

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 930

(Ano XI)

(02/11/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

COLUNISTA DA SEMANA



WhatsApp na empresa: até onde vai a liberdade do empregado? 28/10/2019 | Daniel Moreno.....
.....05

ARTIGOS

O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa na Lei das Estatais (Lei 13.303/2016)

01/11/2019 | *Welder Rodrigues Lima*.....07

A (in)constitucionalidade da prisão civil em casos de sua ineficácia como meio de cobrança do crédito alimentar

01/11/2019 | *Taline Conâco*..... 17

A Lei da Liberdade Econômica e seus impactos trabalhistas e previdenciários

01/11/2019 | *Felipe Rebelo Lemos Moraes*55

Responsabilidade civil do adotante nos casos de devolução da criança adotada

01/11/2019 | *Suellen Mesquita Milhomem*.....59

A (In)Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado

01/11/2019 | *Filipe Ewerton Ribeiro Teles*..... 90

Afinal, portar munição de arma de fogo é crime?

01/11/2019 | *Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior*.....99

A função social da propriedade empresarial à luz da Constituição Federal de 1988

31/10/2019 | *Laura Ayub Salvatori*..... 104

Antecedentes históricos da pena de prisão no Brasil

31/10/2019 | *Filipe Ewerton Ribeiro Teles* 120

A atuação do Estado no domínio econômico: fundamentos e perspectivas à luz da Constituição Federal de 1988

31/10/2019 | *João Pedro Martins de Sousa*..... 135

O transporte irregular de defensivo agrícola (agrotóxico) e suas implicações criminais. A dificuldade de tipificar penalmente o transporte de agrotóxico, à vista do art. 56 da Lei nº 9.605 de 1998; art. 15, art. 16, ambos da Lei nº 7.802/89; art. 334-A, §1º, do Código Penal Brasileiro entre outros dispositivos legais

31/10/2019 | Joaquim Leitão Júnior 163

Desatenção de administradoras e condomínios impacta ações de execução: Condomínios não estão aproveitando a alteração legislativa para ações de execução cujo o objeto seja a cobrança de taxas condominiais.

31/10/2019 | Fabio Martins Di Jorge 183

AIRBNB: violação das regras condominiais ou simples uso do direito de propriedade?

31/10/2019 | Daniel Ferreira Martins 187

A suspensão de processos oriundos de dados do COAF [não]é absoluta

31/10/2019 | Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior 190

Abandono afetivo às avessas: e quando os filhos abandonam os pais?

30/10/2019 | Natalia Bacaro Coelho 193

A aplicação do princípio do contraditório durante a fase de inquérito policial: uma análise legal, doutrinária e jurisprudencial

30/10/2019 | Vinicius de Souza Castro 196

A responsabilidade civil do advogado perante seu cliente no exercício da profissão

30/10/2019 | Antonio Júnior Mendes Alves 228

Da aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança

30/10/2019 | Pablo Henrique Garcete Schrader 245

A dissolução de união estável diante da partilha de bens financiados com destaque aos imóveis adquiridos através de contrato de financiamento

30/10/2019 | Angelica Knop 281

Pode o agente policial atender o celular da pessoa detida? – Parte 2

30/10/2019 | Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior 290

Alteração do nome vexatório: dignidade da pessoa humana e segurança jurídica

29/10/2019 | Lucas Faggionato 295

Abandono afetivo inverso. Análise sobre a responsabilidade civil dos filhos no ordenamento jurídico brasileiro.

29/10/2019 | Sidmara de Jesus Leocádio344

Direitos humanos e de colonialidade: uma nova análise sob os direitos humanos dos refugiados

29/10/2019 | Laura Galvao Marques Cavalcante363

O regime disciplinar diferenciado e o princípio da dignidade da pessoa humana

29/10/2019 | Hyngra Laura Dreyer Carneiro374

A legítima e a liberdade de testar

29/10/2019 | Gildásio Pedrosa de Lima397

Da autonomia funcional, administrativa e orçamentária atribuída pela Constituição Federal de 1988 aos poderes e órgãos/entes estatais, destituídos de personalidade jurídica: responsabilidade atrelada ao seu próprio orçamento

29/10/2019 | Pablo Henrique Garcete Schrader409

O direito de acesso à informação como preceito constitucional fundamental à segurança alimentar: uma análise dos rótulos alimentícios e a necessidade de atualização

28/10/2019 | Aline Aparecida de Matos450

Sociedade internacional: os impactos da soberania e da globalização ao direito internacional de refúgio.

28/10/2019 | Laura Galvao Marques Cavalcante474

Aplicação da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro

28/10/2019 | Marcos Jose Garcez

A psicopatia versus a obrigatoriedade de libertação: Psicopatas e possíveis riscos sociais após o cumprimento da pena

28/10/2019 | Ingrid Susana da Silva Nascimento530

Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público

28/10/2019 | Maria Clara Silva Fernandes571

O novo conceito de posse estendida de arma de fogo em propriedade rural

28/10/2019 | Joaquim Leitão Júnior593

WHATSAPP NA EMPRESA: ATÉ ONDE VAI A LIBERDADE DO EMPREGADO?

DANIEL MORENO: especialista em Direito do Trabalho e sócio do escritório Magalhães & Moreno Advogados

As ferramentas de tecnologia são fundamentais nas relações profissionais. Entretanto se utilizadas de forma errônea, podem gerar grandes problemas para profissionais e empresas. Os empresários, com objetivo de manter uma segurança no cotidiano com seus funcionários, têm investido em estabelecer normas internas para regular o uso de aplicativos de mensagens, como por exemplo o WhatsApp.

Além do controle do tempo despendido pelos colaboradores no aplicativo, o que se tem observado é um cuidado ainda maior por parte do empregador: o quanto o uso do WhatsApp compromete o resguardo de informações sigilosas e da imagem da empresa? Qual o risco de situações relacionadas ao aplicativo resultarem em processos trabalhistas e qual o limite da privacidade do empregado?

De acordo com dados do Facebook, empresa proprietária do aplicativo, há no Brasil cerca de 120 milhões de usuários ativos do WhatsApp. É inegável que o aplicativo de mensagens gera facilidades na comunicação entre os colaboradores, inclusive por meio dos conhecidos grupos de mensagens. Por outro lado, esta facilidade pode gerar prejuízos à empresa ou até mesmo ao trabalhador.

Mensagens enviadas via WhatsApp têm sido aceitas como prova na Justiça do Trabalho, gerando condenações como horas extras, danos morais, demissão por justa causa, entre outras. Um dos casos mais corriqueiros é o assédio moral, que ocorre quando um superior hierárquico constrange o trabalhador com agressões verbais ou ameaças. Neste caso, o trabalhador pode simplesmente “printar” a tela e utilizar a imagem como prova em um eventual processo trabalhista.

Há limites para o controle do uso do aplicativo por parte do empregador. Via de regra, diferentemente do telefone corporativo, a empresa não pode exigir que o funcionário forneça dados ou históricos presentes em seu aparelho pessoal, sob pena de violação da intimidade do trabalhador. Caso a empresa acesse o

telefone celular do trabalhador sem a sua permissão, a mesma poderá ser condenada, inclusive criminalmente.

Entretanto, faz parte das prerrogativas da empresa proibir o uso do celular no ambiente de trabalho e, caso a ordem seja descumprida, o empregador poderá advertir, suspender ou até mesmo dispensar o trabalhador. Em alguns casos, o colaborador poderá ser dispensado por justa causa logo na primeira infração.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não prevê um número mínimo ou máximo de advertências que caracterizem a justa causa. A lei determina apenas que a aplicação da pena deve ser proporcional à gravidade ou à reincidência do fato. Caso o empregado não concorde com a pena, poderá ingressar na Justiça do Trabalho com o intuito de reverter a justa causa aplicada.

A fim de evitar maiores transtornos, é importante que as empresas orientem os seus funcionários sobre as boas práticas no aplicativo, de preferência por meio de um Termo de Responsabilidade e Conduta. O Termo deve versar sobre; a participação voluntária em grupos do WhatsApp; a não obrigatoriedade do empregado em responder mensagens durante a jornada, após o expediente ou durante as férias; a comunicação à empresa a respeito da criação de grupos com fins relacionados ao trabalho; e o caráter sigiloso de determinadas informações, sob pena das sanções cabíveis.

Tais normais visam mitigar a chance de litígio e a ocorrência de situações relacionadas ao WhatsApp, que sejam desinteressantes tanto para o empregador, quanto para o empregado. Em suma, o ideal é que tanto empresas quanto trabalhadores tenham bom senso na utilização das ferramentas tecnológicas de trabalho. Prevenir nunca é demais.

