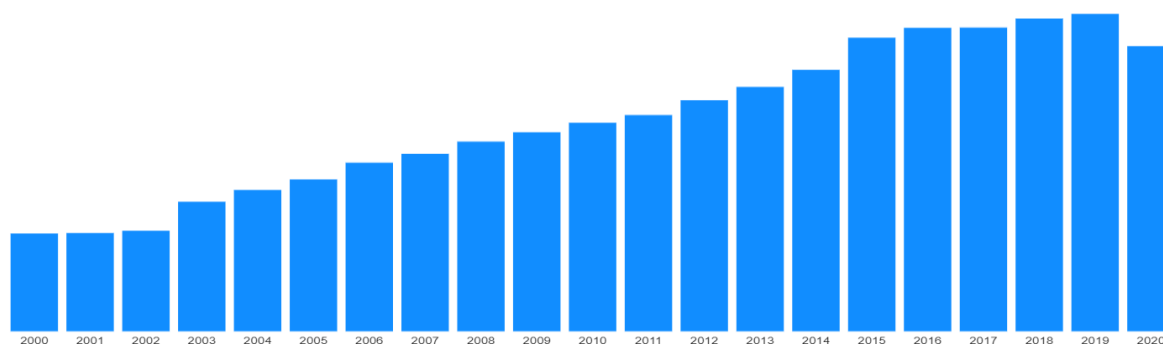
E, surpreendentemente, o total da população prisional era de 753.966 (setecentos e cinquenta e três mil novecentos e sessenta e seis), destes 716.967 (setecentos e dezesseis mil novecentos e sessenta e sete) homens e 36.999 (trinta e seis mil novecentos e noventa e nove) mulheres, representando um déficit de 231.768 (duzentos e trinta e

³²⁹ Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf. Acesso em 25 de março de 2021.

Desta forma, em um primeiro plano, pode-se concluir, que, de todas as vagas disponíveis no sistema prisional brasileiro, 80,9% acabam sendo utilizadas por crimes cuja legislação imputa uma maior seriedade, e conseqüentemente, um maior tempo de encarceramento, remanescendo, apenas, algo em torno de 19,1%, a ser distribuído entre toda a demanda prisional brasileira, o que também é muito pouco, frente à regular progressão da taxa de aprisionamento por ano³³³.



População Privada de Liberdade por Ano



Ainda, há que se questionar os 209.257 (duzentos e nove mil duzentos e cinquenta e sete) presos provisórios existentes no país, cujo montante ocupa 46,84% de todas as vagas existentes no país.

³³³ Embora os dados referentes às conseqüências da pandemia ainda não tenham sido divulgados, houve um incentivo administrativo, por parte dos órgãos de controle judicial, e jurisprudencial ao desencarceramento.

Há que se repensar se o Poder Judiciário e o próprio Ministério Público não acabaram por banalizar o instituto, esquecendo-se das principais características das medidas cautelares pessoais, segundo a classificação de Guilherme Madeira³³⁴, – *provisoriamente* (a aplicação da medida cautelar deve ser necessária, devendo vigorar apenas enquanto perdurar a urgência que legitimou sua decretação), *revogabilidade* (a medida deve ser revogada quando verificada a falta de motivo à sua permanência), *excepcionalidade*, e *substitutividade* (a medida deve ser substituída por outra menos gravosa, quando verificada a falta de motivo para sua manutenção) principalmente frente às inovações trazidas pela Lei 13.964/2019.

Neste jaez, as alterações realizadas no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, quais trouxeram a obrigatoriedade do órgão que decretou a prisão preventiva em revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, *de ofício*, sob pena de torna-la ilegal, representa muito do olhar do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário no tocante aos excessos de prisões preventivas no país, emclaríssimo exemplo do sistema de pesos e contrapesos entre os poderes.

Passados mais de 01 (um) ano de vigência da referida lei, a prática forense demonstra que os benefícios pensados pelo Poder Legislativo - quanto à reanálise das prisões preventivas pouco avançaram, não repercutindo em uma diminuição de prisões preventivas, mantendo-se os mesmos expedientes forenses de antes de sua sanção e promulgação.

Ou seja, o problema é gigante, e de difícil solução frente aos mais diversos desafios econômicos quais vivenciamos, seja na manutenção do orçamento público, seja na eficiente divisão e distribuição dos recursos necessários aos investimentos em todas as áreas asseguradas pela Constituição Federal.

Neste diapasão, novamente citando as inovações da Lei 11.964/2019, vê-se que o Poder Judiciário também não está alheio às consequências econômicas, seja das suas decisões, seja da sua administração e orçamento.

As consequências econômicas da decisão judicial chegaram recentemente ao Supremo Tribunal de Justiça através da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, entre outros, quando, através da Ação Direita de Inconstitucionalidade 6.298, discutiu-

³³⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. – 6. ed. ver., atul. e ampl. – São Paulo: ThomsonReuters Brasil, 2020. p. 850.

se a eventual inconstitucionalidade do artigo 3-A do Código de Processo Penal, entre outros, qual instituiu o juiz de garantias ao cenário processual penal nacional.

Embora não fosse surpresa que o referido instituto fosse objeto de judicialização na Suprema Corte, frente às diversas críticas levantadas, desde o então Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro, até representantes das mais diversas camadas da sociedade, de certa forma, causou estranheza que referido argumento fosse utilizado por representantes da maior cúpula do Poder Judiciário, para deslegitimar a criação do instituto, ou retardar sua produção de efeitos, principalmente, porque, dentre todas as esferas do Governo, o referido Poder sempre teve orçamento e gastos generosos para manutenção de toda sua máquina pública, sem ter demonstrado inquietude quanto à repercussão de tais gastos nas contas públicas nacionais.

Abaixo os argumentos trazidos pelo Ministro Luiz Fux, em sede de decisão cautelar, na ADIn 335 acima mencionada:

(a2) O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas.

(a3) A ausência de prévia dotação orçamentária para a instituição de gastos por parte da União e dos Estados viola diretamente o artigo 169 da Constituição e prejudica a autonomia financeira do Poder Judiciário, assegurada pelo artigo 99 da Constituição.

(a4) Deveras, o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 95/2016, determina que “[a] proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”.

Diante de todo o exposto, não sabemos se as consequências econômicas da decisão judicial é tema que veio para ficar em nosso ordenamento jurídico, contudo, o Supremo Tribunal deu a deixa de que devemos mudar nosso olhar quanto ao futuro do

335 ADI 6298 MC. Min. Relator Luiz Fux. Julgada em 22/01/2020. DJe 03/02/2020.

Poder Judiciário. Logo, se desejarmos prover mudanças em suas ramificações, especificadamente, em sua execução penal, teremos que ser criativos, fazendo muito, com pouco.

2. Alternativas ao superencarceramento na França e no Brasil

2.1 Numerus Clausus

Creditam à Lavoisier a máxima nada se cria, tudo se copia, tudo se transforma. Embora postulados pareçam clichês, são sempre um bom ponto de partida a qualquer reflexão, a qualquer mudança a ser proposta, até mesmo porque, toda trajetória tem seu início, e como é bom não precisarmos ser bandeirantes, podendo trilhar um caminho pelo qual já tenhamos um mapa.

Em 1988, o então Primeiro Ministro Francês *Michel Rocard*, confiou ao Deputado *Gilbert Bonnemaïson*, por proposição de seu Ministro da Justiça *Pierre Arpaillage*, a missão de encontrar alternativas aos problemas que encontravam a Administração Penitenciária francesa.

O ponto de partida dos estudos deu-se através de entrevistas com servidores da administração penitenciária francesa, as quais verificou-se um sentimento comum de abandono, replicado por *Bonnemaïson* na seguinte sentença: "somos os esquecidos da sociedade".

Assim, por mais que se pensasse, e se introduzisse melhorias no sistema prisional, verificou-se que tais inovações não lhes atingiam, causando insatisfações, cujas consequências também atingiam o bom funcionamento de toda marcha administrativa.

Como exemplo do descaso governamental com seus servidores, citou-se os esforços para o ensino de informática aos detentos, enquanto os agentes ainda trabalhavam com sistemas manuais, e tinham baldes espalhados pelas unidades penais, para dar conta às inúmeras goteiras existentes na estrutura predial.

Ao mesmo tempo, havia o desafio de equilibrar os necessários investimentos, com a opinião pública francesa, que não queria mais arcar com os custos de novas prisões, cujas obras estimavam custos de 4bi (quatro) bilhões de francos, além de 1,2bi (um bilhão e 200 milhões) de francos inerentes a despesas operacionais anuais.

Logo, em sua concepção, a mudança deveria ser muito mais estrutural e profunda do que sugerido pelo Ministério Francês:

Il faut donc s'atteler à une véritable modernisation du service public pénitentiaire portant à la fois sur l'équipement, les méthodes et les structures de gestion, la formation des personnels, mais aussi sur la revalorisation de la profession, le renforcement des effectifs. Cette modernisation, qui concerne plus généralement le service public de la Justice, doit être aussi l'occasion de développer d'autres formes de sanctions. Pourquoi la Justice, à l'image des autres secteurs de la société, ne pourrait-elle inventer de nouveaux modes d'action? Dans l'esprit de nos concitoyens, seule la prison a valeur de sanction. Les autres peines dites, à tort, alternatives ou de substitution, comme le jour- amende ou le travail d'intérêt general ne se voient pas reconnaître la même valeur. Or, nos concitoyens n'ont pas conscience de cette vérité première: plus il rentre d'individus en prison, plus il en sort; [...]. Les taux actuels de récidive, le coût du système carcéral doivent nous conduire à adapter le système pénal³³⁶ - .337

Como se vê, embora os fatos sejam datados da década de 80 (oitenta), em país desenvolvido, com muito mais recursos que o Brasil, os problemas eram semelhantes, persistindo, do lado de cá do atlântico, há mais de 33 (trinta e três) anos.

Mas, saindo do campo das ideias, o que de fato interessou a *Bonnemaison* foi a experiência norte-americana com a monitorização eletrônica, item que já estava em pleno desdoo início da década de 80 (oitenta), e que pouco era explorada em território francês.

A partir daí, desenvolveu seu método para solucionar o superencarceramento, chamado de *numerus clausus*, que consistiria "à définir une capacite théorique et, à partir

336 BONNEMAISON, Gilbert. La Modernisation du Service Public Pénitentiaire. Paris. 1989. p 7.

337 Tradução livre do autor: Por isso, é necessário trabalhar numa real modernização do serviço penitenciário público, no que diz respeito tanto aos equipamentos, métodos e estruturas de gestão, à formação de pessoal, mas também à atualização da profissão, ao fortalecimento da força de trabalho. Essa modernização, que maisgeralmente diz respeito ao serviço público da justiça, também deve ser uma oportunidade para desenvolver outrasformas de sanções. Por que a Justiça, aos olhos de outros setores da sociedade não poderia inventar novas formasde ação? Na mente de nossos concidadãos, somente a prisão é uma punição. Outras penas, quais sejam, alternativasou substitutivas, como multa ou serviço comunitário, não recebem o mesmo valor. No entanto, nossa sociedade não sabe dessa primeira verdade: quanto mais pessoas voltam para a prisão, mais saem dela; [...]. Taxas atuais dereincidência, o custo do sistema prisional deve nos levar a adaptar o sistema de justiça criminal.

*de celle-ci, um taux d'occupation maximal des prisons*³³⁸, ou seja definir uma capacidade teórica, e, a partir dela, definir uma taxa de ocupação máxima das prisões.

Interessante mencionar, que a referida proposição foi trazida ao Brasil, com proposta de alteração da Lei de Execução Penal, através do Projeto de Lei 513/2013, de autoria do então Senador Renan Calheiros, trazendo os seguintes comandos:

Art. 41. Constituem direitos dos presos: XXII – obter progressão antecipada de regime quando estiver em presídio superlotado, e, *Art. 114-A.* É vedada a acomodação de presos nos estabelecimentos penais em número superior à sua capacidade. §1º. Sempre que atingido o limite será realizado mutirão carcerário pela Corregedoria respectiva; §2º. Havendo preso além da capacidade do estabelecimento, o Juízo de Execução deverá antecipar a concessão de benefícios aos presos cujo requisito temporal esteja mais próximo³³⁹.

Logo, em análise as mandos acima citados, infere-se, que, pela ótica brasileira, *numerus clausus* seria a impossibilidade de admissão de detentos em número superior à capacidade de custódia estatal, de modo que, sua entrada dependeria, obrigatoriamente, da saída de outro detento ou a existência de vagas para tanto.

Na realidade, como diz o próprio autor, trata-se de uma escolha, uma troca, dentre os presos provisórios, colocando-os em liberdade sob monitorização eletrônica, e, então abrindo-se vagas para novos detentos em regime fechado. A saber:

Il ne s'agit en aucun cas, comme certains le croient, de faire attendre à des délinquants ou des criminels qu'une place de prison soit libre pour les incarcérer. Il s'agit de choisir, parmi les personnes incarcérées en détention provisoire, celles qui libèreront une place en prison pour un nouvel arrivant, et qui subiront alors une mesure de surveillance électronique à l'extérieur³⁴⁰.

338 Ibidem 13. p. 25.

339 Disponível em <http://www.legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3751577&ts=1606770047293&disposition=inline>. Acesso em 04 de abril de 2021.

340 BONNEMAISON, Gilbert. *La Modernisation du Service Public Pénitentiaire*. Paris. 1989. p 25.

341 Não é o caso, como alguns acreditam, de esperar que hajam vagas disponíveis para prender delinquentes ou criminosos. É uma questão de escolher, entre os presos em prisão preventiva, aqueles que

A partir desta capacidade teórica, a administração penitenciária definiria normas e parâmetros de sua aplicação, de acordo com a respectiva metragem celular: 11m² para uma pessoa, de 11 a 14m² para duas pessoas, e 14 a 19m² para 3 pessoas, e assim sucessivamente. Ou seja, sempre que a capacidade excedesse tais parâmetros, já haveria indicativos para sua utilização.

Interessante se faz realizar um paralelo com a realidade brasileira, representada pela Lei de Execuções Penais, cujo artigo 88, parágrafo único, alínea b, traz como área mínima celular 6m² (seis metros quadrados), 5m² (cinco metros quadrados) a menos do que a França, na década de 80, trazia como parâmetro de salubridade prisional.

Da mesma forma, tais parâmetros seriam aplicadas a todas as modalidades de prisão francesa, a saber *Maison d'arret*³⁴², *Maison Centrale*³⁴³ e *Centre de Détention*³⁴⁴, no seguinte percentual 150% (cento e cinquenta por cento), 100% (cem por cento), e 100% (cem por cento), respectivamente, sob justificativa da manutenção de uma taxa acima da ocupação máxima às *Maisons D'Arret*, ao menos nos primeiros anos de vigência das proposições, frente à complexidade do instituto da prisão provisória.

Assim, se definiria um limiar [por exemplo, 5% (cinco por cento) abaixo da taxa máxima de ocupação] a partir do qual será possível prosseguir com as solturas, e evitaria incidentes na aplicação do dispositivo.

Logo, a soltura dos presos provisórios dependeria do cumprimento dos critérios acimamencionados, das seguintes condições: a gravidade da infração – não se aplicando, em nenhum caso, a criminosos perigosos; os antecedentes criminais, e o tempo de prisão preventiva já cumprida.

Já aos condenados definitivamente, a aplicação das penas deverá se ater às taxas de ocupação das prisões, com a eventual criação de dispositivos de semi-liberdade para dar vazão ao término das penas, ou às baixas penas fixadas.

liberarão seu lugar na prisão a um recém-chegado, sendo posto em monitorização eletrônica fora do sistema carcerário.

342 Penitenciária exclusiva aos presos preventivos.

343 Penitenciária destinada a presos com baixa possibilidade de reinserção social.

344 Penitenciária dedicada a presos com penas superiores a 2 (dois) anos, e com alta possibilidade de reintegração social.

Já nos aspectos processuais e práticos, a implementação do *numerus clausus* dependeria de uma sinergia entre diretores de presídios, agentes penitenciários, magistrados e membros do Ministério Público, que seriam regularmente informados da situação das prisões, e teriam autonomia para definir quais detentos provisórios seriam encaminhados à monitorização eletrônica.

Embora as ideias de Bonnemaison sejam de difícil aplicabilidade estatal, o fato é que elas ainda reverberam entre os estudiosos, demonstrando um estudo metódico, multidisciplinar, e que não trata o problema de maneira miraculosa, entendendo que as consequências do superencarceramento vão além da execução penal, mas de todos os atores que dela circundam.

2.2 A Experiência Paranaense

No Brasil, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná faz a aplicação do princípio da ocupação prisional taxativa (*numerus clausus*) na região metropolitana de Curitiba, definindo-o como “a sistematização de procedimento destinado a controlar a utilização das vagas disponíveis em estabelecimentos penitenciários determinada por Varas Criminais e de Execução Penal, através da Resolução GMF345-PR n. 01/17, de 10 de maio de 2017346”.

Segundo a referida resolução, todas as vagas prisionais disponíveis, nos estabelecimentos penitenciários indicados, deverão ser individualizadas, e estarão afetadas, com recursos finitos, às respectivas Varas Criminais e de Execução Penal da região metropolitana de Curitiba, de modo que, a individualização das vagas disponíveis em cada estabelecimento penitenciário será realizada mediante a combinação de letras e números, a que se seguirão o nome do preso que a ocupa e a respectiva data, desde quando nela se encontra, de modo que em cada estabelecimento penitenciário haverá quantitativos de vagas destinadas à acomodação de presos em cumprimento de pena e presos provisórios.

Assim, toda vara aderente à proposta deverá administrar a utilização dos espaços que lhe forem ofertados, nas prisões correspondentes, sendo vedada a utilização de outras vagas além daquelas já disponibilizadas, e, sendo proibido, também, a apreciação e

345 Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Medidas Socioeducativas do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

346 Disponível em https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Resolucao_GMF_PR_01_2017.pdf. Acesso em 01 de março de 2021.

decisão de prisão sem a prévia informação concernente à disponibilidade de vaga que permita o cumprimento da referida coerção.

Todavia, em casos de extrema necessidade, e diante da inexistência de vagas, o GMF comunicará ao respectivo juízo, e poderá, excepcionalmente, requerer uma vaga adicional, compreendida como todo excedente de espaço ocupado em estabelecimentos penitenciários que não supere em 10% (dez por cento) do limite de sua capacidade prisional, limitada sua utilização ao prazo de 30 (trinta) dias, com a superveniente necessidade de rearranjo do sistema, através da análise, por todos os atores (AGEPEN, MP, DP, TJ, e OAB) de quais prisões mais antigas poderiam ser revogadas para a garantia da vaga necessária.

Interessante ressaltar que o referido projeto foi objeto de representação por inconstitucionalidade pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais do Ministério Público do Estado do Paraná, sob justificativa da rigidez quanto a decretação de novas prisões, frente a eventual inexistência de vagas.

Em justificativa para arquivamento do referido pleito³⁴⁷, defendeu-se por sua constitucionalidade, principalmente, porque, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário RE 641.320³⁴⁸, em caráter de repercussão geral, determinou que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ apresentasse projetos que permitissem identificar, com maior celeridade, os presos mais próximos da progressão, extinção da pena, ou outros benefícios que pudessem levar à liberdade. Em síntese:

[...]. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

347 Disponível em https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Parecer_Nucleo_do_Constitucionalidade_-_Arquivamento.pdf. Acesso em 04 de março de 2021.

348 RE 641320 / RS. Relator Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 11/05/2016. Publicação: 01/08/2016.

[...]. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal.

Neste diapasão, justificou-se que, em eventual discussão, quanto a colisão entre princípios e direitos assegurados, quais sejam, segurança pública *versus* direitos do preso, as mesmas devem se dar no caso em concreto, utilizando o critério hermenêutico da ponderação, isto é, “sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada³⁴⁹”.

2.3 Justiça Presente³⁵⁰:

Em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desenvolveu, em janeiro de 2015, o programa Justiça Presente, criado para superar o estado de coisas inconstitucional³⁵¹ que

349 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360.

350 Dados disponíveis em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Sum%C3%A1rio_executivo_final_1109.pdf. Acesso em 13 de março de 2021.

351 ADPF 347 MC/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 09/09/2015. DJe 19/02/2016. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

caracterizava a privação de liberdade no Brasil, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF347/DF, desenhado como um plano nacional para ações para todo o ciclo penal e socioeducativo no campo do apoio técnico, doação de insumos e articulação institucional.

Para tal fim foi criada uma rede institucional, com diversos agentes, dentre eles o Ministério da Justiça e Segurança Pública, na figura do Departamento Penitenciário Nacional, com maior papel de destaque, além do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, Colégio Nacional dos Defensores Públicos Geral – CONDEGE, e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dividindo os trabalhos em 10 eixos, dentre os quais se destacam:



Restabelecimento do Diálogo entre Judiciário e Polícias

1. Uniformização
2. da Execução Penal



4. Políticas de Cidadania a Presos e Egressos

3. Estruturação da Identificação Biométrica



4. Racionalização do Filtro de Entrada em Presídios

Dentre as conquistas com o referido trabalho, principalmente no que pertine ao objeto deste trabalho – superencarceramento – a uniformização dos processos de execução penal, em escala nacional, através do Sistema de Eletrônico de Execução Unificado – SEEU, quantificou precisamente a execução penal no Brasil, pois, até então, não se sabia, com rigor, a exatidão de presos em cumprimento de pena em todos os Tribunais brasileiros.

Ainda, com a informatização do direito, e a autonomia dos tribunais em desenvolverem/contratarem seus próprios sistemas de processo eletrônico acabava por impedir sinergias, atrasando os trâmites e vencimentos de prazos para concessão de benefícios, que, obviamente, acabava por estender o período de reclusão desnecessariamente.

Como impacto, o referido programa traz como recorte os benefícios obtidos no Estado do Paraná, ante a alegada limitação de tempo e de recursos, qual impossibilitou-se uma narrativa em âmbito nacional, afirmando a obtenção de uma *redução de até 98% (noventa e oito por cento) no tempo de concessão de benefícios*, o que, antes da unificação do sistema, o prazo médio para decisão sobre benefícios era de 60 (sessenta) dias, podendo chegar até 2 (dois) anos, e, com o SEEU tal conjuntura é analisada no mesmo dia, além de uma *redução de até 71% (setenta e um por cento) na quantidade de movimentações processuais* – redução de 7 (sete) para 2 (duas) movimentações por processo, e, *até 73% (setenta e três por cento) de redução do volume de trabalho nas varas*.

Além disso, no eixo 3 (três) – racionalização do filtro de entrada no sistema prisional operacionalizada – o programa afirma que em 2015, 40% (quarenta por cento) do total de presos no Brasil aguardavam julgamento, razão pela qual o Conselho Nacional de Justiça foi motivado a implantar as audiências de custódia nas capitais brasileiras.

Mais adiante, o referido programa afirma que, mesmo diante de evidências quanto a uma estabilização do crescimento das prisões provisórias nos anos seguintes à sua implantação, as audiências ainda eram realizadas de forma heterogênea pelos Tribunais, com pouca interiorização, subnotificação e atenção insuficiente ao tema tortura e maus-tratos e vulnerabilidades socioeconômicas e raciais, além da pouca ressonância da justiça restaurativa³⁵² entre os Tribunais, e, as diferenças entre a aplicação das políticas

³⁵² A Justiça Restaurativa é um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato são solucionados de modo estruturado. A Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário está delineada na Resolução CNJ nº 225/2016 e tem por objetivo a consolidação da identidade e da qualidade da Justiça Restaurativa definidas na normativa, a fim de que não seja desvirtuada ou

locais de alternativas penais e monitorização eletrônica frente as diretrizes nacionais do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

Após a intervenção do programa menciona-se uma redução de 4,63% (quatro inteiros e sessenta e três centésimos por cento) no número de presos provisórios no Brasil em 2019, redução qual afirma-se ser a maior em 17 (dezessete) anos, segundo a série histórica do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça e Segurança Pública – INFOPEN/MSJP.

Se tal informação já não fosse feliz o suficiente, como conquistas das audiências de custódia, narra-se que entre janeiro de 2019 e janeiro de 2020 houve uma queda de mais de 7% (sete por cento) na conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva, aumento de 17% (dezessete por cento) na quantidade de encaminhamentos para proteção social, aumento de 91% (noventa e um por cento) no número de capitais com atendimento à pessoa custodiada, aumento de 81% (oitenta e um por cento) no registro de casos com indícios de tortura e maus-tratos, espera para tornezeiras reduzida no Estado da Bahia de até 7 (sete) dias para 1 (um) dia, aumento de mais de 80% (oitenta por cento) de audiências registradas no Sistema de Audiência de Custódia – SISTAC (privilegiando o maior controle e exatidão das estatísticas prisionais pelos órgão de controle).

Assim o estudo projeta³⁵³ que com as alternativas penais, as quais incluem-se a monitorização eletrônica e justiça restaurativa, as prisões foram reduzidas, através do fortalecimento de políticas a nível estadual.

2.4 Fazendo Justiça³⁵⁴,

Finalizado o programa Justiça Presente, e, com a posse do Ministro Luiz Fux como Presidente do Supremo Tribunal Federal em setembro de 2020, foi iniciada uma nova fase entre o CNJ, o PNUD e o Ministério da Justiça e Segurança Pública, com a criação do programa Fazendo Justiça, cuja justificativa versa no descompasso dos dados mundiais – que demonstram uma redução da população carcerária – com os aspectos brasileiros,

banalizada. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/justica-restaurativa/>. **Acesso em 13 de março de 2021.**

³⁵³ A narrativa é projetada, segundo o estudo, pois a estruturação deficiente dessas políticas no país, incluindo o desconhecimento sobre quantas pessoas estão em alternativas penais ou que receberam monitorização eletrônica, impede o estabelecimento de uma linha de base que permita projetar reduções no encarceramento.

³⁵⁴ Dados disponíveis em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/sobre-o-programa/>. Acesso em 16 de março de 2021.

gerando consequências na segurança pública, agravando a violência estrutural, “enquanto torna-se cada vez mais difícil justificar os altos gastos para a manutenção dos sistemas de responsabilização de adultos e de adolescentes de forma a atender o anseio público por uma sociedade mais pacífica³⁵⁵”.

O programa é dividido em 4 (quatro) linhas de atuação, proporcionalidade penal, cidadania sistemas e identificação civil e socioeducativo, dentre os quais, se destaca, dentre a proposta do trabalho, a proporcionalidade penal, qual é voltada nos seguintes campos de atuação:



No biênio, cuja execução do programa esta prevista, a principal etapa do programa versará na entrega de parâmetros e procedimentos para adequação entre a lotação e a capacidade do sistema prisional, com a previsão de instalação de central de vagas no sistema prisional, qualificação e parametrização dos sistemas de alternativas penais e de monitoração eletrônica conforme diretrizes nacionais e internacionais para gestão das vagas prisionais, e, processos formativos e ações de disseminação e comunicação, cujas realizações estão previstas para serem realizadas em 2 (duas) etapas, nacional e estadual:

NACIONAL	ESTADUAL
Elaboração de parâmetros nacionais do CNJ sobre Central de Vagas no Sistema Penal	Levantamento de informações sobre a unidade da federação e articulação dos atores para implantação de projeto-piloto de Central de Vagas no sistema penal

355 Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/justificativa/>. Acesso em 16 de março de 2021.

Incorporação de funcionalidades de gestão devagas nos sistemas eletrônicos	Mapeamento dos processos judiciais da execução penal, no número e qualidade de vagas em unidades prisionais e de serviços de alternativas penais, monitoração eletrônica e para egressos
Formação nacional para magistrados	Execução de projeto-piloto de Central de
serventúrios sobre gestão de vagas	Vagas em três unidades da federação
Difusão do Modelo de Gestão para Monitoração Eletrônica de Pessoas	Aprovação do ato normativo estadual deregulamentação da Central de Vagas no sistema penal
Elaboração de parâmetros internacionais e nacionais para monitoração eletrônica de pessoas	Articulação com o Poder Executivo para qualificação dos serviços de monitoração eletrônica
Qualificação dos serviços de monitoração eletrônica	Pactuação de atos normativos, fluxos e termos de cooperação para a política de monitoração eletrônica considerando o Sistema de Justiça e o Poder Executivo

Por fim, vê-se que ambos programas brasileiros não divergem muito um do outro, tratando-se de continuação das políticas instituídas pela sucessão da presidência do Conselho Nacional de Justiça do Ministro Dias Toffoli para o Ministro Luiz Fux, mas, de toda forma, pelos dados que ambos trazem, pode-se notar que o Poder Judiciário não está alheio ao problema e busca alternativas para solucionar os problemas declarados na

ADPF 347 - Estado De Coisas Inconstitucional – cabendo a nós acompanhar a evolução dos significativos resultados já apresentados pelos trabalhos acima mencionados.

3. Solucionando o Problema

3.1 Da tecnologia e das medidas despenalizadoras

Quando se analisa o panorama mundial do enfrentamento ao superencarceramento tem-se que o mesmo passa pela análise das prisões preventivas, quais, pelo o que se denota da análise ao trabalho do Conselho Nacional de Justiça, ainda não foi objeto de profundo enfrentamento.

No mesmo sentido, o Brasil está no mesmo plano que Rússia, China e Estados Unidos quanto aos países com as maiores populações carcerárias do mundo, e que dispõem de desafios a serem enfrentados a nível de falta de vagas para garantia dos direitos do homem e do cidadão. Ainda, embora não mencionado no capítulo anterior, frente aos resultados obtidos, a experiência norte americana não foi exitosa. Além de ter sua execução penal vinculada ao Poder Executivo, entregou seus presídios à iniciativa privada, acreditando que obteriam bons resultados a nível de gestão.

A soma destes dois fatores levaram sua experiência ao fracasso, fazendo com que, para surpresa de todos – frente ao histórico liberal de sua política de governo local, as concessões das unidades prisionais fossem retomadas pelo Estado³⁵⁶, após os episódios de rebeliões e greves de fome, decorrentes da, então, impossibilidade jurídica de apreciação de ilegalidades/violações de direito pelo Poder Judiciário.

Tais problemas acabaram por dar visibilidade à execução penal americana, atingindo o Poder Judiciário, que estava alheio a tais problemas, trazendo-o a frente do embate, assim como no Brasil, vindo a promover um incentivo à redução das prisões preventivas e à liberação de presos condenados à pequenas penas³⁵⁷, até o respectivo controle da situação, que ainda caminha a uma longa conclusão.

Do mesmo modo, quando se fala em políticas prisionais exitosas, na contemporaneidade, citam-se exemplos no aumento da monitorização eletrônica e implementação de modelos de medidas despenalizadoras.

³⁵⁶ Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37195944> . Acesso em 23 de março de 2021.

³⁵⁷ Disponível em <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/20/recordista-carcerario-eua-tentam-libertar-presos-para-evitar-surtos.htm> . Acesso em 23 de março de 2021.

Nesta direção, e, em cenário local, o Brasil tem por hábito importar muitas teorias ao cenário nacional, muitas as quais nem sempre tendem a ter a melhor aplicabilidade, ocasionando diversos erros jurídicos. Pouco do que é produzido em sede legislativa e doutrinária aqui é pensado e desenvolvido com olhar às nossas nuances.

Mas, de toda forma, percebe-se um alinhamento entre as políticas institucionais entre os países analisados, quando a responsabilidade pelos problemas enfrentados foram assumidas em primeiro pelo Poder Judiciário, justamente por ser detentor da persecução penal.

Ainda, no que pertine às medidas despenalizadoras, o Brasil é referência em tal conjuntura, e, segundo o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Ruy Celso Barbosa Florence, em palestra ministrada no 1º Seminário da Defensoria Pública na cidade de Ponta Porã, em 30 de março de 2017, tal referência também se dá em âmbito estadual, posto que o primeiro projeto do então juizado especial de pequenas causas, como era conhecido, teria se dado por iniciativa deste Tribunal, em 1990, cinco anos antes da Lei 9.099/95358, através da Lei Estadual 1.071, de 11 de julho de 1990.

Por conseguinte, ainda falando-se em medidas despenalizadoras, a própria lei 9.099/95 trouxe ao cenário nacional a figura da audiência preliminar e sua transação penal, implementando o modelo negócio jurídico processual ao direito penal brasileiro, bem como a suspensão condicional do processo, além de sua aplicação jurisprudencial aos processos cujos procedimentos são regidos pelo Código de Processo Penal, políticas estas, as quais trouxeram bons resultados ao superencarceramento.

Por fim, mais recentemente, plantamos as sementes do Acordo de Não Persecução Penal, trazido ao cenário, também, pela Lei 13.964/19, e, embora ainda não possamos colher muitos frutos de sua experiência, trata-se de inovação extremamente bem vinda, que também traz resultados exitosos contra o aumento da população carcerária.

3.2 Numerus Clausus

Agora, em segundo plano, quando o CNJ resolveu enfrentar o Estado de Coisas Inconstitucional, vejo que sua atuação e seu planejamento de ataque não divergiu da opinião formulada por *Bonnemaison*, na década de 80, quando se atentou à falta de

358 Maiores informações em www5.tjms.jus.br/juizados/doutrina/DTR_20050607181401.pdf acesso em 23 de março de 2021.

recursos públicos e financeiros, desejando promover o máximo com menos, e, conforme os dados demonstram, as etapas realizadas dos programas Fazendo Justiça e Justiça Presente já conseguiram excelentes resultados, principalmente, com o foco em tecnologia, estatística e monitoramento eletrônico.

Porém, os dados trazidos pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN são claros quando se observa que, de todos os êxitos no plano de ação, poucas foram as reversões às consequências do aumento da população carcerária e a falta de vagas e estrutura.

Neste prisma, acredito que o *numerus clausus* deve fazer parte da realidade nacional, de uma maneira diferente aos moldes primitivamente difundidos – “engessando” a persecução e execução penal – mas sim por demonstrar/rememorar aos participantes do sistema acusatório as consequências de suas decisões, que, por detrás do extenso volume processual existem identidades – muitas vezes esquecidas, e, mais além, que há escassez de vagas em nosso sistema, e um limite a ser seguido.

O contato constante dos atores processuais (juiz, promotor, defesa e gestão penitenciária) com os limites do sistema penitenciário, obrigando uma reanálise constante e em tempo real, das prisões mais antigas, e, da evolução da ressocialização dos apenados, visando a concessão de benefícios ou a liberdade aos merecedores, a cada necessidade de nova prisão cujo sistema já não suporta, tornam a experiência paranaense interessantíssima, ensejando seu maior acompanhamento, mesmo frente a insuficiência de maiores dados publicados nos sítios eletrônicos do respectivo Tribunal e do Conselho Nacional de Justiça.

Da mesma forma, não pode se haver um excessivo rigor quanto à sua implantação, pois, os dados do DEPEN também mostram que nosso país é violento, já que grande parte das vagas disponíveis são ocupadas por crimes com violência, grave ameaça ou hediondos, não havendo que se permitir a perpetuação do sentimento de insegurança social.

Por isso, considerando que o próprio legislador já estipulou uma maior gravidade a estas condutas praticadas, a execução penal deve tê-las com maior rigor e importância, garantindo-se maior disponibilidade/liberdade no decreto de prisões desta natureza.

Para tanto, o investimento em tecnologia - já iniciado pelo CNJ - permite uma maior análise de dados estatísticos, chegando-se a um bom denominador comum, através da média aritmética da incidência destes crimes no intervalo médio de 5 (cinco) anos, por exemplo. Quanto maior a média aritmética, mais vagas seriam disponibilizadas para sua imediata utilização, mesmo que isso repercuta em superlotação.

Ou seja, as estatísticas permitiriam, que, o sistema carcerário tivesse uma dimensão objetiva de sua ocupação, seja em caráter provisório ou definitivo, e, também, que se estipulassem taxas de ocupação máxima por incidência de crimes, a serem reavaliadas intervalo de 5 (cinco) anos.