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA LEI DAS ESTATAIS (LEI 13.303/2016)

WELDER RODRIGUES LIMA: Mestrando em Direitos Sociais, Advogado, Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/DF, Especialista em Direito Processual, Especialista em Gestão Orçamentária e Financeira do Setor Público, Economista, Assessor no Banco do Brasil S.A.

RESUMO: Trata-se o presente de um estudo acerca do princípio do contraditório e da ampla defesa no âmbito das sanções administrativas a que alude a Lei 13.303/2016. A Lei das Estatais (LE) inaugurou novo regime de contratação para as empresas estatais, que passaram a adotar, preponderantemente, o regime do Direito Privado, diferentemente do que ocorria sob a égide da Lei 8.666/1993, na qual preponderava o regime do Direito Público. Estabeleceu-se, assim, condição de igualdade na relação contratual entre Administração e fornecedor, eliminando-se prerrogativas da Administração Pública que vigiam sob a égide da Lei 8.666/1993. Após a exposição dos conceitos iniciais importantes para a melhor compreensão do tema, passa-se a discutir o princípio do contraditório e da ampla defesa, destacando-se que as empresas estatais não se desincumbiram totalmente da observância do regime do Direito Público, mesmo com o advento da LE, vez que permanecem na lei figuras típicas do Direito Administrativo. Nesse passo, conclui-se que o princípio do contraditório e da ampla defesa deve ser observado quando da pretensão punitiva, de modo que a LE pecou em não prever a possibilidade de interposição recursal, que é parte indissociável do direito constitucional à ampla defesa, devendo, deste modo, os regulamentos internos das estatais, subsidiariamente, se valer da legislação correlata ao tema, como a Lei 9.784/1999, inclusive em se tratando de empresa estadual ou municipal, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Palavras-chave: Direito Público. Direito Privado. Contraditório. Ampla defesa. Lei das Estatais. Sanções administrativas.

1 Introdução

A Lei 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais, veio atender ao disposto no § 1º do art. 173 da Constituição Federal (CF), estabelecendo o estatuto jurídico da empresa pública e das sociedades de economia mista. Dentre outros aspectos, a LE dispõe sobre licitações e contratos, inclusive sobre sanções administrativas a fornecedores.

Anteriormente à vigência da Lei 13.303/2016, as empresas públicas e sociedades de economia mista se submetiam às normas entabuladas na Lei 8.666/1993, que igualmente dispunha sobre licitações, contratos e sanções administrativas aos fornecedores faltosos.

No tocante às sanções administrativas, a Lei 8.666/1993 prevê um rito que abarca o princípio do contraditório e da ampla defesa, ao passo que a Lei 13.303/2016 traz um texto bastante limitado quanto a esse aspecto, deixando a cargo dos respectivos regulamentos internos das empresas públicas e sociedades de economia mista instituir regramento específico, respeitando-se, contudo, os princípios que devem ser observados pela Administração Pública, conforme dicção do inciso II do art. 173 da CF, vejamos:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
[...]

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública; (grifos nossos)

Nesse passo, o presente trabalho se propõe a investigar se a LE previu em seu bojo rito suficientemente capaz de preservar o princípio do contraditório e da ampla

defesa, no tocante à aplicação de penalidade administrativa, em face de irregularidades praticadas por fornecedores contratados no âmbito da aludida lei.

2 Conceitos iniciais

Para o desenvolvimento do tema proposto, faz-se necessária a explicitação de alguns conceitos iniciais, conforme se segue.

2.1 Direito Público

Conforme leciona Alexandrino (2010, p. 42)[1] o Direito Público disciplina as relações entre a sociedade e o Estado, e as relações das entidades estatais entre si. No âmbito do Direito Público, os interesses coletivos (interesse público) prevalecem sobre os interesses individuais (privados). Nas palavras do supracitado autor: Assim, quando o Estado atua na defesa do interesse público, goza de certas prerrogativas que o situam em posição jurídica de superioridade ante o particular, evidentemente, em conformidade com a lei, e respeitadas as garantias individuais consagradas pelo ordenamento jurídico.

Deste modo, no âmbito do Direito Público, o Estado estará em posição diferenciada em relação ao particular, gozando de certas prerrogativas que se justificam pelo fato de os interesses sob os quais o Estado milita, o interesse público, restarem em primazia sobre os interesses privados (princípio da supremacia do interesse público).

2.2 Direito Privado

Já o Direito Privado tem por objetivo regular as relações jurídicas entre particulares, sendo o Direito Civil (Código Civil) exemplo de integrante do Direito Privado.

Nas relações abarcadas pelo Direito Privado, há igualdade de prerrogativas e tratamento entre as partes, ainda que o Estado seja uma das partes. Por outro lado, em quaisquer situações onde se observe a possibilidade de reflexos nos interesses coletivos, as normas de Direito Público deverão ser aplicadas. Assim, ainda que predominantemente exista relação de Direito Privado, sempre que interesses coletivos estiverem em voga, serão empregadas as normas de Direito Público subsidiariamente.

2.3 Direito Administrativo

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 49)[2], o Direito Administrativo pode ser compreendido como:

O ramo do Direito Público que tem por objeto os órgãos, os agentes e as pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

O Direito Administrativo é considerado um ramo do Direito Público, contudo não se restringe às relações jurídicas regidas pelo Direito Público, pois, mesmo nos casos em que a Administração participa de relação jurídica no âmbito do Direito Privado, deverá ser obediente aos princípios observáveis por toda Administração Pública, concernentes ao ramo do Direito Administrativo, tais quais, probidade, publicidade, interesse público etc.

3 Regime de Contratos na Lei 13.303/2016

A LE inaugura um novo regime de contratação, distinto do adotado na Lei 8.666/1993, que adota preceitos de Direito Público e, supletivamente, as disposições de Direito Privado, enquanto que a Lei 13.303/2016 adota os preceitos do Direito Privado como regra, vejamos:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado. (Lei 8.666/1993)

Art. 68. Os contratos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta lei e pelos preceitos de Direito Privado. (Lei 13.303/2016)

Deste modo, a nova legislação proporciona a bilateralidade nas relações contratuais, tipicamente o que ocorre nas relações privadas, em detrimento da sistemática verificada no âmbito da Lei 8.666/1993, na qual a Administração gozava de prerrogativas que a colocava em condição de vantagem em relação ao contratado.

Como exemplo, temos a não mais possibilidade de modificações contratuais unilaterais, como os acréscimos e as supressões, aos quais o contratado estava obrigado, caso fosse essa a vontade da Administração, desde que respeitados os percentuais estipulados na Lei 8.666/1993.

Também não é mais possível a rescisão unilateral do contrato – uma das formas de rescisão contratual previstas na legislação de 1993, vejamos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta lei;

Assim, as formas de rescisão contratual e hipóteses sancionatórias deverão estar expressamente consignadas no contrato. Além disso, quaisquer modificações contratuais deverão passar pelo crivo do consenso entre ambas as partes.

Em que pese a prevalência das normas de Direito Privado, ainda assim, há incidência do Direito Público nas relações contratuais entre as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os contratados. Isso, porque a própria LE dispõe de normas de Direito Administrativo (ramo do Direito Público), tais como procedimentos licitatórios e sanções administrativas. Nesses casos, evidentemente, deverão incidir as normas de Direito Público relativas a tais matérias, extraídas da própria Lei 13.303/2016 e dos regulamentos internos a que alude seu art. 40, vejamos:

Art. 40. As empresas públicas e sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta lei, especialmente quanto a:

[...]

VIII - aplicação de penalidades;

[...]

Observe-se que a LE remete ao regulamento interno das estatais as regras de licitações, contratos e sanções, que deverão se compatibilizar com as disposições da LE.

Apesar de não expresso na lei, é importante ressaltar que os regulamentos internos não se desincumbem de também se compatibilizar com as normas de Direito Público nas matérias em que a LE não for suficiente para regular as hipóteses que o envolvam, valendo-se da legislação esparsa e dos princípios tangíveis à Administração Pública.

4 Sanções a fornecedores

A possibilidade de cominação de penalidades em decorrência de irregularidades na execução do contrato constitui ato administrativo vinculado, não gozando a Administração de discricionariedade diante da materialidade de um ilícito administrativo objetivamente mensurável, ou seja, na ocorrência de uma situação prevista no contrato como passível de sanção, deverá a Administração iniciar o processo administrativo para apurar a ocorrência e, se for o caso, aplicar a penalidade administrativa cabível.

Do ponto de vista das sanções administrativas, a LE revela algumas alterações em relação ao normativo legal vigente anteriormente (Lei 8.666/1993). A LE retirou do rol de sanções a declaração de inidoneidade, permanecendo as sanções de advertência, multa e suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, conforme consignado em seu art. 83. Além disso, o prazo para apresentação de defesa prévia foi dilatado para dez dias úteis, ante cinco dias úteis previstos na Lei 8.666/1993.