Logo, toda vez que se chegasse ao seu limite, que o sistema promovesse a reanálise de todas as prisões pertencentes aquela categoria, reanalisando, obrigatoriamente, se as mais antigas já não cumpriram os requisitos objetos para liberdade provisória, progressão de regime, ou, concessão de benefícios como a liberdade condicional, reajustando o sistema à sua capacidade de armazenamento.

Por fim, reitera-se que tais análises devem se dar, principalmente, aos crimes sem violência ou grave ameaça, pois, o bom direito é aquele cujos resultados sejam equânimes.

Nestes termos, não há que se permitir, frente à incidência de crimes de alta relevância e lesividade social, que o Estado seja integralmente impedido de impor o cumprimento da lei e o restabelecimento da ordem, frente a inexistência de vagas, pois, como visto acima, até mesmo *Bonnemaison* trouxe a possibilidade de lotação acima de 50% (cinquenta por cento) da capacidade máxima às *Maison d'arret*.

3.3 Do Interrogatório E As Mulas Do Tráfico

A prática penal, por muitas vezes, traz o sentimento do enxugamento de gelo, seja pela ressonância criminal, pois, raramente se percebe uma diminuição de crimes praticados – trazendo aquela sensação de dever não cumprido, seja pela reincidência penal, que assola diariamente todas as Varas Criminais nacionais, sem exceção.

Talvez a advocacia privada não tenha tal percepção, mas qualquer servidor público que atua na área criminal – seja no julgamento, na acusação, na defesa, ou no expediente cartorário – chega facilmente a esta conclusão.

Neste diapasão, após dados estatísticos trazerem grande recorrência de pessoas presas preventivamente, sem julgamento, em prazo muito superior aos definidos pelo tipo penal, a Lei 13.964/2019 tentou aproximar juiz, acusação e defesa às prisões preventivas, com a inclusão do parágrafo único ao artigo 316 do Código de Processo Penal, quando preconiza que decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Entretanto, na prática, tal dispositivo reflete poucos resultados no enfrentamento ao encarceramento prisional, primeiro, porque, por mais eficiente que o Tribunal e seus juízes sejam, as metas de julgamento impostas pelo CNJ, frente à estrutura concedida aos julgadores, diminuem a capacidade de proceder a uma análise processual criteriosa, almejada para fins de liberdade provisória ou eventual relaxamento de prisão.

Ressalta-se, antes de mais nada, e, que se gere críticas em sentido diverso, tais argumentos estão presentes dentro de um plano de massa, ou seja, crimes com maiores incidências, excluindo-se eventuais crimes de colarinho branco, organizações criminosas, financeiros e econômicos, que embora de maior lesividade social, ainda não correspondem à maior parte do expediente forense.

Segundo, porque, o perfil criminológico também não ajuda, conforme já afirmado, a reincidência impera nas varas criminais. Logo, a acusação e o julgador tendem a ter maior rigorem se garantir liberdade no curso da tramitação do processo, àquele cujo histórico para prática de crimes é mais presente, justamente, porque não se tem garantias de que não cometerá mais crimes até o julgamento.

Pode até se afirmar que tal assertiva viola o princípio da presunção de inocência, ou legalidade, argumento este, que, a depender dos motivos utilizados para sua defesa, não deixa de estar certo. Contudo, analisando-se os fatos sob aspectos práticos, não é tão fácil promover mudanças de paradigma àqueles cuja atuação tem imposição de resultados pela sociedade e seus órgãos de controle, além de nem sempre encontrar solução aos problemas enfrentados no exercício de suas funções nos manuais, e, mesmo assim, a lei lhes impõe o dever de propor soluções.

Neste recorte, nem sempre as leis, ou a própria doutrina são feitas ou pensadas àqueles que as executam diariamente, de forma que, quando ocorre a compatibilização de ambos institutos à prática, seu resultado acaba por formular procedimentos nos mais diversos expedientes forenses, cuja reiteração acaba por torná-los regra na operação do direito.

Por conseguinte, dentre os tipos penais mais recorrentes nos dados do DEPEN, aqueles que mais reverberam aos argumentos neste momento defendidos, e, merecem análise especial quanto ao cumprimento dos comandos do parágrafo único ao artigo 316 do Código de Processo Penal, são aqueles decorrentes da Lei 11.343/2006, chamada de Lei de Drogas.

Condenações pelos crimes previstos na Lei de Drogas têm ampla ressonância no encarceramento brasileiro, contudo, tal abrangência não decorre dos grandes traficantes, ou das grandes organizações criminosas para o tráfico de drogas, principalmente, ante à

maior dificuldade na identificação de seus atores, e à sua maior capilaridade, garantindo o aliciamento das mulas do tráfico com extrema facilidade e sem identidade, pois seus aliciadores são sempre pessoas invisíveis, sem nome, sobrenome, ou endereço. Desaparecendo do radar de forma muito articulada, raramente deixando rastros ou vestígios.

Neste plano, as mulas do tráfico são os grandes atores do cenário criminal nacional, representando majoritariamente a maioria das ações criminais envolvendo tráficos de drogas no país. Todavia, nem toda mula é traficante, embora nem sempre o judiciário veja dessa forma, e, nem toda mula, uma vez presa em flagrante, volta a delinquir.

Contudo, como regra, vê-se que as mulas atuam em locais distintos de onde residem, acabam por se deslocar a regiões fronteiriças, onde há grande atuação das organizações criminosas para o tráfico de drogas, e, justamente, acabam sendo presas longe de onde residem.

Esta conjuntura fática traz implicações aos Réus, pois, salvo raras exceções, tendem a ter suas prisões em flagrante convertidas em preventiva, e, mesmo que sejam primários, com bons antecedentes, e sem indícios de participação em organizações criminosas, tem seus pedidos de liberdade provisória negados, decisão esta que, quer queira, quer não, sobrecarrega ainda mais o sistema penitenciário.

De forma empírica, tem-se que um dos fundamentos à manutenção das referidas prisões preventivas, decorre da incerteza quanto ao comparecimento dos Réus em suas obrigações processuais, dentre elas, principalmente, seus interrogatórios, pois, embora prevaleça na doutrina e jurisprudência a natureza defensiva do ato, assim como preconiza Gustavo Badaró³⁵⁹, há entendimento diverso, trazendo-o como meio de prova, nos termos consignados pelo artigo 185 do Código de Processo Penal, qual está inserido dentro do título VII, da prova.

³⁵⁹ Diante do direito ao silêncio do acusado, assegurado constitucionalmente (CF, art. 5º, LXIII), o interrogatório deve ser visto como ato de defesa, e não como um meio de prova, tal qual previsto no CPP. Se o acusado pode se calar, não respondendo a nenhuma pergunta, o interrogatório não pode ser visto como um meio de prova, posto que não se destina a fornecer elementos de convicção para o juiz".
BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal** / Gustavo Henrique Badaró. – 4. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 446.

Ainda, em continuidade à referida impressão, uma das características do interrogatório é a sua obrigatoriedade, sendo sua realização um dever jurisdicional, mesmo diante de eventual silêncio do Réu, após devida qualificação.

Logo, no ímpeto de não atrasar a marcha processual, com eventual desaparecimento/descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, é comum a manutenção de prisões preventivas dos Réus acusados por tráfico de droga - mesmo que se anteveja o preenchimento dos requisitos processuais da liberdade provisória - até o seu efetivo interrogatório, oportunidade qual, cumpridas as obrigações processuais do juízo, acabam por rever tais prisões preventivas, com a eventual concessão de liberdade provisória ou domiciliar aos Acusados.

Neste prisma, toda vez que o juiz vislumbrar o preenchimento dos requisitos do artigo 321 do Código de Processo Penal, nos casos dos crimes da Lei de Drogas, que lhe seja previsto, se assim desejar, *via alteração legislativa*, a realização antecipada do interrogatório do Réu, como espécie de produção antecipada de provas, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, e, uma vez exaurido, cumpridas tais obrigações processuais, permitir-se-ia ao Réu o direito de responder ao processo em liberdade.

Embora pareça loucura, a princípio, principalmente a luz da defesa, conforme já exposto acima, em que o interrogatório tem natureza defensiva, inclusive, por seu procedimento prever sua realização somente após a oitiva das testemunhas da acusação e defesa, nos termos do artigo 400/360 do mesmo diploma legal, o artigo 57 da Lei 11.343/06361 trouxe ao cenário, portratar de procedimento especial, a inversão da ordem trazida pelo procedimento comum do processo penal, interrogando-se primeiro o Réu, e depois a tomada dos depoimentos das testemunhas de acusação e defesa.

Ainda, não há como dissociar deste plano ideal, o atual entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, extraído do julgamento do HC 127.900/AM de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe 3/8/2016, cujo teor definiu que o sistema trazido pelo artigo 400 do Código de Processo Penal deve imperar a todo sistema processual

360 Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

361 Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

penal, independentemente da eventual especialidade do procedimento, e, com efeitos assegurados a partir do julgamento do referido remédio constitucional, como garantia da segurança jurídica nacional.

Contudo, hoje tal posicionamento, qual repito, hipotético e perfunctório, tem maiores chances de discussão e aplicabilidade, frente às inovações trazidas pela Lei 13.964/19, principalmente no que tange à figura do juiz de garantias, uma vez que, embora seus efeitos estejam suspensos, conforme já discutido acima, o artigo 3º-B, inciso VII do Código de Processo Penal³⁶² colocou sob os ombros do juiz de garantias a responsabilidade pela produção antecipada de provas.

Outrossim, a prova seria produzida pelo juízo da investigação, ficando com sua salvaguarda, até a audiência de instrução e julgamento, conforme já previsto pelo artigo 3º-C, §3º do mesmo dispositivo legal³⁶³.

Não há dúvidas, que tal ideia seria muito criticada a luz do direito de defesa do Réu, mas, de outro plano, a grande massa dos crimes da lei de drogas é mula, na maioria das vezes presa em flagrante, em crime inafiançável, cujo procedimento investigatório prevê a realização de laudo preliminar/constatação³⁶⁴ do conteúdo apreendido, logo após sua prisão, e, seu eventual resultado positivo já tende a trazer grandes indícios de materialidade e à autoria do Investigado.

362 Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral.

363 Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da

364 Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas. § 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

Ou seja, metaforicamente, se os atos procedimentais da Lei 11.343/06 fossem um jogo de cartas, neste, o *croupier*, além de movimentar o jogo, se anteciparia às suas jogadas, reduzindo seus êxitos, a cada nova rodada.

Portanto, considerando que grande parte das mulas do crime são Réus confessos, sem participação em organização criminosa, primárias e de bons antecedentes, acabam por preencher os requisitos do artigo 33, §4º da Lei 11.343/06 – tráfico privilegiado – cuja dosimetria da pena acaba por permitir o cumprimento da pena em regime aberto.

Se considerarmos que na melhor das hipóteses, o Réu ficará preso preventivamente num intervalo de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, a depender da rapidez do fluxo de trabalho da vara criminal, a crime cuja pena não o levará ao regime fechado, mas, que levou esse Réu a ocupar uma vaga no sistema prisional, qual, perfeitamente poderia ser destinada a outro detento, seja em sede de execução definitiva, ou provisória, a quem, de fato, sua liberdade traria maior lesividade social.

Por fim, tal ideia é pensada, levando-se em consideração: 1- o direito do Réu em responder ao seu processo em liberdade, direito este, muitas vezes tolhido, inclusive em seara recursal; 2- a diminuição da violação de seus direitos da personalidade – enquanto recluso a estabelecimento prisional lotado e inadequado, e, 3- a construção de uma política pública, de baixo custo, tendente a reduzir o superencarceramento com perspectivas de bons resultados.

3.4 Do Programa De Execução Sequencial – PES

Por fim, como última sugestão, retoma-se às ideologias do *numerus clausus*, as quais instrução e julgamento, ressaltados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Os dados trazidos no início desta discussão científica não mentem quando demonstram que o Brasil é um país de alta criminalidade, principalmente para efeitos de crimes com violência ou grave ameaça e hediondos, cujas execuções penais, sejam em caráter provisório ou definitivo, ocupam grande parte das vagas disponíveis em nosso sistema prisional.

Neste prisma, não se vê alternativas, embora possa se criticar a falta de políticas adequadas de ressocialização, não há que se permitir/admitir que a sociedade conviva com os malefícios do *periculum libertatis* de criminosos violentos, faccionados e milicianos - que temse espalhado por nosso país como ervas daninhas irremediáveis - até

mesmo porque na atual sistemática processual a vítima também sua relevância e atenção a ser assegurada pelo Poder Judiciário.

Mas, por outro lado, os dados trazidos pelo DEPEN afirmam que da totalidade de vagas existentes, sem excedentes, há uma margem de 19,1% (dezenove inteiros e um centésimo por cento), de presos com baixa periculosidade, provavelmente, também primários e com bons antecedentes, percentual este, de grande relevância, e com maior maleabilidade para se traçar alternativas ao superencarceramento.

Assim sendo, entende-se que, pela interpretação do artigo 105365 da Lei 7.210/84, a execução penal é regida pelo imediatismo, ou seja, transitada em julgado a sentença condenatória, o Estado deve imediatamente prosseguir à execução da reprimenda estipulada, até mesmo porque, como detentor da persecução e da execução penal, é de seu altíssimo interesse evitar a prescrição da pretensão executória.

Em decorrência deste imediatismo vemos, após a certificação do trânsito em julgado para a defesa, a expedição de guia de recolhimento, e conseqüentemente, do mandado de prisão àqueles condenados em regime semiaberto e fechado.

Contudo, creio que inovação legislativa também possa permitir a flexibilização de tal instantaneidade, permitindo que a informatização da execução penal – qual já vem sendo realizada pelo CNJ – garanta a estipulação *do Programa de Execução Sequencial – PES*, um sistema de filas, no qual, o Condenado, após intimado do trânsito em julgado de sua reprimenda, possa se dirigir a eventual central de atendimento, se cadastrar, informar qual o estabelecimento prisional de sua preferência e ser incluso em lista, aguardando a disponibilidade de vaga para o cumprimento de sua pena, com ou sem monitoramento eletrônico, a depender do entendimento do juízo.

Neste mesmo diapasão, tudo que diga respeito à organização do Estado brasileiro, e envolva maior demanda do que oferta, a resposta administrativa estatal vem através de filas, seja no acesso ao Sistema Único de Saúde, na vacinação qual vivenciamos neste período de pandemia, no pagamento de precatórios, no ensino superior com o instituto do vestibular, e, muitos outros exemplos que não fui capaz de lembrar, com exceção da execução penal, e, por quê?

365 Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Até hoje a evolução humana não foi capaz de desenvolver tecnologia capaz de estabilizar oferta e demanda que não seja por fila, sendo surpreendente que tal conjuntura ainda não tenha sido idealizada na execução penal.

Inexiste óbice para que presos com baixa periculosidade, não reincidentes, e não contumazes às práticas criminosas, sejam inclusos em sistema de execução sequencial, que ordene vagas e prioridades para o cumprimento de suas reprimendas.

É hialino que para tal fim, seria necessário promover alterações no teor dos artigos 112366 e 117367 do Código Penal, pois o Estado não poderia ter seu direito à persecução penal atingido, em detrimento das más condições carcerárias existentes no país.

No mesmo plano, a interrupção dos prazos prescricionais não é novidade no cenário jurídico brasileiro, já que a Lei 9.099/95 traz em seu artigo 89, que trata sobre a suspensão condicional do processo, que não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo, embora, como bem ressalta Gustavo Junqueira³⁶⁸, o legislador tenha sido omissivo quanto a interrupção do prazo prescricional na hipótese de transação penal (art. 76).

Fora da Lei 9.099/95, tem-se novas hipóteses de interrupção do prazo prescricional, na nova redação do artigo 116369 do Código Penal, decorrente da inserção do Acordo de Não Persecução Penal em nosso ordenamento jurídico, e, ao abuso do

366 Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

367 Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II - pela pronúncia; III - pela decisão confirmatória da pronúncia; IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; VI - pela reincidência. § 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles. § 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

368 JUNQUEIRA, Gustavo et al. **Lei anticrime comentada: artigo por artigo: inclui a decisão liminar proferidas nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300** / Gustavo Junqueira; Patrícia Vanzolini; Paulo Henrique Fuller; Rodrigo Pardal. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 32.

369 Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; II - enquanto o agente cumpre pena no exterior; III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal. Parágrafo único: Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo

direito, quanto a oposição de embargos de declaração, e demais recursos direcionados aos tribunais superiores.

Em outro plano, pode-se criticar o sequenciamento da execução penal frente as incertezas jurídicas que tais providências viriam a causar na vida das pessoas, que no curso de um trabalho bem desenvolvido, na formação de uma família, ou na sua regeneração, já não vindo a trazer nenhum malefício à sociedade, possa ser levado ao cárcere, deixando para trás todas suas conquistas, em detrimento de uns dos objetos da execução penal, qual seja, a ressocialização do apenado.

Contudo, os fatos acima descritos já acontecem normalmente, independentemente de implementação do sequenciamento da execução penal, sob chancela da legislação e jurisprudência em vigência, pois, a partir do momento em que o artigo 109 do Código Penal estipula o prazo prescricional máximo de 20 (vinte) anos à prescrição da pretensão punitiva, o juiz tem, no mínimo, 20 (vinte) anos para julgar seu jurisdicionado, e, o que não se muda na vida de uma pessoa em 20 (vinte) anos?

E mesmo assim, passadas as citadas 2 (duas) décadas, uma vez condenado, deverá cumprir sua reprimenda, mesmo que em tal época já não seja o mesmo homem que praticou o delito lá atrás.

A execução penal é dever, cuja finalidade também é a pedagógica. Logo, ela tem um caráter repressivo e ruim, apto o suficiente a permitir a reflexão do apenado pelo crime cometido, de modo que, permitir que ele venha a aguardar em liberdade, um prazo razoável, para que cumpra sua pena, com vaga já predestinada, sem superlotação, cumpre com objetividade os princípios da execução penal, além de trazer o modelo de gestão administrativagerencial³⁷⁰ – voltada à qualidade e eficiência do serviço público prestado – à execução penal.

Ainda no que tange à eficiência da gestão pública, repisa-se, o STF trouxe ao cenário político nacional que o direito não está alheio aos efeitos econômicos da decisão, outrossim, é hora de reverter o *modus operandi* de solucionar nossos problemas, com menos pressa, sem a máxima do Poder Legislativo e promover soluções mirabolantes a problemas urgentes, motivo pelo qual, mesmo que percepção final quanto aos temas e

³⁷⁰ Art. 37, CF: 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.

sugestões aqui propostas possam soar absurdas, o mais importante é debater, fomentar este debate, e promover ciência.

4. CONCLUSÃO

É possível fazer mais com menos, e é possível vencer o superencarceramento com os ditames trazidos pela Suprema Corte em 2020.

Os dados são irrefutáveis quanto ao caos em que se encontra nosso sistema carcerário. Temos uma cidade, do tamanho de Dourados – MS, em sobrecarga as vagas disponíveis.

Contudo, em nosso Estado Democrático de Direito, não há o que se falar em mudanças de tal magnitude sem participação legislativa, sendo este o maior desafio às proposições realizadas no presente trabalho.

Infelizmente, temos um Poder Legislativo muito atrelado aos seus próprios interesses, e muito distante das mudanças necessárias ao bom desenvolvimento de nossa sociedade. O direito penal, processual penal e a execução penal só repercutem em apoio popular quando atrelado a medidas de aumento do encarceramento e punibilidade, sendo difícil crer que tais proposições sejam objeto de atenta análise parlamentar.

Todavia, fora do ambiente parlamentar, o Conselho Nacional de Justiça trouxe excelentes contornos aos problemas enfrentados, dentro da abrangência de sua competência, modernizando um sistema, que, embora já fosse objeto de informatização, a falta de sua compatibilização com o regramento próprio de todos os Tribunais de Justiça brasileiros, fez com que fosse um dos últimos patamares do direito, a fornecer resultados satisfatórios ante à vigência da processo eletrônico em nosso país.

Além da execução penal, o tráfico de drogas ainda é um problema o qual a sociedade brasileira foge do debate. Contudo, sem entrar no mérito da descriminalização das drogas, embora o Poder Executivo tenha aumentado seus investimentos no combate às organizações criminosas voltadas ao tráfico de drogas, ainda é muito pequeno o percentual de traficantes, chefes das respectivas organizações, reclusos em nosso sistema prisional.

É necessário pensar em alternativas às mulas do tráfico, e, neste viés, embora a sugestão da antecipação de seus interrogatórios seja uma sugestão polêmica, que foge a todo regramento processual penal existente, principalmente no que tange ao direito de defesa do Réu, diante conflito de princípios, a hermenêutica constitucional é clara ao permitir ponderação de princípios e normas, sugerindo, inclusive, parâmetros para tal fim.

Entre a permanência demasiada da mula do tráfico em custódia penal, e, a garantia desua liberdade, a existência de provas pré-constituídas, asseguradas pela Lei 11.343/2006, durante o inquérito, logo após eventual prisão em flagrante, já demonstra que o legislador trouxe flexibilizações ao direito do Réu, não havendo razões, diante da inovação do juiz de garantias, que se discuta a viabilidade de tal alteração legislativa, posto que o julgamento do Acusado decorrerá dos expedientes de dois juízes distintos, ampliando-se os cuidados e rigores com a persecução penal, e sua presunção de inocência.

Por fim, o sequenciamento da execução penal é promissor. Após a sentença de mérito, o Estado corre contra o tempo para evitar a prescrição da pretensão executória, contudo, quando se analisa a prescrição da pretensão punitiva, o mesmo detém várias possibilidades de suspensão e interrupção do prazo prescricional, estendendo o exercício da persecução penal.

Logo, o direito de punir do Estado não é maior do que o direito do Réu em ter seus direitos da personalidade assegurados, com uma execução penal adequada, com equilíbrio entre oferta e demanda.

Portanto, quanto ao prazo do cumprimento da pena, não há óbice ao sequenciamento da execução penal, quando o próprio Estado já afirma que, em algumas situações, seu direito de punir pode ser suspenso, motivo pelo qual tal o direito ao escalonamento das vagas no sistema prisional pode ser assegurado aos crimes com menor potencial ofensivo, Réus primários e com bons antecedentes, etc., cujas penas excedem os limites já existentes para outras medidas despenalizadoras.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* / Gustavo Henrique Badaró. – 4. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONNEMAISON, Gilbert. *La Modernisation du Service Public Pénitentiaire*. Paris. 1989.
DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. – 6. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 7. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUNQUEIRA, Gustavo et al. *Lei anticrime comentada: artigo por artigo: inclui a decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300* / Gustavo Junqueira; Patricia Vanzolini; PauloHenrique Fuller; Rodrigo Pardal. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.



UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO
DEPARTAMENTO DE POSGRADO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TESIS DE DOCTORADO

BUROCRACIA Y EFICIENCIA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA: CELERIDAD EN LA ENTREGA DE
LA PRESTACIÓN JURISDICCIONAL

LUIZ DE FRANÇA BELCHIOR SILVA: graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Ceará (1977) e em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (1983). Atualmente é magistrado entrância final - Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Tesis presentada ante la Comisión Examinadora, como exigencia parcial para la obtención del Título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales del programa de Posgrado de la Universidad del Museo Social Argentino.

Orientador: Prof. Dr. Rodríguez Saiach.

BUENOS AIRES

LUIZ DE FRANÇA BELCHIOR SILVA

BUROCRACIA Y EFICIENCIA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA: CELERIDAD EN LA ENTREGA DE
LA PRESTACIÓN JURISDICCIONAL

Aprobada el 15/ 06/ 2017

COMISIÓN EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodriguez Saiach
(Director de tesis)

Prof. Dr. Eduardo Martinez Alvarez
1º Examinador

Prof. Dr. Emilio Lisandro Fernandez
2º Examinador

Prof. Dr. Daniel Rodolfo Pablovsky
3º Examinador

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar o instituto da burocracia e eficiência, avaliando os entraves na administração da justiça que culminam na demora dos julgamentos e dos tramites processuais em razão da má gestão do sistema de justiça, notadamente na administração, bem como compreender o sistema, a racionalização burocrática para a eficiência na entrega da prestação jurisdicional ao cidadão. A análise foi realizada a partir dos elementos normativos, enfocando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente o princípio da duração razoável do processo contido no artigo 5º, inciso LXXVIII, as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça e os princípios esparsos no Código de Processo Civil, como o da finalidade e celeridade, bem assim, comparativamente, nas codificações positivadas da Argentina, Constitución Nacional, Jurisprudencia, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación e das províncias, princípios de direito, assim como na avaliação do sistema de organização burocrática no enfrentamento do atual sistema de administração da Justiça em ambos os países.

Palavras-chave: Burocracia; Eficiência; Sistema de Justiça; Celeridade Processual, acesso à justiça, efetividade processual.

ABSTRACT

This research aims to analyze the institute of bureaucracy and efficiency, assessing the barriers in the administration of justice that culminate in the delay of trials and procedural formalities because of poor management of the justice system, especially in the administration, as well as understand the system, bureaucratic streamlining for efficiency in the delivery of judicial services to citizens. The analysis was made from the normative elements, focusing on the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, especially the principle of reasonable duration of the procedure contained in Article 5, paragraph LXXVIII, the targets set by the National Council of Justice and the scattered principles in the Procedural Civil Code, as purpose and celerity. And comparatively, in the Argentina Constitution, case law, the Code of Civil and Commercial Procedure and those of the provinces, the principles of law and the system of evaluation and bureaucratic organization to address the current administration system justice in both countries.

Keywords: Bureaucracy; Efficiency; Justice System; Procedural Celerity, Access to Justice, Procedural Effectiveness.

RESUMEN

Esta investigación tiene, como objetivo, analizar el instituto de la burocracia y la eficiencia, la evaluación de las barreras en la administración de justicia que culminan en el retraso de los juicios y trámites de procedimiento debido a la mala gestión del sistema de justicia, sobre todo, en la administración, así como entender el sistema de racionalización burocrática para la eficiencia en la prestación del servicio de justicia a los ciudadanos. El análisis se realizó, a partir de los elementos normativos, centrándose en la Constitución de la República Federativa del Brasil en 1988, en especial, el principio de la razonable duración del procedimiento, contenido en el artículo 5, LXXVIII párrafo, los objetivos fijados por el Consejo Nacional de Justicia y los principios dispersos en el Código de Procedimiento Civil, como el propósito y la velocidad, y comparativamente, en la Constitución Nacional argentina, la jurisprudencia, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los de las provincias, los principios de la ley, así como el sistema de evaluación y organización burocrática para hacer frente a la actual administración del sistema de justicia en ambos países.

Palabras clave: Burocracia; Eficiencia; Sistema de Justicia; Velocidad del Procedimiento, Acceso a la Justicia, Eficacia del Procedimiento.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Justificación y premisas metodológicas. 2. LA ADMINISTRACIÓN BUROCRÁTICA. 2.1. Los Sistemas Ideológicos y de Administración. 2.2. La eficiencia de la administración de justicia. 2.3. Burocracia en el Poder Judicial. 3. ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL. 3.1. Consejo Nacional de Justicia (CNJ). 3.2. La responsabilidad social en el ámbito del Poder Judicial: garante de los Derechos Fundamentales. 3.2.1. Consejo Nacional de Justicia, como inhibidor de la morosidad procesal. 3.3. Asuntos Internos del Poder Judicial. 3.4. Carrera de la magistratura: formación de los jueces brasileños y el derecho comparado en Argentina. 4. DERECHO COMPARADO: ORGANIZACIÓN JUDICIAL EN LA ARGENTINA. 4.1. Forma de gobierno. 4.2. Organización del Poder Judicial. 4.2.1. Órganos integrantes del Poder Judicial: Consejo de la Magistratura. 4.2.2. Competencia y funciones del Consejo de la Magistratura. 4.2.3. El jurado de enjuiciamiento y demás órganos integrantes del Poder Judicial. 5. MOROSIDAD DE LA JUSTICIA: LA BÚSQUEDA DE UN PODER JUDICIAL MÁS EFICIENTE. 5.1. Reforma del Poder Judicial. Enmienda Constitucional 45/2004. 5.2. Proceso judicial electrónico: mejora de la administración burocrática. 5.3. División de poderes: necesidad de respeto al Poder Judicial brasileño y argentino. 5.4. Control de constitucionalidad: confianza política al Estado Democrático de Derecho. 5.4.1. La Enmienda Constitucional nº 45/2004 y el derecho comparado en la Argentina. 6. CRISIS NUMÉRICA DE LOS PROCESOS Y LA REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL: EN LA BÚSQUEDA DE UN PODER JUDICIAL EFICIENTE. 7. CONCLUSIÓN. 8. RECOMENDACIONES. REFERENCIAS.

1. INTRODUCCIÓN

El hombre viene modernizándose, a lo largo de los años, constantemente, lo mismo sucede con la administración del proceso judicial, que necesita fomentar prácticas que lleven a modernizar la justicia y facilitarle el acceso al ciudadano común, para que obtenga rápido la prestación jurisdiccional cuando la requiera, satisfaciendo el anhelo de las partes que necesitan de ella.

La entrega de la prestación jurisdiccional es la satisfacción que el Estado Juez le da a los que le golpean las puertas. No obstante, el pronunciamiento judicial no puede atrasarse para no causarle perjuicio a las partes.

Partiendo de este presupuesto, los órganos de la administración pública, para el debido funcionamiento, dependen de una burocratización y sistematización moderna de los sistemas, de modo de tener la funcionalidad eficiente.

Esta tesis doctoral nace de la investigación sobre la burocracia del sistema judicial, como un medio de eficacia y rapidez en la entrega de la prestación jurisdiccional, abarcando el Brasil y la Argentina.

El argumento central que aquí se presenta es si este sistema burocrático es capaz de ofrecer una solución a los jurisdicionados, con una duración razonable del proceso, a la vista de la eficiencia de la prestación jurisdiccional, en los sistemas de Brasil y Argentina.

Se ha planteado, como hipótesis de la investigación que, con la reforma del judicial brasileño, a través de la Enmienda Constitucional n° 45, donde se estableció la razonable duración del proceso, se ve la necesidad de implementar prácticas y modelos de administración burocrática funcional.

La Administración Pública debe dar cumplimiento a lo establecido en la Carta Magna brasileña, en el artículo 37, donde, entre otras cosas, establece el principio de la eficiencia.

Este principio viene estampado en esta ley superior, incluso teniendo en cuenta la eficacia de los demás poderes del Brasil, al disponer, en el art. 74 de su Constitución Federal, que los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de forma integrada, mantendrán un sistema de control interno, cuya finalidad es comprobar la legalidad, evaluar resultados, en lo tocante a la eficacia y la eficiencia, de la gestión presupuestaria y financiera en los

órganos y entidades de la administración federal y en la aplicación de recursos públicos por las entidades privadas.

En la Administración Pública, en el ámbito de la justicia, el juez tiene doble función, la principal que es la de juzgador y aun de administrador y gestor de la unidad jurisdiccional en que posee competencia para actuar.

Hoy en día, con los avances tecnológicos de la informática y los medios de comunicación, donde las noticias y los hechos llegan en tiempo real a la puerta del ciudadano, surge la necesidad de una mejor adecuación de la justicia, de los medios empleados al desarrollar sus funciones, tanto las judiciales, como las administrativas.

En Argentina esta preocupación también existe, ya sea por la codificación de normas buscando una mayor celeridad en los trámites procesales y, como consecuencia, mayor efectividad, o sea por las acciones no gubernamentales, cuya finalidad, además de discutir las prácticas existentes, colabora con medios que fomenten una buena administración de los medios judiciales.

A la par de esta necesidad, es importante traer a la luz, los estudios de Weber (1975, pp. 246-247) que estudió y definió la burocracia, como la forma de organización en el sistema capitalista, de modo de dar eficiencia a las acciones administrativas dentro de las empresas, con fuerte tendencia a la racionalización en todas las esferas de la vida social.

Partiendo, entonces, de la teoría de la "burocracia" elaborada por Weber (1975, p. 249) donde señaló que "El futuro pertenece a la burocracia", como un recurso positivo de forma de organización y de racionalización de las tareas y respeto a la jerarquía, se afirma que es posible emplear, en el seno de la administración y gestión pública, la metodología de la "burocracia" weberiana, para obtener una rápida solución de los procesos, siendo necesario, para esto, que se tenga eficiencia en la administración de la justicia, con celeridad y razonable duración del proceso, a través de este sistema de organización establecido por Weber (1975, p. 229), satisfaciendo los anhelos del ciudadano al clamar por la justicia.

1.1. Justificación y premisas metodológicas

El poder judicial, en el concepto de muchos ciudadanos es el mayor responsable por la paz social y, en este sentido, nunca fue admisible que sus decisiones sean

retardatarias, bajo pena de causar grandes perjuicios a las partes, cualquiera sea la esfera de estas decisiones.

La sociedad civil se ve muy concientizada y, en tiempo real, muy bien informada de sus derechos, factores estos que contribuyen al acceso a la justicia, a gran escala.

Así, cuando el ciudadano común busca la justicia, lo hace creyendo en ella, cabiéndole, pues, al Estado juez, el pronunciamiento acerca de la cuestión que se le propone, debiendo hacerlo en tiempo razonable para la satisfacción de las partes. Y ahí, es necesario que los operadores del derecho —y todo su cuerpo, equipo de trabajo, servidores, magistrados, etc.— observen siempre el desarrollo de una saludable burocracia en busca de la eficiencia, que culmine en la entrega de la prestación jurisdiccional en tiempo razonable

La justificación de la investigación, que es de gran importancia en la actualidad, ante el crecimiento de la población en todo el mundo y la duda persistente de si el poder judicial, de todas las naciones, ha estado acompañando esta evolución social, y en el contexto social y jurídico en Brasil de cara a la reforma introducida por la Enmienda Constitucional n° 19 y n° 45, que trataron, respectivamente, de la Eficiencia y Razonable Duración del Proceso, factor que se liga plenamente al actual Código Procesal Civil. En la Argentina, a través de los sistemas procesales y de la legislación ordinaria vigente y de otros aun no experimentados, como el proceso judicial electrónico, existe, también, una constante búsqueda por la eficiencia en la entrega de la prestación jurisdiccional, dependiendo, también, de la modernización de métodos y de las mejores prácticas para que esto se lleve a cabo.

Me cuestioné si la burocracia, en el servicio judicial sería capaz de alcanzar la eficiencia, de modo de prestar, en tiempo célere o incluso razonable, la prestación jurisdiccional presentada ante el Poder Judicial.

Este cuestionamiento se volvió más evidente en mi ejercicio profesional de magistrado actuante en la jurisdicción civil, en donde pasé a constatar, de modo general, que el gran atraso en la entrega de la prestación jurisdiccional, huelga de servidores, huelga de ómnibus, feriados largos derivados de las fiestas típicas, con manifestaciones folclóricas y fiestas religiosas, licencia premio se servidores, vacaciones, falta de servidores, asesores, analistas, estructura física del ambiente de trabajo, escasez de material de trabajo:

máquinas, papel, tóner, abrochadoras, impresoras, estantes, etc. No es solo por parte del poder Judicial, sino que está afectado por otros factores externos.

Ante este contexto, lo obvio habla por sí solo. Como consecuencia natural de esta falla en la administración se comprende el inevitable retraso en la entrega de la prestación jurisdiccional.

Sin embargo, no se puede creer el atascamiento de la máquina judicial, objeto de la investigación, tan solo a lo expuesto anteriormente. Falta, aun, la severa determinación de la administración de adoptar principios básicos aplicables, principalmente, al principio de la continuidad, lo que significa que la actividad administrativa es obligatoria y no puede parar nunca, pues los intereses que ella alcanza son fundamentales para la colectividad.

La administración del poder judicial debe ser repensada, con mucha responsabilidad y afrontando todos estos aspectos, entre otros que se entremezclan a ellos, en el sentido de no sufrir solución de continuidad en su prestación de servicio público, lo que resultará en la entrega de la prestación jurisdiccional en plazo razonable. Las autoridades competentes no pueden descuidar la importancia de este servicio público, lo que se inserta directamente en el contexto de los derechos fundamentales del estado democrático de derecho y dignidad de la persona humana.

Los subsidios, empíricos y contextuales, para dar base a la investigación teórica y documental sobre la Burocracia y Eficiencia en el Sistema de Justicia, del Brasil y de la Argentina, justifican la importancia del tema, siendo de relevancia para el doctorado, en vista de que ofrecerá instrumentos para una evaluación positiva sobre la demora en la prestación jurisdiccional en los dos países.

Así, la investigación se trata de un intento de contribución, por medio de la investigación y de la evaluación acrítica de los sujetos que sustenta la problemática propuesta.

Para contemplar el objeto de estudio y la investigación desarrollada, la investigación se concentra en los elementos normativos, enfocándose en la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, especialmente, en el principio de la razonable duración del proceso, contenido en el art. 5º, inc. LXXVIII, en el Código Procesal Civil, específicamente en los arts. 2º (impulso oficial), 277 (principio de la finalidad), 188 (principio de la instrumentalidad de las formas), 139 y 370 (celeridad procesal), las Metas del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) relativas a la entrega de la prestación jurisdiccional, así como, comparativamente, en las codificaciones de la Argentina, Constitución Nacional,

Jurisprudencia, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y de las provincias, principios de derecho, así como en la evaluación del sistema de organización burocrática en el enfrentamiento del actual sistema de administración de justicia, de ambos países.

Se pretende, como objetivo general de la investigación, analizar el instituto de la burocracia y eficiencia, los obstáculos en la administración de la justicia, que culminan en la demora en los juicios y los trámites procesales en razón de la mala gestión del sistema de justicia, principalmente en la administración, así como comprender el sistema, la racionalización burocrática para la eficiencia en la entrega de la prestación jurisdiccional al ciudadano, con evaluación y control de los resultados, de acuerdo con la legislación vigente, en el Brasil y en la Argentina.

El análisis se valió, necesariamente, del método inductivo, considerando que, además de la investigación bibliográfica contó, incluso, con la experiencia empírica del investigador, contribuciones del orientador, todo en el sentido de propiciar una contribución en torno del tema investigado.

El método de procedimiento utilizado fue el monográfico y documental, con contexto histórico, cuyo objetivo fue entender la evolución, para después analizar la temática, considerando el tema de estudio: Burocracia y Eficiencia.

Así, la investigación se desarrolló con la técnica elaborada de revisión bibliográfica y documental, con lectura de obras de diversos académicos acerca de los temas de burocracia, como forma administrativa, burocracia y eficiencia, organización, funcionamiento, obstáculos y consecuencias del servicio público. Además de la utilización de la lectura de obras de diversos académicos, se leyeron, también, las Resoluciones del Consejo Nacional de Justicia, Supremo Tribunal Federal, normas del Superior Tribunal de Justicia, de la Constitución de la Nación Argentina, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de la Suprema Corte de la Argentina y demás Tribunales. También se contempló, en la investigación, la contribución, sugerencia y críticas del Profesor Orientador.

De este modo, bajo la orientación del Prof. Dr. Rodríguez Saiach, Luis Armando, se desarrolló la investigación. Se presentó, en el primer capítulo, la introducción del tema de la investigación, las hipótesis, justificación, premisas metodológicas y objetivo de la investigación.

En el segundo capítulo se busca, en la teoría de la "burocracia" elaborada por Weber (1975, p.249), cómo la administración burocrática y moderna presupone

entrenamiento especializado y completo de los órganos y servidores de la justicia, para contribuir a la efectividad procesal.

En el tercer capítulo, se aborda la organización del Poder Judicial, haciendo un breve paneo sobre la Historia de la Justicia en el Brasil, para, a continuación, abordar la organización del poder judicial, sus competencias y responsabilidad social, así como la creación del Consejo Nacional de Justicia.

En secuencia, en el cuarto capítulo se hace un análisis de la organización judicial en Argentina, su estructura política y judicial, que se presentan basadas en la división del poder entre el gobierno federal y los gobiernos locales de las provincias, de modo de permitir, por la forma federal de gobierno, el control y cooperación recíproca entre las provincias y el gobierno federal, evitando la concentración de poder.

Luego, en el quinto capítulo, se describe la lentitud de la justicia brasileña en la búsqueda de un sistema judicial más eficiente, después de la Enmienda Constitucional N° 45/2004, en la que se hace un breve contexto, desde la promulgación de la enmienda al presente, así como la preocupación y las medidas implementadas, por el poder judicial, en la búsqueda de la mejora de los servicios judiciales.

Finalmente, en el sexto capítulo, se aborda la crisis numérica de los procesos y la reforma del Código de Procedimiento Civil en busca de un poder judicial eficiente, lo que demuestra la necesidad de la aplicación de nuevos métodos alternativos de resolución de conflictos, como una manera de aliviar la morosidad procesal y disminuir el nivel de litigios.

Finalmente, después de una discusión sobre el contenido del trabajo, se presentan las conclusiones extraídas de esta tesis, así como las recomendaciones que se muestran necesarias, buscando confrontar los sistemas brasileño y argentino, buscando resumir el sistema burocrático moderno, siempre que sea perfeccionado, puede contribuir de forma sustanciosa para la eficiencia en la prestación de la tutela jurisdiccional, aliado a las recientes reformas procesales en ambos países.

2. LA ADMINISTRACIÓN BUROCRÁTICA

Se busca, en la teoría elaborada por Weber (1975, p. 249), que se muestra como un sistema positivo de organización y racionalización de las tareas con respecto a las jerarquías y normas, donde cada persona desarrolla una función y es modelo utilizado en la administración de muchas empresas privadas, medios de comprensión del sistema de administración judicial.

El poder judicial, como pacificador social, además de relevante prestador de servicio público, no puede permitir que sus decisiones sean retardatarias, bajo pena de causar grandes perjuicios a las partes, cualquiera sea la esfera de estas decisiones.

Como señaló Weber (1975, p. 250) la economía mercantil capitalista exige que los negocios oficiales de la administración sean hechos con precisión, sin ambigüedad, continuamente y con mayor velocidad. La velocidad de las comunicaciones públicas ejerce presión constante para intensificar el ritmo de la administración, no obstante, esto solo se alcanza, a través de una rigurosa organización burocrática, porque:

La burocratización ofrece, por encima de todo, la posibilidad óptima de ponerse en práctica el principio de la especialización de las funciones administrativas, de acuerdo con consideraciones exclusivamente objetivas. Tareas individuales se les atribuyen a funcionarios que tienen entrenamiento especializado y que, por la práctica constante, aprendan cada vez más. El cumplimiento "objetivo" de las tareas significa, primordialmente, un cumplimiento de tareas según reglas calculables y "sin relación con personas".

Para Weber, la modernidad se caracteriza por ser el resultado de procesos de racionalización técnica, que se refieren al proceso de burocratización, que, a su vez, está asociado con el avance del proceso de racionalización en el mundo.

Esta burocratización hace cada vez más presente en la administración pública, en las empresas capitalistas modernas, en la administración comercial, en los partidos

políticos, ejércitos y en el derecho, sin embargo, la burocracia está relacionada con una mayor posesión de bienes usados para consumo. (WEBER, p. 246).

La burocracia moderna rige el principio de áreas jurisdiccionales fijas y oficiales, que están ordenados por las leyes o normas administrativas, conforme reglamentos. Para el buen funcionamiento de las actividades es necesario un método en la realización de las tareas, como señaló Weber (1975, p. 229) que se deben distribuir de manera estable a la autoridad para dar órdenes, de manera rigurosa y delimitada por las normas y con los medios de coerción, en vista de que solamente las personas tienen calificaciones previstas por un reglamento general, son empleadas, siendo, por lo tanto, estos tres elementos que constituyen la autoridad burocrática, es decir, las actividades regulares, la autoridad de dar órdenes y medidas metódicas para la ejecución de los derechos correspondientes.

Esta administración burocrática y moderna requiere una formación especializada y global, y cuando el cargo está plenamente desarrollado, la actividad exige la plena capacidad de trabajo del funcionario en la repartición. De modo que el desempeño del cargo sigue reglas generales que pueden ser aprendidas, y que envuelve jurisprudencia, o administración pública o privada. (WEBER, 1975, p. 231).

Este proceso de administración es estudiado en todas las esferas, pues como es de conocimiento, aunque la administración sea una práctica milenaria, su estudio sistemático es un fenómeno reciente, asociado a las necesidades impuestas por la explosión organizacional, en el seno de la consolidación de la Revolución Industrial. A partir de entonces, la preocupación por la búsqueda del conocimiento en la administración pública ha sido, y viene siendo, una constante en la historia de las instituciones sociales en todo el mundo. En el Brasil, las búsquedas se manifiestan, históricamente, tanto en los intentos de importación de perspectivas teóricas y modelos analíticos del exterior, como en los esfuerzos de creación de soluciones técnicas y metodológicas nacionales.

En la Argentina, luego de la independencia, se construyó un sistema nacional de educación pública tomando, como ejemplo, otras naciones, aumentando el índice global de alfabetización. Y la burocracia, siguiendo sus principios, necesariamente fue observada, como fuente de éxito de este programa.

Para Sander (2007, p. 42) al estudiar la administración escolar que, aunque no es objeto de este estudio, vale traer a la luz la influencia externa en la concepción y la práctica de la administración pública y de la gestión de la educación porque, en el Brasil, es particularmente evidente en la tradición jurídica que caracterizó el periodo colonial y en la

orientación positivista y funcionalista que dominó el desarrollo de las ciencias sociales en la segunda mitad del siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX.

Es en este contexto histórico que nacieron y se desarrollaron las teorías clásicas y de comportamiento de la administración, en Europa y Estados Unidos. En la fase de reconstrucción económica y política impuesta por las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, se instaló la orientación comercial y la modernización de la administración para el desarrollo de los economistas y planificadores de los países industrializados y que fue por ellas exportada a los demás países de la comunidad de las naciones, bajo el amparo de la asistencia técnica internacional, muchas veces, sin suficientes bases de sustento autóctono y sin relación con los procesos históricos de desarrollo social.

Con su carácter normativo y su pensamiento deductivo, la tradición del derecho romano trajo, al Brasil y a los demás países de América Latina, la infraestructura legal y favorable para la incorporación de la cultura y los principios de la administración pública desarrollada en los países europeos de influencia latina, especialmente Portugal, España y Francia.

En el campo de la cultura y la educación, la expansión se llevó a cabo mediante el trasplante de las tradiciones y los valores de los países dominados por la cultura latina como Europa continental hacia el Nuevo Mundo (FERRETT, 1999, p. 144).

Consonante con lo que señala Sander (2007, p. 43) fue la tradición del derecho romano, de naturaleza anticipatoria, deductiva, normativa, prescriptiva y regulatoria que retrasó la adopción de principios y técnicas de administración educacional fundamentados en otras tradiciones filosóficas y jurídicas como, por ejemplo, las del derecho angloamericano, de naturaleza experimental, empírica y deductiva que solo se consolidaron en el Brasil a fines del siglo XIX.

Por lo tanto, a partir de entonces, conforme las enseñanzas de Sander (2007, p. 44) “la dialéctica entre el legalismo de origen euro latino y el experimentalismo angloamericano, así como entre sus respectivos enfoques deductivo e inductivo, caracterizó toda la trayectoria educacional y administrativa en el Brasil”, pero, a diferencia del experimentalismo del derecho angloamericano, el legalismo euro latino pone énfasis en el orden, la regulación y la codificación, lo que implica un sistema de cerrado de conocimiento integral de la administración. Por lo tanto, la ley es un ideal a alcanzar y no un parámetro que debería aplicarse en circunstancias concretas. El resultado de esta

tradição jurídica es el formalismo, definido como la diferencia entre la ley y la realidad, entre la norma prescrita y las conductas concretas. (SANDER, 2007, p. 43).

Del mismo modo, en los círculos académicos del período colonial siempre había una clara opción por el pensamiento deductivo, según el cual el pensador partía de principios generales para aplicarlos a hechos concretos, mientras que los adeptos del derecho angloamericano adoptaban el pensamiento inductivo, partiendo de la experiencia y de los hechos empíricamente observados en una serie de casos para, entonces, formular principios generales. La comprensión de estas características del pensar, del legislar, del planificar, del organizar, del hacer y del evaluar políticas sociales es importante para entender el propio camino recorrido por los investigadores y estudiosos de la administración pública.

Para Paro (2006) administrar es utilizar racionalmente los recursos para lograr ciertos fines, sin limitarse, la administración, al simple hecho de apropiarse de métodos y fundamentos administrativos oriundos de instituciones empresariales y aplicarlas directamente en la administración.

Hasta hoy, la teoría de la administración reproduce las condiciones de opresión del hombre por el hombre y su discurso cambia en función de las determinaciones sociales, donde el capital es encarado como bien de producción, inherente al proceso productivo, lo que vuelve absolutas las formas jerárquicas de burocracia de la empresa capitalista. (TRAGTENBERG, 2006, p. 216).

En este contexto, para Weber (1975, p. 230) la administración de un cargo moderno se basa en documentos escritos y la organización moderna del servicio público separa la repartición del domicilio privado del funcionario, al paso que la burocracia segrega la actividad oficial, como algo distinto de la esfera de la vida privada.

Según Weber (1975, p. 251), la ocupación de un cargo es una "profesión", la posición del funcionario tiene naturaleza de un deber y el ingreso en el cargo se considera, como la aceptación de una obligación específica de administración fiel, a cambio de una existencia segura, mientras que la lealtad moderna habla respecto a la dedicación, a finalidades impersonales en vista de que "la burocracia se deshumaniza en la medida en que consigue eliminar de los negocios oficiales el amor, el odio y todos los elementos personales, irracionales y emocionales que escapan al cálculo. Y esta naturaleza específica de la burocracia, enaltecida en su virtud especial".

2.1. Los Sistemas Ideológicos y de Administración

El derecho es la forma por excelencia del discurso, capaz por su propia fuerza, de producir efectos. El derecho es por excelencia el poder simbólico. El Estado juez, a través de los sistemas ideológicos legítimos, tienen poder de coerción y detentan, sin duda, de las producciones simbólicas, como un instrumento de dominación. Este poder simbólico sería el de construcción de la realidad que tiende a establecer un orden ya existente, un conformismo lógico, y estos símbolos son instrumentos de integración social y que las producciones simbólicas son instrumentos de dominación. (BOURDIEU, 1989 p. 12). El poder simbólico, para Bourdieu (1989, p. 14):

El poder simbólico, como poder de construir el dato por la enunciación, de hacer ver y hacer creer, de confirmar o de transformar la visión del mundo y, de este modo, la acción sobre el mundo, por lo tanto, el mundo; poder casi mágico que permite obtener el equivalente de aquello que es obtenido por la fuerza (física o económica), gracias al efecto específico de movilización, solo se ejerce si fuera reconocido, quiere decir, ignorado, como arbitrario. Esto significa que el poder simbólico no reside "en los sistemas simbólicos", en forma de una "illocutionary forcé", sino que se define en una relación determinada, y por medio de esta, entre los que ejercen el poder y los que le están sujetos, quiere decir, esto es, en la propia estructura del campo en que se produce y se reproduce la creencia. Lo que hace el poder de las palabras y de las palabras de orden, poder de mantener el orden o la de subvertirlo, es la creencia en la legitimidad de las palabras y de aquel que las pronuncia, creencia cuya producción no es de competencia de las palabras.

El poder simbólico, poder subordinado, es una forma transformada, quiere decir, irreconocible, transfigurada y legitimada, de las otras formas de poder: solo se puede pasar más allá de la alternativa de los modelos energéticos que describen las relaciones sociales, como relaciones de fuerza y de los

modelos cibernéticos que hacen de ellas relaciones de comunicación, en la condición en que se describen las leyes de transformación que rigen la transmutación de las diferentes especies de capital en capital simbólico y, en especial, el trabajo de disimulo y de transfiguración (en una palabra, de eufemismo) que garantiza una verdadera transubstanciación de las relaciones de fuerza, haciendo ignorar-reconocer la violencia que ellas encaran objetivamente y transformándolas, así, en poder simbólico, capaz de producir efectos reales sin dispendio aparente de energía.

A veces, este poder simbólico es sustituido por la fuerza física, en algunas instituciones legitimadas, y necesita de reconocimiento legítimo para ejercer su poder de dominación, como se refiere Weber en sus escritos. Al discurrir sobre la génesis y estructura del campo burocrático, Bourdieu (p. 109) señaló:

El proceso de concentración del capital jurídico acompaña al proceso de diferenciación que resultó en la constitución de un campo jurídico autóctono. El cuerpo jurídico se organiza y jerarquiza: los prebostes se vuelven jueces comunes de casos comunes; los alguaciles y los fiscales ambulantes se hacen sedentarios y cuenta, cada vez más, con lugartenientes que se vuelven oficiales de justicia inamovibles, que al poco tiempo destituyen a los titulares, los alguaciles pasan a tener funciones puramente honoríficas. [...].

La concentración del capital jurídico es un aspecto, aunque central, de un proceso más amplio de concentración del capital simbólico bajo sus diferentes formas, fundamento de la autoridad específica del detentor del poder estatal, particularmente de su poder, misterioso, de nombrar. [...].

En resumen, pasamos de un capital simbólico difuso, apoyado solo en el reconocimiento colectivo a un capital simbólico objetivado, delegado y garantizado por el Estado, burocratizado. Las leyes suntuarias que tienden a reglamentar, de manera rigurosamente jerarquizada la distribución de manifestaciones simbólicas (especialmente las vestimentas) entre los nobles

y los plebeyos, y tal vez, y, sobre todo, entre los diferentes niveles de nobleza, son un ejemplo bien claro de este proceso. El estado reglamenta el uso de tejidos y de guarniciones de oro, plata y seda: así garantiza la nobleza contra la usurpación de los plebeyos, pero, al mismo tiempo, extiende y refuerza su control sobre la jerarquía en el interior de la nobleza.

En el ámbito de la justicia, el magistrado, además de detentar el poder de juzgador, dirimiendo los conflictos, como Estado Juez, también agrega la función de administrador y gestor de su unidad jurisdiccional, y como resaltó Zaffaroni (1995, p. 35):

[...] no hay dudas que dirimir conflictos es una función judicial y que es necesario que los ciudadanos gocen de un eficaz servicio judicial y un amplio acceso a él. En este sentido, la concordancia es muy genérica, aunque no lo sea en lo que respecta a su adecuada implementación.

Las constantes evoluciones metodológicas y el avance de la información, que llega en tiempo real a la puerta del ciudadano, hizo emerger la necesidad de una mejor adecuación de la justicia, de los medios empleados a las necesidades de sus funciones, sean judicantes, sean administrativas; estas, a su vez, acaban por menguar a aquellas, cuando burocratiza algunos trabajos que imposibilitan la rapidez en la prestación jurisdiccional.

La burocracia viene del francés y del latín, significa las reparticiones públicas y el poder de los funcionarios en los escritorios y en sus ambientes de trabajo. Se puede extraer de su concepto:

El concepto de burocracia podría recuperar su originaria acepción si el personal de la Administración Pública fuese reducido o aumentado al necesario o al indispensable —según el sector—; si dicho personal, siendo idóneo cumpliera con su deber de actuar con eficiencia, y si adquiere la convicción de que él está para servir al público y no a la inversa. Para lograr

todo esto es indispensable seleccionar el personal, darle estabilidad en el cargo y remunerarlo adecuadamente.

La forma como las empresas se organizan, basada en reglas, reglamentos y procedimientos, con las especialidades de los funcionarios, procedimientos regulares y la división de las tareas es la Burocracia definida por Weber (1975), donde debe quedar concentrada la impersonalidad y el respeto a los niveles de jerarquía.

Aquí, en este momento, no se está considerando la burocracia defendida por Weber (1975), que comprende una sistematización y organización para el buen desempeño de las actividades, sino la burocracia de algunos modelos, comportamientos y actitudes de servidores públicos y aun de los sistemas de funcionamiento de las rutinas administrativas forenses, que necesita actualmente de un profundo cambio, para atender los anhelos del jurisdicionado, asegurando una razonable duración del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación.

En el Brasil, tales prácticas están en las normas y exigencias establecidas por el Consejo Nacional de Justicia y en las modificaciones constitucionales establecidas con la Enmienda Constitucional n° 45/2006, entre ellas, la razonable duración del proceso, al disponer, en el art. 5° -LXXVIII que, a todos, en el ámbito judicial y administrativo, le son asegurados la razonable duración del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación.

En esta línea, la Argentina, en 1994 previó la institución del Consejo de la Magistratura, a partir de una reforma llamada Reforma Constitucional.

En el Brasil, los cambios aun no fueron suficientes para satisfacer los objetivos contenidos en la norma, la celeridad y la razonable duración del proceso establecidos en la propia ley. Como señaló Dalmo de Abreu Dallari (1996, p. 5):

En el poder judicial, los cambios fueron mínimos, en todos los sentidos. La organización, el modo de ejecutar sus tareas, la solemnidad de los ritos, el lenguaje rebuscado y hasta los trajes de los juzgadores en los tribunales, prácticamente permanecieron los mismos hace más de un siglo. Pero lo que es de mayor gravedad, la mentalidad del Judicial permaneció igual, habiendo comenzado a darse, recientemente, un movimiento de cambio, nacido dentro de la propia magistratura. Un aspecto importante de la vieja mentalidad es la

convicción de que el Judicial no debe reconocer que tiene deficiencias ni puede ser sometido a críticas, pues tamaño es la magnitud de su misión, que sus integrantes están por encima del común de los mortales. Esta convicción es frecuentemente reafirmada en discursos proferidos en las solemnidades realizadas por el Poder Judicial, cuando es común escuchar la expresión “misión divina de los jueces”.

Como ya se ha dicho, en la Argentina esta preocupación ya existe, en la codificación de normas buscando mayor celeridad en los trámites procesales, mayor efectividad, acciones no gubernamentales que discuten las prácticas existentes y colaboraron con medios que fomentan una buena administración de los medios judiciales.

A ejemplo de las codificaciones, se tienen los principios procesales, en especial el de la economía procesal, principio de celeridad, principio de impulso procesal, de la intermediación, esparcidos en la legislación y en las acciones no gubernamentales, a saber, Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (FORES), que promueve, hace más de 30 años, congresos, publicaciones y otras actividades (FREITAS, 2009, p. 80).

Sobre el principio de la Economía Procesal, Borthwich (2003, p.63) relata que el proceso se desarrolla con menor consumo y reserva de tiempo y menos desgaste de la actividad jurisdiccional. Pues:

Así, pues, su premisa rectora se edifica en la obtención Del mejor resultado posible, partiendo de un procedimiento ágil y simple, que se traduzca en un mínimo de esfuerzo, un mínimo de tiempo o un mínimo de costo.

Para QUINTERO y PRIETO, “Se define como la aplicación de un criterio utilitario en la relación empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional”.

Por otro lado, Gouveia (1994, p. 65) señala que el Poder Judicial sufre interferencia de intereses privados, que pueden analizarse por cuatro construcciones teóricas, que son los anillos burocráticos, el aislamiento burocrático, la feudalización y el corporativismo.

Sobre el aislamiento burocrático, Gouveia (1994, p. 65) entiende que “[...] surge en el lenguaje de la teoría organizacional contemporánea como “proceso de protección del núcleo técnico del Estado, contra la interferencia oriunda del público y de otras organizaciones intermediarias”.

Una forma de romper esta burocracia negativa es con una buena administración judicial y la consecuente actuación de jueces comprometidos con la realización de la justicia, ampliándose las competencias del Poder Judicial, rompiendo y abandonando antiguas concepciones formalísticas y dogmáticas (RAMOS, 2010, p. 266).

Como discurrió Blau (1971, p. 98) al referirse a la burocracia en la sociedad moderna, muchas prácticas burocráticas criticadas por los administradores, ya son ineficaces, como detalles minuciosos innecesarios que, a veces, molestan al público innecesariamente.

La burocracia debe caminar al lado de la eficiencia, no obstante, la eficiencia es una consecuencia de esta burocracia, siendo superior a todos los otros valores en la formación y desarrollo del organismo, así, conforme discurre Blau (1971, p. 102), “cuando se establece una organización con el propósito explícito de realizar objetivos específicos se espera que la rija el principio de la eficiencia. Una organización basada sobre este principio es lo que se denomina una burocracia”, pues los objetivos democráticos están instrumentalizados, a través de la organización burocrática.

2.2. La eficiencia de la administración de justicia

La burocracia en el Estado moderno, como definió Weber (1975, p. 261), existió en todas las formas de Estado, siendo en el ámbito del Estado moderno y del orden legitimado que la burocracia consiguió alcanzar su más alto grado de racionalidad, para las cuales enumeró, como características de un estado burocrático moderno, lo siguiente: Funcionarios que ocupan cargos burocráticos son considerados servidores públicos; los funcionarios son contratados en virtud de su competencia técnica y calificaciones específicas; los funcionarios cumplen tareas que son determinadas por normas y reglamentos estrictos; la remuneración se basa en salarios estipulados en dinero; los funcionarios están sujetos a reglas jerárquicas y códigos disciplinarios que establecen las relaciones de autoridad.

Para Weber (1975) esta división y distribución de tareas, así como funcionarios especializados, disciplina jerárquica y los reglamentos son elementos que componen la burocracia moderna, capaces de volver más eficiente a la administración.

Esta burocracia moderna es una forma avanzada de organización administrativa, con apoyo en el método racional y legítimo, lo que Weber (1975) llamó dominación legítima. El proceso de burocracia y burocratización están presentes en cualquier tipo de administración, tanto en la pública como en la privada, pues la "Plena burocratización moderna enfatiza, necesariamente, el sistema de exámenes racionales, técnicos y especializados", es decir, por un cuerpo de profesionales especializados, con atribuciones específicas y competencias delimitadas. (WEBER, 1975, p. 251).

La burocracia defendida por Weber busca una eficiencia productiva, una forma de organización en la administración, y no esta burocracia comprendida, por muchos, como negativa, utilizada en términos peyorativos, como una forma negativa de organización, a la cual Weber temía que dominase la sociedad moderna, lo que quedó en evidencia cuando refirió que "la democracia es enemiga de la burocracia" a pesar de que en otro pasaje haya dicho "solo la democracia consigue balancear los dominios de los intereses burocráticos". (WEBER, 1975, p. 262).

Las interpretaciones erróneas de la burocracia están muy distantes de la racionalidad original weberiana, cuando es entendida como anomalía, imperfección o exageración pasa a ser blanco de contestaciones en la gestión del análisis organizacional (COSTA, 1996, p. 45), pues la burocracia debe ser pensada, como la parte racional de la democracia en el sistema de organización administrativa, siendo la parte exagerada y negativa, el costado irracional.

Resolviendo la cuestión de la burocracia, en el sentido de la eficiencia, en el Brasil, conviene destacar que el principio de la eficiencia fue insertado en el enunciado del art. 37, de la Constitución de la República brasileña, a través de la Enmienda Constitucional nº 19/1998, mientras que el art. 74, resalta la importancia de la eficiencia y eficacia en los tres poderes, disponiendo, respectivamente:

Art. 37. La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, a lo siguiente:

[...] § 3º La ley disciplinará las formas de participación del usuario en la administración pública directa e indirecta, regulando especialmente:

I – los reclamos relativos a la prestación de los servicios públicos en general, aseguradas la manutención de servicios de atención al usuario y la evaluación periódica, externa e interna, de la calidad de los servicios;

II – el acceso de los usuarios a registros administrativos y a informaciones sobre actos de gobierno, observado lo dispuesto en el art. 5º, X y XXXIII; III – la disciplina de la representación contra el ejercicio negligente o abusivo del cargo, empleo o función en la administración pública.

Art. 74. Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y judicial mantendrán, de forma integrada, sistema de control interno con la finalidad de:

[...] II - comprobar la legalidad y evaluar los resultados, en cuanto a la eficacia y eficiencia de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial de los órganos y entidades de la administración federal, así como de la aplicación de recursos públicos por entidades de derecho privado;

Del mismo modo, existe la preocupación, en la legislación argentina de dar eficiencia y celeridad a los procesos, como en las palabras de Boleso (2014, p. 5):

Es conveniente destacar que, el nuevo Código Procesal Civil y Comercial, incorpora disposiciones tendientes a hacer efectivos los principios de celeridad y economía procesal.

Así, impone como deber de los jueces: el de dictar resoluciones con sujeción a plazos (art. 34 inc. 3), fundar sus decisiones respetando la jerarquía de las normas vigentes (art. 34 inc. 4) —de ahí que tenga enorme importancia la jerarquía constitucional de los principios de celeridad y economía procesal—. Se les otorga facultades de directores del proceso, debiendo aplicar el principio de concentración procesal (art. 34 inc. 5 a), el saneador y el de oficiosidad (art. 34 inc. 5 b), el de economía procesal (art. 34 inc. 5 e). Con la obligación de mantener la igualdad de las partes (art. 34 inc. 5 c),

absteniéndose de regular honorarios por actuaciones inútiles o dilatorias (art. 34 inc. 5 e), debiendo tener en cuenta como mérito profesional al tarifar la labor de los letrados intervinientes las actividades que hayan permitido abreviar la duración del proceso (art. 34 inc. 5 e). Debiendo declarar, al momento de dictar sentencia la temeridad o malicia de litigantes y profesionales.

La ley, también, otorga al órgano jurisdiccional, facultades ordenadoras e instructoras, que pueden disponerse de oficio (art. 36).

Es fácil advertir, que el procedimiento civil y comercial, se ha acercado, y en mucho al proceso laboral. Especialmente en lo que hace a las facultades otorgadas a los jueces —directores del proceso— y las medidas autorizadas por la ley, tendientes a obtener una mayor celeridad y economía procesal.

[...] Es nuestra responsabilidad y el compromiso que hemos asumido. Aplicar la Constitución —sus principios y valores— haciendo efectivos los derechos que ella garantiza -conducta transformadora, lo que implica empeñar decididamente nuestro esfuerzo para disminuir la injusticia.

[...] Llegamos así, a la conclusión que, el Derecho como obra cultural encauza conductas tras un proyecto de sociedad, de acuerdo al cual enfatiza posiciones y posturas. Por ello sitúa a la celeridad y economía procesal en la cúspide normativa —rango constitucional—, a fin de, desde un nuevo humanismo, lo instrumental, realice de inmediato los derechos materiales, al mismo tiempo que los valores de justicia y equidad.

Es importante traer a colación la diferencia entre eficiencia, eficacia, así como efectividad. Según José Carvalho dos Santos Filho. (2007, p. 27):

[...] respecto al principio de la eficiencia, no hay nada que decir sobre él, más que lo deseable. No obstante, es jurídicamente tan fluido y de tan difícil control a la luz del Derecho, que más parece un simple adorno agregado al art. 37, o la liberación de los que fallaron en el texto. De toda suerte, el hecho

es que, tal principio, no puede ser concebido (entre nosotros nunca está demás hacer excepciones obvias), sino en la intimidad del principio de la legalidad, pues jamás una supuesta búsqueda de la eficiencia justificaría postergación de aquel que es el deber administrativo por excelencia. Finalmente, se anota que este principio de la eficiencia es una faceta de un principio más amplio, ya tratado anteriormente, hace mucho, en el derecho italiano: 'el principio de la buena administración.

Los principios están esparcidos en el ordenamiento jurídico y son de gran importancia en la rama del derecho administrativo. Los principios generales del Derecho, según Figueiredo (2001, p. 62) "son normas generales abstractas, no necesariamente positivadas expresamente, pero a las que todo ordenamiento jurídico que se construya, con la finalidad de ser un Estado Democrático de Derecho, en sentido material, debe respeto".

Al discurrir sobre el principio de la eficiencia, Moraes (2005, p. 112) agrega: *Recordemos que el principio de la eficiencia, como norma constitucional, se presenta como el contexto necesario para todas las leyes, actos normativos y conductas positivas u omisivas del Poder Público, y sirve de fuente para la declaración de inconstitucionalidad de cualquier manifestación de la Administración, contraria a su plena y total aplicabilidad. [...] Es importante resaltar que la proclama constitucional del principio de la eficiencia pretende solucionar, principalmente, el clásico defecto de la Administración Pública en la prestación de los servicios y del Poder Judicial en analizar la eficiencia de la Administración".*

El principio de la eficiencia, así como legalidad, moralidad e impersonalidad, buscan proporcionar equilibrio en la administración pública (PIETRO, 2001, p. 270), en vista de que la inestabilidad en el derecho administrativo, en razón del cambio frecuente de la norma "es corregida por la observancia de los principios generales del derecho, en especial, aquellos que informan al derecho administrativo. Las leyes cambian, pero los principios

permanecen, asegurando aspecto propio, continuidad y autonomía al derecho administrativo”.

El principio de la eficiencia, incluido en la Constitución Federal del Brasil surgió, a partir de la llamada “Reforma Administrativa”, con el “Plan Director de la Reforma del Estado”, comandado por el entonces Ministro de la Administración Federal y Reforma del Estado, Bresser Pereira, en 1995, cuando evidenciaba la “Crisis del Estado”, caracterizada, entre otros factores, pro la superación de la administración pública burocrática.

Además de la reforma política, en un intento por modernizar el Estado, entre los que destacan el control de la productividad, incentivos a la gestión y las privatizaciones que ha sido el marco de esta reforma, igualmente surgieron importantes modificaciones, posteriormente, en el ámbito de la estructura del Poder Judicial, como la reforma del Judicial con el advenimiento de la Enmienda Constitucional N° 45, en especial, la preocupación por la razonable duración del proceso.

Así, agregando el pensamiento weberiano, de que la burocracia se hace presente en la administración pública, cada vez más, en las empresas, en los partidos políticos, en los ejércitos y en el derecho, se concluye que el principio de la eficiencia, esculpido en el art. 37 de la Constitución Federal, representa un nuevo modelo que deberá ser alcanzado por la administración y gestión pública para alcanzar los anhelos del jurisdicionado, a los fines de obtener la rápida y tan ansiada razonable duración del proceso, e igualmente, las metas establecidas por el Consejo Nacional de Justicia.

Del mismo modo, no se puede olvidar los métodos utilizados por la justicia argentina, ya sea a través de sus postulados normativos, principios y procesalística civil, o según la práctica habitual de la administración del sistema de justicia, a fin de dar una resolución rápida y eficaz de las controversias.

En este punto, se destaca, en el Brasil, el sistema de informática utilizado de forma virtual en los procesos, llamado Sistema de Proceso Judicial Digital, PROJUDI, de forma bien avanzada, con la transmisión electrónica de datos del proceso, vigente en todo el país, lo que da mayor celeridad y economía procesal en la tramitación de los hechos.

Esta herramienta, en la Argentina, aún no ha sido adoptada, no impide su aplicación, siempre que exista interés del poder judicial, a través del estudio compatible con la actual Constitución de la Nación, ya que, en palabras de Rodríguez (2012, p. 77):

Específicamente, respecto de las reformas relacionadas con el acceso a la justicia, debe señalarse que, principalmente, el Consejo es competente en cuestiones administrativas y operativas, pero no sustantivas o de fondo. Esto es materia de tratamiento legislativo.

Así, en vista de que las acciones de modernización del Judicial son imprescindibles para ofrecer al ciudadano una actividad jurisdiccional con eficiencia y celeridad en la pacificación de los conflictos, y ampliando o incluso facilitando el acceso a la justicia, pues, en palabras de Freitas (2011, p. 78), "actualmente existe una preocupación internacional con la eficiencia de la Justicia y de su actuación, como instrumento de defensa democrática".

En la Argentina, más precisamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se experimenta aun el proyecto piloto del proceso judicial electrónico, que se espera avanzar porque el tiempo urge y el jurisdiccional necesita la respuesta del Judicial en lo atinente a sus reclamos. Lo que se ve, mediante investigaciones específicas, es a todo el mundo esforzándose en prestar un servicio público de calidad a los jurisdicionados, como forma de equilibrar las relaciones sociales. En este sentido, la búsqueda de métodos y prácticas innovadoras tienen que ser una constante, en todos los sistemas de justicia del mundo. Se concluye, que, en cada etapa de éxito de esta búsqueda, se elimina en el mismo paso a paso el llamado tiempo muerto del proceso, que obstaculiza y enmaraña la efectividad en la entrega de la prestación jurisdiccional.