Entretanto, deixou a Lei 13.303/2016 de prever a possibilidade de interposição de recurso. Diante da omissão da LE quanto à possibilidade de apresentação de recurso administrativo, compreende-se que os respectivos regulamentos internos das empresas estatais deverão prevê-la, vez que o direito ao contraditório e à ampla defesa, que compreende a possibilidade de recurso, é preceito constitucional, conforme será objeto de análise no próximo tópico.

5 Contraditório e ampla defesa – possibilidade de recurso

Pelo princípio do contraditório, compreende-se a possibilidade de o administrado contradizer o que lhe está sendo atribuído, dando-lhe a Administração ciência do que está sendo acusado, bem como oportunidade de manifestação.

O princípio da ampla defesa visa a assegurar todas as formas de manifestação do interessado, possibilitando juntar provas, fazer requerimentos e apresentar recurso contra as decisões da Administração. É, portanto, uma consequência do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório e da ampla defesa tem previsão constitucional, figurando no rol dos direitos e das garantias fundamentais, conforme art. 5º, inciso LV, da CF, em que se assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados, em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Nesse passo, temos que a possibilidade de recurso decorre de expressa previsão constitucional, como parte integrante do princípio do contraditório e da ampla defesa. Nas lições de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari (2001, p. 21-22)[3], a efetiva realização do princípio democrático passa pela possibilidade de o administrado participar das decisões administrativas, sendo imprescindível para tanto que o cidadão possa postular junto à Administração, inclusive apresentando recursos.

Segundo pensamento de Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 602)[4], o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são assegurados nos processos administrativos.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 905),[5] ao se reportar ao inciso LV do art. 5º da CF, afirma que o princípio da ampla defesa não estará completo, se não for assegurado ao interessado o direito de interposição de recursos, que é o meio de levar aos superiores do tomador da decisão o conhecimento de eventuais arbitrariedades.

Em face disso, verifica-se que a Lei 13.303/2016 pecou em deixar de prever a possibilidade recursal, devendo os regulamentos internos das empresas estatais,

observando a legislação subsidiária, preencher tal lacuna, de modo a evitar a judicialização da controvérsia e consequente anulação dos atos administrativos.

6 Aplicabilidade da Lei 9.784/1999 às empresas estatais

Considerando que resta pacífica a inaplicabilidade da Lei 8.666/1993 às empresas estatais, após o advento da Lei 13.303/2016, com exceção das cláusulas penais, conforme prescreveu o art. 41 da LE, e do critério de desempate em licitações, previsto no art. 55, inciso III, também da LE, temos que a Lei 9.784/1999 parece ser a mais adequada para suprir as lacunas deixadas pela novel legislação, no tocante aos direitos do contraditório e da ampla defesa, prerrogativas constitucionais a serem resguardadas.

A Lei 9.784/1999 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, direta e indireta, conforme dicção expressa contida em seu art. 1º: *“Esta lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração federal direta e indireta (...)”*.

Entretantes, conforme precedentes do STJ^[6], em caso de ausência de legislação específica no âmbito dos estados membros, a Lei 9.784/1999 também poderá ser empregada, se ausente lei própria local.

Portanto, mesmo com o advento da Lei 13.303/2016, o processo administrativo sancionatório a fornecedores não teve seu regramento completamente elucidado, cabendo aos regulamentos internos das empresas estatais observarem as legislações que regem a matéria, no caso dos estados e municípios as leis estaduais e, na ausência destas, a Lei 9.784/1999, que, sem a menor dúvida, também deve ser observada pelas empresas estatais federais, por disposição legal expressa.

7 Conclusão

A LE modificou o regime de contratações que vigorava até seu advento, qual seja, o regime do Direito Público, que imperava sob a égide da Lei 8.666/1993, passando a prevalecer o regime do Direito Privado.

Em face disso, Administração e fornecedor passam a estar em condição de igualdade na relação contratual, não gozando mais a Administração das

prerrogativas que lhe eram asseguradas pela Lei 8.666/1993, como a imposição de expansão ou redução contratual de, até, 25% ou, ainda, a possibilidade de rescisão unilateral.

Ainda que sob o regime do Direito Privado, a Administração não se desincumbiu de observar o regime do Direito Público, eis que a própria Lei 13.303/2016 traz, em seu bojo, institutos do Direito Administrativo, tais como licitações e sanções administrativas a fornecedores. Sob tais aspectos, deverá a Administração se guiar pelas normas do Direito Público e, naturalmente, pelos princípios basilares que regem a Administração Pública.

No tocante às sanções a fornecedores, a Lei 13.303/2016 pecou ao deixar de prever a possibilidade de interposição de recurso, ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa. Assim, os regulamentos internos das estatais deverão socorrer-se das legislações correlatas ao tema, para que seus regulamentos prevejam os ritos e prazos mínimos para a interposição recursal.

No caso das empresas estatais federais, a Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo da Administração direta e indireta federal, deverá ser observada. Já no âmbito dos estados e municípios, as respectivas legislações pertinentes ao tema deverão ser parâmetro para os regulamentos internos das estatais estaduais e municipais. Na ausência de uma legislação própria, estados e municípios poderão valer-se da Lei 9.784/1999, conforme já decidiu o STJ.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo **Direito Administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

Acesso em>: 17 jun. 2018.

_____. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. **Lei 13.303, de 30 de junho de 2016.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9784.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018.
CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 21. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 905.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 21-22.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 602.

STJ. **Agravo de Instrumento: Ag. 1.384.939 - SP (2011/0009128-9).** Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJ 25/3/2011. Jusbrasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18498626/ag-1384939>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

NOTAS:

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo descomplicado /** Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

[3] FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 21-22.

[4] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 602.

[5] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 905.

[6] STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO: Ag. 1.384.939 - SP (2011/0009128-9). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJ 25/03/2011. Jusbrasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18498626/ag-1384939>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CIVIL EM CASOS DE SUA INEFICÁCIA COMO MEIO DE COBRANÇA DO CRÉDITO ALIMENTAR

TALINE CONÂCO: Acadêmica da 10^a fase do Curso de Direito no Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI

Resumo: O presente estudo tem como objeto a análise da (in)constitucionalidade prisão civil do devedor de alimentos em casos de sua ineficácia como mecanismo de cobrança do crédito alimentar. Hodiernamente, a prisão civil é vedada no Brasil, sendo somente permitida no caso de inadimplemento da obrigação alimentar, de forma voluntária e inescusável pelo devedor. Todavia, há consenso na doutrina e nos tribunais, que a medida não pode ser utilizada senão para auxiliar o credor a chegar à satisfação de seu crédito, além de que, deve a medida se mostrar efetiva às situações em que é aplicada. Não havendo, assim, justificativa em aplicar a prisão civil quando, evidentemente, esta não resultará no pagamento do débito pelo devedor. Se caso isto ocorrer, não há dúvida que se estará diante de flagrante inconstitucionalidade. O método utilizado na elaboração deste estudo foi o indutivo e o método de procedimento foi o monográfico. O levantamento de dados foi através da técnica da pesquisa bibliográfica. O tema compreende a área de Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Processual Civil. As Considerações Finais trazem em seu bojo aspectos mais relevantes sobre o tema, bem como acerca da comprovação da hipótese básica.

Palavras-Chave: Alimentos. Eficácia. Prisão Civil.

Abstract: *The present study have the goal of analyzing the (in)constitutionality of the food debtor's civil prison in instances of their inefficacy as a mechanism for collecting food credit. Nowadays, the civil prison is prohibited in Brazil, being only permissible in case of absence of the alimony, of spontaneous and inexcusable by the debtor. However, there is a consensus in the doctrine and the courts that the measure can only be used to help the creditor to reach the satisfaction of his credit,*

and that the measure must be effective in the situations in which it is applied. There is no justification for applying the civil imprisonment when, clearly, this will not result in the payment of the debt by the debtor. If this happens, there is no doubt that there will be a flagrant unconstitutionality. The method used in the elaboration of this study was the inductive and the procedure method was the monographic. The data collection was through the technique of bibliographic research. The text comprises the area of Constitutional Law, Civil Law and Civil Procedural Law. The Final Considerations bring in the more relevant aspects on the subject, as well as on the proof of the basic hypothesis.

Keywords: Food. Efficacy. Civil Prison.