Recientemente, en abril del corriente año, el Dr. Mateo Laborde, presidente de la comisión de informática de la Fundación Cijuso, en Buenos Aires, visitó el Tribunal Regional Federal de la 4ª Región³⁷¹, en Rio Grande do Sul, Brasil, para conocer un sistema electrónico utilizado por aquel tribunal, denominado Eproc y declaró que "el sistema es avanzado y eficiente", agregando aún que "nosotros estamos conversando con las autoridades de la Provincia de Buenos Aires, en el intento de implementar un sistema similar al utilizado en el TRF 4", concluyó el abogado.

³⁷¹ Extraído del http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11783.

2.3. Burocracia en el Poder Judicial

Actualmente se observa que la burocracia está presente en toda organización, pues, el desarrollo de la burocracia, mundialmente, sigue el crecimiento socioeconómico, siendo necesaria debido al alto grado de complejidad establecido en la sociedad moderna. Aunque este sistema burocrático proporcione ventajas, pero también desventajas (disfunciones), influenciando directamente en la vida de los individuos que utilizan o depende de él, es posible percibir que todo ser humano es usuario de algún sistema burocrático. (DANTAS, 2009, p. 1).

El origen de la burocracia es muy antiguo. Weber (1975, p. 52) veía la burocracia, como el medio más racional de alcanzar una mayor eficiencia de dominación. La dominación, para Weber, se constata, empíricamente, en todo tipo de organización social en que se detecta la presencia de un jefe o soberano. La dominación del tipo burocrático presenta características que demuestran que esta es una forma de organización capaz de alcanzar objetivos, ya que se basa en la precisión, impersonalidad, conocimiento de la documentación, continuidad, discreción y uniformidad. (DONATO, 2006, p. 56).

No obstante, como resalta Donato (2006, p. 56), los actuales intereses de la sociedad brasileña ya no se adecuan a las disfunciones que atacan la estructura burocrática, desvirtuando sus características, demostrando que las estructuras administrativas del Estado necesitan de una mejor administración, que corrija las imperfecciones de la administración burocrática.

En la actualidad, en el poder judicial, aunque en algunos sectores ya se ha puesto a disposición la tecnología informática, la burocracia está presente y es necesaria. Esto se debe a que no habrá ningún sistema electrónico que pueda descartar la teoría de la administración y el principio de la especialización de las funciones administrativas y el entendimiento perenne de que los empleados, con la práctica constante, aprenden más y más. No basta este entendimiento, aliado al principio de la buena administración existente en algún lugar en el derecho italiano, se deberá recordar siempre el concepto weberiano, siempre en boga, que la burocracia debe caminar al lado de la eficiencia.

Según Weber (1975, p. 54) la burocracia era un tipo ideal de organización que se hace sobre la base del "saber profesional especializado". En pocas palabras, la estructura burocrática se caracteriza por un cuadro administrativo compuesto de funcionarios, que

ejercen sus funciones en condiciones establecidas. Así, la burocracia tiene la característica de estimular, pro la división del trabajo, la especialización creciente y el cálculo más preciso de los resultados y la objetividad de las decisiones, tomadas por criterios técnicos, previsibles y conocidos, sin consideraciones o sentimientos (DONATO, 2006, p. 57).

Se tiene, por lo tanto, como objetivo de la burocracia la máxima eficiencia de la organización, siendo que una organización es racional si los medios más eficientes son escogidos para la implementación de las metas, y la racionalidad funcional es alcanzada por la elaboración de reglas que sirven para dirigir, partiendo de arriba, todo comportamiento para el encuentro de la eficiencia. La racionalidad es un concepto muy ligado a la Burocracia de Weber, e deriva en la adecuación de los medios a los fines. En el contexto burocrático, esto significa eficiencia. (QUEIROZ, 2013, p. 11).

A nivel burocrático existen tres elementos constitutivos: el sujeto dominante que da órdenes como efecto de su propia voluntad, un cuadro administrativo encargado de ejecutar órdenes de aquel y los sujetos dominados que le obedecen. La formalidad es uno de los elementos que caracterizan la burocracia, ya que las reglas, decisiones y acciones administrativas deben ser formuladas y registradas por escrito. El elemento racional de la burocracia es la división del trabajo, que se realiza de manera de adecuar los objetivos a los fines, en la búsqueda de la eficiencia. En la burocracia, las personas son consideradas por sus cargos y funciones; de ahí su carácter impersonal. El deber de obediencia deriva del cargo que la persona ocupa y no de la persona en sí misma, ya que las personas vienen y van, pero los cargos y las funciones permanecen a lo largo del tiempo. (DONATO, 2006, p. 57).

No obstante, existen ciertos preconceptos con relación al término "burocracia", pues generalmente se asocia a la burocracia, como una organización en que el papeleo se multiplica y se acumula, impidiendo soluciones rápidas o eficientes, o, incluso, consideran que, en la dominación burocrática, existe un apego de los funcionarios a los reglamentos y rutinas, causando ineficiencia a la organización. En verdad, lo que ocurre es que la administración burocrática mal conducida genera disfunciones. (DONATO, 2006, p. 58).

No obstante, según Weber, la burocracia se constituye en una organización eficiente por excelencia. Weber consideró que la dominación del tipo burocrático sería un eficiente instrumento para proporcionar trabajo profesional, favoreciendo la moralidad, dificultando el nepotismo y la corrupción, a través de normas basadas en estándares de justicia e igualdad, asegurando la cooperación entre las personas en el cumplimiento de los fines buscados por la organización. (DONATO, 2006, p. 58).

Sin embargo, la crítica es que la burocracia es una organización racional, en grado máximo, y no considera el ambiente y la naturaleza organizacional, y que las personas vuelven mayores las ventajas de lo que en realidad son. Así, según la crítica, el sistema burocrático solo sobrevive porque las exigencias del ambiente son obvias y las exigencias de las tareas individuales son mínimas, no necesitando grandes procesos. (QUEIROZ, 2013, p. 11).

Así, en la mala administración de la estructura burocrática existe una despersonalización de la relación entre los funcionarios, pues estos funcionarios acaban por conocerse por los cargos y títulos que ocupan. En la burocracia, existe la expectativa de que las personas hagan aquello que se espera de ellas, pero mal conducida, esta característica puede llevar a la pérdida de la iniciativa, de la creatividad y de la innovación del funcionario. (DONATO, 2006 p. 58).

Existe, en la burocracia, un sistema de normas, hete aquí que, por medio de normas estables, se cree en la mejor eficiencia de las operaciones y, por último, forma parte, también, la impersonalidad, teniendo en vista que la organización se centra en la tarea y no en el individuo. (NUNES, 2011, p. 121).

El término burocratización fue usado por Weber en un sentido más amplio, refiriéndose, también, a las formas de actuar y de pensar que existen no solamente en el contexto organizacional, sino que permean toda la vida social antigua. Consolidando las apreciaciones críticas, se tiene que Weber considera la burocracia, como la forma más racional para alcanzar los objetivos organizacionales, como un factor importante para la racionalización de la estructura organizacional. Las disfunciones de la burocracia son solo consecuencias del fracaso de una burocracia mal adecuada. (QUEIROZ, 2013, p. 11).

Para Donato (2013, p. 11), las causas de las disfunciones de la burocracia residen en el hecho de que esta no toma en cuenta la llamada organización informal, que existe en todo tipo de organización humana, ni se preocupa por la variabilidad humana, es decir, las diferencias individuales que introducen variaciones en el desempeño de las actividades organizacionales. Sin embargo, un Judicial comprometido con la sociedad no se autoevalúa solo por criterios técnicos, sino, también, por la aceptación popular de sus acciones, que le dan sustentabilidad y legitimidad. (DONATO, 2006, p. 59).

El Poder Judicial brasileño presenta características del modelo tecno-burocrático, en vista de que el ingreso en la carrera se da a través de concurso público, así también su

estructura se organiza verticalmente, estimulando la visión de la carrera de sus miembros. (DONATO, 2006, p. 64).

Entretanto, el concurso público de pruebas y títulos ofrecidos a aquellos que desean ingresar a la carrera de la magistratura, aun ocurre solo en escasos periodos de tiempo, cuyo lapso termina por comprometer la buena administración de justicia, porque las comarcas se resienten con grandes interregnos sin la presencia de un juez. Esto converge para el estancamiento de la máquina judicial, aunque temporariamente, pero esta solución de continuidad sufrida repercute, directamente, en el fenómeno de la disfunción burocrática, que tiene, como consecuencia directa, el crecimiento de la tasa de congestiónamiento de los procesos.

Del mismo modo, los concursos públicos para servidores del Judicial no se dan regularmente para completar las vacantes existentes. Quiere decir que, por un lado, falta un juez, y por el otro, servidores. Naturalmente, esto sumado a los demás factores, conocidos y perpetuados en la administración del Poder Judicial, trae, en sí, la gran repercusión del atraso en la prestación del servicio y el desgobierno en la administración.

En cuanto a las competencias internas, distribuyendo las tareas entre los diferentes órganos que componen el Poder Judicial brasileño, la Constitución Federal de 1988, en su art. 92 e incisos, constituyó los siguientes órganos: I, el Supremo Tribunal Federal; II, el Consejo Nacional de Justicia; III, el Superior Tribunal de Justicia; IV, los Tribunales Regionales Federales y Jueces Federales; V, los Tribunales y Jueces del Trabajo; VI, los Tribunales y Jueces electorales; VII, los Tribunales y Jueces Militares; VIII, los Tribunales y Jueces de los Estados y del Distrito Federal y Territorios. (BRASIL, 1988).

El Poder Judicial, como institución burocrática, posee la división del trabajo, como principal característica. En el Brasil, la jurisdicción se divide en común y especializada. La justicia común se divide en justicia estadual y federal y la jurisdicción especializada está compuesta por las justicias del trabajo, electoral y militar, existiendo, también, la jurisdicción militar en las esferas Federal y Estadual. (DONATO, 2006, p. 70).

Como se observa, las tareas jurisdiccionales están formadas por un proceso de repartición horizontal de atribuciones. Así, las diferentes justicias están compuestas por órganos superpuestos, uno a los otros, en una relación de jerarquía de superior a inferior. (DONATO, 2006, p. 68).

En lo que respecta a la estructura administrativa, cada Justicia es autónoma, es decir, existen órganos propios de administración. Así, los magistrados, dirigentes del Poder

Judicial, son escogidos por el voto del propio Tribunal y estos poseen función administrativa y la revisión de la función jurisdiccional de los órganos inferiores. (DONATO, 2006, p. 69).

Actualmente, se tramita en el legislativo brasileño, un proyecto de ley 372, con chance de aprobación, para que las mesas directoras de los Tribunales, responsables por la administración de cada estructura del Poder Judicial, puedan ser electas por el voto directo y de todos los magistrados. Este criterio democrático de elección, ciertamente contribuye directamente, y siempre, a una mejor forma de administración, volcada hacia el progreso y la modernidad.

Así, tal como ocurre en la política partidaria, donde el pueblo tiene el derecho de escoger a sus gobernantes, con acierto o desacierto, con la nueva ley, los jueces cumplirán el deber ético, moral y hasta de ciudadanía, de escoger la mesa directora de sus tribunales, creyendo en el compromiso de los escogidos de prestar la mejor gestión. Esta importante participación de los magistrados, a través del ejercicio de su voto, ciertamente contribuirá para la solución de muchos problemas que, eventualmente, orbiten en torno de las actuales gestiones de los tribunales, relativos a cualquier síntoma de disfunción burocrática.

La cuestión burocrática del Poder Judicial tiene estrecha ligazón con el acceso a la justicia, pues consiste en uno de los obstáculos para su efectividad, visto que, la utilización excesiva de los recursos procesales, la escasa estructura del Poder Judicial, como la necesidad de un mayor número de magistrados, servidores, sistema computarizado, entre otros, derivan en el acceso precario a la justicia. (NUNES, 2011, p. 122).

Los síntomas más ostensibles de la patología burocrática son: el apego a la rutina, la ciega obediencia a las normas y procedimientos estandarizados, la formalidad y no la esencialidad, la eficiencia y no la eficacia, el proceso y no el resultado, la fabricación y no el producto, la apariencia y no el contenido, el informe y no el plan de acción, el pasado, el presente, pero casi nunca el futuro. El apego al formalismo se trata de la búsqueda incesante de la certeza, es decir, de la seguridad jurídica. No obstante, no existe la tutela

372 Se trata de dos PECs (Propuestas de Enmienda a la Constitución Federal), con el objetivo de democratizar la elección de la cúpula de los tribunales estatales. Los proyectos determinan elecciones directas, con la participación de jueces de primer grado, para la presidencia de las cortes. Extraído: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/pec-muda-sistema-de-eleicao-da-direcao-do-tj-2dn2ujzm9wt5ohlvmIn0s54r2>.

del derecho material, hete aquí que “el acceso formal, pero no efectivo a la justicia, correspondía a la igualdad solo formal, pero no efectiva”. (NUNES, 2011, p. 122).

Investigaciones realizadas en 2010, por el CNJ -Consejo Nacional de Justicia, apuntan que, cerca del 70% del tiempo de tramitación de los procesos en la justicia brasileña es gasto de actos notariales, como actuaciones y juntadas, comunicaciones procesales, numeración, certificaciones, entre otros. (BRASIL, 2010).

La burocracia, en el sentido de burocratización de los actos procesales, hace que el Poder Judicial sea visto, muchas veces, con descreimiento, por este apego exacerbado al formalismo, ya que, conforme la visión tradicional, el magistrado solo juzgará la demanda cuando hubiera alcanzado la certeza, pues solo así obtendrá la seguridad jurídica. En vista de la búsqueda incesante de la seguridad y, consecuentemente, la distancia mantenida entre el magistrado y el jurisdiccional, hace que aquel autor que tiene razón, quede perjudicado en la relación procesal, inhibiendo el alcance al acceso a la justicia, en razón de la demora en el juzgamiento, que, a veces, se da justamente por el exacerbado formalismo. (NUNES 2011, p. 123).

Este acceso a la justicia no puede ser negado a ningún ciudadano, bajo pena de hacer vulnerable la propia Constitución, como bien destaca Saiach; Knava (2007, p. 15) que “el acceso a la jurisdicción no puede serle negado a nadie. Todo rito que impida ese acceso vulnera la constitución Nacional”.

El principio del formalismo moderado y su diseminación aparece, como solución para la aplicación burocrática con eficiencia. Este principio consiste en la previsión de ritos y formas simples, suficientes para propiciar un grado de certeza, seguridad y respeto a los derechos de los sujetos, el contradictorio y la amplia defensa. También, se traduce en la exigencia de interpretación flexible y razonable en cuanto a las formas, para evitar que estas sean vistas como fin en sí mismo, desligado de las verdaderas finalidades del proceso, que es dar, en tiempo razonable, la prestación jurisdiccional pleiteada. (QUEIROZ, 2013, p. 19).

No obstante, el informalismo no significa, en este caso, ausencia de forma. El proceso es formal, en el sentido de que debe reducirse la escritura y contener documentación de todo lo que ocurre en su desarrollo. Es informal, en el sentido de que no está sujeto a formas rígidas. El objetivo principal del principio del formalismo moderado es actuar en favor del administrado. Así, a ejemplo de los Juzgados Especiales de Pequeñas Causas, el proceso debe ser simple, desprovisto de exigencias formales excesivas, tanto

más que la defensa puede quedar a cargo del propio administrado, no siempre familiarizado con los meandros procesales. (QUEIROZ, 2013, p. 20).

En lo que concierne a la burocracia, para un efectivo acceso a la justicia, no basta la aplicación pura y simple de la ley al caso concreto, el juez debe estar atento a las condiciones financieras, culturales y sociales que el ciudadano enfrenta, y adecuar la ley al conflicto para que se solucione eficazmente. (NUNES, 2011, p. 123).

Así, el poder judicial brasileño, posee actividades fin y medio, también llamadas funciones típicas y atípicas. Las funciones típicas son las actividades específicas de la organización, que es la función jurisdiccional —decir el derecho ante los litigios, mientras que las funciones atípicas son aquellas necesarias a la gestión administrativa de la organización—. (DONATO, 2006, p. 75).

Por lo tanto, en la ejecución de su gestión administrativa, el Poder Judicial, también presenta una estructura jerárquica, consistente en una forma de organización humana basada en la racionalidad, es decir, en la adecuación de los medios y fines pretendidos, buscando asegurar la máxima eficiencia en el servicio judicial. (DONATO, 2006, p. 77).

Las transformaciones del Estado, de manera general, presuponen su necesaria desburocratización, a partir de la adopción de gerencia estratégica, cooperativa, democrática, participativa y solidaria. En este contexto, existe la necesidad de pensar la estructura del Estado, como una red, con funcionamiento flexible y una política variable, capaz de procesar informaciones y asegurar el proceso de decisiones compartidas. Ante la realidad actual, las instituciones públicas han buscado adecuar su estructura organizacional y sus procesos internos, en el sentido de lograr mejores resultados, teniendo en cuenta el cumplimiento de su misión constitucional. (GRANGEIA, 2013, p. 02).

En este contexto, se verifica que el sistema burocrático se muestra como un sistema de control que ya está sobrepasado, pues no es capaz de resolver los conflictos internos. En verdad, la burocracia de Weber, como mecanicista, tiende a desaparecer, debido a las rápidas transformaciones ambientales, además del aumento y de la complejidad de las organizaciones que van surgiendo. (QUEIROZ, 2013, p. 11).

Según la Ministra Cármen Lúcia, en ese entonces Presidente del Tribunal Superior Electoral, TSE, el modelo de administración burocratizado adoptado especialmente en el Poder Judicial es como maquillar un cadáver que murió y no fue enterrado. Con referencia

al hecho de que un solo proceso reciba, en el TSE, entre 17 a 20 sellos —y muchas veces un oficio demora hasta 15 días para ser encaminado—. (MAAKAROUN, 2013, p. 1).

Según la referida Ministra Cármen Lúcia, ya no es hora de reformas. Es de “transformación radical y nosotros, en nuestros cargos, tenemos que proponer los ítems para la transformación del Poder Judicial brasileño” ella considera imprescindible la implantación del proceso judicial electrónico en la Justicia Electoral y señala haber preparado, en su gestión al frente del TSE, las condiciones para esto. (MAAKAROUN, 2013, p. 2).

A pesar de la jurisdicción de primera instancia, que utiliza el sistema *Themis*, o similar, para enviar una simple carta de intimación, citación o cualquier expediente del que depende el impulso procesal, requiere del servidor 10 gestiones obsoletas, desde la separación del proceso con las cartas, registro, confección de la lista, guardar y generar etiquetas, recortar, pegar las etiquetas en los sobres, verificar y entregar en la central de protocolo, juntar en el proceso copia certificada de la correspondencia enviada, mover, en el sistema electrónico informando la fecha de la correspondencia expedida y, por último, localizar en el mismo sistema electrónico los procesos de esta lista que quedaran esperando la vuelta del aire (aviso de recibo).

Esta es solo una faceta del empujamiento en que se ve sumido el poder judicial. Este obstáculo burocrático debe superarse con urgencia, para llevarlo a un nivel de administración moderna y eficiente.

Sin embargo, con la implementación del sistema electrónico, PJE, iniciado en 2015 en la justicia brasileña, la tendencia es tener velocidad y agilidad en los trámites procesales.

Para una mejor comprensión de la administración de justicia, es necesario abordar la organización del poder judicial.

3. ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL

Inicialmente, se trae a esta investigación un breve paneo sobre la Historia de la Justicia en el Brasil, para, a continuación, abordar la organización del poder judicial.

La estructura del Judicial, en su función, comienza con los “jueces ordinarios”, que actuaban en los centros urbanos, estos eran elegidos por la población y componían las Cámaras y consejos municipales.

Existían, también, los “jueces de veintena” que actuaban en los pequeños aglomerados urbanos. Ya para garantizar el poder y combatir las influencias de los poderosos locales estaban los “jueces de afuera” que eran nombrados por las Coronas. Estos jueces de primera instancia no necesitaban poseer estudios en leyes, (FREITAS, 2003 p.18). Así:

A la conclusión que se llega es la de que la justicia brasileña de la época colonial, en los límites y con las deficiencias de una región distante, inculta y colonizada, vinculada a las raíces portuguesas, que hasta hoy son la base del sistema judicial, actuaba conforme las peculiaridades de la tierra. En una época en que los medios de comunicación eran limitados a la ida y venida entre Portugal y Brasil o entre las capitanías, evidentemente que las cuestiones acababan siendo decididas por los jueces locales y de la forma adecuada al momento vivido. A tono con los demás países en tal etapa de la evolución. (FREITAS, 2003, p. 21).

Conforme señala Freitas (2003, p. 21), la proclamación de la independencia del Brasil despertó una serie de cambios, tanto en la justicia, como en el estudio del derecho. El primer hecho fue la eclosión de una nueva Constitución, que entró en vigencia en 1824, que protegía el derecho a la libertad y dio una nueva manera al Poder, entonces llamado Judicial. Así, en la época de la independencia:

En el ámbito del Poder Judicial, se crearon los cargos de jueces de derecho, con competencia para juzgar en lo civil y en lo penal. También el júri, decidiendo los jurados que, en consejos, se pronunciaban sobre materia de hecho, en lo civil y en lo penal. Jueces de paz con competencia conciliatoria y de jurisdicción y con alzada hasta 16.000 réis. Jueces municipales que podían sustituir a los jueces de derecho en determinadas circunstancias. Los Tribunales de Relación, en las provincias, juzgaban en grado de recurso. En tercera instancia, haciendo las veces de la Casa de Suplicación, pasó a actuar el Supremo Tribunal de Justicia. (FREITAS, 2003, p. 23).

El inicio de la relevante transformación vivida por el Poder Judicial brasileño, ocurrió luego de la proclama de la República, en 1889. El objetivo principal era transformar al Poder Judicial en un tercer poder, en un guardián de las libertades públicas y de los preceptos constitucionales. En cuanto a la estructura, él sería sin la jurisdicción administrativa y en cuanto a la organización, presentaría dos justicias, una Federal y otra Estadual, manteniendo la Justicia Militar y la Justicia Electoral, órganos judiciales ya existentes en la época, y otorgándole al Poder Judicial su autonomía administrativa y financiera. (FREITAS, 2003, pp. 23/24).

La Constitución de 1988 trajo una lista de derechos y garantías al ciudadano, inclusive, el derecho de acceso a la Justicia. No obstante, el acceso a la justicia no significa solo la exención del ciudadano de pagar los costos del proceso, en caso de demostrada insuficiencia, sino que su cuestión sea resuelta en tiempo suficiente y que satisfaga su interés por la causa, independientemente de su resultado.

El Poder Judicial, así como el Poder Legislativo y Ejecutivo es un poder independiente, que actúa armónicamente, pero es independiente de los demás, pues quien hace las leyes, no debe ser el mismo que las ejecuta o que las juzga. Pues si todos estos poderes estuviesen concentrados en una única institución, tendríamos un gobierno de Poderes concentrados, lo que se opone a la idea de Estado Constitucional y Democrático.

El Poder Judicial es quien soluciona el litigio y lo hace de dos maneras: dice el derecho y lo juzga. Decir el derecho es la jurisdicción y juzgar es ofrecer soluciones a los conflictos. Estas dos actividades componen la función jurisdiccional, que es una actividad técnica en la cual, el judicial, se pronuncia sobre la aplicación de las leyes, para la garantía

del debido proceso legal, una garantía del Estado Constitucional de Derecho, resaltando que las decisiones judiciales son obligatorias, y después, agotados los recursos, se vuelve cosa juzgada.

En este ínterin, las consecuencias de la actividad jurisdiccional son que ella impide la justicia privada, desarrollada por un particular, y cualquier causa llevada a juicio, obligatoriamente debe ser decidida según la Constitución, no pudiendo, el Judicial, excluir la materia de su apreciación, pues cualquier individuo tiene garantizada la posibilidad de acceder al Judicial, por medio de un proceso justo previsto en ley, que es el debido proceso legal.

Proceso justo es, ciertamente, lo que tramita no solo garantizando el *due proces of law*, sino que ocurra con celeridad y efectividad para que el ciudadano continúe creyendo en el poder del estado y no intente hacer justicia por mano propia.

Tampoco se debe dejar de afirmar que el ciudadano, al no optar por la justicia privada, actualmente en pleno apogeo por la ley de Mediación y Arbitraje, incisivamente crea en la justicia y necesite, así, tener una respuesta rápida sobre los hechos expuestos a deducción, no soportando atrasos exagerados que, muchas veces, comprometen, por el transcurso del tiempo, el objeto de la acción judicial.

En lo atinente a la Organización Judicial, en términos federativos, el Poder Judicial se divide en Justicia Estatal y Justicia Federal, ambas se subdividen, de acuerdo con la materia a ser juzgada. Estas están bajo dos Tribunales Federales Nacionales, el Supremo Tribunal Federal (STF), que es uno de los órganos brasileños más antiguos, que está por encima de los otros órganos, su competencia es juzgar cuestiones de alto grado de recurso y relativos a la Constitución, él es visto como un órgano máximo de nuestro sistema, al paso que el Superior Tribunal de Justicia (STJ), creado con la Constitución Federal de 1988, también es utilizado, como último recurso relacionado a las violaciones de las leyes vigentes.

La Justicia Federal y la Justicia Estatal se subdividen en niveles, denominadas instancias. En la primera instancia, están los juzgados especializados, en la segunda instancia, están los Tribunales, en la tercera instancia están el STJ y el STF, instancias máximas del Poder Judicial.

Todo el cuerpo de jueces tiene una gran obligación, que es juzgar los procesos que allá aportan. Estos procesos en curso son de números exorbitantes, y quien analiza el

trámite de cómo anda la decisión de todos estos procesos es el Consejo Nacional de Justicia, CJN, cuya principal obligación es hacer que el judicial actúe bien, de modo de satisfacer las necesidades de la población.

La Constitución de 1988 trajo muchos logros, y entre ellos, la garantía de la independencia y autonomía del poder judicial. El principio de independencia para el Poder Judicial, con la Constitución de 1988, se hizo efectivo y no meramente nominal. Se aseguró, también, la autonomía administrativa y financiera al Judicial, cabiéndole a este la competencia de elaborar su propio presupuesto, que debe ser sometido al Congreso Nacional, en conjunto con el del Ejecutivo. (SADEK, 2010, p. 11).

La Constitución vigente, siguiendo la tendencia mundial de los países democráticos, le confirió, al Poder Judicial, un lugar destacado, confiándole la guarda de los derechos subjetivos hasta incluso contra el Poder Público, y la función de hacer efectivos los derechos y garantías individuales, garantizados por el texto constitucional. (SILVA; JATAHY, 2012, p. 6).

El Poder Judicial brasileño posee autonomía e independencia, como prevé expresamente el art. 2º de la Constitución Federal. Tiene, por función, la administración de justicia y la garantía de la observancia del principio de legalidad, actuando solamente cuando fuera debidamente provocado, pues es un poder inerte. El Poder Judicial es tratado en el Capítulo III de la Constitución Federal, que dispone sobre la composición y competencia de sus diversos órganos, sobre las garantías de la magistratura, sobre la autonomía administrativa y financiera y sobre las líneas maestras del Estatuto de la Magistratura. (MENDES, 2012, p. 12).

El grado de independencia del Judicial está estrechamente relacionado al proceso de institucionalización de los órganos judiciales, pues la organización judicial está orientada por intereses y objetivos propios y se muestra capaz de controlar actividades y recursos esenciales a su supervivencia. Así, del proceso de reclutamiento de sus miembros a la dogmática que rige su funcionamiento, se tiene un conjunto de condiciones que permiten evaluar el grado de autonomía de la institución. (SADEK, 2010, p. 1).

El Poder Judicial es poseedor de diversas garantías constitucionales, actuando de forma independiente e imparcial en el ejercicio de su función jurisdiccional. Así, en lo que respecta a las garantías que protegen al Poder Judicial, como un todo, se destaca la autonomía funcional, administrativa y financiera, conforme el art. 99, de la Constitución Federal. (ADRIGHI, 2000, p. 1).

Los Tribunales brasileños, a partir de la Constitución de 1988, fueron dotados de un poder de autogobierno, consistente en la elección de sus órganos directivos, aunque de forma indirecta, elaboración de sus reglamentos internos, organización de sus secretarías y servicios auxiliares y los de los juicios que les fueran vinculados, en la asignación de los cargos de magistrados de carrera de la respectiva jurisdicción, así como en la asignación de los cargos necesarios a la administración de la Justicia (CF, art. 96, I). En este ínterin, la autonomía administrativa y financiera se materializa, también, en el otorgamiento, a los Tribunales, del poder de elaborar sus propuestas presupuestarias, dentro de los límites establecidos con los demás Poderes en la Ley de Directrices Presupuestarias. (MENDES, 2012, p. 39).

La división de competencias, en cuanto al Poder Judicial, está subdividida en: Justicia Estatal Civil y Penal (Común), que busca solucionar conflictos que puedan surgir entre personas, empresas, instituciones e impone pena a aquellos que cometen crímenes; Justicia Federal (común) que busca juzgar casos que fueren de interés de la Unión, de las autarquías o de las empresas públicas; Justicia del Trabajo (Especializada): que busca resolver los conflictos entre trabajadores y empleadores; Justicia Electoral (especializada): para garantizar que el proceso electoral sea democrático, honesto; Justicia Militar (especializada): procesa y juzga los crímenes militares. (SILVA; JATAHY, 2012, p. 86).

El Poder Judicial brasileño posee un orden jerárquico de instancias en tres grados, esto significa que un mismo caso puede ser juzgado y pasar por tres peldaños del Poder Judicial hasta llegar a una decisión final. La primera instancia es aquella que primero analiza y juzga un caso presentado al Judicial. La segunda instancia, por lo general, analiza los recursos, salvo materia de competencia originaria, representada por los Tribunales de Justicia. La tercera instancia de poder, está constituida por los Tribunales Superiores, en los cuales, los Ministros toman una decisión final, a la que no le cabe más recurso, siendo el Superior Tribunal de Justicia y el Supremo Tribunal Federal. La función de los Tribunales Superiores es garantizar que la ley sea interpretada de la misma forma en todo el país. (SADEK, 2010, p. 5).

El Supremo Tribunal Federal, como órgano de la cúpula, tiene atribuciones constitucionales, es el guardián de la Constitución. Luego, debajo en jerarquía, fue creado el Superior Tribunal de Justicia, que incorporó parte de las atribuciones antes concentradas en el STF. (SADECK, 2010, p. 5).

El Superior Tribunal de Justicia cumple el papel de guardián de la ley federal, recibiendo recursos de decisiones judiciales que la contraríen. Le cabe, también, a este órgano, juzgar los crímenes comunes practicados por gobernadores y otras autoridades. Sus competencias están descriptas en el art. 105 de la Constitución Federal. El Superior Tribunal de Justicia tiene, como objetivo principal, preservar la autoridad y la correcta aplicación de la ley federal y uniformar su entendimiento. Entre la competencia originaria del STJ, se destaca la de juzgar casos en que las autoridades y las altas autoridades de la República son coautoras o pacientes y que no estén bajo jurisdicción del STF. (ANDRIGHI, 2000, p. 4).

La Constitución Federal enumera algunas conductas básicas para la organización del Poder Judicial, como: ingreso en la carrera, cuyo cargo inicial será el de juez sustituto, mediante concurso público de pruebas y títulos; promoción de ingresos y ascensos para la carrera de juez, alternadamente, por antigüedad o merecimiento, conforme el desempeño por los criterios objetivos de productividad y presteza en el ejercicio de la jurisdicción y por la frecuencia y aprovechamiento en cursos oficiales o reconocidos de perfeccionamiento. (MENDES, 2012, p. 28).

La carta política en referencia garantizó el quinto constitucional para los jueces de carrera, los cuales, inexorablemente, son siempre promovidos aquellos que figuran en la quinta parte de su número. Así, las promociones son hechas alternadamente siguiendo el criterio de merecimiento y antigüedad. El juez más antiguo de la lista solo puede ser recusado en su promoción por votación abierta de dos tercios de los miembros de su tribunal. La promoción por merecimiento es hecha por análisis del desempeño del juez, obedecido el criterio de productividad y presteza en el ejercicio de la jurisdicción y por la frecuencia y aprovechamiento en cursos oficiales o reconocidos de perfeccionamiento.

Mientras tanto, los tribunales brasileños no están formados solo por jueces de carrera, por ser eclécticos en su esencia y seguir el mismo criterio del quinto constitucional, escogiendo de forma alternada sus otros miembros egresados de la clase de abogados y ministerio público, estos -tanto abogados como promotores de justicia- escogidos en lista séxtuple por sus respectivos órganos y dirigidos al tribunal, que selecciona tres de ellos y los dirige a una lista triple para el jefe del poder ejecutivo que es quien escoge entre ellos; al tomar posesión, como magistrado, entra en inmediato ejercicio vitalicio.

3.1. Consejo Nacional de Justicia (CNJ)

Realizando un contexto histórico, con el pasar de las décadas y la evolución de la sociedad se observó la necesidad de un órgano regulador, pues, anteriormente, el Poder Judicial no había merecido un tratamiento constitucional expreso y adecuado. Es necesario resaltar, aún, la necesidad de control es solo externa y atañe tan solo a los actos administrativos y financieros, no abarcando la actividad judicante (actividad-fin), ejercida por los miembros del Poder Judicial (jueces, camaristas y ministros). De esta forma, la Enmienda Constitucional n° 45/2004, que inició la reforma del Poder Judicial, introdujo, en el ordenamiento constitucional brasileño, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) (ARAÚJO, 2009, p. 68).

El Consejo Nacional de Justicia es un órgano de control externo del Poder Judicial, que fue concebido para contribuir, unificar y fortalecer institucionalmente al Poder Judicial, como una institución estatal, nacional y a nivel de gestión y planeamiento estratégico y, al mismo tiempo, ejerciendo un control de su gestión administrativa y financiera.

Fue creado en los moldes del derecho europeo, por la Enmienda Constitucional n° 45, que es llamada Reforma del Poder Judicial el 8/12/2004. Esta Enmienda Constitucional trajo varios cambios en la Constitución del país, trayendo, también, dos novedades en esta área: dos órganos de control, el Consejo Nacional del Ministerio Público (CNMP) y el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), como órgano de control, respectivamente, del Ministerio Público y del Poder Judicial Nacional.

El Consejo Nacional de Justicia (CNJ) actúa como un órgano en el que él mismo puede abrir procedimientos de naturaleza administrativa contra los magistrados, exceptuando el Supremo Tribunal Federal, pues este controla los actos del CNJ, sirviendo, como órgano de control y también como instancia recursal contra las decisiones proferidas por el Consejo Nacional de Justicia (CNJ).

Así, tanto la primera instancia, como los demás Tribunales de segunda instancia del Judicial nacional en sus diversas matrices, en sus diversos segmentos, están controlados por el Consejo Nacional de Justicia y este, al ejercer este control, puede, inclusive, realizar procedimientos de oficio, cuando toma conocimiento de algún desvío de conducta, por parte de los magistrados, servidor, o provocación de cualquier persona de la sociedad civil,

a través de proceso administrativo extremadamente facilitado, bastante accesible, vía electrónica, por simple acceso en la página virtual del CNJ.

El Consejo Nacional de Justicia (CNJ) existe para ejercer el control de la actuación administrativa y financiera de los órganos del Poder Judicial, disciplina, también, los deberes del Juez, deberes estos que están inscriptos en la Ley Orgánica de la Magistratura Nacional, no obstante, el CNJ no tiene competencia para rever decisiones de cuño judicial, porque este órgano es de naturaleza administrativa y financiera.