Sumário: 1 Introdução – 2 A finalidade da prisão civil e seu caráter excepcional – 3 Medidas alternativas à prisão civil para perseguição do crédito alimentar – 4 A prisão civil sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana – 5 Análise do entendimento doutrinário e jurisprudencial – 6 Considerações finais – 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a (in)constitucionalidade da prisão civil em casos de sua ineficácia como meio de cobrança do crédito alimentar. O objetivo geral deste estudo é verificar se há constitucionalidade na prisão civil em casos de sua ineficácia como meio de cobrança do crédito alimentar. Os objetivos específicos são: a) abordar acerca da finalidade da prisão civil e seu caráter excepcional; b) averiguar as medidas alternativas à prisão civil para perseguição do crédito alimentar; c) analisar a prisão civil sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana; e d) examinar o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da (in)constitucionalidade da prisão civil em casos de sua ineficácia como meio de cobrança do crédito alimentar.

Na delimitação do tema levanta-se o seguinte problema: há constitucionalidade na prisão civil em casos de sua ineficácia como meio de

cobrança do crédito alimentar? Para o equacionamento do problema levanta-se a seguinte hipótese: não há constitucionalidade na prisão civil em casos de sua ineficácia como meio de cobrança do crédito alimentar.

O método de abordagem a ser utilizado na elaboração desse trabalho será o indutivo; o método de procedimento será o monográfico; e o levantamento de dados será através da técnica da pesquisa bibliográfica.

O presente trabalho possui relevância jurídica na medida em que trata de questão atinente à privação de liberdade, posto que se discutirá acerca da (in)constitucionalidade da coerção pessoal do devedor de alimentos em situações de ineficácia da medida como meio de cobrança do crédito alimentar, assunto muito controverso, que vem gerando discussões pelos tribunais e pela doutrina, sendo pertinente seu debate. Além disso, possui relevância social, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988, ainda, a referida Carta Magna tem entre as suas garantias fundamentais, o direito à liberdade, de modo que, é de grande importância que se discuta sobre a prisão civil do devedor de alimentos que, justamente, relativiza o princípio e o direito referidos. A relevância acadêmica também se faz presente, uma vez que a questão é controvertida e possibilita amplo debate, principalmente, acerca da interpretação das normas e decisões judiciais envolvidas.

Pretende-se, ao longo do estudo, estudar acerca das questões mais pertinentes relacionadas à prisão civil do devedor de alimentos, como sua finalidade e seu caráter excepcional, medidas alternativas e o instituto sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana, encerrando-se com a demonstração do entendimento doutrinário e jurisprudencial em casos de sua ineficácia como meio de cobrança do crédito alimentar.

O presente trabalho finalizar-se-á com as Considerações Finais, nas quais serão apresentados pontos destacados dos estudos e das reflexões realizados sobre

a constitucionalidade ou não da prisão civil em casos de sua ineficácia como meio de cobrança do crédito alimentar.

2 A FINALIDADE DA PRISÃO CIVIL E SEU CARÁTER EXCEPCIONAL

Atualmente no Brasil, a regra é que a prisão civil por dívidas não é admissível, tendo como única exceção, a hipótese do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Pois bem, no que diz respeito à finalidade da prisão civil, entende-se que “[...] é uma medida privativa de liberdade, decorrente de um ilícito civil, cujo objetivo é compelir o devedor a satisfazer obrigação contraída.”^[11] Em igual sentido entende Mendes, que ressalta a importante diferenciação da prisão civil com a prisão penal:

A prisão civil diferencia-se da prisão penal, na medida em que não consubstancia uma resposta estatal à prática de infração penal, mas antes corresponde a um meio processual reforçado de coerção do inadimplente, posto à disposição do Estado para a execução da dívida. Não possui, portanto, natureza penal, destinando-se apenas a compelir o devedor a cumprir a obrigação contraída, persuadindo-o da ineficácia de qualquer tentativa de resistência quanto à execução do débito.^[12]

Neste sentido também, assinala Sarlet: “[...] a prisão civil não é considerada uma pena propriamente dita, mas, sim, um excepcional meio processual de cunho coercitivo [...]”.^[13]

Com base nesses autores citados, tem-se que a prisão civil não pode ser vista com uma punição, deve ser entendida, na verdade, como um mecanismo à disposição do credor para forçar o devedor, usando de sua liberdade, a pagar o débito alimentar.

Para Pinto, a prisão civil “[...] constitui-se em uma forma de experimentar e testar a solvabilidade do devedor, ou seja, a sua capacidade econômica de quitar

seu débito, via coação psicológica, com a ameaça de prisão.”^[4] Todavia, o autor, contrariando os demais autores citados, entende que a prisão civil, de fato, possui natureza penal, porquanto “[...] todos cumprem uma “pena” privativa de liberdade, pouco importando sua natureza, se civil ou penal. A liberdade é o bem maior que está sendo restringido.”^[5]

Ou seja, entende o autor que sendo um ilícito civil ou penal, aplicando-se a prisão respectiva, tem-se que em ambos os casos, há a restrição da liberdade da pessoa, configurando-se o caráter de pena da medida. Referido autor, ainda destaca o fato de o próprio Código de Processo Civil, no artigo 528, parágrafo 5º, fazer referência a cumprimento de pena, reforçando sua tese a respeito do assunto.^[6]

Passando-se à análise do aspecto excepcional da prisão civil, importante ressaltar que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, esta não pode ser utilizada de forma irrestrita. Somente utiliza-se de tal medida em detrimento do devedor de alimentos “[...] caso o seu inadimplemento seja voluntário (com vontade e consciência de não pagar) e inescusável (que ele não tenha justificativa alguma que o isente de pagar o alimento devido).”^[7]

Pertinente destacar que, não há na legislação imposição de que o credor busque seu crédito alimentar utilizando-se de medidas que não segreguem a liberdade do devedor antes de pedir sua prisão civil. Todavia, por ser considerada uma forma extremada de cobrança, para Mendes: “[...] deve ser aplicada seguindo-se as regras e o procedimento previstos na lei, a qual deve assim tratá-la, prevendo outros meios de execução e reservando a utilização da prisão civil apenas como *ultima ratio*.”^[8]

O mesmo entendimento tem Pinto, que assinala:

[...] a responsabilidade civil do cidadão devedor de alimentos, para ser uma medida razoável, proporcional e adequada, deve ser limitada ao seu patrimônio, e não ao seu corpo. Devem ser

exauridos todos os meios compulsórios executórios patrimoniais antes de se executar uma ordem de prisão.^[9]

Pinto ainda destaca a ineficácia da prisão civil, porquanto esta retira a liberdade do devedor e com isso a chance deste de buscar um labor que possibilitaria o pagamento do débito que, de fato, é o que traria satisfação ao credor:

Enfatiza-se que a prisão é medida inútil e ineficaz, até porque impossibilita o devedor de alimentos de laborar, auferir renda para pagar a pensão que deve. O que se quer realmente? Receber o dinheiro ou prender o devedor? Enfim, a medida radical de cerceamento de liberdade só pode ser decretada após esgotados todos os meios de execução da quantia devida.^[10]

Por outro lado, Oliveira Filho entende que não é correto direcionar o credor de forma obrigatória ao procedimento que visa a penhora de bens do devedor “[...] em hipóteses de custosa descoberta ou duvidosa liquidez.”^[11]

Complementa ainda o autor: “É que o risco de privações ou as naturais delongas do processo somente desprestigiam o alimentado deixado à míngua pelo prestador que, tendo recursos, optou pelo inadimplemento.”^[12]

Não significa, todavia, que o autor entenda pela impossibilidade de haver uma ingerência judicial acerca do procedimento adotado, apenas que esta deve limitar-se “[...] à hipótese de patente abusividade, quando a opção do exequente denuncia uma intenção de indevido constrangimento diante de factível resolução célere de uma curta, atípica ou temporária inadimplência.”^[13]

3 MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO CIVIL PARA PERSEGUIÇÃO DO CRÉDITO ALIMENTAR

Conforme já brevemente mencionado, não há na legislação constitucional e infraconstitucional a obrigatoriedade para que o credor primeiro busque seu

crédito alimentício pelo procedimento menos gravoso ao devedor, para só então, pleiteá-lo pelo rito especial de alimentos que prevê a prisão civil do devedor. Porém, verifica-se que há muitas técnicas alternativas à segregação da liberdade do devedor ofertadas pelo legislador, e outras que, apesar de não estarem expressamente previstas em lei, vêm sendo adotadas pelos tribunais para auxiliar o credor a alcançar seu crédito.

Uma das técnicas expressamente previstas no Código de Processo Civil e que, insta destacar, só é aplicável para os débitos de natureza alimentar, é a possibilidade de desconto do valor da pensão alimentícia, diretamente da folha de pagamento do devedor. Interessante anotar que, para Cahali, em havendo a possibilidade de utilização desta técnica, tal medida deve ser feita por primeiro no processo executivo em detrimento, portanto, da prisão civil.^[14]

A medida em questão está disciplinada no artigo 529 do Código de Processo Civil, aludindo seu *caput* que: “Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.”^[15]

Infere-se que, nem sempre será possível utilizar a referida medida, porquanto para ser possível o desconto deve o devedor, necessariamente, encaixar-se em uma das hipóteses do dispositivo.

Quanto ao procedimento adotado na utilização da técnica em comento, isto é, do desconto em folha de pagamento, este é disciplinado nos parágrafos do próprio artigo 529:

Art. 529 [...] § 1º Ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.

§ 2º O ofício conterà o nome e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito.

§ 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do *caput* deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.^[16]

Os dois primeiros parágrafos se referem ao ofício que será expedido pelo Juízo da causa, contendo a ordem de desconto que deverá ser feita pela autoridade, pela empresa ou empregador, conforme a situação, sendo que em todo caso, a omissão pode configurar o crime de desobediência, que está previsto no artigo 330 do Código Penal. Além de tal penalidade, constarão também no ofício, outras informações pertinentes ao desconto.

Já o terceiro parágrafo, concerne ao parcelamento do débito vencido e ao limite que o desconto pode ser feito dos rendimentos, somando-se este com os vincendos. Cabe ressaltar, que a regra é a impenhorabilidade dos rendimentos, sendo, excepcionalmente, permitida a constrição em casos de débito alimentar, conforme expressa previsão do Código de Processo Civil (artigo 833, parágrafo 2º) até 50% dos ganhos líquidos, conforme limitação dada pelo parágrafo 3º acima transcrito.

Importante mencionar, que tal medida também é prevista à execução de alimentos fundada em título extrajudicial, conforme artigo 912 do Código de Processo Civil, que “[...] é praticamente idêntico ao art. 529, sem, contudo, conter a regra disposta no § 3º deste, que prevê a possibilidade de o magistrado determinar o desconto do saldo vencido, de forma parcelada, juntamente com as parcelas vincendas.”^[17]

Outra medida prevista, especificamente, para cobrança do crédito alimentar, é possibilidade de protesto do pronunciamento judicial (decisão interlocutória ou sentença), conforme o artigo 528, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil. Para Lôbo, tal medida se trata de meio alternativo de reforço ao cumprimento da obrigação, que deve ser utilizada antes da prisão civil, deixando esta para o caso em que o protesto não gerar resultados.^[18]

Além das medidas expressamente previstas para o procedimento de perseguição do crédito alimentar, há possibilidade de aplicação de outras, ou seja, não há que se falar em taxatividade.^[19] O fundamento legal permissivo para tanto, é artigo 139 do Código de Processo Civil, que dispõe acerca dos poderes do juiz, a hipótese autorizadora, mais precisamente, vem contida no inciso IV do referido artigo, que diz que confere ao magistrado: "Art. 139. [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária."^[20]

Para Gajardoni, Dellore, Roque e Oliveira Júnior: "Consiste tal regra em verdadeira revolução, que rompe com o dogma da tipicidade das medidas executivas, abraçando tendência inversa, qual seja, de sua atipicidade."^[21] Para os referidos autores, em decorrência dessa possibilidade, não se teria nenhum empecilho para, por exemplo, que o magistrado fixe astreintes em detrimento do alimentante, porquanto entendem que, se até a prisão civil é possível que é, incontestavelmente, medida extremamente gravosa ao devedor, não há porque se impedir a cominação de multa, que se mostra bem menos oprimente.^[22]

Além dessa hipótese, cita Pinto, outras medidas que poderiam ser tomadas antes de se buscar a via da prisão civil: "[...] a proibição de abrir contas bancárias, de prestar concurso público, a suspensão dos direitos políticos [...]"^[23] Ainda, menciona o autor, a hipótese de criar-se "[...] um cadastro nacional de devedores de pensão alimentícia, inclusive com inscrição no Serasa, Cadin, SPC, o que traria sérios transtornos financeiros aos inadimplentes."^[24]

A penhora do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço do devedor, também é uma medida mencionada por Pinto.^[25] Sobre tal possibilidade, verifica-se que já há julgados permissivos neste sentido, para exemplificar, cita-se Agravo de Instrumento nº 4020888-83.2017.8.24.0000 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em que a medida de constrição de valores referentes ao FGTS, foi autorizada de forma excepcional, dado a situação do caso concreto, onde por outros meios não foi possível obter-se a satisfação do crédito.^[26]

No mesmo sentido, entendeu o Tribunal na análise do agravo de instrumento nº 4002230-74.2018.8.24.0000, acerca da possibilidade de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação - CNH do devedor, porquanto, como no caso anterior, por outros meios não se chegou à satisfação do crédito. Foi destacado no referido julgado, inclusive, que já é entendimento firmado que a medida não viola o direito fundamental de ir e vir.^[27]

Insta mencionar ainda, que recentemente o Superior Tribunal de Justiça em análise de Recurso em *Habeas Corpus* nº 99.606 – SP decidiu pela possibilidade de restrição à saída do país sem prévia garantia da execução. Consignou a Ministra relatora no acórdão, a incidência do princípio da cooperação e da boa-fé objetiva no direito processual civil e na tutela executiva, além dos poderes do juiz na execução e da possibilidade de adoção de medidas executivas atípicas. No caso, em suma, embora tenha o acusado alegado que a medida era muito gravosa, não indicou outro meio que não lhe prejudicasse e que, simultaneamente, fosse eficiente para a parte credora, ou seja, não observou os princípios mencionados, o que, aliado à possibilidade de adoção de medidas atípicas para cobrança de crédito alimentar, levou ao entendimento de que a técnica adotada estava adequada à situação.^[28]

Apesar das medidas acima tratadas não terem sido aplicadas como meios substitutivos da prisão civil, demonstram, de todo modo, que a jurisprudência vem evoluindo as possibilidades dos meios não expressamente previstos pela legislação para, efetivamente, buscar o adimplemento do débito alimentar, seja de forma

direta, com a penhora de valores referentes ao FGTS do devedor, seja indireta, com a restrição da CNH e imposição de restrição para saída do país.

Em meio às diversas possibilidades, a técnica deve ser escolhida, segundo Gajardoni, Dellore, Roque e Oliveira Júnior, visando prestigiar o interesse do alimentando, escolhendo-se, portanto, a forma que se mostrar mais eficaz para ter seu crédito satisfeito. Pode ocorrer de no caso concreto, duas ou mais técnicas terem a mesma efetividade, se isso acontecer, consignam os autores, que deve se optar pela menos gravosa ao devedor, em decorrência do disposto no artigo 805 do Código de Processo Civil.^[29] Dispõe o mencionado artigo:

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.^[30]

Cabe destacar, que apesar de ser regra disposta no Título II – Diversas Espécies de Execução – o princípio da menor onerosidade ao devedor aplica-se à execução fundada em título judicial por força do artigo 513 do Código de Processo Civil, que registra a possibilidade de aproveitamento das normas previstas para as execuções fundadas em títulos extrajudiciais, no que couberem, ao cumprimento de sentença.^[31]

Dessa forma, tem-se que não exatamente há uma ordem de medidas a ser seguida, já que a escolha deve ser feita a partir de cada caso concreto, “[...] muito embora a adoção de medidas atípicas demande a demonstração, na fundamentação da decisão judicial, de que as técnicas previstas em lei não possuem a mesma efetividade.”^[32] Essa necessidade de fundamentação, aliás, foi objeto de

deliberação no Fórum Permanente de Processualistas Civis, do qual se retira o enunciado nº 12, que possui o seguinte teor:

A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II.^[33]

Interessante trazer ainda à discussão, a possibilidade de cumprimento da prisão civil em outros regimes. O Código de Processo Civil disciplina que a prisão civil deve ser cumprida no regime fechado, ressalvando apenas, que o preso civilmente deve ser separado do preso comum. Pois bem, não obstante a esta previsão, outro método que não exatamente seria diverso da prisão civil nos moldes delimitados pelo Código de Processo Civil, mas, certamente, não seria tão agressivo quanto, seria quando da decretação da prisão civil, o magistrado considerar aplicar outros regimes de cumprimento de pena.