El Consejo Nacional de Justicia (CNJ) también es ecléctico, teniendo, en su composición, jueces de la justicia estatal, federal y camaristas, miembros del ministerio público, abogados y hasta ciudadanos comunes, todos con mandato de dos años. Así, además de lo ecléctico del colegiado, por otro lado, la alternancia, en que se compone es constantemente desahogada, reestructurada y cambiada, demostrando ser un órgano de contenido bastante republicano, condicente con la expectativa de la sociedad brasileña.

Antes del Consejo Nacional de Justicia ya existía desde 1977, el Consejo Nacional de la Magistratura, órgano compuesto por siete ministros del Supremo Tribunal Federal. Le cabría al Consejo Nacional de la Magistratura conocer los reclamos contra los miembros de los Tribunales, observado y dispuesto en la Ley Orgánica de la Magistratura Nacional (PAULA FILHO, 2008, p. 56).

El objetivo del Consejo Nacional de la Magistratura era de unificar el sistema de la magistratura estatal y federal, además de evitar actos de insubordinación administrativa y corrupción. Había aceptación de la nueva institución, era un órgano integrado por miembros de la más alta Corte del País, pero manteniendo la independencia del Judicial "como poder político". Así, el Judicial continuó su trayectoria sin la interferencia del Consejo, ejerciendo sus competencias constitucionales con autonomía. (PAULA FILHO, 2008, p. 57).

La discusión, acerca del control externo del Poder Judicial pasa a desarrollarse en medio de debates, simposios, seminarios, publicaciones, etc. A partir de entonces, el discurso asume una apariencia contenida. No se contraría la idea de que los tribunales debieran auto administrarse, sin embargo, parece ser indispensable que el Poder tuviese sus actos de naturaleza no necesariamente judicial sometidos a la supervisión, aun considerando todas las interesantes y respetadas competencias de los tribunales y garantías de los jueces de las más diversas esferas de actuación. (PAULA FILHO, 2008, p. 57).

Hace mucho tiempo ya se discutía un “Control Externo” del Poder Judicial. Las mortificaciones y las resistencias eran motivadas por varias preguntas, hasta entonces de difícil respuesta, y generalmente afectaba a quien debería ser objeto de este control y quien lo ejercía. Recordemos que la EC/45 fue una de las pioneras para la existencia del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), teniendo su origen en el movimiento iniciado en los años noventa, a fin de promover la reestructuración de la magistratura, con profunda reforma de su base, buscando corregir los defectos existentes en las normas que la disciplinaba, para volverla más eficiente. (PAULA FILHO, 2008, p. 58).

Por otro lado, la creación de los canales de atención al ciudadano (Defensorías de Justicia), creadas por la Unión, tanto en el Distrito Federal, como en los territorios, poseen el objetivo de recibir reclamos y denuncias contra miembros o auxiliares del Poder Judicial y formulará representación al Consejo Nacional de Justicia. (TEIXEIRA FILHO, 2005, p. 247).

No obstante, las denuncias dirigidas a la defensoría deben ser relativas a aspectos administrativos o financieros del Poder Judicial, ya que el CNJ no posee competencia para apreciar materia procesal. (TEIXEIRA FILHO, 2005, p. 247).

El centro de atención del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) es un canal entre la justicia y el ciudadano, en el cual todos allí se empeñan en contribuir hacia el mejoramiento de este órgano. De este modo, el ciudadano sirve de control vertical de los agentes estatales no electos en tema institucional, y la defensoría del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) tiene el objetivo de recibir consultas e informaciones, así como promover la integración del propio órgano y el Poder Judicial, siendo de su competencia atender las demandas, mejorar los servicios, presentar y dar publicidad de los datos recolectados, emitiendo informes trimestralmente. (ROBL FILHO, 2013, p. 257).

El Consejo Nacional de Justicia (CNJ), vale recordar, está compuesto por 15 consejeros, siendo nueve magistrados, dos miembros del Ministerio Público, dos abogados y dos ciudadanos de notable saber jurídico y reputación inmaculada (KREBS org., 2003, p. 177), y su funcionamiento está delimitado por el Estatuto de la Magistratura. (TEIXEIRA FILHO, 2005, p. 259).

Con la creación del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) se dio una verticalidad del poder judicial, con mayor preponderancia de algunos grupos ideológicos para que se mantenga la hegemonía del Estado, en vista de que el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), funciona, como un poder paralelo al Poder Judicial. (KREBS org., 2003, p.180).

El Consejo Nacional de Justicia (CNJ) es un órgano de gran destaque para el Poder Judicial, poseyendo una serie de funciones otorgadas por la Constitución Federal. Actúa trazando metas y objetivos en planes estratégicos para todo el cuerpo jurisdiccional brasileño, buscando solución a problemas a corto plazo. Busca, también, colocar correctamente los recursos que forman parte de la gestión del Judicial. (ROCHA, 2012, p. 110).

Analizando al Consejo Nacional de Justicia (CNJ) por el costado del principio de la eficiencia, él busca la optimización de los recursos para alcanzar sus objetivos, utilizando racionalmente los recursos, métodos y procedimientos disponibles que se vinculan a las actividades administrativas del Poder Judicial. (ROCHA, 2012, p. 110).

Como un órgano responsable por el ejercicio del control del Poder Judicial, ejerce un control horizontal y verticalmente no electoral. Por el control horizontal, el CNJ implementa *accountabilities* judicial comportamental e institucional. (ROBL FILHO, 2013, p. 238).

Los jueces brasileños no son electos por el voto popular, son sometidos a concursos de pruebas y títulos y, por esto, no se someten directamente al *accountabilities* vertical electoral, donde los ciudadanos sancionan, por medio de elecciones, los representantes y autoridades electas (por los actos y resultados producidos). Al tomar posesión e iniciar sus ejercicios funcionales, ingresan en la etapa probatoria, por dos años, resolviendo quienes serán examinados y, aprobados, adquieren la condición vitalicia, solo pudiendo perder el cargo por condena criminal con pena por encima de los dos años, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Magistratura Nacional (LOMAN).

En cuanto a los jueces argentinos, también sometidos a concurso público realizado por el Consejo de la Magistratura, permanecen en sus cargos mientras dure su buena conducta, poseen independencia, inamovilidad y estabilidad, consonante con lo que establece el art. 110 a 114 de la Constitución Nacional argentina.

Es importante destacar, sin embargo, que, en ambos países, los jueces hacen carrera de Estado, por esto son miembros del poder judicial y así no serán equiparados al servidor común de carrera. En este caso, los jueces, en el Brasil y en la Argentina, por imposición legal, gozan de los principios inalienables de la condición vitalicia, inamovilidad e irreductibilidad de vencimientos.

Estos principios garantizan la autonomía funcional del juez, puesto que, sin ellos, los magistrados estarían descubiertos de protección y susceptibles de inestabilidad para proceder a sus juzgamientos.

El art. 103-B de la Constitución Federal disciplina que le compete al Consejo Nacional de Justicia celar por la autonomía y por el cumplimiento del Estatuto de la Magistratura. La Ley Complementaria n° 35/76, del Estatuto de la Magistratura protege las garantías constitucionales de autogobierno y de autoadministración. Es factible que los poderes necesiten ser fiscalizados, así, los controles ejercidos por los Tribunales son tan necesarios como importantes. (ROBL FILHO, 2013, p. 238).

En este contexto, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) se muestra esencial en el control horizontal sobre los magistrados y el poder judicial en general. Sin embargo, el CNJ no puede establecer derechos y deberes nuevos, crear reglas o restringir derechos fundamentales, pero posee competencia de actuación financiera relativa a derechos judiciales y otras competencias que constan en la Constitución y en el Estatuto de la Magistratura y, como este es anterior, tanto a la Constitución Federal, como al Consejo Nacional de Justicia (CNJ), el nuevo Estatuto de la Magistratura debe diseñarse adecuadamente a las competencias de este Consejo. (ROBL FILHO, 2013, p. 241).

Entre las atribuciones establecidas en el art. 103-B consta que el CNJ debe formular anualmente un informe, presentando algunas providencias que juzgue necesarias sobre el contexto y la situación actual del Judicial brasileño. Así, para auxiliar al Consejo Nacional de Justicia se elaboró el Departamento de Investigaciones Judiciales (DPJ), que tiene, por objetivo, desarrollar investigaciones que actúen en conocimiento de la función del poder judicial, promover diagnósticos y analizar los problemas estructurales en la rama del derecho, dar opinión y concluir sobre algunas materias sometidas al Consejo, diseminar informaciones y conocimientos, a través de publicaciones. (ROBL FILHO, 2013, p. 247).

Se da, así, la construcción de un plan en los tribunales que representa una forma en la que el Consejo Nacional de Justicia estandariza cuestiones administrativas, financieras de la Justicia Federal y Estatal, equilibrando la justicia, como un todo. (ROBL FILHO, 2013, p. 241).

Las metas establecidas por el CNJ para 2009, 2010 y 2011 fueron el juzgamiento de todos los procedimientos instaurados hace más de 4 años. Las metas del Poder Judicial, en 2012 y 2013, se fijaron en el V Encuentro Nacional del Judicial, siendo establecidas metas

para juzgar una mayor cantidad de procesos, disponer consulta *online* de procesos e implantar sistemas electrónicos para facilitar el trámite de los procesos. (ROBL FILHO, 2013, p. 253).

Son muchos los factores que se dieron para la morosidad procesal. Todos aquellos que frecuentan el ambiente forense conocen francamente estos factores y pocos contribuyen a su no ocurrencia.

En el Brasil, se debe observar la cantidad de abogados existentes en el mercado, derivado del gran número de facultades de derecho, cerca de 1300, cuyos profesionales encharcan el Judicial con acciones de todo orden. Estos profesionales enfrentando lo pionero de la profesión erran mucho en sus postulados, produciendo peticiones iniciales incompletas, sin la calificación correcta de las partes, omitiendo valor de causa, sin pedido de citaciones o notificaciones de las partes y de otros lapsus de la mejor técnica profesional que, aunque sean singulares, desafían expedientes procesales que atrasan sobremanera el curso normal del proceso.

El abandono de la causa también es un problema constante para la efectividad de los procesos, porque las causas abandonadas por las partes absorbieron el acervo procesal de las unidades jurisdiccionales y, hasta extinguirse, ya demandaron mucho tiempo con expedientes inútiles, que fatalmente se dieron en detrimento del tiempo útil destinado a los procesos en trámite, por las partes que realmente tienen interés, y por el judicial que no puede dejar de analizar todos los hechos, hasta el final.

En este aspecto, pese al nuevo código procesal en boga, no existe, en ese digesto procesal, ninguna previsión de penalidad para el abandono de causa por las partes, a ejemplo del art. 344 de la misma ley, que prevé multa para las partes o representante que no comparezca a los actos procesales para los cuales estén intimados. Si hubiese multa para el abandono de causa, ciertamente habría un relativo desahogo en el acervo de las unidades judiciales y sería mejor utilizado en los procesos con real objetividad el tiempo de sus gestiones.

Actualmente, existe una banalización de la justicia con juzgamiento de acciones sin ningún criterio, pero con consecuencias graves para la administración de las unidades judiciales. Si ya existiese previsión de imposición de multa, en tales casos, frenaría esta demanda desenfrenada, sin objetividad. Y no se debe confundir esta sugerencia de multa, con el intento de impedirle al ciudadano acceder a la justicia, sino solo una alerta pedagógica para que lo haga de forma responsable, evitando un pleito temerario.

La morosidad en la justicia no es un problema solo de nuestro país, pero el poder judicial brasileño tiene, como meta, obtener un funcionamiento de acuerdo con la necesidad y anhelo de su pueblo. Sin embargo, su estructura y reglamentos aún no acompañan los cambios que hubo en la sociedad. El advenimiento de la Constitución de 1988 —la constitución ciudadana— el código de defensa del consumidor, editado en 1990, la creación de los juzgados especiales de pequeñas causas, en 1995, la evolución tecnológica, la migración de la población del campo hacia la ciudad de cara a la revolución industrial, todo esto confluyó para la búsqueda de la justicia a escala nunca antes vista, vergonzosa y sin precedentes. Urge, así, que se encuentre un medio, no para frenar al ciudadano su acceso a la justicia, sino de prestarle una asistencia jurisdiccional en los términos de la ley fundamental, que especifica, por un lado, que el poder judicial no se eximirá de apreciar lesión al derecho, y por otro lado pugna por la duración razonable del proceso.

El Consejo Nacional de Justicia (CNJ) ya nació con la meta de propagar la paz y estimular la conciliación y la mediación y, para esto, el Brasil debe abrir nuevos horizontes para que esto se alcance a nivel nacional. El objetivo es alcanzar el justo concreto, en el cual se tengan estándares de desempeño para los principales procesos, ya que la morosidad deriva de muchos aspectos y una gestión inteligente sería un marco para el fin del problema de la morosidad. (LEWANDOWSKI; NALINI, 2015, p. 24).

El Poder Judicial es muy criticado por su lentitud, y así, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) debe considerar este factor para planear el futuro del sistema de justicia, que necesita recuperar en la sociedad la confianza que se encuentra perdida, adoptando un papel de gerente de la justicia, para los próximos años. (LEWANDOWSKI; NALINI, 2015, p. 31).

La Enmienda Constitucional n° 45 le concede al Consejo Nacional de Justicia (CNJ) la función de realizar el control administrativo y financiero del Poder Judicial, con dos importantes misiones, el control judicial y el cumplimiento de los deberes de los jueces, cuya actuación se ha mostrado extremadamente amplia. (LEWANDOWSKI; NALINI, 2015, p. 39).

En este ínterin, la primera década del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) trajo una esperanza de cambio y renovación estructural en la búsqueda de reforma del judicial, realizada desde dentro hacia afuera, sin intereses políticos. El Consejo Nacional de Justicia (CNJ) fue una apuesta acertada, pero no excluye la actuación del STF sobre sus limitaciones

constitucionales, así como en cuanto a las competencias, de uno y otro lado. De este modo, su creación refuerza la democracia y la ligazón entre poderes e instituciones de Estado de actuar de forma armónica, y la definición de los límites constitucionales del Consejo Nacional de Justicia - CNJ (LEWANDOWSKI; NALINI, 2015, p. 51).

El surgimiento del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) marcó la historia de la justicia brasileña, su actuación hace más de una década demuestra la importancia y la singularidad de su presencia en el sistema judicial, con la credibilidad de la sociedad. La madurez del órgano demuestra una evolución técnica y gerencial que deja a los tribunales actuar autónomamente. (LEWANDOWSKI; NALINI, 2015, p. 77).

La búsqueda del equilibrio de fuerza del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) y del Poder Judicial ha madurado y ganado confianza en las Cortes y en todo el país, cuyos actos administrativos deben ser pautados en la inexistencia de ilegalidad que provoque la actuación de este Consejo. (LEWANDOWSKI; NALINI, 2015, p. 78).

3.2. La responsabilidad social en el ámbito del Poder Judicial: garante de los Derechos Fundamentales

Los derechos sociales garantizan la existencia digna del individuo, mientras que sea miembro de una sociedad justa e igualitaria. El principio de la dignidad de la persona humana garantiza el mínimo existencial a todos y debe ser cumplido por el Estado. Al alegar la reserva de lo posible, el Estado desafía al poder judicial a intervenir en su actuación, en casos que así lo recomienden, porque el poder judicial es guardián de los derechos fundamentales del ciudadano, conforme lo establece el art. 5º de la Constitución Federal brasileña.

Además de las atribuciones habituales, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) también posee una responsabilidad social, en la medida en que promueve proyectos de inclusión y desarrollo social, concientización de derechos, deberes y valores y, principalmente, en la interlocución entre poderes y la sociedad. Así, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) desarrolla proyectos e investigaciones, con el objetivo de obtener un mapa de los problemas para, en conjunto con los órganos judiciales y la sociedad civil organizada, canalizar esfuerzos y recursos para la democratización y racionalización de las medidas en el ámbito del Poder Judicial. (DEOCLECIANO, 2010, p. 72)

Es la transformación en centro de gestión de excelencia, el principal punto del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), por medio de la racionalización de las estructuras y del funcionamiento de los servicios auxiliares, gerenciando objetivos y metas, definiendo directrices de la política administrativa y planes de desarrollo de recursos humanos, físicos y logísticos. (DEOCLECIANO, 2010, p. 73).

Esta responsabilidad queda evidenciada con la formulación de políticas públicas, al enfrentar cuestiones volcadas a la inserción social y al desarrollo de prácticas solidarias, en el intento de promover la dignidad de la persona humana, tales como: los programas Comenzar de Nuevo, Donar es Legal, Batallón Carcelario, Foro de Debate constante sobre el derecho de las mujeres, del niño y del adolescente, del indígena y la cuestión fiduciaria. (DEOCLECIANO, 2010, p. 73).

En todos estos trabajos realizados por el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), la responsabilidad social materializada en el contexto de las actividades fomentadas, siempre fue un deber constitucional latente. No obstante, solo ahora muestra fuerza en las políticas públicas. Y los jueces, inmersos en una coyuntura de concreción de derechos fundamentales, tienen un papel imprescindible en la afirmación de estos derechos, como también en la sedimentación de los nuevos caminos que llevan a una justicia social y a un judicial más participativo y preocupado por las políticas preventivas. (DEOCLECIANO, 2010, p. 75).

Con el advenimiento de la CF de 1988, el Poder Judicial predomina en el papel de garante de derechos constitucionales y la guarda de los derechos fundamentales, pero, para que el judicial alcance el ideal democrático, tiene que tener una actuación democrática, ante su legitimidad constitucional. (LEWANDOWSKI; NALINI, 2015, p. 177).

La actuación del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) viene desarrollándose, como órgano de planeamiento y coordinación del judicial, se ha mostrado esencial, tanto para solucionar problemas, como para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales. (LEWANDOWSKI; NALINI, 2015, p. 118).

Según Lewandowski; Nalini (2015, p. 121), al hacer una analogía con el CNJ, se puede analizar, de acuerdo con estos 11 años de actuación, que, por medio de sus actos administrativos, actos normativos, así como por la implementación de algunas políticas judiciales, derivadas de la cooperación con otros poderes, este órgano viene consiguiendo

ampliar eficientemente la atención a derechos fundamentales de los ciudadanos. (LEWANDOWSKI; NALINI, 2015, p. 121).

Este Consejo fue fruto de la Reforma del Judicial en la Constitución de la República/1988, como un instrumento creado por el sistema democrático con el objetivo de terminar, o por lo menos, minimizar la crisis del Judicial. Muchos llamaron al Consejo Nacional de Justicia (CNJ), órgano de control externo. Pero, actualmente hay unanimidad en cuanto al órgano, que es visto, por muchos, como beneficioso para alcanzar la eficiencia en las funciones jurisdiccionales, evitando que el Poder Judicial no se pare o quede estratificado. Para Lewandowski; Nalini (2015, p. 135), el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) consiguió cumplir su búsqueda de orden judicial y la efectivación de los derechos fundamentales y con esto fortaleció el Estado Democrático de Derecho y la creencia en la ciudadanía.

La prestación de justicia es un medio para que el Judicial pueda cumplir su objetivo, como Poder constituido. Y, es de primordial importancia reevaluar los deberes de la magistratura, dentro de la democracia brasileña. La justicia, en la prestación, se relaciona con las políticas de estructuración, calificación y dinamización de las tareas, todo a cuenta del deber de humanizar el servicio público. (DEOCLECIANO, 2010, p. 88).

La justicia, en la prestación, es fundamental para la efectivación de los derechos fundamentales, resaltando el acceso a la justicia, como también el derecho del ciudadano de recibir la prestación de la justicia, como siendo aquella que reúne condiciones dignas de ofrecer o propiciar una mayor satisfacción de su derecho y, principalmente, el sentimiento de inclusión social. (DEOCLECIANO, 2010, p. 88).

Luego de la creación del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) un nuevo medio de hacer justicia informativa comenzó a formar parte de la sociedad. La propagación de políticas comunicativas sobre la actuación del judicial brasileño y de sus proyectos de inclusión social representa una ganancia significativa para la democracia. Valiéndose de los medios de comunicación (televisión, periódico, radio e internet), el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) pasó a publicitar los programas y la actuación del judicial, aproximando la información, explicando los motivos y aclarando las finalidades de los programas y su carácter de inclusión social. (DEOCLECIANO, 2010, p. 90).

Entre las principales directrices de la comunicación social del judicial están: dar amplio conocimiento a la sociedad de las políticas públicas y programas del judicial, divulgar, de forma sistemática, en lenguaje accesible y didáctico, los derechos del ciudadano y los servicios puestos a su disposición, estimular la participación de la sociedad

en el debate y en la formulación de las políticas públicas que envuelvan sus derechos y diseminar informaciones correctas. (DEOCLECIANO, 2010, p. 91).

Otro mecanismo esencial, en el contexto de la comunicación son las audiencias públicas, que tanto permiten al Consejo Nacional de Justicia (CNJ) dirigir su política administrativa, como posibilita a la sociedad manifestar públicamente sus insatisfacciones y sugerencias para el mejoramiento de las prácticas forenses. La consulta pública, por lo tanto, sirve como herramienta de participación directa de la sociedad, posibilitando que las decisiones sobre el planeamiento de las políticas judiciales sean tomadas en conjunto. (DEOCLECIANO, 2010, p. 92).

Aun en este aspecto de inclusión y acceso a la justicia, a través de la creación del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), el alcance de las directrices constitucionales delineadas por la reforma del judicial depende, antes que nada, del establecimiento de prácticas judiciales que estén asociadas a la celeridad procesal, perfeccionamiento gerencial y satisfacción de la pretensión perseguida.

3.2.1. Consejo Nacional de Justicia, como inhibidor de la morosidad procesal

No se debe olvidar la cruzada en defensa del Judicial, la batalla por nuevas conquistas, consistentes en los puntos de la reforma. Todo en el intento de minimizar, sino extinguir, el espectro de la morosidad, que impide implementar el trabajo de construcción de una justicia más accesible, célere, efectiva y presente. (ARAÚJO, 2009, p. 66).

La gran tendencia del proceso civil moderno es la búsqueda de resultados prácticos, a fin de viabilizar la realización del derecho sustancial y el acceso a la justicia, con economía procesal y celeridad. Así, solo volver disponible el acceso del ciudadano no basta, es necesario que la respuesta se dé en tiempo hábil y satisfactoriamente. (ARAÚJO, 2009, p. 66).

Otra medida, resultado de estudio y recomendación del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), con el intento de minimizar y/o resolver la morosidad, envuelve la modernización de la administración. Invertir en softwares, recursos de informática, de modo que hagamos más y mejor uso de las últimas conquistas tecnológicas. (ARAÚJO, 2009, p.69).

El sistema de proceso virtual del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) fue desarrollado en software libre y permite el procesamiento totalmente electrónico de los casos, vía Internet, dándole más agilidad y transparencia al poder judicial, al tiempo que permite grandes ahorros de recursos a todos los involucrados. Después de varios proyectos piloto con los tribunales de justicia, que se iniciaron en el 2006, el sistema será distribuido a todos los segmentos del poder judicial. (ARAÚJO, 2009, p. 69).

Sí, el proyecto del proceso judicial electrónico es ya una realidad en el poder judicial brasileño, sin embargo, no se han aplicado en su totalidad, debido a que hay algunos de los segmentos que aún no han implementado esta magnífica tecnología al servicio de la sociedad en general y, en particular, al jurisdicionado.

El proceso judicial electrónico (PJE), cuando estuviera implementado y funcionando sin los obstáculos naturales de ser pionero, competirá sobremano con el enfrentamiento de la morosidad de la justicia, con gran chance de éxito, porque esta tecnología elimina muchos expedientes inútiles desarrollados en el proceso tradicional.

Según datos del CNJ, el Brasil camina a grandes pasos en el escenario mundial, como un precursor en la virtualización de los procesos, ya que el porcentaje de casos nuevos electrónicos ha aumentado gradualmente desde 2009 en el poder judicial, alcanzando casi el 45% en 2014, lo que implica un universo de 11,8 millones de procesos. Los tribunales superiores presentaron, en promedio, un índice del 98% de procesos electrónicos, con un 100% de implantación en el TST y el 99,7% en el STJ, ya implantado en 21 Tribunales Estatales, 24 Tribunales laborales y en los Federales, 02 tribunales militares. (BRASIL, 2016, p. 36).

No obstante, la plenitud de este proceso judicial depende de inversión financiera permanente del poder público, con actualización del sistema, promoción de cursos de perfeccionamiento de los servidores, mantenimiento de la estructura y ambiente de trabajo que permita una atención eficiente al jurisdicionado, con la consecuente entrega de la prestación jurisdiccional en tiempo razonable.

Por lo tanto, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) es un indicador importante en la reversión de la imagen del Poder Judicial, ya que estableció que todos los servidores públicos deben rendir cuentas a la sociedad, lo que solo puede ocurrir si se le dan las condiciones hábiles al desarrollo de su trabajo. Otra forma es mejorar las unidades de asuntos internos, para responder de una manera más inmediata a esta demanda, dando su interferencia, con el apoyo del CNJ junto al poder público para que las condiciones de trabajo y el desarrollo de la prestación de servicios a los reclamantes sea ofrecida

satisfactoriamente y, ahí sí, poder exigir del servidor y del propio magistrado una rendición de cuentas relativa a la efectividad del servicio, que tiene, como único objetivo, la entrega de la prestación jurisdiccional a los que buscan al poder judicial para la deducción de hechos que envuelven alguna forma de conflicto.

Como se ve, la reforma del Poder Judicial, con la institucio-nalización del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), busca alcanzar el punto crucial de la prestación de servicio jurisdiccional, es decir, la morosidad, garantizándole a todo ciudadano el real acceso a la justicia. (ARAÚJO, 2009, p. 69).

La creación del Consejo Nacional de Justicia fue de una importancia única desde el punto de vista de la administración judicial, ya que se constituye un órgano plural, compuesto por representantes de todos los segmentos del poder judicial, representantes de abogados, fiscales y de la sociedad, y por lo tanto, órgano superior, que es capaz de coordinar y establecer la formulación de estrategias y políticas de gestión que permitan la solución de los problemas graves que afectan al sistema judicial. (ARAÚJO, 2009, p. 74).

Es relevante recordar que el Consejo Nacional de Justicia no consiste en un órgano que vincula jerárquicamente a los tribunales. Los tribunales y los jueces permanecen autónomos e independientes en el ejercicio de su función jurisdiccional. Con la creación del Consejo, sin embargo, las iniciativas y acciones de gestión administrativa, operadas de manera difusa y divergente, pasan, ahora, a contar con un órgano de centralización y de articulación. (ARAÚJO, 2009, p. 74).

El principio de la celeridad procesal, ahora expresado en la Constitución Federal, revela la postura teleológica del proceso, que debe asumirse, como un instrumento o medio con objetivos claros que, al cumplirse, lo legitiman ante la sociedad. Para esto deben evitarse las formalidades superfluas, que impiden el cumplimiento de su objetivo principal. Es necesario, por lo tanto, que el magistrado conduzca el proceso buscando el alcance de sus objetivos. (ARAÚJO, 2009, p. 75).

La Enmienda Constitucional n° 45 introdujo el art. 93 de la CF/88, expresa previsión de que la actividad jurisdiccional será ininterrumpida, prohibiéndose vacaciones colectivas a los Jueces y Tribunales. La medida tiene por objetivo dar solución de continuidad a las actividades desarrolladas por el Judicial siendo, por lo tanto, una medida más en el intento de disminuir la morosidad, evitando la interrupción de los servicios forenses. (ARAÚJO, 2009, p. 76).

Mientras tanto, es importante resaltar que no eran solo las vacaciones colectivas de los jueces y tribunales que constituía, en teoría, la interrupción del poder judicial. Esto porque las expectativas judicantes no paraban por completo en este periodo. Existían, en la época, jueces zonales, sustitutos o auxiliares respondiendo en la jurisdicción, por aquellos que gozaban de vacaciones de modo colectivo.

Sin embargo, este hecho despierta una importante interpretación con respecto a la reforma del poder judicial, que debería abarcar, de primera mano, la apertura de las puertas del poder judicial a los ciudadanos, abrir literalmente, comenzando con por su funcionamiento de forma alargada, incluidos sábados y domingos, tales como aeropuertos, hospitales, hoteles y actividades de ocio, además, todavía, del comercio en general, que gran parte de él no cierra sus puertas ofreciendo, en estos días, sus servicios la población. Es importante hacer esta comparación para que las autoridades competentes pueden repensar con inteligencia y creatividad, la mejor forma de funcionamiento del poder judicial, y siempre con el fin de satisfacer, con excelencia, al ciudadano que paga los impuestos. No es razonable, ni aceptable, que un sector tan importante de la actividad pública en nuestro país, cumpla solamente un mezquino expediente, en detrimento del jurisdicionado. Siendo la actividad jurisdiccional ininterrumpida, a la luz de la constitución, el cierre de las puertas del poder judicial a la población, incluso si se establece el régimen de guardias —como se ha hecho— no se cumple el rigor de la ley mayor del país. Las guardias no son suficientes porque, en la mayoría de las jurisdicciones, funcionan de forma precaria y tratan solamente materias específicas.

La misión del Consejo Nacional de Justicia es la elaboración de un planeamiento estratégico para el sistema judicial, como un todo. No obstante, los primeros pasos del Consejo han seguido la línea adoptada por la mayoría, sea de los administradores de tribunales, sea de las empresas consultoras, que poseen sus prácticas moldeadas en los métodos de planeamiento estratégico empresarial. Un plan buscando la garantía de una prestación jurisdiccional célere y eficiente se vuelve, no solo hacia el Poder Judicial, sino a un conjunto abarcativo de estructuras y competencias, que se refieren a la justicia. (ARAÚJO, 2009, p. 83).

Para que la reforma, efectivamente, cambie el cuadro judicial brasileño, haciendo posible el acceso a la Justicia y volviendo célere y eficaz la prestación jurisdiccional, existen muchas cuestiones, con diferentes niveles de complejidad, pero también varias estructuras estatales, y este estudio es papel del Consejo Nacional de Justicia. (ARAÚJO, 2009, p. 83).

Así, conforme destaca Araújo (2009, p. 83), se pueden describir varias medidas tomadas por el CNJ, con el objetivo de minimizar la morosidad procesal, entre ellas la institución de los sectores de conciliación en el ámbito de la justicia común, cuyo objetivo es intentar una conciliación, incluso luego de la proposición de la acción, pero antes de la intervención judicial. Esta mediación es hecha por voluntarios y en la presencia de oficiantes de la justicia, a ejemplo de la Argentina, en donde la mediación funciona, como la fase pre procesal y obligatoria, a partir de la Ley n.º 24.573 de 1995.

Otra medida fue la institución de la fase pre procesal, donde, en algunas causas, los interesados, incluso sin interposición de acción judicial, van hasta el foro y realizan un acuerdo, con la presencia de oficiantes de la justicia, donde se labra el término y es homologado judicialmente, teniendo la misma validez de una acción judicial. (ARAÚJO, 2009, p. 83).

Además de esto, se han tomado otras importantes decisiones por parte del CNJ, desde su inauguración, relacionadas a las más diferentes materias, por ejemplo, desvíos funcionales, moralidad pública, relevamientos estadísticos, estudios específicos relacionados a los problemas del judicial, en especial en cuanto a la morosidad. Este órgano da diversas resoluciones y recomendaciones, con el propósito de instrumentar la reorganización del Poder Judicial e implementar cambios para resolver la morosidad. (ARAÚJO, 2009, p. 84).

Otra medida adoptada, a partir de la reforma que trajo la EC n° 45, fue la institución del fallo vinculante, que tiene la intención de desahogar los tribunales superiores, sin ninguna falta de respeto a los principios legales. Estas son solo algunas medidas y objetivos del Consejo Nacional de Justicia para minimizar la morosidad procesal. (ARAÚJO, 2009, p. 84).

Es necesario que la cultura de los magistrados y de los Tribunales se vuelque hacia la conducción del proceso, sin grandes formalidades, con un propósito específico a ser alcanzado, es decir, la realización del derecho material, con la respectiva pacificación o solución de los conflictos, en vista de que, en la sociedad actual, más que cambios legislativos, se necesitan cambios fácticos, sensibles. (ARAÚJO, 2009, p. 86).

De cualquier modo, la Enmienda Constitucional n° 45 tuvo el mérito de llamar a la sociedad, los abogados, los promotores y los propios integrantes del Judicial a la realización de un debate sobre la real finalidad y los resultados de esta noble función del

Estado: la de pacificar los conflictos sociales de forma rápida y con la máxima realización de la justicia. (ARAÚJO, 2009, p. 86).

Realizar la fiscalización y control es solo una parte de las actividades del Consejo Nacional de Justicia. El acompañamiento de los actos administrativos del Poder Judicial es importante para que la sociedad tenga informaciones sobre el planeamiento de políticas públicas judiciales y su concreción, y pueda participar efectivamente de esta construcción. El Consejo Nacional tiene el papel de recoger datos nacionales sobre el Poder Judicial y proponer alternativas a corto, mediano y largo plazo. Es importante resaltar que cualquier política pública, inclusive la política judicial, necesita de planeamiento y esta será la función esencial del Consejo, analizando y sistematizando informaciones, eligiendo prioridades y construyendo alternativas para desarrollar el acceso y la eficiencia de la Justicia. (ARAÚJO, 2009, p. 88).

3.3. Asuntos Internos del Poder Judicial

Antes de la creación del Consejo Nacional de Justicia, el órgano fiscalizador era la Corregiduría de Justicia, que aun actúa en sus funciones, incluso, después del surgimiento del CNJ.

Haciendo un análisis histórico de Asuntos Internos, se percibe que la denominación "corregidor", viene de "aquel que auxilia, da asistencia al regidor". Según Carvalho Santos (2007, v. 13, p. 147), al pensar sobre el corregidor, dice que "el magistrado, con jurisdicción extraordinaria permanente sobre todos los jueces inferiores y oficianes de la Justicia, con la atribución de enmendarles los errores o castigarles las faltas o abusos". Agrega incluso "La definición del eminente civilista se agrega, incluso, a que también el juez de primera instancia es el corregidor de los servicios judiciales o administrativos que de los que es responsable".

Este control interno de la magistratura es ejercido desde el periodo colonial, por las Corregidurías de la Justicia que, en la actualidad, se encuentran presentes en todas las ramas del Poder Judicial. La intensidad de las correcciones depende de la intensidad de la práctica local, cada corregidor actúa en la forma que juzga más adecuada. (FREITAS, 2003, p. 34).

Hay, sin embargo, formas de control externo del Poder Judicial, que pueden ser hechas por las partes del proceso, por los abogados y por el Ministerio Público. El ciudadano, a través de la proposición de la acción popular, ejerce la fiscalización, así como el control de la prensa, debido a la velocidad con que la información llega al ciudadano, y en menor medida, existe el control ejercido por la Orden de Abogados del Brasil, que realiza una mediación, en caso de que haya conflictos entre jueces y abogados. (FREITAS, 2003, p. 37).

3.4. Carrera de la magistratura: formación de los jueces brasileños y el derecho comparado en Argentina

En el Brasil, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), le determina, a los tribunales del país, que promuevan constantemente cursos de formación profesional para los jueces, en las más diversas áreas de actuación de sus funciones. Estos cursos son promovidos por las Escuelas de la Magistratura de cada estado de la federación e, incluso, son dictados, también, por la Escuela de la Magistratura Nacional.

Con esto, los magistrados brasileños se reciclan y se ven preparados para el ejercicio de sus funciones. La participación de los magistrados en los cursos de formación y perfeccionamiento son promovidos por las escuelas de la magistratura, son, incluso, prerequisites para las promociones de los jueces en las vacantes abiertas por el criterio de merecimiento en la función.

La magistratura brasileña, no está demás repetir o aclarar mejor, es una profesión de carrera. El juez brasileño aprobado en concurso público de pruebas y títulos, inicia su cargo y va escalando sus promociones, en las vacantes alternadas de merecimiento y antigüedad, pasando cada etapa, llegando, algunos de ellos, finalmente, a componer sus respectivos tribunales.