Interessante mencionar, que a possibilidade de cumprimento da pena em regime semiaberto foi levantada durante o processo legislativo, quem defendia, argumentava acerca da viabilidade do devedor de laborar e, por conseguinte, auferir renda para pagar o débito durante o cumprimento da pena, porém, como já dito, optou o legislador pelo regime fechado.^[34]

Os regimes de cumprimento de pena estão dispostos no *caput* do artigo 33 do Código Penal: “Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.”^[35]

Tem-se que, admitindo-se a prisão civil em regime semiaberto ou aberto, por exemplo, possibilitar-se-ia que o devedor exercesse alguma atividade laborativa

durante o dia a fim de efetuar o pagamento do seu débito alimentar. Até porque, “[...] o objetivo da prisão (justamente por não ser pena) é o de compelir o devedor à satisfação dos créditos alimentares e não impedi-lo de efetuar o pagamento.”^[36]

Para Sarlet, essa medida seria a mais viável e deveria ser considerada antes da aplicação da prisão em regime fechado:

[...] a não ser em caso de reincidência (mesmo assim, com o exame do caso concreto), quando se pode partir da premissa de que a prisão em regime aberto não logrou ser um meio apto a cumprir sua finalidade, é que a aplicação do meio constrictivo da liberdade pessoal em regime fechado (mas sempre em instituição prisional adequada à prisão civil) poderia ser cogitada.^[37]

Portanto, não só defende o autor a possibilidade de aplicação da prisão civil em regime aberto, como também que esta deveria ser a primeira hipótese e, somente em caso de insuficiência, deveria ser aplicada a medida prisional em regime fechado.

No entanto, o contrário vem sendo entendido pela jurisprudência, que apenas aplica um regime prisional mais brando em casos excepcionais. Para exemplificar, possível citar o *Habeas Corpus* nº 4001072-18.2017.8.24.0000, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, mesmo diante de um devedor de alimentos idoso (66 anos) que alegava sofrer de problemas de saúde, não concedeu a ordem requerida para aplicar regime prisional mais leve (regime aberto ou prisão domiciliar), porque entendeu que não havia comprovação que as afirmadas enfermidades colocariam sua vida em perigo.^[38]

Já no *Habeas Corpus* nº 4014797-40.2018.8.24.0000, o mesmo Tribunal decidiu favorável à prisão domiciliar da devedora de alimentos, levando em consideração o caso concreto apresentado, em que a alimentante havia passado por gestação há pouco tempo, sendo que, além de ter um filho com poucos meses

de vida, estava passando por problemas de saúde, demonstrando que a medida prisional não teria a eficácia que dela se esperava.^[39]

Constata-se que, por não ter caráter punitivo, é razoável a análise do cabimento da prisão civil caso a caso, levando-se em conta, entre outras coisas, se terá, de fato, efetividade como meio para satisfação do crédito alimentar, se isso não estiver claro, pode-se recorrer a outros meios disponíveis para realização da cobrança, até porque, o objeto da execução, em qualquer das suas formas, é de dar satisfação ao credor.

Pelo exposto neste tópico, nota-se que o credor possui diversos mecanismos disponíveis para buscar o seu crédito alimentar, inclusive, meios que, dependendo do caso concreto, podem trazer maior efetividade que a própria prisão civil do devedor e que, portanto, poderiam ser utilizadas não só de forma subsidiária a prisão civil, mas antes dela, até porque, como afirma Pinto: “Com toda certeza, a fome do alimentando se mata com dinheiro, não com cadeia para quem deve.”^[40]

4 A PRISÃO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A respeito da evolução do que se entende por dignidade da pessoa humana, ensina Podlech citado por Sarlet, que no período clássico esta tinha ligação com o “[...] *status* social do indivíduo e de seu reconhecimento pelos demais membros da comunidade, de modo que se podia falar na existência de pessoas mais ou menos dignas de acordo com a sua posição social.”^[41]

Diversamente, no pensamento estóico, todas as pessoas eram vistas da mesma forma como possuidoras de dignidade. Entendia-se como característica inerente ao ser humano, atrelada à concepção de liberdade particular de cada pessoa.^[42] Assevera Sarlet que, com o surgimento do cristianismo, houve uma intensificação na visão de dignidade como circunstância da natureza da pessoa, cita nesse período, como exemplos de filósofos com essa concepção, Boécio, Tomás de

Aquino e de alguma forma também Pico della Mirandola, este, no início da idade moderna.^[43] Em momento posterior, destaca que:

[...] tanto a concepção de dignidade da pessoa humana quanto o próprio jusnaturalismo passaram por um processo de racionalização e secularização, que atingiu seu ponto culminante com o pensamento de Immanuel Kant, que, dialogando com a tradição anterior, construiu uma noção de dignidade fundada na autonomia da vontade e na ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser tratado como mero objeto.^[44]

Tem-se que Kant citado por Lôbo, buscou realizar a diferenciação daquilo que possui preço do que tem dignidade e que, por possuir tal qualidade, não pode ser substituído: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.”^[45]

Afirma Herdegen citado por Sarlet, que essa teorização além de influenciar o pensamento seguinte, é suporte do constitucionalismo contemporâneo. Menciona ainda, Hegel como possuidor de importantes contribuições acerca da dignidade.^[46]

Tem-se, desse breve retrospecto, portanto, que a dignidade da pessoa humana “[...] antes de pertencer ao âmbito do Direito positivo, era basicamente uma ideia teológica e filosófica.”^[47]

Acerca da tutela pelo Direito positivo, pondera Sarlet que aparenta ser consenso que a dignidade assumiu “[...] condição parâmetro de legitimidade do Estado e do Direito, espécie de valor-fonte (Miguel Reale) e “ponto de Arquimedes” do Estado Constitucional (Haverkate) [...]”.^[48]

Isso, mesmo antes de possuir expressa previsão como valor e princípio fundamental, o que, cabe registrar, apenas ocorreu na Constituição Federal de 1988,^[49] que cuidou de dispor logo em seu artigo 1º, inciso III: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] III - a dignidade da pessoa humana.”^[50]

Soares, sobre o referido dispositivo, destaca que “[...] o legislador constituinte brasileiro conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais [...]”^[51] Para Barroso: “o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo.”^[52]

No entendimento de Sarlet, a dignidade da pessoa humana é:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.^[53]

A dignidade da pessoa humana, portanto, entendida como sendo inerente a todos os seres humanos, e incidindo sobre todo o ordenamento jurídico, como não poderia ser diferente, também importa ao Direito de Família, porquanto, tanto o alimentando como o alimentante são sujeitos de dignidade, e quando se fala em

prisão civil por débito alimentar, a dignidade de cada um deles é vista por uma perspectiva diferente.

Antes de aprofundar mais esta ideia, necessário ponderar acerca de outros aspectos constitucionais que estão envolvidos na discussão. O princípio da solidariedade é um deles, já que a obrigação alimentar, que se não cumprida, pode dar ensejo à prisão civil do obrigado, decorre dele.^[54]

A solidariedade expressa o afastamento da ideia de conviver em sociedade com a preponderância do individualismo, conceito “[...] que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade.”^[55] Na Constituição Federal de 1988, o princípio da solidariedade está expresso no artigo 3º, inciso I, *in verbis*: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.”^[56]

Especificamente no âmbito da família, o referido princípio se mostra pelo dever que a Constituição Federal de 1988 impõe à sociedade, ao Estado e à família de proteger o grupo familiar, a criança e o adolescente e as pessoas idosas.^[57] Exemplo disso, é o seu artigo 226. Dispõe o seu *caput*: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”^[58] Assim como seu parágrafo 7º que, inclusive, menciona o princípio da dignidade da pessoa humana:

Art. 226. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.^[59]

Da mesma forma, o seu artigo 227, que menciona o dever para com a criança, o adolescente e o jovem:

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.^[60]

Ainda, possível citar o artigo 230, que trata da proteção aos idosos: “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.”^[61]

Importa consignar que defende a doutrina que a restrição da liberdade do devedor é justificável tendo em vista que o bem jurídico tutelado com tal medida: a assistência familiar, que, como visto, de fato está expresso em diversos dispositivos constitucionais que se fundamentam no princípio da solidariedade.^[62] Importa desta maneira, traçar alguns apontamentos acerca do direito à liberdade que é assegurado pela Constituição Federal de 1988, que traz no *caput* de seu artigo 5º, a garantia da sua inviolabilidade, juntamente com o direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

Insta mencionar, que essa forma de tratamento pela Constituição Federal de 1988, é muito semelhante às redações das Constituições antecedentes, Sarlet e Vale as citam, bem como o respectivo dispositivo legal de cada uma: “Constituição de 1824, art. 179; Constituição de 1891, art. 72; Constituição de 1934, art. 113; Constituição de 1937, art. 122; Constituição de 1946, art. 141; Constituição de 1967/1969, art. 153.”^[63] Para os autores citados, isso demonstra “[...] a existência de uma consolidada tradição do constitucionalismo brasileiro no sentido da positivação não apenas das liberdades específicas, mas também de um direito geral de liberdade.”^[64]

Da forma posta no artigo 5º, tem-se que no seu *caput* há a proteção pela Constituição Federal de 1988, do que chamam os autores de direito de liberdade

geral, enquanto nos incisos do referido artigo, são tratadas de liberdades específicas.^[65] No caso da prisão civil, importa tanto o direito geral previsto no *caput* do artigo 5º, quanto o direito à liberdade de locomoção, previsto no inciso XV do referido artigo, *in verbis*: “art. 5º [...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.”^[66] Isso porque, estes que podem ser ditos como afetados com a prisão civil do devedor alimentar.