Este camino del juez, de peldaño por peldaño, significa la propia carrera del magistrado y trae, como consecuencia, una serie de experiencias, que obtiene mayores contornos con los cursos de formación continua, promovidos por las Escuelas de la Magistratura. Téngase en cuenta que estos cursos de formación, preparación, reciclaje y

especializaciones también se ofrecen a los servidores del Poder Judicial y, en algunos casos, como una manera de ascenso a la carrera.

La iniciativa del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), de promover los cursos de perfeccionamiento y formación continua de los jueces brasileños atiende el principio de la dinámica de la transformación de la sociedad, considerando que el derecho, también es dinámico, tanto como la sociedad. Y la justicia, la única que aplica esta prerrogativa social, que es el derecho, no puede jamás quedar inerte a la ocurrencia de estas transformaciones, principalmente ahora en el mundo globalizado, donde las fronteras de todos los países no resisten a este fenómeno.

Vale la pena recordar que, después de ser aprobados en concursos públicos de pruebas y títulos, los jueces brasileños pasan por una formación inicial en las Escuelas Superiores de la Magistratura, que cada una de la federación tiene, afecta a su respectivo tribunal. Estas escuelas preparan a los candidatos al cargo de juez, aunque ya estén aprobados en el concurso público, siendo ellos ejercitados para la futura función que ejercerán, son evaluados y se le atribuyen notas de esta evaluación. Significa decir que, cuando estos nuevos jueces llegan a sus unidades jurisdiccionales, lo hacen preparados suficientemente para el ejercicio de su función, facilitando, de esta forma, su comprensión para decidir las cuestiones que se le imponen, con firmeza y efectividad.

Además de la preparación de sus magistrados, a través de las Escuelas Superiores de la Magistratura, sea de la justicia común (justicia estatal) federal o del trabajo, el sistema de justicia brasileño dispone el proceso judicial electrónico (PJE), para ofrecer una mejor oferta de su producto (prestación del servicio público) a sus consumidores, cuyo sistema funciona con rapidez, garantía y seguridad.

La efectividad de la entrega de la prestación jurisdiccional depende de esta composición: preparación de los jueces y servidores y la tecnología. No obstante, en el presente, de cara al extraordinario acervo físico de los procesos, aun no fue posible la entrega de la prestación jurisdiccional, dentro de la expectativa del jurisdicionado, que espera eficiencia de métodos, rapidez y eficacia de las decisiones judiciales.

4. DERECHO COMPARADO: ORGANIZACIÓN JUDICIAL EN LA ARGENTINA

4.1. Forma de gobierno

El federalismo es la forma de Estado adoptada en la Argentina (art. 1° de la Constitución Nacional), formato que concibe la existencia simultánea de la unidad del Estado nacional, que es soberano, con la pluralidad de provincias, dotadas de amplia autonomía. En este sentido, para SOUZA³⁷³:

El Estado federal es conceptuado, como una alianza o unión de Estados. La propia palabra federación, del latín foedus, quiere decir pacto, alianza. Montesquieu, en su clásico "El espíritu de las leyes", escribió que la república federativa es una forma de constitución que posee todas las ventajas internas del gobierno republicano y la fuerza externa de la monarquía. Según el filósofo, esta "forma de gobierno es una convención, según la cual, varios cuerpos políticos consienten en tomarse ciudadanos de un Estado mayor que pretenden formar. Es una sociedad de sociedades, que forman una nueva sociedad, que puede crecer con nuevos asociados que se unirán a ella".

El modelo argentino está inspirado en el federalismo americano, en el cual la existencia de las provincias, aunque con una división distinta de la actual, es antecedente a la nación. Y, luego de la implementación de esta forma de Estado, pasaron a coexistir, como entes federados, la nación, las 23 (veintitrés) provincias, además de la Ciudad de Buenos Aires (denominada "Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CABA"), que es la capital del país.

Como consecuencia del régimen adoptado, que les atribuye amplia autonomía, las provincias sancionaron sus propias constituciones, siguiendo las directrices instituidas en la Constitución de la Nación. Tal sistema permite, en la práctica, el control y cooperación

³⁷³ SOUZA, Alexis Sales de Paula e. *A origem do Federalismo brasileiro*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, año 15, n. 2642, 25 set. 2010. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/17486>>. Acceso: 3 mar. 2016.

recíproca entre las provincias y el gobierno federal, evitando la concentración del poder, a través de la descentralización.

Además de esto, el federalismo permite la integración y cooperación de los gobiernos nacional y regional, a partir, principalmente, de la participación institucionalizada de las provincias en el "Senado de la Nación". Los senadores son representantes de las provincias en esta casa legislativa de ámbito nacional. (CAO, 2012, p. 122).

4.2. Organización del Poder Judicial

En lo concerniente a la organización del Poder Judicial en la Argentina, a tenor de lo que prescriben la constitución nacional y las provinciales, se tiene que el sistema judicial argentino puede ser dividido en justicia nacional y justicia provincial.

De acuerdo con el art. 108 de la Constitución Nacional, el Poder Judicial nacional se presenta formado por la "Corte Suprema de la Justicia" (Corte Suprema de Justicia de la Nación) y por los tribunales inferiores, establecidos por el Congreso en territorio nacional, que están compuestos por los "Juzgados de Primera Instancia" y por las "Cámaras de Apelaciones".

Además de esto, en los términos de los arts. 114 y 115 de la Constitución de la Nación, integran, aun, el Poder Judicial de la Nación, el "Consejo de la Magistratura" y el "Jurado de Enjuiciamiento".

Las materias de competencia del Poder Judicial Nacional están disciplinadas en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional. Será originaria de la Corte Suprema, cuando se tratare de demandas involucrando embajadores, cónsules extranjeros o cuando alguna provincia fuera parte. Por otro lado, pasará por los tribunales inferiores y llegará a la Corte superior, por vía de apelación con el manejo de Recurso Extraordinario Federal, cuando se suscite una cuestión federal, oriunda del conflicto de leyes o respecto de tratado internacional, siempre respetadas las materias de competencia provincial, *in verbis*.

Artículo 116. Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva

hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Artículo 117. En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

Es importante destacar que, para fines de organización de la estructura judicial, la justicia nacional está dividida y ejercida en 17 (diecisiete) territorios de “jurisdicciones federales”. Cada uno de estos territorios, que pueden abarcar, en algunos casos, el territorio de más de una provincia, es competente para juzgar los casos que envuelvan demandas federales ocurridas en el ámbito de sus circunscripciones. Ejemplos: Justicia Federal de Bahía Blanca (jurisdicción sobre el sur de la provincia de Buenos Aires y sobre toda la provincia de La Pampa); Justicia Federal de Comodoro Rivadavia (jurisdicción sobre la totalidad de las provincias de Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego); Justicia Federal de Córdoba (jurisdicción sobre la totalidad de las provincias de Córdoba y La Rioja); Justicia Federal de Posadas (jurisdicción sobre la provincia de Misiones).

La Corte Suprema de Argentina es la última instancia del Poder Judicial Nacional y la guardia directa de la Constitución, de las instituciones democráticas y del sistema legal del país. Su composición y reglamento general están previstos en los arts. 110 a 113 de la “Constitución de la Nación”.

Se extrae de los referidos mecanismos constitucionales, que este órgano tiene autonomía en cuanto a su organización interna. Sus miembros gozan de irreductibilidades

de los rendimientos, pero no poseen carácter vitalicio en el cargo, permaneciendo en él “mientras dure su buena conducta”. Además de esto, es requisito esencial para la investidura, el ejercicio de al menos ocho años como abogado de la nación, así como tener las cualidades requeridas para ser senador.

Artículo 110. Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.

Artículo 111. Ninguno podrá ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, sin ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser senador.

Artículo 112. En la primera instalación de la Corte Suprema, los individuos nombrados prestarán juramento en manos del Presidente de la Nación, de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución. En lo sucesivo lo prestarán ante el presidente de la misma Corte.

Artículo 113. La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados.

En este contexto, es importante un abordaje sobre los órganos que integran el poder judicial de la nación, el “Consejo de la Magistratura” y el “Jurado de Enjuiciamiento”.

4.2.1. Órganos integrantes del Poder Judicial: Consejo de la Magistratura

Así como en el Brasil, en la Argentina existe el Consejo de la Magistratura, tipo de órgano censor del Poder Judicial, que se asemeja al Consejo Nacional de Justicia (CJN), en el Brasil, guardando, sin embargo, algunas diferencias entre sí.

La primera y esencialmente importante se refiere al sistema de selección de sus jueces que, en el Brasil, se hace por concurso de pruebas y títulos y los nombramientos son de atribución exclusiva del poder judicial, obedecido solo la orden de aprobación en el certamen y respectiva vacante.

La segunda concerniente a la remoción de los jueces, que dependen de la iniciativa del Consejo de la Magistratura de aquel país. En el Brasil, tanto la remoción, como la promoción de los jueces se hace por sus respectivos tribunales, siguiendo el criterio constitucional de antigüedad y merecimiento en la carrera de la Magistratura.

Se agrega que el Poder Judicial brasileño, compuesto por sus tribunales, tiene cada uno su propio órgano censor, o asuntos internos de la justicia, que recurren sus decisiones hacia el Consejo Nacional de Justicia. El Consejo Nacional de Justicia (CNJ), en el Brasil, difiere del Consejo de la Magistratura en la Argentina, en cuanto a su composición que, en el primero no tiene políticos (diputados ni senadores), como lo tiene en el segundo. Este hecho despierta interés de investigación para evaluarse hasta donde es fructífero que miembros de este consejo tengan o no políticos en su cuadro. (LONIGRO, 2011, p. 803).

El Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de Argentina tiene sus antecedentes en otros países, como en Francia, Italia, España y Colombia. Por lo tanto, con la reforma constitucional de la Argentina, en 1994, se limitó la política general del Poder Ejecutivo, relativo al nombramiento y remoción de los jueces, con tendencia a fortalecer la independencia de los poderes de la República, resultando en la autoadministración de los Tribunales.

Consecuentemente se dio un crecimiento de los tribunales federales, con especialidad en el ejercicio de sus funciones, la Constitución de 1994 expresó que el Consejo de la Magistratura fuese un organismo de representación plural, adecuado para administrar sus recursos, ejecutar y supervisar sus presupuestos y adoptar las medidas necesarias para la eficaz prestación de servicios, incluyendo la facultad de regulación interna, evitando, así, por otro lado, la politización de la administración de la justicia.

Se conceptúa, de esta forma, que el legislativo nacional argentino, mediante la representación plural del Consejo de la Magistratura, creado en la reforma constitucional,

entendió que, de este modo, tendría la garantía de la independencia política del órgano. La heterogeneidad y la renovación periódica de sus miembros serían, también, factores de independencia en la selección y nombramiento de los jueces.

El art. 114 de la Constitución Argentina, es claro en disponer: “El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría de la totalidad de sus miembros de cada cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial” (LONIGRO, 2011, p. 461).

El Consejo de la Magistratura, disciplinado por el art. 114 de la Constitución de la Nación y regulado por ley especial nacional (Ley 24.937, con últimas modificaciones dadas por la Ley 26.855), es el órgano responsable por la administración y fiscalización del Poder Judicial en la Argentina, con atribuciones similares al Consejo Nacional de Justicia del Brasil.

El Consejo de la Magistratura está, actualmente, compuesto por 19 (diecinueve) miembros, entre jueces del Poder Judicial Nacional, legisladores, abogados, miembros del Poder Ejecutivo y representantes del campo académico, todos con ejercicio temporario de cuatro años, solo pudiendo ser reelectos mediante intervalo de un período.

4.2. Competencia y funciones del Consejo de la Magistratura

En cuanto a las funciones y atribuciones del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Argentina, dos son de la mayor importancia: la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. Los jueces son seleccionados por concurso público. En el Brasil también el aspirante al cargo del juez se somete a concurso público, donde se incluye una prueba escrita y de títulos del candidato.

Por lo tanto, en el caso de la Argentina, seleccionados los jueces, el Consejo de la Magistratura envía una lista triple al Presidente de la República para que escoja y nombre a uno de ellos, pudiendo recaer, la elección, en cualquiera de ellos, no pudiendo, el jefe del ejecutivo, escoger un candidato que no haya sido indicado en la lista triple enviada por el Consejo. Este es el principio de la vinculación, instituido en el art. 99, inc.4°, de la Constitución Argentina, siendo que el acto del ejecutivo solo se completa con el acuerdo del senado, realizado en sesión pública. (LONIGRO, 2011, p. 462).

Conforme destaca Lonigro (2011, p. 463), el Consejo de la Magistratura de la Argentina ejerce una función económica y financiera del Poder Judicial, de acuerdo con el

art. 114, inc. 3º, de la Constitución, pero ni así tiene su gobierno. El Consejo de la Magistratura gobierna la administración del Poder Judicial, solamente. Su existencia no afecta la independencia del Poder Judicial, función esencial de los magistrados, en el juzgamiento de los casos concretos, cuyas decisiones son sometidas a revisiones solo por sus respectivos tribunales. (LONIGRO, p. 463).

Además del ejercicio de la función económica y financiera, exclusiva del Poder Judicial, el Consejo de la Magistratura de Argentina posee una función disciplinaria, como la apertura de procedimiento para remoción de los jueces y reglamentación del funcionamiento del Poder Judicial en el sentido de organizar lo que fuera necesario para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio judicial. Estas funciones típicamente administrativas, antes eran cumplidas por las propias cortes judiciales.

Entre sus principales competencias están la promoción de concurso público para completar las vacantes en la carrera de la magistratura nacional, la indicación de miembros para los tribunales, decidir sobre la apertura de procedimiento de remoción obligatoria de jueces, así como editar normas en el ámbito de la organización judicial nacional. En esta línea, cabe enfatizar el art. 114 de la Constitución de la Nación:

Artículo 114. El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.

2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.
5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.
6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

El Consejo de la Magistratura desempeña funciones disciplinarias sobre los magistrados, pudiendo aplicarle sanciones por violación al régimen disciplinario, abrir procedimiento de remoción de magistrados de los tribunales inferiores, que son funciones típicas de carácter administrativo, relacionadas con la organización judicial. (GARCÍA, 1998, pp. 462-463).

Cabe observar, que el art. 114 de la Constitución Argentina, parece remitir a la ley ordinaria, el mandato de los miembros del Consejo de la Magistratura, sea de dos años con derecho a una reconducción, o con un único mandato de cuatro años, consonante con lo que observa Lonigro (2011, p. 464), este órgano se compone, periódicamente, entre personas del ámbito académico, legisladores (diputados y senadores), miembros del Poder Judicial de la Nación (camarista nacional, juez de primera instancia, juez federal), y abogados.

4.2.3. El jurado de enjuiciamiento y demás órganos integrantes del Poder Judicial

El "Jurado de Enjuiciamiento", es el órgano responsable por la remoción y juzgamiento de los jueces de primera instancia y de las cámaras de apelación (integrantes de la estructura de los tribunales nacionales inferiores), siguiendo el procedimiento del art.

115 de la Constitución Argentina, también reglamentado en ley especial nacional. (Ley N° 24.937).

En su composición se integran jueces, legisladores y abogados, igualmente electos para el ejercicio temporario de cuatro años, permitida una reconducción inmediata, una única vez. Cabe transcribir las disposiciones constitucionales al respecto:

Artículo 115. Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el Artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.

Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo.

En la ley especial a que se refiere el Artículo 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado.

Conforme dicho en otro lugar, en el contexto del sistema federalista adoptado, la Constitución de la Nación prevé, además del Poder Judicial Nacional, que cada provincia promoverá la organización y administración de la propia justicia, obedecidas las materias reservadas a la jurisdicción nacional. Vale reproducir el art. 5°:

Artículo 5°. Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

En este sentido, cada provincia argentina posee una jurisdicción que se encarga de materias no federales, con su propia organización judicial y legislación procesal. Su organización se fundamenta, básicamente, en las respectivas Constituciones provinciales, siendo que la mayoría de ellas está dividida en Juzgados de Paz, Juzgados de Primera Instancia, Cámaras de Apelaciones, y un tribunal superior, cuya nomenclatura varía de acuerdo con la previsión constitucional provincial correspondiente. (Ejemplos: Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos e Tribunal Superior de Justicia de Córdoba).

Se resalta que la Justicia de Paz, institución integrante del Poder Judicial Provincial, de acuerdo con las disposiciones constitucionales de cada provincia, exceptuadas las peculiaridades locales, constituye aquella justicia relacionada a la resolución de conflictos civiles y comerciales de menor complejidad, a ejemplo de algunas cuestiones involucrando derecho de vecindad, demandas rurales, de tutela de menores y de violencia familiar. Está históricamente relacionada a los casos más simples, que incluso eran resueltos por jueces legos. Actualmente, tal encargo es ejercido exclusivamente por jueces togados (letrados).

Aun en el ámbito de la división judicial argentina, cabe aclarar que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), posee un régimen jurídico propio, bastante diferente de las demás provincias y que, por ser la capital federal, abarca la jurisdicción federal y provincial. Antes de la Reforma Constitucional de 1994, la administración de la Capital argentina era hecha directamente por la Nación. Sin embargo, luego de la reforma, Buenos Aires ganó autonomía y su propia Constitución, siendo transferidos, a continuación, algunos foros nacionales hacia la justicia local. Actualmente, están presentes, en la estructura del Poder Judicial en CABA: los tribunales federales con competencia para asuntos federales en el territorio de Buenos Aires; los tribunales federales con competencia para materias ordinarias (penal, civil, comercial, laboral, etc.); e, incluso, la propia justicia provincial de Buenos Aires.

De este modo, existe una organización federal y una local en cada una de las provincias y en la ciudad autónoma de Buenos Aires. En la ciudad de Buenos Aires, según Falcón (2013, p. 81) "existe una organización de la Justicia Ordinaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que responde a la organización anterior a la reforma constitucional de 1994, y que se denomina Justicia Nacional; y aún complementa:

Esta justicia, sin duda, y con algunas modificaciones de adecuación, corresponde a la Ciudad de Buenos Aires, y por lo tanto es local, pero por

diversos intereses de sectores no se ha podido concertar todavía el traspaso de la justicia ordinaria nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La complejidad de la cuestión aumenta a medida que se efectúan modificaciones sobre los viejos patrones, sin un cambio real, adecuado a las circunstancias actuales.

Según Falcón (2013, p. 44) el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) rige la Capital Federal y los territorios nacionales, en materia federal, cada provincia tiene su propio código de procedimiento, lo que no ocurre con el Código Civil y Comercial, que es único para toda la Nación, aunque haya sido adoptado en muchas provincias, consonante con lo que destaca Falcón (2013, p. 44):

Aunque se le habían realizado algunas reformas, una modificación sustancial fue de la Ley N° 22.434 de 1981, que adoptó varios de las reformas e interpretaciones jurisprudenciales, pero fundamentalmente modificó la estructura del juicio ejecutivo por un lado y eliminó el proceso concursal civil (concurso civil) que había sido ya captado por la Ley de Concursos y Quiebras, para tratarlo con la misma Ley de Concursos Comerciales.

Una importante reforma se dio en 1995, a través de la Ley N° 24.573, que organizó la mediación obligatoria previa para los procesos con contenido económico, no obstante, como resalta Falcón (2013, pp. 44-45):

... aunque dejó al criterio voluntario del litigante los ejecutivos y los desalojos e incorporó la audiencia preliminar. La incorporación de este último instituto marcó una diferencia con los Códigos provinciales que seguían al nacional, pues se cambió con ella totalmente el criterio de formación probatoria.

Más recientemente, otra gran reforma se dio en el judicial argentino, con la reforma del Código Civil y Comercial, pasando a incorporar y regular las relaciones de consumo, como los contratos y las cláusulas abusivas.

También se debe destacar que el Ministerio Público de la Argentina, que antes de la reforma del 1994 integraba la estructura del Poder Judicial y estaba subordinado funcionalmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, actualmente, se volvió una institución independiente de los Poderes del Estado, con autonomía funcional y financiera, en los términos del art. 120 de la Constitución de la Nación, a saber:

Artículo 120. El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

El Ministerio Público pasó a ser un órgano compuesto por dos estructuras autónomas e independientes entre sí: el Ministerio Público Fiscal, dirigido por el Procurador General de la Nación; y el Ministerio Público de la Defensa, comandado por el Defensor General de la Nación.

Por un lado, el Ministerio Público Fiscal, actúa en defensa del cumplimiento de las leyes y de los intereses generales de la sociedad, fiscalizando y emitiendo pareceres en diversas demandas judiciales. La estructura y funcionamiento del Ministerio Público Fiscal de la Argentina se asemeja mucho al Ministerio Público brasileño. Por otro lado, con un papel destacado en el ámbito de las acciones de libre acceso a la justicia, el Ministerio Público de la Defensa es una institución, cuya finalidad es esencial para la defensa y protección de los derechos humanos y fundamentales, garantizando acceso a la justicia y asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, especialmente, para aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Trazando un paralelo con las instituciones brasileñas, el Ministerio Público de Defensa argentino es equivalente a la Defensoría Pública del Brasil.

5. MOROSIDAD DE LA JUSTICIA: LA BÚSQUEDA DE UN PODER JUDICIAL MÁS EFICIENTE

Antes de la reforma del judicial brasileño, implementada por la Enmienda 45/2004, el Banco Mundial, junto a otros organismos multilaterales, iniciaron, en los años 80, innumerables proyectos de modernización del Poder Judicial. En el informe titulado *El sector judicial en américa latina: elementos de la reforma*, se delinea con mayor perfección la visión del Poder Judicial, que debería ser adoptada por países en desarrollo, en la búsqueda de ampliar inversiones extranjeras y una mayor inserción en el mercado internacional.

En este informe se constataba que “el judicial es incapaz de asegurar la resolución de conflictos de forma previsible y eficaz, garantizando, así, los derechos individuales y de propiedad”. Afirma, también, que “la reforma del Judicial forma parte de un proceso de redefinición del Estado y sus relaciones con la sociedad, siendo que el desarrollo económico no puede continuar sin un efectivo refuerzo, definición e interpretación de los derechos y garantías sobre la propiedad” (BARBOSA, p. 2).

Los técnicos del Banco Mundial dejaron claro que la reforma del Judicial forma parte de un proceso de redefinición del estado, para reforzar el desarrollo económico, con la “definición e interpretación de los derechos y garantías sobre la propiedad. Más específicamente, la reforma del Judicial tiene, como blanco, el aumento de eficiencia de la Justicia que, actualmente, no ha promovido el desarrollo del sector privado” (MELO FILHO, p. 80).

Quedó en evidencia la urgencia de establecer una limitación al ejercicio de la función jurisdiccional por la base de la magistratura. Ampliación de las Cortes Supremas y prevalencia de la jurisprudencia fallada de las mismas sobre las decisiones de las instancias inferiores, para alcanzar la tan decantada previsibilidad jurídica, pues la reforma económica requiere un buen funcionamiento del Judicial, que debe interpretar y aplicar las leyes y normas de forma previsible y eficiente. Además de esto, el crecimiento de la integración económica, entre países y regiones, demanda un Judicial con estándares internacionales. (MELO FILHO, p. 81).

Los programas de reforma también podrían incluir cambios en los procedimientos administrativos y en los códigos de procedimiento, para aumentar la eficiencia en el

procesamiento de las demandas. Otro punto básico para la reforma, apuntado por el Banco Mundial, fue la creación de mecanismos paralelos de resolución de conflictos, la adopción de sistemas que permitan la competencia para la prestación del "servicio judicial". Por otra parte, sugieren la adopción de mecanismos alternativos con el fin de garantizar la privacidad o en conflictos relacionados con valores grandes (MELO FILHO, p. 82).

Esto llevaría a la reducción, en la medida de lo posible, de la participación del Estado en la solución de los conflictos, dándose preferencia a la composición privada, en claro favorecimiento al poder económico. Merece destaque el aspecto de que el Documento recomienda los mecanismos alternativos en ocasión de la perspectiva de derrota en el sistema judicial formal y como solución para la falta de previsibilidad de este mismo sistema. (MELO FILHO, p. 82).

5.1. Reforma del Poder Judicial. Enmienda Constitucional 45/2004

La Reforma del Judicial brasileño se implementó a partir de la Enmienda Constitucional n° 45, de diciembre de 2004, modificando el art. 5° de la Constitución Federal, incluyendo la celeridad procesal, trayendo importantes renovaciones en el ámbito del sistema judicial brasileño, cuyo objetivo sería el aumento de la transparencia y eficiencia del Judicial, y mayor grado de seguridad jurídica. (MENDES, 2012, p. 31).

La Enmienda Constitucional n° 45/2004 trajo varias innovaciones, entre las cuales se destaca la creación del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), que es un órgano de control del Poder Judicial, compuesto por representantes de la magistratura, del Ministerio Público, de la abogacía y de la sociedad civil, encargado de realizar la supervisión de la actuación administrativa del Judicial. (MENDES, 2012, p. 32).

La EC 45/2004 abarcó una "gran reforma" del Poder Judicial, con innovaciones en la estructura organizacional. Las modificaciones del Poder Judicial son significativas e impulsaron las transformaciones que se siguieron en los Tribunales, a fin de mejorar la prestación jurisdiccional. Pero estas innovaciones no fueron suficientes para amenizar el problema del acceso a la justicia, principalmente en la primera instancia, que es más próxima al jurisdicionado, así como de la celeridad y eficiencia de la prestación jurisdiccional. (HESS, 2010, p. 216).

Así, no basta buscar el ideal idealísimo, es necesario buscar el ideal realizable y el proceso de resultados. En este ínterin, no basta solo la reforma institucional del Poder Judicial, es fundamental la autonomía de gestión financiera y presupuestaria para una reforma más amplia de la administración judicial (HESS, 2010, p. 216), puesto que el Poder Judicial, como institución pública y misión constitucional, vuelve evidente su importante papel en el esqueleto del Estado, en lo que se refiere al mantenimiento del Estado Democrático de Derecho.

Antes de la reforma judicial implementada por la Enmienda Constitucional 45/2004, la actuación del Judicial, como prestador de servicios era deficiente, porque no se aplicaban técnicas de gestión. Hecho un análisis diagnóstico, se puede percibir una manifiesta ausencia de política pública, clara, transparente, objetiva, de contratación y movimiento de personal, de entrenamiento específico de los servidores para el desempeño de sus actividades, de entrenamiento para la atención al público, que llevase a una mejora de los servicios prestados, buscando volverlos más simples, al alcance y de fácil comprensión por aquellos de menor preparación técnica e intelectual. (GRANGEIA, 2013, p. 5).

Por lo tanto, el principio de la eficiencia solo ganó estatus constitucional con la Enmienda Constitucional n° 19, en 1998, formando parte de la lista de principios que dirigen la administración, conforme se desprende de la lectura de lo dispuesto en el art. 37 de la Constitución Federal: "La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia" (SILVA AFONSO, 2009, p. 6).

La administración pública, de esta forma, he emprendido esfuerzos para modelar su estructura y sus procesos hacia una realidad más dinámica, en donde las respuestas rápidas a las nuevas tendencias y la anticipación a las reivindicaciones de los ciudadanos generan confiabilidad y son sinónimos de eficiencia y eficacia de la cosa pública. El Poder Judicial ha estado atento a este contexto y viene estableciendo esfuerzos para sus dificultades internas y externas, haciéndose presente en este escenario, como un actor activo del proceso de cambios sociales. (GRANGEIA, 2013, p. 4).

Sin embargo, aun así, el dilema de la justicia del Brasil está en el descompás entre el tiempo del proceso con la finalización de la ejecución y satisfacción del derecho exigido y el tiempo del mundo moderno globalizado. Siendo así, el constituyente se preocupó por

introducir, en la reforma del Judicial, el derecho fundamental del “tiempo del proceso”, es decir, el proceso en tiempo razonable regido por el Principio de la Celeridad Procesal, a tenor del art. 5º, LXXVIII, de la Constitución “a todos, en el ámbito judicial y administrativo, se le aseguran la razonable duración del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación”. (HESS, 2010, p. 218).

La inclusión del principio de la eficiencia en el listado de principios que rigen la administración pública representó, indudablemente, un avance hacia la presteza y calidad de la actividad administrativa, principalmente de los servicios públicos, en vista de que el principio de la eficiencia se aplica, también al Poder Judicial. Sin embargo, el Poder Judicial se encuentra nuevamente con una crisis derivada de la acumulación de procesos en tramitación en la justicia, que acarrea su morosidad. (CAMPOS, 2013, p. 2).

La constatación de la insuficiencia de la actuación estatal en dar cumplimiento a este derecho fundamental del ciudadano dejó más evidente la necesidad de acciones convergentes para solucionar el problema del acceso a la justicia. En este contexto, las readecuaciones estructurales del Poder Judicial surgen, como opción plausible para volver realidad este acceso, de forma exclusiva, democrática y abarcativa. Sin embargo, la coyuntura actual deja explícito que el Poder Judicial vive una crisis, y el tema, de forma recurrente, ganó, en estos últimos años, un espacio permanente en la agenda de los Tribunales Superiores Federales y Estatales. (GRANGEIA, 2013, p. 17).

Desde la década de 1990, Grinover (1990, p. 177) ya sustentaba el descompás entre la doctrina y la legislación y práctica judicial, que el aparato judicial no correspondía al avance científico de la norma, la sobrecarga de los tribunales, la morosidad, la burocratización de la justicia llevaba a una obstrucción del acceso a la justicia, como consecuencia a la razonable duración del proceso.

El concepto de razonable duración del proceso no fija medida temporal. Es un comando a aplicarse en atención a las particularidades del proceso, de modo de evitar tiempo vago para soluciones sobre el derecho, en razón de formalismos, de retraso para el movimiento de los autos.

La razonabilidad de la duración del proceso depende, también, de la perspicacia del juez proactivo en la conducción del proceso, con la finalidad de buscar medios para solucionar el proceso, es decir, la mejora en la prestación jurisdiccional “depende de un juez ajustado al tiempo del proceso, comprometido con realización de lo justo, a pesar de las deficiencias materiales y la carga irracional del trabajo”. (HESS, 2010 p. 220).

La cuestión de la crisis que azota a la justicia brasileña no puede ser vista solo a partir de la actuación procesal del magistrado, de las partes o incluso del instrumento legislativo, en prevenir o dirimir los conflictos. La gestión administrativa del Poder Judicial pasó a integrar la cotidianeidad de la discusión, con perspectivas de solución para el problema de la ineficiencia del Judicial brasileño. Todo este contexto demuestra la importancia de las organizaciones, de manera general, en el proceso de cambios sociales y evolución de esta sociedad. (GRANGEIA, 2013, p. 16).

En efecto, la sociedad espera que el poder público, en la persona del aparato del Estado-juez, pueda concebir condiciones necesarias para el ejercicio efectivo de la jurisdicción, vía observancia del principio de la eficiencia, que debe evidenciarse por medio de instalaciones adecuadas a la actividad-fin, tanto en el aspecto físico, como tecnológico, y por encima de todo, dirigido a un futuro cierto y visible de cara al crecimiento demográfico nacional. (SILVA AFONSO, 2009, p. 7).

La Emenda Constitucional 45/04 fue un importante inicio de las modificaciones judiciales institucionales, estructurales y procedimentales. No obstante, no mostró ser suficiente para amenizar el problema de la Justicia brasileña, considerando el volumen excesivo de demanda judicial y la falta de estructura material y de recursos humanos, enfrentada, también, por la dependencia presupuestaria del Poder Judicial al Poder Ejecutivo que aún es evidente. (HESS, 2010, p. 218).

Es este contexto, es importante destacar los medios alternativos de solución de conflictos, que ayudan a disminuir las demandas, así como los Juzgados Especiales, que dan oportunidad al acceso a la justicia, y son medios importantes para la agilización y eficiencia del Judicial, aproximándolo a la población. (HESS, 2010, p. 225).

Igualmente, el perfeccionamiento en el área administrativa constituye una herramienta importante para la mejora de la prestación jurisdiccional, cumpliendo con el principio de la razonable duración del proceso. La informatización y la gestión administrativa de recursos humanos propiciarán la celeridad que se pretende, con el tiempo de cumplimiento de los actos y decisiones más eficaz. (HESS, 2010, p. 235).

La necesidad de duración razonable del proceso deriva de los anhelos de una sociedad dinámica, centrada en la tecnología de la información, en donde la mayoría de las relaciones se da en tiempo real. La sociedad no concibe que, en el mundo moderno, en donde es posible enviar informaciones de una parte a la otra del planeta,

instantáneamente, los problemas que la justicia enfrenta no permitan que el proceso alcance su finalidad en un tiempo razonable. (PONCIANO, 2015, p. 1).

Al poder público, donde está inmerso el judicial, le cabe, siempre, el compromiso del desarrollo de políticas que busquen garantizar el derecho a la recepción de jurisdicción equipada con las nuevas realidades tecnológicas, como la videoconferencia, citaciones e intimaciones electrónicas, procesos digitales, en fin, un mínimo de estructura física y un máximo de equipamiento virtual, pero con seguridad y que permita eficazmente ahorrar la naturaleza y los recursos públicos de la adquisición de onerosas cantidades de papel, lapiceras, estantes, espacios físicos enormes para archivo, etc. (SILVA AFONSO, 2009, p. 3).

Actualmente, el Poder Judicial se enfrenta a varios problemas, entre ellos, se destacan: morosidad, burocracia, mala gestión, legislación procesal inadecuada, carencia numérica de jueces y servidores, falta de transparencia, judicialización excesiva, estructura inadecuada, ausencia de democratización en el acceso a la justicia, entre otros. (PONCIANO, 2015, p. 1).

La morosidad se apunta, como el mayor problema de la justicia. Ella quedó evidente a partir del advenimiento de la Constitución Federal de 1988, pues, al garantizar el acceso a la justicia y ampliar la lista de derechos fundamentales, abrió un camino hacia una corrida en masa al Judicial de varias demandas sociales. Esto generó un aumento considerable de la cantidad de procesos y, consecuentemente, de la tasa de congestiónamiento de estos. (PONCIANO, 2015, p. 1).

El aumento de la demanda, sin embargo, encontró al judicial con una estructura poco preparada para procesar y juzgar las causas en el tiempo necesario, pues la constancia y la intensidad de los cambios sociales son mayores que las condiciones de adaptación de la organización y estructura de las instituciones públicas. (PONCIANO, 2015, p. 1).

En este contexto es que la celeridad de la prestación jurisdiccional está en foco, y en evidencia cuando se habla de gestión del Judicial. No obstante, es necesario ponderar que el tiempo del proceso no es el tiempo real de la dinámica social, conforme destaca Spengler (2008, p. 12), pues en el ámbito del derecho positivo, el tiempo del proceso judicial es el tiempo diferido, encarado como sinónimo de seguridad y concebido como una relación de orden y autoridad, representada por la posibilidad de agotamiento de todos los recursos y procedimientos en una acción judicial.

En efecto, el tiempo del proceso es diferente porque es necesario, en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, garantizar principios constitucionales y procesales,

especialmente el contradictorio y la amplia defensa. De este modo, surge la reflexión sobre el problema del énfasis en la celeridad, en detrimento de la calidad de las decisiones judiciales. Si es suficiente para garantizarse la efectividad de la tutela jurisdiccional, que el proceso tenga un curso rápido incluso si esto deriva en una pérdida de calidad. (PONCIANO, 2015, p. 2).

En este sentido, no es tarea de las más fáciles conciliar la prestación de la actividad jurisdiccional con el principio de la eficiencia. Así, con miras a superar este impasse, se llevó a cabo la Reforma del Poder Judicial, que buscó, entre otros aspectos, conferir mayor eficiencia a la administración de justicia y a la actividad jurisdiccional. (CAMPOS, 2013, p. 3).

Segundo Ponciano (2015, p. 3) “hacer correcta la cosa cierta” es dar sentencia dentro de un plazo razonable, pero fundamentada, adecuada y justa, para solucionar de hecho la controversia que se llevó para apreciación del Judicial. Solo así la gestión del proceso judicial estará enfocada en los resultados pretendidos por el cliente (autor o reo), y no solo en la eficiencia, en los medios, en los métodos, procedimientos o plazos. (PONCIANO, 2015, p. 3).

De esta forma, con un judicial eficiente y eficaz se alcanzará la “efectividad”, que es un concepto complejo y se relaciona, principalmente, con la evaluación acerca de cómo, de manera adecuada, una organización cumple con su misión, alcanza sus objetivos previamente establecidos y se adapta a los nuevos y constantes cambios en el ambiente. (PONCIANO, 2015, p. 3).

Aplicando el concepto de efectividad a la gestión del Poder Judicial y, especialmente, al combate de la morosidad, es posible alcanzar la efectividad de la prestación jurisdiccional, en la medida en que el Judicial consiga alcanzar sus objetivos y adaptarse a los cambios ocurridos en la sociedad y en el ambiente organizacional. (PONCIANO, 2015, p. 4).

No se puede olvidar que el Judicial brasileño es una institución con serios problemas. De hecho, pese al gran aumento de los gastos públicos para justicia, esta continúa siendo lenta y distante de la gran mayoría de la población. En parte, esto se explica por el también vertiginoso crecimiento de la demanda de servicios judiciales, lo que hace que los jueces brasileños continúen obligados a juzgar millares de procesos todo el año, atrasando la entrega de la prestación jurisdiccional. (GRANGEIA, 2013, p.11).

Este problema se constata, también, en la Argentina, en donde hay lentitud para resolver las causas judiciales, existiendo, como en el Brasil y en otros países, una disparidad enorme dentro de los plazos fijados por la ley procesal y la realidad del trámite del proceso, conforme destaca Giolo (ápuđ Bielsa, 2012, p. 272) al hablar sobre la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, asienta que:

Más, específicamente, el mismo tribunal ha interpretado concretamente que la garantía constitucional de la defensa en juicio y del debido proceso no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre.

Por otro lado, la consecuencia social de la lentitud en el trámite procesal ha llevado al Poder Judicial de ambos países analizados al descrédito ante la sociedad, lo que ha sacudido sobremanera la eficacia de sus decisiones. (GRANGEIA, 2013, p. 12).

Esta preocupación es tan grande que, algunos países, inclusive Brasil y Argentina, firmaron tratados internacionales con inclusión en sus constituciones al derecho a la razonable duración del proceso, como ejemplo, la adhesión al Pacto de San José de Costa Rica, en la que ambos países investigados son signatarios, el cual establece, en su artículo 8° que: "Toda persona tendrá el derecho a ser escuchada, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal competente, independiente y parcial, establecido anteriormente por ley [...]".

La falta de agilidad del Sistema Judicial, además de generar inseguridad en el escenario económico, y descrédito social, también lleva inseguridad a la población, que queda no creyendo en el sistema. Pero no hay como alcanzar el nivel de celeridad procesal pretendido por las partes, sin la implementación de las condiciones para que esto ocurra. La razonable duración del proceso, precepto constitucional, que no ha sido alcanzado, no depende solo de la proactividad, perspicacia o compromiso del juez gestor. Es necesario, antes que todo, vencer las deficiencias del servicio judicial ante una carga irracional de trabajo. Este desafío depende de la voluntad política de los gobernantes, que tienen la prerrogativa constitucional de editar leyes modernas y aprobar presupuestos.

Por lo tanto, a partir del perfeccionamiento y racionalización de las actividades desarrolladas, es necesario identificar, definir e implementar instrumentos eficaces de gerenciamiento, que puedan colaborar efectivamente para la mejora y desempeño de las

unidades organizacionales que componen el Poder Judicial. Las actividades volcadas hacia la desburocratización y simplificación, se deben sumar a las acciones objetivas que establezcan parámetros más flexibles para la razonable duración de los procesos decisorios. (GRANGEIA, 2013, p. 14).

Si el poder judicial desempeñase sus funciones jurisdiccionales con efectividad, sin duda, generará la satisfacción del usuario del sistema judicial o del jurisdicionado. Así, la eficiencia solo no basta, pues, aunque pueda satisfacerse el principio de la razonable duración del proceso, esto no significa que se produjo una decisión eficaz, adecuada y justa que resuelve el problema, pues “una justicia célere no es necesariamente una justicia mejor”. Una justicia que se preocupa solo por los números y la productividad puede hasta ser considerada eficiente, pero jamás eficaz y efectiva, pues la calidad es un requisito muy importante. Por lo tanto, un Judicial que desempeña sus funciones con efectividad es aquel en el que sus decisiones son eficientes y eficaces. (PONCIANO, 2015, p. 4).

5.2. Proceso judicial electrónico: mejora de la administración burocrática

El Poder Judicial brasileño, desde 1990, viene siendo, poco a poco computarizado, utilizando el medio electrónico para la práctica de los actos judiciales. Inicialmente, la Ley N° 8245, relativa a las locaciones, permitió que las intimaciones o notificaciones se realizaran, a través del facsímil. La justicia federal fue la precursora del sistema del proceso judicial electrónico, cuyo sistema busca atender al jurisdicionado con celeridad, transparencia y otros beneficios.

Sin embargo, a pesar de la adelantada etapa del proceso judicial electrónico en el sistema de justicia brasileño, el jurisdicionado todavía se resiente por algunos factores que dificultan el pleno acceso a la justicia, siendo, uno de ellos, la vulnerabilidad de la internet, cuya herramienta, proporcionada por los tribunales del país, atiende en todo momento la necesidad del jurisdicionado de ingresar a la justicia. Por otro lado, no existe unificación de este proceso electrónico entre los tribunales y las unidades jurisdiccionales diversas del país. Significa decir, la Justicia del Trabajo, Justicia Federal, Justicia Militar y Justicia Estatal, hasta el momento, no están unificadas entre sí. Estos factores, por si solos, hacen insuficiente la accesibilidad, generándole un perjuicio al jurisdicionado.

Queda claro, sin embargo, que el simple apunte de estas disfunciones del sistema electrónico utilizado en Brasil, que causan incomodidad al jurisdicionado, en su pretensión de acceso a la justicia, al tiempo, modo y momento necesario, no significa una posición contraria a su implementación, que ya es una realidad en el sistema de justicia brasileño. Se trata solo de un simple comentario, sin pretensión de crítica, pero que se hace necesario, como recuerdo para una futura corrección. Así como es cierto decir que nada es perfecto en el mundo, también lo es decir que la búsqueda de la perfección es una constante, inherente al investigador.

En efecto, volviendo al tema, el sistema electrónico brasileño ejerce, actualmente, mucho rigor en la formalidad del procedimiento, que debe ser evitado. El sistema no faculta el uso del sistema convencional en casos excepcionales, como una caída de internet, factor decisivo en la pretensión del jurisdicionado que, en tal situación, u otra que se presente, dificulta el acceso a la justicia.

En esta misma línea, se entiende que la petición electrónica del abogado, exigencia del sistema, parece una paradoja del principio de la instrumentalidad de las formas, contenido en el art. 188 del NCPC, máxime si se considera que en el universo de la clase de abogados quedan, aunque en una mínima parte, una porción excluida digitalmente.

La Constitución de la República, dentro de sus principios fundamentales, le garantiza al ciudadano el acceso a la justicia, al disponer, en el art. 5º, XXXV, que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza de derecho”. Luego, el proceso judicial electrónico utilizado por el Poder Judicial brasileño debe, sí, estar atento a los principios legales y a los dictámenes constitucionales, en boga hasta el presente. Entonces, tiene que haber alternativas en el Poder Judicial, aun en el auge del uso del sistema electrónico moderno, actual y necesario, para garantizar, a todos, el acceso a la justicia.

En el Brasil, el uso del sistema electrónico, en el poder judicial es una realidad exitosa. La excepción mínima de este sistema electrónico, parece, es en cuanto a la cantidad de documentos que las partes pretenden juntar a los autos. Esto porque si fueran muchos el sistema no los acepta, o lo hace con mucha dificultad. Ahí hay una previsión paradójal al sistema, aunque actualmente necesaria, al permitir que la parte deposite, en la secretaria judicial, esta documentación, la que quedará a disposición de las partes para consulta, cuando así lo quieran.

En este caso, el sistema se vuelve una mezcla entre el sistema electrónico y el sistema físico rudimentario, pero en el momento necesario, aunque mínimamente. Luego,

la limitación de algún abogado con el sistema electrónico, el cual no puede ser excluido, y la mínima falla de este sistema en no recibir los documentos de las partes en toda su factura, son pormenores que podrán corregirse con el perfeccionamiento del sistema y la práctica intensiva de los usuarios.

Por lo tanto, a partir del perfeccionamiento y racionalización de las actividades desarrolladas, a ejemplo del proceso judicial electrónico, es necesario identificar, definir e implementar instrumentos eficaces de gerenciamiento, que puedan colaborar efectivamente para la mejora del desempeño de las unidades organizacionales que componen el Poder Judicial. Las actividades volcadas hacia la desburocratización y simplificación, se deben sumar a las acciones objetivas que establezcan parámetros más flexibles para la razonable duración de los procesos decisorios. (GRANGEIA, 2013, p. 14).

5.3. División de poderes: necesidad de respeto al Poder Judicial brasileño y argentino

Los países con gobiernos democráticos exigen un poder judicial eficiente. El Poder Judicial integrante de estos sistemas políticos actúan, como un poder moderador de los demás poderes, así como tienen, como función principal, la guarda de la constitución, y con base en ellas, ejecutar las leyes de estas naciones, reglamentando las relaciones sociales, aplicando, consecuentemente, las sanciones respectivas y necesarias a cada caso.

La separación de los poderes, pues, en el Brasil y la Argentina, le asegura al Poder Judicial de estos países, con previsión en sus respectivas constituciones, la regla fundamental del orden político.

La Constitución argentina y la brasileña tienen, como regla fundamental, el orden político, a partir de él, el Estado les asegura derechos a sus ciudadanos, respetando y dando efectividad a su ejecución. Así, una eventual amenaza a estos derechos o cuando esta regla fundamental no es respetada, el Poder Judicial se activa siempre, esencialmente porque es el depositario de la legislación, ejerce función de intérprete, guarda las normas y principios que rigen la aplicación del derecho.

El Poder Judicial, constituido como uno de los poderes de la República, en el Brasil y en la Argentina, constitucionalmente cumple el principio fundamental de la separación

de los poderes, necesario para la autonomía política y funcional, principio esto, además, inherente al federalismo político.

La democracia exige, de los estados que la adoptan, el máximo respeto al principio de la separación de los poderes de la República, como forma de garantizar la seguridad del Estado y del Derecho. Sin estas garantías, la población viviría en constante estado de temor y peligro.

El Estado Democrático de Derecho es, ante todo, la respetabilidad de los poderes de la República. El Legislativo, que produce las leyes del Estado, el Ejecutivo que las ejecuta y el Judicial que las hace cumplir. Es lógico que, a partir de esta premisa que deriva de la constitución de cada país democrático, todos los derechos de los ciudadanos, cualesquiera sean, son cumplidos y el límite de la convivencia social es la ley.

El Poder Judicial actúa siempre para asegurar la integralidad y la supremacía de la Constitución, y por esto siempre se encuentra en el centro de los debates, pues analiza, interpreta y define el alcance de la norma jurídica en los casos que se le presentan.

Por tal razón, es decir, por estar siempre en el centro de los debates, debe adoptar providencias energéticas en su administración o función gestora y, principalmente, en su función judicante, haciendo que sus decisiones se cumplan eficazmente, porque no es suficiente, obviamente, alcanzar la eficiencia en la prestación de servicios a sus jurisdicionados, si no tuviera, finalmente, eficacia en el cumplimiento de sus decisiones.

5.4. Control de constitucionalidad: confianza política al Estado Democrático de Derecho

Cabe decir, que el tema aquí abordado es, esencialmente relativo al control de constitucionalidad, na forma parte de la investigación ahora en desarrollo, no obstante, se trae a la luz tan solo para decir que el Poder Judicial del Brasil y de la Argentina, aunque en eventuales momentos, tienen interpretaciones diferentes, gozan, por lo general, del prestigio y respeto de su pueblo, pues si no fuese así, no ejercería prerrogativa tan relevante, que es el control de constitucionalidad.

Por lo tanto, en ambos países, el Poder Judicial ejerce el control de constitucionalidad. Significa decir, que cualquiera de sus jueces, sea cual fuere la instancia,

pueden declarar inconstitucional una ley o un decreto gubernamental, siempre que existe un caso concreto. Entre tanto, el efecto de la declaración solo produce efecto entre las partes.

Al actuar de esta forma, el judicial argentino y el brasileño lo hacen con apoyo en la Constitución, que le da tal prerrogativa y atiende al principio de la supremacía constitucional de cada país. Aunque los Poderes Judiciales de estos países sean conservadores, es decir, no electos popularmente, se ve ahí que existe confianza en este poder, lo que permite que asuma el control de constitucionalidad de sus leyes.

La confianza en el Poder Judicial, como ocurre en estos dos países, evita lo que se llama "centralismo democrático", régimen político en que el órgano más representativo del pueblo es el Poder Legislativo, que concentra el mayor poder y prevalece por sobre los demás poderes. En esta condición, concretamente, el Poder Legislativo, en diferentes países, es quien ejerce el control de constitucionalidad de sus leyes y decretos.

5.4.1. La Enmienda Constitucional nº 45/2004 y el derecho comparado en la Argentina

La gran reforma del Poder Judicial brasileño se dio con la Enmienda Constitucional 45/2004, la cual prima absolutamente por la efectividad del proceso, haciendo posible la entrega de la prestación jurisdiccional al consumidor de su sistema de justicia, trajo sustento a todos los que dependen, de un modo u otro, de su buen funcionamiento.

El amontonamiento de papeles en secretarías judiciales, sellos, expedición de rogatorias, procesos atados con hilo, perforaciones y una infinidad de procedimientos anticuados hacen una gestión ineficiente. El alto índice de litigiosidad del país supera el límite de lo razonable y nos hace reflexionar, por otro lado, que la justicia brasileña, a pesar de la reforma perpetrada, no ha conseguido aun responder a las demandas de la sociedad, no obstante, la expresiva estadística de las decisiones.

Este tremendo descompás, de lo que se puede llamar búsqueda y oferta en término no usual, pero aplicable a la especie, lleva a la sociedad al desasosiego, inseguridad y ansias de buscar hacer justicia por mano propia, instituto prohibido por la ley. Sin

respuesta del Poder Judicial a las demandas sociales, la población se ve excluida y la justicia estatal incurre en desprestigio en el control social derivado de sus decisiones.

En este descompás, momento de convulsión de gran parte de la sociedad que depende del sistema de justicia brasileño, de cara a la extraordinaria demanda derivada de las relaciones de consumo exacerbadas, explosión demográfica en los centros urbanos, consecuentes del éxodo rural y otros factores sociales conocidos, urgía que algo fuese hecho para frenar la angustia e inconformismo de la población al no obtener respuesta, del judicial, a sus reclamos.

La reforma del judicial brasileño, pues, a través de la Enmienda Constitucional n° 45, en el año 2004, fue recibida, por los brasileños, profesionales y cultores del derecho, no como la fórmula salvadora de todos los obstáculos del sistema de justicia para la entrega de la prestación jurisdiccional en el tiempo pretendido por el jurisdiccional, sino como el gran sustento y búsqueda constante, a partir de esta importante reforma, por una actividad jurisdiccional democrática, satisfactoria y, por lo tanto, creíble para los usuarios.

Por consiguiente, el elenco de soluciones de la Enmienda Constitucional n° 45/2004, entre ellas, el fallo vinculante, implementación de la repercusión general, recursos repetitivos y el criterio de trascendencia o argumentación de relevancia provocaron, sin ninguna sombra de duda, un cambio significativo en el papel del judicial brasileño.

La entrega de la prestación jurisdiccional en tiempo razonable, premisa mayor de la enmienda constitucional en referencia, necesita, sin embargo, de medios de gestión para su plena aplicabilidad, con eficacia. Ahí surge la gran alianza con el Consejo Nacional de Justicia, con sus providencias de gestión e incentivo a las buenas prácticas en el ámbito del judicial, con resultado hasta entonces, verdaderamente promisorio en la relación poder judicial con el jurisdiccional.

En la Argentina, por iniciativa de la presidenta Cristina Fernández de Kirchner, se dio la reforma del poder judicial, en el año 2013, básicamente fundada en la reforma del Consejo de la Magistratura, aumentando el número de sus componentes, de 13 a 19 y elección de sus consejeros por el voto universal; ingreso democrático en el judicial, ministerio público y defensor, publicidad de los actos judiciales; creación de más cámaras de casación y reglamentación de las cautelares.

Esta reforma, sin duda, fue importante para el pueblo argentino, no obstante, es de conocimiento general que el jurisdiccional de esta gran nación, espera por el perfeccionamiento de su sistema de justicia.

La elevación del número de consejeros del Consejo de la Magistratura, por sí solo, no eleva al Poder Judicial argentino, así como la creación de más cámaras de casación, a pesar de ser necesario. No obstante, ya se inició el camino y sirve de premisa para el futuro del jurisdicción argentino que, a ejemplo de los países democráticos alrededor del mundo, necesita de un sistema de justicia dotado de medios eficientes en la solución de sus conflictos.

La reforma del poder judicial de la Argentina deliberó la forma de ingreso en los cuadros de la magistratura, ministerio público y defensoría, que se da democráticamente por concurso público, cuyo hecho garantiza constitucionalmente las prerrogativas de los ingresantes. Y tanto o más importante, deliberó por la obligatoriedad de la publicidad de los actos judiciales, garantizando transparencia y seguridad jurídica de las decisiones judiciales.

Además, en la administración de cualquiera de los poderes de la república, sea cual fuere su esfera (federal, estatal o municipal), se debe obedecer a los principios de la legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia.

En el Brasil, estos principios están establecidos en el art. 37 de la Constitución ciudadana, promulgada el 5 de octubre de 1988, en vigencia. En el mes de junio de 2013 (mismo año de la reforma), la Corte Suprema de la Nación Argentina, por apretada votación de 7 a 6, declaró inconstitucionales los arts. 2º, 4º, 18 y 30 de la Ley N° 26.853 y el Decreto N° 577/2013, dejando sin efecto la elección de los integrantes del Consejo de la Magistratura, por el voto universal.

6. CRISIS NUMÉRICA DE LOS PROCESOS Y LA REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL: EN LA BÚSQUEDA DE UN PODER JUDICIAL EFICIENTE

La Constitución Federal de 1988 amplió los derechos y garantías individuales, así como promovió mecanismos para facilitar el acceso al judicial. Así, el Poder Judicial post Constitución de 1988, ganó mayor visibilidad ante los demás poderes, lo que le trajo, a este poder, una nueva gama de responsabilidades. (MOREIRA, 2009, p. 57).

El Poder Judicial, que pasaba entonces a figurar formalmente elevado a una posición fortalecida en el campo político e institucional, frente a sus nuevas y complejas atribuciones —centrada tanto en la defensa de los derechos y garantías, no solo individuales, sino igualmente colectivas y difusas, como también en la defensa del medio social contra los abusos del poder público y como garante de estabilidad y dinámica institucional—, se vio, entonces, por su mayor visibilidad política, objeto de serios cuestionamientos por parte de la sociedad brasileña y que exponían fundamentalmente, un fracaso crónico en la conducción y desempeño de sus relevantes funciones. (MOREIRA, 2009, p. 67).

No obstante, ante esta apertura, de esta expansión de derechos, sin preparación de estructura y personal, sumado a la litigiosidad exacerbada de las relaciones sociales, el poder judicial pasó a experimentar una crisis numérica de procesos, generando una litigiosidad contenida, revelada a través de la lentitud y morosidad procesal.

El Poder Judicial, actualmente, vive una compleja crisis, pues no consigue resolver millares de conflictos generados dentro de una sociedad masificada y altamente desigual, en la cual, la mayoría, está en una clase baja, que gana poco para sustentarse. De esta manera, muchas veces, el Judicial es comprendido, como algo inalcanzable para una maciza población que, a pesar de la eminente necesidad que tiende de los servicios jurisdiccionales, no confía en sus mecanismos para la garantía de un orden justo. (GONÇALVES, 2014, p. 27).

No obstante, este sentimiento de la población, frente a otros factores, no consiguió menguar el carácter litigioso desenfrenado ante la real necesidad de la sociedad de discutir, en el ámbito del Poder Judicial, las querellas derivadas de las relaciones sociales involucrando al sistema de salud, vivienda, empleo y otras tantas pertinentes a la convivencia humana, a saber:

De esta forma, el aumento del número y del alcance de las leyes, el aumento del número de abogados y de sociedades de abogados, el crecimiento poblacional y su mayor concientización, la mayor información sobre la legislación y la mayor velocidad de su circulación, el crecimiento del número de transacciones civiles y comerciales, entre otros, terminan redundando,

obviamente, en la mayor judicialización de la vida y, en consecuencia, en el gran número de litigios llevados al Poder Judicial. ¡Es exactamente lo que viene ocurriendo en el Brasil! Cada mes, millones y millones de acciones son llevadas a juicio. Es una verdadera explosión de demandas que inundan la justicia brasileña. (GONÇALVES, 2014, p. 118).

Como observa Gonçalves (2014, p. 119), es necesario que exista un mayor incentivo en los mecanismos que proporcionen una tutela jurisdiccional más célere, así como una mayor concientización de la población para resolver sus litigios por vía extrajudicial.

Esto deriva, también, de la posición de protagonismo ocupado por el Poder Judicial, un reflejo del proceso de evolución histórica, teniendo en vista que, hasta la rígida separación de poderes se fue adaptando a las nuevas realidades. El Judicial, hoy, asume una posición central, porque la sociedad está alojada en una constante desigualdad ante los preceptos establecidos en la Constitución Federal, en donde el propio ente estatal es el mayor demandante en la justicia. (OLIVEIRA, 2014, p. 147).

Lo que se constata hoy es que el sistema judicial brasileño no ha sido capaz de atender, en tiempo razonable, las demandas que le son expuestas, generando una problemática del acceso a la justicia, pues no se trata solo de permitir el acceso, sino de posibilitar acceso al orden jurídico justo, en tiempo razonable. (WATANABE, 1996, p. 20).

Muy a pesar de saber que el proceso tiene su tiempo, tanto para que el magistrado conceda la tutela, como para las partes, lo que ha ocurrido es que este tiempo ha sido exacerbado, y cuando se concede la tutela de derechos, puede no ser ya efectiva o ser perjudicial para las partes, pues, como sustenta Morello "ha llamado el proceso constitucionalmente debido, el proceso justo".

Hay una ínfima relación entre la morosidad de la justicia y el bajo grado de efectividad en las resoluciones del conflicto por parte del poder judicial. El gran congestionamiento de procesos causa la lentitud en el sistema judicial, que dificulta la fluidez del sistema, causando lentitud en el funcionalismo judicial. (MOREIRA, 2009, p. 107).

En efecto, la sobrecarga cuantitativa del aparato judicial, aunque encuentre cierta equiparación en el déficit observado en cuanto a la ayuda del aparato con recursos humanos y materiales necesarios para sus actividades (como,

v.g. El número insuficiente de jueces y servidores, el reducido grado de informatización de los registros y de los procedimientos burocráticos), igualmente tiene una fuerte matriz casual en las deficiencias de la dinámica procesal orientadora del curso de acciones que, a la par de facilitar conductas abusivas, pro la oposición de incidentes infundados o sucesivos recursos retardatorios, acaban siendo igualmente fomentadas por condicionamientos burocráticos, formados a partir de una visión formalística del proceso, seguida sin mayores cuestionamientos, por oficantes y magistrados. (MOREIRA, 2009, p. 107).

Según los datos del CNJ, extraídos del informe de la justicia en números, en 2014, el Poder Judicial brasileño comenzó con un stock de 70,8 millones de procesos, que tiende a aumentar debido a que el total de procesos bajados han sido inferior a los ingresados. A pesar de este escenario, desfavorable, hubo un incremento del 1,4% en el total de procesos bajados y que representa alrededor de 28,5 millones de casos en el año 2014. El número de procesos nuevos aumentó en un 1,1% alcanzando casi los 28,9 millones de procesos ingresados durante el año 2014. (BRASIL, 2016, p. 36).

Según Moreira (2009, p. 81), la crisis que azota al Poder Judicial actualmente, se presenta en dos fases: crisis de eficiencia y de identidad. La crisis de eficiencia consiste en el latente descompás entre los procesos demandados por la población y la oferta de los servicios judiciales. La crisis de identidad es la confusión ante el real papel del Judicial.

Es cierto que existen fallas en los mecanismos estatales, que buscan asegurar una prestación segura y eficiente de los servicios judiciales, cuestión esta que es antigua y son reflejos de la crisis que el judicial enfrenta actualmente, que es una crisis estructural del propio Estado. (MOREIRA, 2009, p. 44). Es factible que la sobrecarga de los tribunales no sea reciente, y esta situación recurrente exige, hace tiempo, de una efectiva medida que intente disminuir, así como volver más eficaz la prestación jurisdiccional. No obstante, la sobrecarga de procesos perjudica la calidad de los juzgamientos, y más:

En efecto, no obstante el intenso congestionamiento del sistema judicial acarreado por la sobrecarga cuantitativa de estas cortes, que pierden en eficiencia por el procesamiento de demandas de repetición y de causas de menor complejidad —con reflejos evidentes en la morosidad del sistema y

en la propia reducción de efectividad de las decisiones judiciales por la posibilidad de revisión en hasta tres instancias superpuestas— es un hecho que las formas elegidas para desahogar el aparato y conferirle mayor coherencia y seguridad jurídica envuelven el respectivo fortalecimiento de la posición de los órganos de cúpula de cara a los demás involucrados en la estructura judicial. (MOREIRA, 2009, P. 142).

Por otro lado, el creciente volumen de procesos existentes no viene acompañado de una debida estructura en la disponibilidad y calificación de recursos humanos, pero es imperioso, también, resaltar que por más que el proceso tenga un trámite simplificado y ágil, la entrada de procesos ocurre aun de forma exorbitante, factor que sobrepasa lo que puede atender el judicial. (GABAY; CUNHA (org.), 2012, p. 82).

En la Argentina, también hay una crisis numérica de procesos, no obstante, el sistema de mediación ha disminuido considerablemente este acervo, cerca del 30% del stock de procesos, según estudios, considerando que hasta 2015, de las 24 provincias, 22 ya poseían, en su legislación, la obligatoriedad de buscar la conciliación y la mediación antes de ingresar con un proceso en la justicia.

Para Mancuso (2015, p. 136) el volumen excesivo de procesos no está en el origen de los males, pero es una consecuencia del desenfrenado acceso a la Justicia, de la litigiosidad desenfrenada, fomentado lo contencioso, no estimulando otras formas de solución de litigios.

Lo que se ve, como necesario, es una desjudicialización de las relaciones sociales, de modo de buscar solucionarlas de otras formas, extrajudiciales, paraestatales, que no sea la judicialización de estos conflictos.

El movimiento de la desjudicialización, con íntima ligazón con el neoconstitucionalismo, tiene, como objetivo, el fortalecimiento de opciones extrajudiciales para la solución de litigios, no solo la conciliación y el arbitraje, sino, también, algunos procedimientos notariales extrajudiciales. (OLIVEIRA, 2014, p. 30).

Los movimientos de desjudicialización y la expansión de lo procesal hacia otros escenarios, que no son exclusivamente el judicial, surgen a partir de

algunos cambios en la sociedad brasileña que son apuntados, como indicadores de una cierta reformulación de papeles del Judicial y demás centros de procesamiento de controversias. (OLIVEIRA, 2014, p. 216).

La desjudicialización es la relación con algunos medios alternativos para la resolución del conflicto. Los medios alternativos son métodos extrajudiciales que hacen posible el fin al embate entre las partes, la adopción de métodos paraestatales está íntimamente ligada con la autonomía de la voluntad del individuo, que tiene la posibilidad de escoger otro medio de resolver el litigio, sin accionar por vía judicial.

Este movimiento de desjudicialización busca una salida del monopolio del Estado para resolver los conflictos y pasa a otras instancias no judiciales. Así, la desjudicialización puede ser aludida, como una de las mejores técnicas para que exista un mayor alivio de procesos para el Judicial, trayendo, de esta forma, la promoción de la paz social, por la efectividad del proceso a la Justicia. (OLIVEIRA, 2014, pp. 31, 163).

Se observa que, tradicionalmente, la expresión “acceso a la justicia”, permanece ligada a la idea de acceso al Poder Judicial, en la resolución de conflictos. Sin embargo, hoy, no solo los medios alternativos de solución de controversias —mediación, conciliación y arbitraje—, así como la desjudicialización de algunos procedimientos representan hechos que marcan el contemporáneo Proceso Civil, revelado por la desburocratización y minimización del Judicial, con relación a la pacificación social. Se destaca, incluso, el carácter procesal en la Administración Pública, como factor de desahogo judicial por un debido Proceso Administrativo, con el fortalecimiento del contradictorio y de la amplia defensa del administrado. (OLIVEIRA, 2014, p. 18).

La desjudicialización busca disminuir las actividades y demandas de los tribunales y trasladarlas hacia otros servicios, en este contexto sustenta Oliveira (2014, p. 132), al disponer:

El gran problema existente en la actualidad es la imposibilidad del Poder Judicial de absorber y dar respuesta efectiva, adecuada y, principalmente,

tempestiva a los millones de litigios judicializados actualmente, resguardando todos los derechos y garantías inherentes al proceso. Es en este escenario que surge la búsqueda de una respuesta a este gran problema social (prestación intempestiva de la tutela jurisdiccional). Como ya fue visto, para la solución de esta cuestión, el Estado brasileño busca, primordialmente, crear e implementar nuevas técnicas procesales. Además de esta medida, el Brasil también apuesta, con menor intensidad, al aumento físico-estructural-tecnológico del Poder Judicial, buscando ampliar sus estructuras para hacer frente a la intensificación del número de demandas en juicio. En relación con las alternativas al modelo formal de administración de justicia, poco ha sido hecho si se compara con los demás cambios. (GONÇALVES, 2014, p. 142).

Los métodos alternativos de solución de conflictos surge, como una manera de guarda de derechos diferenciados, que es una oposición a los métodos jurídicos tradicionales. Uno de los grandes objetivos de este método es promover e incentivar la conciliación. Los métodos alternativos buscan romper con el formalismo y buscar una celeridad procesal. (OLIVEIRA, 2014, p. 43).

En este escenario contemporáneo, el acceso a la justicia significa respeto y tolerancia en la sociedad compleja, así como la promoción del pluralismo jurídico y procesal. El incremento de los medios alternativos de solución de controversias y la desjudicialización solo vienen a corroborar tal pensamiento. (OLIVEIRA, 2014, p. 107).

Según Gonçalves (2014, p. 125), las reformas que se necesitan llevar a cabo pasan por “un aumento significativo de los recursos, reforma tecnocrática y de gestión, reforma de la innovación y tecnología, elaboración de alternativas al modelo formal de administración de la justicia”.

Al valerse de la expresión “medio alternativo”, se reconoce que la vía jurisdiccional estatal aun constituye el mecanismo estándar de resolución de conflictos, ya que toda alternativa hace referencia a algún estándar. Sin

embargo, es de destacarse que, actualmente, ante la ineficiencia en la prestación jurisdiccional por parte del Estado, en especial por el perfil contencioso y por la poca efectividad en términos de pacificación real de las partes, las denominadas resoluciones alternativas de disputa tienden a dejar de ser consideradas “alternativas” para pasar a integrar la categoría de formas “esenciales” de resolución de conflictos, funcionando como verdaderos equivalentes jurisdiccionales, dada la sustitución de la decisión adjudicada del magistrado por la decisión conjunta de las partes. (GONÇALVES, 2014, p. 163).

Se nota que, poco a poco, la población brasileña fue perdiendo la confianza en las fuentes formales de resolución de conflictos, por la no obtención y satisfacción de respuesta en tiempo hábil de los litigios, floreciendo un incesante proceso de insatisfacción.

Se percibe que la mala administración de la justicia, hasta entonces, que redundaba en falta de implementación de políticas públicas adecuadas que coloquen, en el medio social, medios alternativos para la resolución de conflictos de forma más justa y ágil, son también factores institucionales que causan morosidad. (GONÇALVES, 2014, p. 115).

No obstante, con la nueva sistemática procesal, que homenajea a la mediación, conciliación y arbitraje, cuyos institutos ahora tienen ley específica y reglamentación, en las respectivas legislaciones del Brasil y la Argentina, ciertamente el Poder Judicial de ambos países, amoldándose a la nueva regla procesal, con esfuerzo de todos, enfrentará una nueva etapa de descongestionamiento de los procesos en trámite.

Pero para que se de este enfrentamiento y esfuerzo conjunto, urge que se reforme la Ley específica, para que el Poder Público y el poder económico den su parte de contribución en la realización de acuerdos judiciales. Estos jurisdicionados, que son por regla, los mayores demandantes y demandados no se proponen hacer acuerdos judiciales, el primer ente por prohibición legal y el segundo, simplemente, por mera deliberación o indiferencia por la justicia, o creyendo sacar ventaja financiera, consiente de la morosidad de la justicia.

Las empresas prestadoras de servicios, productoras y revendedoras de productos, incluso conscientes de sus ofensas a los consumidores, en cuanto son demandadas por

esto, cumplen con una verdadera desidia en no componer acuerdo, como forma de solución del litigio. Prefieren la demora porque no responderán a ninguna sanción por este acto de discordia.

El mercado de consumo creció exorbitantemente, así como la actividad pública y las demandas judiciales, en este contexto, acompañaron a la par este crecimiento. Luego, no habiendo acuerdos judiciales en parte de estas demandas, se generó un gran cuello de botella en la entrega de la prestación jurisdiccional, para esta porción de la sociedad, sea demandante o demandada.

7. CONCLUSIÓN

La presente tesis buscó demostrar que la temática estudiada, burocracia y eficiencia son mecanismos para asegurar el cumplimiento del tiempo razonable en la entrega de la prestación jurisdiccional, deber del Estado para con los ciudadanos.

Partiendo, entonces, de la teoría "burocracia" elaborada por Weber (1975, p. 249), donde señaló que "el futuro pertenece a la burocracia", como un recurso positivo de forma de organización y de racionalización de las tareas y respeto a la jerarquía, se constata que es posible emplear, en el seno de la administración y gestión pública de la justicia, la metodología de la "burocracia" weberiana, de modo de obtener una mejora en la solución de los procesos, buscando alcance de eficiencia en la administración de la justicia, con la finalidad de alcanzar los objetivos contenidos en la norma, en lo tocante a la celeridad y razonable duración del proceso, de modo de minimizar la morosidad.

Recurriendo a los académicos en los que se basó esta investigación, se percibe que la morosidad de la justicia no es un problema solo del Brasil. Pero el Poder Judicial brasileño tiene, como meta, obtener un funciona-miento compatible con la necesidad y anhelo de su pueblo. Sin embargo, la estructura y reglamentos no acompañan, aun, los cambios que se dieron en la sociedad.

En la Argentina, del mismo modo, la Justicia ha sido considerada, como el último garante de los derechos de los beneficiarios, logrando respeto y consideración, pero actualmente, para muchos argentinos, la justicia es caracterizada como lenta y burocrática. (MASCÍAS).

La justicia es el último reducto de fe y esperanza del ciudadano en la solución de sus conflictos. La evolución tecnológica, la migración poblacional del campo hacia la ciudad, de cara a la revolución industrial, hizo mucho para la búsqueda de la justicia a gran escala y sin precedentes.

En el Brasil, la Constitución de 1988, el Código de Defensa del Consumidor, en 1.990 y la creación de los Juzgados Especiales de Pequeñas Causas, en 1995, aliados a estos factores, contribuyeron aún más a la judicialización de hechos diversos derivados de las relaciones sociales. En este contexto, le cabe al Poder Judicial encontrar medios de solución de estos conflictos de manera ágil y eficiente.