No conflito entre o princípio da solidariedade e do direito à liberdade do devedor, para Pinto, há de se prevalecer este último, notadamente, pelo fato de atualmente existirem outros mecanismos de cobrança disponíveis ao credor, devendo, portanto, privilegiar-se a dignidade da pessoa humana do devedor não se utilizando da apreensão de seu corpo, como se objeto fosse:

[...] no conflito entre os princípios da solidariedade e da liberdade, deve preponderar este último, em face da prevalência da dignidade da pessoa humana, bem assim que existem outros meios mais eficazes para satisfizer esse crédito de natureza alimentícia que não ensejem a sua efetivação nos moldes atuais, em que a dívida é cobrada por meio da tomada do corpo do devedor, como se o ser humano fosse um mero objeto.^[67]

Sarlet, no entanto, não entende da mesma maneira, porquanto para referido autor, não é qualquer situação de restrição da liberdade que pode configurar uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] a integral convergência entre o direito de liberdade e a dignidade da pessoa humana faria com que qualquer restrição da liberdade (mesmo de cunho penal) sempre representasse uma violação da dignidade da pessoa humana, quando, em verdade, apenas a prisão perpétua e a execução

da restrição da liberdade em condições indignas (este sim, fenômeno comum entre nós) costumam ser consideradas ofensivas à dignidade ou mesmo ao núcleo essencial do direito de liberdade.^[68]

Sarlet também se posiciona de forma contrária à ideia de que se estaria colocando o interesse meramente patrimonial do credor acima do direito à liberdade do devedor.^[69] Oliveira Filho, no mesmo sentido entende que “[...] os alimentos superam o acanhado conceito de obrigação pecuniária porque o seu conteúdo agrega valor máximo como direito da personalidade.”^[70] No mesmo sentido entende Lunardi, que defende que, enquanto em uma obrigação pecuniária qualquer, o efeito obtido com o inadimplemento do devedor será meramente a mora, na obrigação alimentar, a inadimplência do devedor pode ser causa obstativa da subsistência do alimentando.^[71]

Verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana que é inerente a todo ser humano é, sob a perspectiva do alimentando, utilizado para justificar a prisão civil do devedor, uma vez que este possui dever de assistência, fundado no princípio constitucional da solidariedade, em que todas as pessoas que possuem vínculo familiar de parentesco, casamento ou companheirismo são responsáveis, de forma recíproca, por assistir umas às outras.^[72] Por outro lado, quando se se pensa em dignidade da pessoa humana sob a ótica do alimentante, tem-se a sua relativização quando se fala em segregação de sua liberdade por inadimplemento do débito alimentar, o que, para a maioria dos autores, é justificável e não implica em violação do referido princípio, tendo em vista a importância do crédito alimentar para a subsistência do alimentando.

5 ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Como debatido no início deste estudo, a prisão civil não pode ser aplicada de forma irrestrita, porquanto a própria Constituição Federal de 1988, delimita que o inadimplemento da obrigação alimentar deve ser voluntário e inescusável. Sendo

que a análise desses requisitos é feita no caso concreto, conforme assinala Oliveira Filho:

A rigor, sem embargo de o julgador optar pela denegação ou recusa do decreto prisional, cumpre-lhe ordinariamente conciliar o aparente paradoxo entre a informada escassez superveniente dos recursos pelo prestador e a imprescindibilidade do socorro para a subsistência do alimentado, alcançando uma solução que previna um encarceramento vexatório em face do distanciamento da hipótese constitucional que antepõe o requisito do inadimplemento espontâneo e indesculpável para assumir contornos de excepcionalidade, ou aplicando o sancionamento a bem da justiça e do direito positivado na obrigação de assistência material negligenciada.^[73]

Ou seja, na verificação da aplicação ou não da prisão civil, é necessária muita cautela do magistrado, porquanto inobstante a importância do crédito alimentar, a prisão civil não corretamente aplicada pode transformar-se de medida coercitiva para um meio de punição pelo inadimplemento, o que vai de encontro com a hipótese permitida constitucionalmente.

Lôbo, sobre o tema, também destaca a necessidade de um exame acurado pelo julgador quando da decretação da medida que segrega a liberdade do devedor, assinalando ele que ela precisa ser aplicada: “[...] com prudência e parcimônia, não só por ser remanescente de odiosa tradição, mas para que não se transforme em instrumento de vingança privada ou mesmo de agravamento das condições de rendimentos do devedor, em prejuízo do próprio credor.”^[74]

Ou seja, análise da eficácia da prisão civil como meio coercitivo é fundamental para que seja considerada válida ao caso. De fato essa discussão é recorrente nos tribunais, principalmente, em casos de insuficiência econômica do

devedor, porquanto “[...] nessas circunstâncias, perde sua finalidade, pois o devedor não conseguirá adimplir a dívida, pela impossibilidade de saldá-la.”^[75] Isto é, mesmo com a ameaça de prisão, o devedor não realizará o pagamento, isso não por escolha própria, mas porque, efetivamente, não possui condições para tanto.

Acerca do assunto, interessante citar o acórdão nº 4028769-14.2017.8.24.0000, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em sede de *Habeas Corpus*, no qual foi relator o Desembargador Rubens Schulz que, analisando os autos detidamente entendeu pelo descabimento da prisão civil, porquanto verificou que no caso, não havia mais o caráter emergencial que é necessário para a utilização deste meio, notadamente, porque as alimentandas já tinham chegado à maioria e estavam empregadas. Além disso, consignou o relator, que notou que havia por parte das credoras outra finalidade que não a utilização da prisão civil para fins de cobrança.^[76]

Para exemplificar ainda, possível mencionar o *Habeas Corpus* nº 392.521/SP, do Superior Tribunal de Justiça, em que foi relatora a Ministra Nancy Andrighi. O referido remédio constitucional foi impetrado em face de uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo paciente, contra a decisão que decretou a sua prisão civil. No caso, se tratava de alimentos devidos à ex-cônjuge, fator este destacado pela relatora do acórdão, uma vez que, diferentemente dos alimentos devidos aos menores e incapazes, que não possuem condições de laborarem e de sozinhos se sustentarem, sendo, portanto, presumido o risco alimentar, se os alimentos são devidos a pessoa maior e capaz, o mesmo não pode ser aplicado,^[77] uma vez que estes:

[...] hoje são vistos e fixados, de regra, por período determinado, para que o ex-cônjuge alimentado possa adquirir condições próprias de se auto sustentar, porque não mais se admite, salvo exceções, que vínculos de afeto desfeitos, ainda obriguem alguém a sustentar outra pessoa

indefinidamente, apenas porque um dia foram casados ou mantiveram uma união estável.^[78]

Pressupõe-se que quem recebe os alimentos é totalmente dependente destes para manter-se, e também de que, a dignidade do credor, que em regra o protege de uma cobrança extremada, como por meio da segregação de sua liberdade, pode ser sobreposta pela dignidade do alimentando que é atingida quando não recebe os alimentos que lhe são devidos. Para a Ministra: “[...] é justificável a vulneração da dignidade da pessoa humana do devedor de alimentos, se a ela se contrapõe a própria vida do credor desses alimentos.”^[79] Isto é, somente deve ser admitida a prisão civil em casos de risco evidente à vida do alimentando, uma vez que, a medida quando aplicada, acaba por atingir a dignidade da pessoa do devedor.