Se demostró cómo se ha preocupado el Judicial brasileño en resolver el problema de la morosidad procesal, realizando la reforma constitucional del Poder Judicial (EC 45/2004), los esfuerzos se dirigen a las reformas procesales y a la elaboración de una política nacional de perfeccionamiento del sistema judicial. El Consejo Nacional de Justicia, en este contexto, constituye un órgano detentor de la competencia administrativa que posibilita la coordinación de estudios y acciones necesarios para la elaboración de un plan de gestión para el judicial brasileño. (ARAÚJO, 2009, p. 82).

Sin embargo, la Enmienda Constitucional nº 45/2004, que implementó la reforma del judicial, no será la solución para los innumerables problemas que pasan esta función estatal de tanta relevancia. Lejos de solucionar las dificultades del judicial, las modificaciones de la Enmienda 45, sobre todo las procesales, buscan, principalmente, minimizar la morosidad procesal. Más que reformar la legislación vigente, es necesario dotar al Poder Judicial de una estructura apta para recibir y procesar, con celeridad, las demandas judiciales. Para esto, es imprescindible la informatización completa del Judicial, el incremento del número de magistrados y servidores, además de la realización periódica de cursos de calificación para estos.

Las condiciones materiales, entre otros, es el gran factor de morosidad de la justicia. El Poder Judicial, en toda la historia de la república, nunca se armó para acompañar los cambios, como lo hizo ahora. Del mismo modo, las leyes deben acompañar los cambios sociales, porque los hechos constantes y mutables y los textos legales que regulan la vida en sociedad no siempre son revisados a tiempo.

Así, existiendo atraso legislativo, el efecto decanta en el Poder Judicial. El enfrentamiento de la morosidad judicial depende de leyes modernas, editadas a tiempo, en consonancia con los cambios sociales y de un presupuesto sólido y suficiente para el funcionamiento del Poder Judicial.

En muchos lugares existen jueces trabajando con deficiencia de material, o de personal, es decir, en condiciones de verdadera afrenta a la responsabilidad social de la magistratura (DALLARI, *O poder dos juízes*, San Pablo, Saraiva, 1996, pp. 156-157).

No hay otra salida para alcanzar la eficiencia en el sistema de justicia del Brasil que no sea la primacía de la burocracia weberiana, con el poder explícito del bureau, como forma de llegar a la eficiencia en la prestación de este servicio público al consumidor del sistema de justicia, el cual es de los más importantes de la nación.

A pesar del esfuerzo ya emprendido, reforma del Código Procesal Civil, informalidad de los Juzgados Especiales de Pequeñas Causas, efectivación del juzgado colectivo, implementación del proceso judicial electrónico, aún existe la necesidad de la observancia de la teoría weberiana en el día a día de la prestación de servicios forenses, porque el sistema burocrático siempre será la fuerza motriz de la eficiencia en cualquier sector productivo.

Otro punto importante para la modernización es la búsqueda de mejoramiento de la tecnología de la información para el mejoramiento y racionalización en el ámbito del control de las secciones y procedimientos administrativos internos de los Tribunales, pues la aplicación de los procedimientos virtuales facilitará mucho la estandarización y racionalización de los servicios que deben prestarse a los "consumidores de la justicia" por parte de los tribunales, con eficiencia y celeridad, permitiendo cambios y adaptaciones más flexibles al tiempo del procedimiento. (HESS, 2010, p. 215).

De este modo, la teoría de la burocracia weberiana, siempre actual, llevada a la práctica, atiende sin sobresaltos y positivamente al principio constitucional de la eficiencia, en los términos del art. 37 de la Constitución Federal y se alía, fundamentalmente, al principio de la celeridad procesal, contenido en el art. 5º, LXXVIII, de la misma Carta Política.

En el mismo sentido, la burocracia weberiana, en todos sus contornos, se liga a la doctrina de Mauro Cappelletti, que en su conocida y magnífica obra "Acceso a la Justicia", enfatiza en el mejor tono, refiriéndose a la tercera ola renovadora de la sistemática del procesal civil, la necesidad imperiosa de buscar la efectividad de la tutela jurisdiccional. Luego, así como se entienda en la teoría weberiana, la burocracia busca eficiencia, la que inexorablemente redundará en efectividad. Y la eficacia, que es el núcleo de la acción judicial, objeto o interés mayor de las partes litigantes, a su turno, es consecuencia de la efectividad.

En términos generales, no es interesante que ninguna de las partes litigantes logre éxito en la causa y obtenga una sentencia sin eficacia, porque no hubo efectividad en la entrega de la prestación jurisdiccional. En estos casos, el consumidor del sistema de justicia de cualquier parte del planeta, será la gran víctima de la frustración, indignidad y del poder opresivo del Estado.

Por lo tanto, la desburocratización del sistema de justicia, en el Brasil y en la Argentina, en su caso, atiende al principio doctrinario mundial, en la cita de Norberto Bobbio (1992, pp. 24-25) "el problema fundamental en relación a los derechos del hombre, hoy, no es tanto el de justificarlos, sino el de protegerlos".

Por otro lado, es necesario desarmar la cultura litigiosa, para desjudicializar las relaciones sociales, buscando otras formas paraestatales de resolución de conflictos, como el arbitraje y la mediación, como modo de disminuir el nivel de litigiosidad, y los tribunales puedan dar mayor celeridad en la prestación de justicia.

El principio de la inapartabilidad de la jurisdicción, en el Brasil previsto en el art. 5º, inc. XXXV, de la Constitución Federal, determina que nada escapa a la apreciación del Poder Judicial. Sin embargo, las condiciones físicas actualmente existentes, considerando el aspecto estructural propiamente dicho (espacios físicos disponibles para el desempeño de las actividades judicantes) y los recursos humanos (número de integrantes de la carrera del Poder Judicial, entre magistrados y servidores en general), no son suficientes para implementar de forma eficaz y justa la orden extraída del referido principio.

Los obstáculos y lagunas actualmente existentes en la legislación procesal y que son responsables por gran parte de las dificultades por las cuales pasa el servicio jurisdiccional, constituyen una opción política de los legisladores nacionales que, a pesar de estar imbuidos de poderes para invertir en la mejora del servicio público prestado al jurisdicionado, permanecen inertes.

Para alcanzar el nivel de satisfacción en la prestación de servicios al consumidor, el Poder Judicial necesita reestructurarse en todos los sentidos, incluyendo la insistencia en cambiar la mentalidad de sus técnicos, operadores y aplicadores del derecho, promoviendo cursos de formación para el ingreso en la carrera, tanto de magistrados, como de técnicos o cualquier otro operador del sistema, promoviendo, incluso, sucesivamente, cursos de formación continua manteniéndose este contingente siempre actualizado para la realización de sus tareas, de forma rigurosa y con eficiencia y presteza.

La simplicidad del proceso se incluye, obviamente, en este contexto de reestructuración, siendo necesario, por lo tanto, la aplicabilidad del principio de la oralidad, ya consagrada desde 1939 en la legislación brasileña, como principio rector del proceso, así como el principio del formalismo moderado, extraído del derecho administrativo e incluido en el art. 5º, inc. II, parágrafo 2º de la Constitución de la República Federativa del Brasil, que deben aplicarse, como fieles aliados de la teoría de la burocracia weberiana, en la búsqueda de la efectividad del proceso.

Pero esto no es suficiente. Es necesario, también, ofrecer mayor asistencia al jurisdicionado, concientizándolos de sus derechos, pero ofreciendo orientación jurídica, para que estos puedan buscar otros medios de solución de conflictos extrajudiciales y paraestatales, como la mediación, el arbitraje, Procon, los centros de solución de conflictos, para disminuir la sobrecarga de los Tribunales.

8. RECOMENDACIONES

Incentivar en el Brasil la justicia privada, ya reglamentada en ley, para atender a parte de la demanda que desemboca insensiblemente en el Poder Judicial, de cara a la falta de orientación de la población, que no tiene conocimiento de su existencia y de su efectividad en la solución de conflictos. Para esto, se hace necesaria una amplia divulgación de la existencia de esta rama de justicia, lugares y métodos de funcionamiento y, principalmente, su costo operativo que, significativamente, según informaciones, es más barato que las costas judiciales de un proceso tradicional.

En el caso, esta divulgación debe ser hecha a costas de incentivos fiscales de los impuestos a los que son sometidas las empresas productoras de bienes y servicios o alternativamente con sociedades públicas y privadas con consciencia de que esta rama de la justicia prestará un gran servicio a sus segmentos, como a la sociedad en general.

Aplicación deliberada **en ambos Países** del principio de la especialización de las funciones, sea administrativa o judicial, que tiene, como regla, que los funcionarios, o en el caso en especie, servidores o magistrados, con entrenamiento y práctica constante, aprenden cada vez más. Aun, en el caso específico de la magistratura, se ve incluso unidades judiciales operando en diversas áreas del derecho, lo que no es productivo. Las

unidades jurisdiccionales especializadas reúnen mayores condiciones para desarrollar una prestación de servicio con presteza, mejor calidad, eficiencia y chance de entregar la prestación jurisdiccional en plazo razonable.

Creación, por ley, de resolución, enunciado o forma simple, en ambos países, de facilidad para el acceso al ciudadano consumidor del sistema de justicia para que, eventuales engaños o falta de conocimiento no se constituyan en obstáculos para la efectividad del proceso. Esta hipótesis recomienda, más aún, la realización de cursos continuos de magistrados y servidores para entender, sin lugar a dudas, que deben siempre actuar en favor del jurisdiccionalado.

Edición de ley, con apoyo del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, en el sentido de destrabar al poder público, para que pueda componer acuerdos judiciales en sus demandas, aunque se establezca una alzada, y siempre que esta limitación no sea ofensiva a los intereses de la parte contraria.

Edición de ley, de reforma del Código Procesal Civil, con apoyo del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, imponiendo el aumento de multa en la condena por desidia de la parte que no componga el acuerdo con vistas a la solución del conflicto, con aplicación de mayor rigor para el grupo económico o gran empresa. La multa es de efecto pedagógico para que el ente sancionado entienda la función social del acuerdo para la solución de conflictos.

Desarrollo, en ambos países, de políticas públicas de educación de base, orientación, buscando la convivencia social fraterna y armónica, evitándose, en el futuro, la cultura de la litigiosidad, por no existir particularmente relación conflictiva.

Implementación, en la Argentina, del modelo brasileño de gestión de proceso judicial, es decir, la virtualización de los procesos, llamado proceso judicial electrónico -PJE, para optimizar los trámites procesales y dar mayor celeridad al proceso, generando más comodidad al jurisdiccionalado, trayendo más economía de costos tanto a la justicia, como a los abogados y las partes en general.

Implementación, en el Brasil, del modelo argentino de Mediación, considerando que, en el Brasil, funciona como medio de conciliación judicial, y en la Argentina, como una fase pre procesal obligatoria, realizada fuera del ámbito de la justicia, donde se muestra más eficaz y productiva, de modo de contribuir, en el Brasil, para disminuir el nivel de litigiosidad.

REFERENCIAS

ANDRIGHI, FATIMA NANCY. *ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO*. DISPONIBLE EN: <[HTTP://BDJUR.STJ.JUS.BR/JSPUI/BITSTREAM/2011/653/ESTRUTURA_ORGANIZA%C3%A7%C3%A3o_SISTEMA.PDF](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/653/ESTRUTURA_ORGANIZA%C3%A7%C3%A3o_SISTEMA.PDF)>. ACCESO: 20 DIC. 2015.

ARAÚJO, ANDRÉ LUÍS DE TOLEDO. *O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE MINIMIZAÇÃO DA MOROSIDADE PROCESSUAL*. DISPONIBLE EN: <[HTTPS://WWW.UNIVEM.EDU.BR/SERVICO/APLICATIVOS/MESTRADO_DIR/DISSERTAÇÕES/O CONSELHO NACIONAL DE JUSTI%C3%87A COMO INSTRUMENTO DE MINIMIZ 1138 PT.PDF](https://www.univem.edu.br/servico/aplicativos/mestrado_dir/dissertacoes/o_conselho_nacional_de_justi%C3%87a_como_instrumento_de_minimiz_1138_pt.pdf)>. ACCESO: 11 ENE. 2016.

ARGENTINA. *CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA*. 7ª ED. BUENOS AIRES: ERREPAR, 2011.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA. BUENOS AIRES: ABELEDO-PERROT, 2011.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. 21ª ED. (2ª IMPR.) BUENOS AIRES: A-Z EDITORA, 2010.

BARBOSA, CLAUDIA MARIA. *PODER JUDICIÁRIO: REFORMA PARA QUÊ?* DISPONIBLE EN: <[HTTP://WWW.AMBITOJURIDICO.COM.BR/SITE/INDEX.PHP?N_LINK=REVISTA ARTIGOS %20LEITURA&ARTIGO ID=2339](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2339)>. ACCESO: 7 ENE. 2016.

BIELSA, RAFAEL A., GRAÑA, EDUARDO R. *EL TIEMPO Y EL PROCESO*. DISPONIBLE EN: <[HTTP://WWW.ARGENJUS.ORG.AR/PUBLI/PUBLICACION/GRANABIELSA.PDF](http://www.argenj.us.org.ar/publi/publicacion/granabielsa.pdf)>.

BLAU, P. M. *LA BUROCRACIA EN LA SOCIEDAD MODERNA*. BUENOS AIRES: PAIDÓS. 1971.

BLAU, P.M., SCOTT, R.W. NATUREZA E TIPOS DE ORGANIZAÇÕES FORMAIS. EN: *ORGANIZAÇÕES FORMAIS*. SAN PABLO: ATLAS, 1970, PARTE 2ª, PP. 40-74.

ORIENTAÇÃO PROFISSIONAL E BUROCRÁTICA. EN: *ORGANIZAÇÕES FORMAIS*. SAN PABLO: ATLAS, 1970.

BOBBIO, NORBERTO. *ESTADO, GOVERNO E SOCIEDADE. PARA UMA TEORIA GERAL DA POLÍTICA*. 16ª ED. SAN PABLO: EDITORA PAZ E TERRA, 2009.

BOBBIO, NORBERTO. *A ERA DO DIREITO*. RÍO DE JANEIRO. CAMPOS, 1992.

BOLESO, HÉCTOR HUGO. CELERIDAD Y ECONOMIA PROCESAL. *REVISTA CIENTÍFICA DEL EFT N° 5*. [WWW.EFT.ORG.AR](http://www.eft.org.ar). DISPONIBLE EN: <http://www.jusco>

RIENTES.GOV.AR/INFORMACION/PUBLICACIONES/DOCS/BOLESOCCELERIDADYECONOMIAPROCESAL.PDF. ACCESO: 30 JUN. 2014.

BORDIEU. PIERRE. *O PODER SIMBÓLICO*. SAN PABLO: DIFEL, 1989.

BORTHWICH, ADOLFO E.C. *PRINCÍPIOS PROCESALES*. PRÓLOGO DE JORGE W. PEYRANO. CORRIENTES: MAVE - MARIO A. VIEIRA EDITOR, 2003.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. *DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUI%C3%A7AO.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). ACCESO: 23 JUN. 2014.

LEI Nº 5869, DE 11 JANEIRO DE 1973. *DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*. DISPONÍVEL EM: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. ACCESO: 24 JUN. 2014.

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2012. *DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/2002.110406.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002.110406.htm). ACCESO: 22 JUN. 2014.

LEI Nº 9099/95, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. *DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L9099.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). ACCESO: 23 JUN. 2014.

CONSTITUIÇÃO (1988). EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45, DE 31 DE DEZEMBRO DE 2004. ALTERA MECANISMOS DE LOS ARTS. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 E 168 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ACRESCENTA OS ARTS. 103-A, 103B, 111-A E 130-A, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*. BRASÍLIA, DF: SENADO FEDERAL, 2007.

BRITTO, CARLOS AUGUSTO AYRES DE FREITAS. DISTINÇÃO ENTRE "CONTROLE SOCIAL DO PODER" E "PARTICIPAÇÃO POPULAR". *REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO (RDA)*, N. 189, PP. 114-122, JUL./SET. 1992.

CAMPOS, CLEITON DE. *A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA*. DISPONÍVEL EM: [WWW.RDB.ORG.BR/OJS/INDEX.PHP/REVISTA_DIREITOBRASELEIRA /ARTICLE/VIEW/128](http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/revista_direitobrasileira/article/view/128)>. ACCESO: 26 DIC. 2015.

CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, BRYANT. *ACESSO À JUSTIÇA*. TRAD. ELLEN GRACIE NORTHFLEET. PORTO ALEGRE: FABRIS, 1988.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *ARTE DO DIREITO*. TRAD. FEBE A. M. C. MARENCO. CAMPINAS: EDICAMP, 2003.

CASTRO MENDES. ALUISIO GONÇALVES DE. *O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL*. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.AJUFERJES.ORG.BR/PDF/PODERJUDICIARIO BRASIL.PDF](http://www.ajufereg.org.br/pdf/poderjudiciario_brasil.pdf) >. ACESSO: 20 DIC. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *BUROCRACIA É O QUE ATRASA O PROCESSO*. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/2010-DEZ-06/TECNOLOGIA-ACABAR-BUROCRACIA-ACELERAR-JULGAMENTOS-PREVE\(CNJ\)](http://www.conjur.com.br/2010-dez-06/tecnologia-acabar-burocracia-acelerar-julgamentos-preve(cnj))>. ACESSO: 21 DIC. 2015.

DANTAS, JOÃO ANTÔNIO DA N. *CARA E COROA: OS DOIS LADOS DA BUROCRACIA*. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.ADMINISTRADORES.COM.BR/ARTIGOS/ECONOMIA-E-FINANCAS/CARA-E-COROA-OS-DOIS-LADOS-DA-BUROCRACIA/31989/](http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/cara-e-coroa-os-dois-lados-da-burocracia/31989/)>. ACESSO: 19 DIC. 2015.

DEOCLECIANO, PEDRO RAFAEL MALVEIRA. *O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O CONTROLE DEMOCRÁTICO DO PODER JUDICIÁRIO: UMA REALIDADE POSSÍVEL?* DISPONÍVEL EM: <[HTTP://UOL11.UNIFOR.BR/OWL/CONTEUDOSITE/F1066346356/DISSERTACAO.PDF](http://uol11.unifor.br/oul/conteudosite/F1066346356/dissertacao.pdf)>. ACESSO: 10 ENE. 2016.

DONATO, VERÔNICA CHAVES CARNEIRO. *O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL: ESTRUTURA, CRÍTICAS E CONTROLE*. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.DOMINIO PUBLICO.GOV.BR/DOWNLOAD/TESTE/ARQS/CP041679.PDF](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041679.pdf)>. ACESSO: 19 DIC. 2015.

FALCÓN, ENRIQUE M. *TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL*. TOMO I, PARTE GENERAL DEMANDA. BUENOS AIRES: RUBINZAL-CULZONI EDITORES, 2013.

FERRETTI, CELSO J. *TRABALHO FORMAÇÃO E CURRÍCULO. ¿PARA ONDE VAI A ESCOLA?* SAN PABLO: XAMÃ VM EDITORA E GRÁFICA, 1999.

FIGUEIREDO, HERNÁN R. GONÇALVES. *MANUAL DE DERECHO ELECTORAL. PRINCIPIOS Y REGLAS. TEORÍA Y PRÁCTICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL Y DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS*. BUENOS AIRES: DI LALLA EDICIONES, 2013.

FREITAS, VLADIMIR PASSOS DE. EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. *REVISTA DA AJUFERGS/03.2011*. DISPONÍVEL EM: http://www.esmafe.org.br/web/REVISTA/REV03/03_VLADIMIR_PASSOS_DE_FREITAS.PDF. ACESSO: 22 JUN. 2014.

GALLIEZ, PAULO CÉSAR RIBEIRO. *A DEFENSORIA PÚBLICA, O ESTADO E A CIDADANIA*. RÍO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2006.

GARCÍA, JORGE SARMIENTE (DIRECTOR). *DERECHO PÚBLICO*. BUENOS AIRES: EDICIONES CIUDAD ARGENTINA, 1998.

GIL, ANTONIO CARLOS. *COMO ELABORAR PROJETOS DE PESQUISA*. 4ª ED. SAN PABLO: ATLAS, 2002.

GIOLO JÚNIOR, GILDO. *MOROSIDADE DA JUSTIÇA. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO PELA DEMORA NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL*. ED. JURUÁ.

GOUVÊA, GILDA FIGUEIREDO. PORTUGAL. *BUROCRACIA E ELITES DEMOCRÁTICAS NO BRASIL*. SAN PABLO: PAULICÉIA, 1994.

GRANGEIA, MARCOS ALAOR DINIZ. *A CRISE DE GESTÃO DO PODER JUDICIÁRIO: O PROBLEMA, AS CONSEQUÊNCIAS E OS POSSÍVEIS CAMINHOS PARA A SOLUÇÃO*. DISPONÍVEL: <[HTTP://WWW.ENFAM.JUS.BR/WP-CONTENT/UPLOADS/2013/01/2099 DES MARCOS ALAOR ARTIGO ENFAM 28 4 2011 EDITADO.PD](http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_DES_MARCOS_ALAOR_ARTIGO_ENFAM_28_4_2011_EDITADO.PD)>. ACCESO: 26 DIC. 2015.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI ET AL. *CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMENTADO PELOS AUTORES DO ANTEPROJETO*, VOL. II, 10ª ED., RÍO DE JANEIRO: FORENSE, 2011.

HESS, HELIANA COUTINHO. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E O PODER JUDICIÁRIO. DISPONÍVEL: <[HTTP://WWW.REVISTAS.USP.BR/RFDUSP/ARTICLE/VIEWFILE/67899/70507](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67899/70507)>. ACCESO: 25 DIC. 2015.

KREBS, FERNANDO AURVALLE (ORG.). *A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO*. 1º ED, 4º TIR. CURITIBA: JURUÁ, 2003.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. *FUNDAMENTOS DE METODOLOGIA CIENTÍFICA*. 5ª ED. SAN PABLO: ATLAS, 2003.

LAMBRADA, Pelayo Ariel. *LA MOTIVACIÓN EN LOS ORGANISMOS JUDICIALES*. BUENOS AIRES: NOVA TESIS, 2006.

LEWANDOWSKI, RICARDO; NALINI JOSÉ RENATO (ORG.). *O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SUA ATUAÇÃO COMO ÓRGÃO DO PODER JUDICIÁRIO – HOMENAGEM AOS 10 ANOS DO CNJ*. SAN PABLO: QUARTIER LATIN, 2015.

LYRA, RUBENS PINTO. A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA GESTÃO PÚBLICA BRASILEIRA. EN: NASSIF, GUSTAVO (ORG.) *TÓPICOS ESPECIAIS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO*, PP. 393-415. SAN PABLO: LUMEN JURIS, 2011.

MAAKAROUN, BERTHA. *MINISTRA CÁRMEN LÚCIA PREGA ELIMINAÇÃO DA BUROCRACIA NO PODER JUDICIÁRIO.* DISPONIBLE: <[HTTP://WWW.EM.COM.BR/APP/NOTICIA/POLITICA/2013/11/09/INTERNA_POLITICA,468889/MINISTRA-CARMEN-LUCIA-PREGA-ELIMINACAO-DA-BUROCRACIA-NO-PODER-JUDICIARIO.HTML](http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/11/09/INTERNA_POLITICA,468889/MINISTRA-CARMEN-LUCIA-PREGA-ELIMINACAO-DA-BUROCRACIA-NO-PODER-JUDICIARIO.HTML)>. ACCESO: 21 DIC. 2015.

MANCUSO, RODOLFO DE CAMARGO. *ACESSO À JUSTIÇA.* SAN PABLO: RT, 2015.

MARCONDES, CAMILLA DE MATOS. *O ACESSO À JUSTIÇA E AS LEIS DE CUSTAS JUDICIAIS.* DISPONIBLE: <[HTTP://INTERTEMAS.UNITOLEDO.BR/REVISTA/INDEX.PHP/JURIDICA/ARTICLE/VIEW/295/286](http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/juridica/article/view/295/286)>. ACCESO: 8 ENE. 2015.

MARONA, MARJORIE CORRÊA. *¿QUE MAGISTRADOS PARA O SÉCULO XXI? ALGUNS ASPECTOS DO PROCESSO DE SELEÇÃO E FORMAÇÃO DA MAGISTRATURA BRASILEIRA.* DISPONIBLE: <[HTTP://DEMOCRACIAEJUSTICA.ORG/CIENCIAPOLITICA/3/SITES/DEFAULT/FILES/QUE_MAGISTRADOS_PARA_O_SECULO_XXI.PDF](http://democraciaejustica.org/cienciapolitica/3/sites/default/files/que_magistrados_para_o_seculo_xxi.pdf)>. ACCESO: 8 ENE. 2016.

MELO FILHO, HUGO CAVALCANTI. *A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: MOTIVAÇÕES, QUADRO ATUAL E PERSPECTIVAS.* DISPONIBLE EN: <[HTTP://WWW.JF.JUS.BR/OJS2/INDEX.PHP/REVCEJ/ARTICLE/VIEWFILE/551/731](http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewfile/551/731)>. ACCESO: 7 ENE. 2016.

MENDES, GILMAR. *ORGANIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO.* DISPONIBLE EN: <[HTTP://WWW.STF.JUS.BR/ARQUIVO/CMS/NOTICIAARTIGODISCURSO/ANEXO/JUDICBRASIL.PDF](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigoDiscurso/anexo/JUDICBRASIL.PDF)>. ACCESO: 20 DIC. 2015.

MORAES, ALEXANDRE DE. *DIREITO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO.* 2 ED. SAN PABLO: ATLAS, 2005.

MORELLO, AUGUSTO M. *LA REFORMA DE LA JUSTICIA.* BUENOS AIRES: ABELEDO-PERROT, 1991, p. 93.

REFORMA ADMINISTRATIVA: EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. 4ª ED. SAN PABLO: ATLAS, 2001.

NUNES, ANDRÉIA REGINA SCHNEIDER. *A BUROCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA.* DISPONIBLE EN: <http://galileu.fundamet.br/revista/index.php/emtempo/article/view/295/278>. ACCESO: 20 DIC. 2015.

ORIHUELA, ANDREA M. *CONSTITUCIÓN NACIONAL COMENTADA.* 5ª ED. BUENOS AIRES: EDITORIAL ESTUDIO, 2010.

PALACIO, LINO ENRIQUE. *MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL.* 20ª ED. ACTUALIZADA POR LINO ALBERTO PALACIO Y LUIS ENRIQUE PALÁCIO. BUENOS AIRES: ABELEDO-PERROT, 2010.

PARO, VICTOR HENRIQUE. *ADMINISTRAÇÃO ESCOLAR: UMA INTRODUÇÃO CRÍTICA*. SAN PABLO: CORTEZ/AUTORES ASSOCIADOS, 1982.

O PRINCÍPIO DA GESTÃO ESCOLAR DEMOCRÁTICA NO CONTEXTO DA LDB. EN: ROMUALDO PORTELA DE OLIVEIRA; ADRIÃO, THERESA (ORGS). *GESTÃO FINANCIAMENTO E DIREÇÃO À EDUCAÇÃO. ANÁLISE DA LDA E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL*. SAN PABLO: XAMÃ, 2001.

PARODY, EDUARDO; GERLERO, MARIO SILVIO. *HERRAMIENTAS PRÁCTICAS PARA UNA ADMINISTRACIÓN EFICIENTE*. BUENOS AIRES: DAVID GRINBERG LIBROS JURÍDICOS, 2006.

PAULA FILHO, RUBEM LIMA DE. *CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: JUSTIFICATIVA DE CRIAÇÃO E CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL*. DISPONIBLE EN: <[HTTP://BDJUR.STJ.JUS.BR/JSPUI/BITSTREAM/2011/60712/CONSELHO NACIONAL JUSTICA.PDF](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60712/conselho_nacional_justica.pdf)>. ACCESO: 9 ENE. 2016.

PÉREZ LUÑO, ANTÔNIO-ENRIQUE. *LA UNIVERSIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL*. SÉRIE DE TEORÍA JURÍDICA Y FILOSOFIA DEL DERECHO. N. 23. BOGOTÁ: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLUMBIA, 2002.

PONCIANO, VERA LUCIA FEIL. *CONTROLE DA MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO: EFICIÊNCIA SÓ NÃO BASTA*. DISPONIBLE EN: <[HTTP://WWW.IBRAJUS.ORG.BR/REVISTA/ARTIGO.ASP?IDARTIGO=346](http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idartigo=346)>. ACCESO: 26 DIC. 2015.

QUEIROZ, ISIS. *BUROCRACIA X EFICIÊNCIA: O PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO COMO FERRAMENTA DE EFICIÊNCIA NA GESTÃO PÚBLICA*. DISPONIBLE EN: <[HTTP://ISISQUEIROZ.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/1121056_96/BUROCRACIA-X-EFICIENCIA-O-PRINCÍPIO-DO-FORMALISMO-MODERADO-COM O-FERRAMENTA-DE-EFICIENCIA-NA-GESTAO-PUBLICA](http://isisqueiroz.jusbrasil.com.br/artigos/1121056_96/burocracia-x-eficiencia-o-principio-do-formalismo-moderado-com-o-ferramenta-de-eficiencia-na-gestao-publica)>. ACCESO: 19 DIC. 2015.

RIZZO, EVANDRO VOLMAR. *ACESSO À JUSTIÇA E CUSTAS JUDICIAIS. DA ISENÇÃO DA TAXA JUDICIÁRIA*. DISPONIBLE EN: <[HTTP://WWW.UNIVALI.BR/LISTS/TRABALHOSMESTRADO/ATTACHMENTS/1837/DISSERTA%C3%A7%C3%A3o%20EVANDRO%20VOLMAR%20RIZZO%20-%202015.PDF](http://www.univali.br/lists/trabalhosmestrado/attachments/1837/disserta%C3%A7%C3%A3o%20Evandro%20Volmar%20Rizzo%20-%202015.pdf)>. ACCESO: 9 ENE. 2015.

ROBL FILHO, ILTON NOBERTO. *CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ACCOUNTABILITY*- SAN PABLO: SARAIVA, 2013.

ROCHA, DANIEL DE ALMEIDA. *PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA GESTÃO E NO PROCEDIMENTO JUDICIAL: A BUSCA DA SUPERAÇÃO DA MOROSIDADE NA ATIVIDADE JURISDICCIONAL*. CURITIBA: JURUÁ, 2012.

RODRÍGUEZ, MARCELA V. REFORMAS JUDICIALES, ACCESO A LA JUSTICIA Y GÉNERO. BUENOS AIRES: EDITORES DEL PUERTO, 2007.

RODRÍGUEZ SAIACH, LUIS A; KNAVS, VERÓNICA. BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. 2ª ED. BUENOS AIRES: LA LEY, 2007.

SADEK, MARIA TEREZA. A ORGANIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL. DISPONIBLE EN: <[HTTP://BOOKS.SCIOLO.ORG/ID/4W63S/PDF/SADEK-978857_9820328-02.PDF](http://books.scielo.org/id/4w63s/pdf/sadek-978857_9820328-02.pdf)>. ACCESO: 18 DIC. 2015.

MAGISTRADOS: UMA IMAGEM EM MOVIMENTO. DISPONIBLE EN: <[HTTP://WWW.SCIOLO.BR/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S0102-69091998000300011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000300011)>. ACCESO: 8 ENE. 2016.

SADEK, MARIA TEREZA; ARANTES, ROGERIO BASTOS. INTRODUÇÃO. EN SADRZ, MARIA TEREZA (ORG). REFORMA DO JUDICIARIO. SAN PABLO: FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER, 2001.

SALVIOLI, FABIÁN. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y SUS MODIFICACIONES A LA LUZ DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. BUENOS AIRES: ABELEDO-PERROT, 1997.

SANDER, BENNO. ADMINISTRAÇÃO DA EDUCAÇÃO NO BRASIL. GENEALOGIA DO CONHECIMENTO. BRASÍLIA: LIBER LIVRO, 2007.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA (ORGANIZADOR). DEMOCRATIZAR A DEMOCRACIA: OS CAMINHOS DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. RÍO DE JANEIRO: CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA: 2002.

INTRODUÇÃO À SOCIOLOGIA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. REVISTA CRÍTICA DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 1987. DISPONIBLE EN: http://www.boaven-turadesousasantos.pt/media/pdfs/introducao_a_sociologia_da_adm_justica_rccs21.pdf. 19.04.2014

SILVA AFONSO, JOÃO TÉRCIO. OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, CELERIDADE PROCESSUAL E O PODER JUDICIÁRIO. DISPONIBLE EN: <[HTTP://APLICACAO.TST.JUS.BR/DSPACE/BITSTREAM/HANDLE/1939/20098/2009_AFONSO JOA O TERCIO SILVA.PDF?SEQUENCE=1](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/20098/2009_afonso_joa_o_tercio_silva.pdf?sequence=1)>. ACCESO: 26 DIC. 2015.

SILVA, ANABELLE MACEDO; JATAHY, CARLOS ROBERTO DE C. ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DISPONIBLE EN: <[HTTP://ACADEMICO.DIREITO-RIO.FGV.BR/CCMW/IMAGES/ARCHIVE/0/0F/200](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/archive/0/0f/200)>

80807165021!ORGANIZA%C3%A7%C3%A3o DA JUSTI%C3%A7A E DO MP.PDF >.
ACCESO: 18 DIC. 2015.

SPENGLER, FABIANA MARION. TEMPO, DIREITO E NARRATIVA: OUTRA ABORDAGEM DO PROCESSO JURISDICONA. *REVISTA ESTUDOS JURÍDICOS*, 2008, p.12.

STJ. *O PERFIL DO JUIZ BRASILEIRO*. DISPONIBLE EN: <WWW.STJ.JUS.BR/.../O%20PERFIL%20DO%20JUIZ%20BRASILEIRO%20-%20ABRIL>. ACCESO: 8 ENE. 2016.

STRECK, LENIO LUIZ. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA: PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS- SOCIAIS NO BRASIL. *REVISTA NOVOS JURÍDICOS*, VOLUME 8, N. 2, PP. 257-301, MAYO/AGO. 2003.

TEIXEIRA FILHO, MANOEL ANTONIO. *BREVES COMENTÁRIOS A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO (COM ÊNFASE A JUSTIÇA DO TRABALHO): EMENDA CONSTITUCIONAL N.45/2004*. SAN PABLO: LTR, 2005.

ZAFFARONI, RAÚL EUGÊNIO. *PODER JUDICIÁRIO: CRISE, ACERTOS E DESACERTOS*. TRAD. JUAREZ TAVARES. SAN PABLO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1995.

WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIN (COORD.). *REFORMA DO JUDICIÁRIO: PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A EC N. 45/2004*. SAN PABLO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2005.

WATANABE, KASUO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E O JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS. EN: *WATANABE, KASUO (COORD.) JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS*. SAN PABLO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1996.

WEBER, MAX. *METODOLOGIA DAS CIÊNCIAS SOCIAIS*. 2ª ED. SAN PABLO: CORTEZ EDITORA, 1993.
"BUROCRACIA". EN. *ENSAIOS DE SOCIOLOGIA*. RÍO DE JANEIRO: ZAHAR, 1975.

WILDEMER, DE BOLESO, MARTA - BOLESO, HÉCTOR H. JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS DE CELERIDAD Y ECONOMÍA PROCESAL. APLICACIÓN EN EL PROCESO LABORAL, *EL JURISTA, REVISTA JURÍDICA DEL NORDESTE*, N° 13, SANTA FÉ, EDIC. 1997, PP. 185 Y SS.

WOLKMER, ANTONIO CARLOS. *ELEMENTOS PARA UMA CRÍTICA DO ESTADO*. PORTO ALEGRE: SERGIO ANTONIO FABRIS, 1990.

PLURALISMO JURÍDICO: FUNDAMENTOS DE UMA NOVA CULTURA NO DIREITO. SAN PABLO: ALFA-OMEGA, 2001.

HISTORIA DO DIREITO NO BRASIL. 7ª ED. RÍO DE JANEIRO: EDITORA FORENSE ALFA-OMEGA, 2014.