Fixou-se ainda no acórdão, que a prisão civil em casos de inadimplemento alimentar devido a pessoas maiores e capazes, só pode ser aplicada se estiverem presentes os seguintes requisitos:

- i) for indispensável à consecução dos alimentos inadimplidos;
- ii) atingir o objetivo teleológico perseguido pela prisão civil – garantir, pela coação extrema da prisão do devedor, a sobrevivência do alimentado – e;
- iii) for a fórmula que espelhe a máxima efetividade com a mínima restrição aos direitos do devedor.^[80]

No caso, cabe esclarecer, a parte credora pretendia cobrar pela via da prisão civil um débito de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) acumulado durante cinco anos, em processo que contou com acordos e pagamentos parciais. Entendeu-se que permitir a aplicação da medida nestas circunstâncias, poderia configurar sanção pela inadimplência, ainda mais, tendo em vista que o alimentante comprovadamente era possuidor de recursos patrimoniais, sendo possível a perseguição do crédito pela expropriação, o que até aquele momento não tinha

sido tentado. A ordem foi concedida ao caso, para delimitar a hipótese de segregação da liberdade do devedor a inadimplência apenas das três últimas parcelas devidas a título de alimentos, devendo todo o restante ser cobrado por meio da expropriação de bens.^[81]

Além da decisão anteriormente analisada, possível citar outra advinda da mesma Corte, e que também foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, trata-se do *Habeas Corpus* n° 422.699/SP, que foi impetrado em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. No caso, também se estava diante de alimentos devidos ex-cônjuge, todavia, diferentemente do caso anterior, a Corte entendeu pelo descabimento da medida que segrega a liberdade do devedor, uma vez que este, comprovadamente, estava desempregado, enquanto a alimentanda, com 52 anos idade, possuía emprego desde 2013.^[82] Entendeu-se que manter a prisão civil do devedor nessa situação, não atingiria “[...] o fim precípua almejado pela medida coativa, que é garantir a sobrevivência da credora [...]”.^[83]

Anotou-se, ao final do acórdão que, a vedação no caso, se restringia ao uso da prisão civil como meio de perseguição do crédito alimentar, estando, por outro lado, livre o juízo de *a quo* para utilizar de todas as medidas típicas e atípicas que, como já mencionado, é autorizada pelo Código de Processo Civil, no artigo 139, inciso IV, para atingir a satisfação do crédito.^[84]

Tais decisões proferidas pela Corte Superior, são de grande importância, pois destacam que, não é porque a prisão civil é permitida pela Constituição Federal de 1988, que em todo e qualquer caso poderá ser efetivada, sendo imprescindível a análise das circunstâncias do caso em concreto, a fim de se verificar se de fato esta será aplicada para atingir a finalidade permitida constitucionalmente.

A circunstância relativa à idade dos alimentandos também contribuiu para que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em sede de Agravo de Instrumento n° 4032301-59.2018.8.24.0000, entendesse pelo descabimento da prisão civil, conforme excerto da ementa que segue:

[...] À vista do caráter excepcionalíssimo da prisão civil do devedor de alimentos - agravado pelo fato de se tratar de obrigação avoenga e do atingimento da maioridade civil pelos alimentandos, a derruir a presunção de urgência da prestação - não se justifica a prisão civil do alimentante, mormente enquanto não esgotados os demais meios de persecução da dívida.^[85]

Retira-se do trecho citado, que além de ter sido considerado a idade das alimentandas no momento do pedido de prisão do devedor, foi fator importante para que se entendesse pelo descabimento da medida, o fato de se tratar de obrigação devida por avô. Segundo o Tribunal, só se justifica a prisão civil em detrimento destes credores em casos excepcionais, em que outras medidas já foram intentadas e que não resultaram na satisfação do crédito, o que não era o caso da situação analisada.

Destaca-se que há diversos outros julgados recentes, em que há o posicionamento no sentido de não ser aplicável a prisão civil do devedor quando, evidentemente, esta medida não terá a eficácia que dela se espera. tem-se, portanto, que há uma preocupação dos Tribunais em analisar todos os aspectos envolvendo a prisão civil do devedor em cada caso específico, verificando-se se está ou não, configurada a hipótese permitida constitucionalmente.

Pode-se perceber da análise das jurisprudências elencadas que, de fato, o exame do caso concreto como recomenda os doutrinadores é essencial em se tratando de prisão civil, porquanto esta é medida que possui caráter de excepcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser aplicada, de fato, apenas em hipóteses extremadas, notadamente, porque é uma técnica de cobrança que atinge diretamente a dignidade da pessoa humana do devedor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo objetivou discutir a inconstitucionalidade da prisão civil em casos que sua aplicação não traz a eficácia que dela se espera, isto é, que sua utilização não levará ao adimplemento do débito alimentar pelo devedor, para tanto, foi utilizado o método indutivo de abordagem, o método de procedimento monográfico, tendo o levantamento de dados ocorrido por meio da técnica da pesquisa bibliográfica.

Averiguou-se durante o estudo, que há grande discussão doutrinária acerca da aplicação da prisão civil. Para alguns autores, embora não haja determinação na legislação constitucional e infraconstitucional, a prisão civil deve ser aplicada apenas de forma excepcional, isto é, subsidiariamente, necessitando-se do exaurimento de todos os outros meios disponíveis de cobrança. Há, também, quem questione veemente a eficácia da prisão civil, porquanto esta, por si só, não garante o pagamento do débito pelo devedor, diferente do que se pode obter com a penhora de seus bens. Defende-se ainda que, paulatinamente, a prisão civil deve ser abolida, devendo a cobrança do débito alimentar limitar-se à expropriação de bens do devedor, notadamente, pela gravidade da medida, que atinge diretamente a sua dignidade, bem como o seu direito à liberdade, ambos garantidos constitucionalmente.

Verificou-se ainda que, é incontroverso para a doutrina e jurisprudência que a prisão civil não possui caráter punitivo, mas sim, coercitivo. Nesse viés, pode-se dizer que, se por alguma razão o alimentante não puder realizar o pagamento do débito alimentar, por exemplo, por questões financeiras, inobstante a importância do crédito alimentar, não faz sentido recorrer-se à prisão civil, porquanto além de, neste caso, a medida não trazer efetividade esperada pelo credor, qual seja, o pagamento, se estará, sem dúvida, punindo o devedor por não possuir recursos financeiros, o que caracteriza um desvirtuamento da hipótese prevista constitucionalmente.

Além do próprio dispositivo constitucional permissivo da prisão civil (artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988), exigir que o inadimplemento do

devedor seja voluntário e inescusável, verificou-se que os tribunais vêm se inclinando a aplicar a prisão civil apenas quando, efetivamente, houver urgência em receber os alimentos. Para o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, apenas quando houver risco de vida ao alimentando, porquanto só nesse caso seria justificável vulnerar a dignidade da pessoa humana do devedor que, tem segregada sua liberdade pelo fato de não ter efetuado o pagamento de um débito. Ou seja, vem se entendendo que, se não houver risco de vida do alimentando, não há fundamento para aplicar a medida gravosa que é a prisão civil do devedor. Consta-se disso, a importância do exame cuidadoso do caso concreto, como recomenda a doutrina, até porque, impossível enumerar todas as situações que a prisão civil deveria ser evitada ou comutada, notadamente, pela subjetividade envolvida na discussão.

Ainda, inferiu-se que, em determinadas situações, a prisão civil já vem sendo utilizada de forma subsidiária, como na hipótese de alimentos avoengos, além disso, em casos de alimentos devidos a pessoa maior e capaz, para essas situações, o Superior Tribunal de Justiça, a propósito, estabeleceu alguns requisitos que devem ser preenchidos para ser aplicável a prisão civil.

Além desses pontos, constatou-se no decorrer deste estudo que, hodiernamente, há diversos outros mecanismos que possibilitam a cobrança do crédito alimentar que, além de não serem tão gravosos podem, efetivamente, trazer a eficácia esperada com um processo que busca o recebimento de valores a título de pensão alimentícia, o que, também vem ganhando espaço nas discussões sobre a prisão civil, ante a possibilidade de exigir-se o exaurimento desses mecanismos, para, só então, recorrer-se à coerção pessoal do devedor, o que, como já mencionado, é defendido por diversos autores.

Do estudo, ainda foi possível verificar que a prisão civil quando incorretamente aplicada, além contrariar dispositivos constitucionais, e de trazer enorme prejuízo ao alimentante que, entre outras coisas, fica impossibilitado de laborar durante o tempo de cárcere e auferir renda para realizar o adimplemento

do débito, também em nada resolve o problema do alimentando, uma vez que não receberá o crédito que lhe é devido e, necessariamente, precisará recorrer a outros meios de cobrança posteriormente.

Diante disso, resta comprovada a hipótese levantada neste estudo, qual seja, que a prisão civil é inconstitucional quando aplicada em situações que não se mostra efetiva para o pagamento do crédito alimentar, uma vez que, nestes casos, contraria diretamente à Constituição Federal de 1988 que apenas admite a prisão civil na hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável, e que possui como princípio a dignidade da pessoa humana, além de garantir a inviolabilidade do direito à liberdade. Ainda porque, a prisão civil não é único meio possível para o credor buscar seu crédito alimentar, havendo outros mecanismos menos agressivos e mais efetivos para tanto.

Para se evitar casos de inconstitucionalidade da aplicação da prisão civil no caso concreto, pelo estudado, uma saída pelo Legislativo, seria a criação de Lei regulamentando a aplicação da prisão civil para que esta seja utilizada apenas de forma subsidiária em relação às medidas alternativas, ou até, em regime prisional mais brando, como se cogitou quando da elaboração do atual Código de Processo Civil. Já no Judiciário, a solução seria sumular determinados entendimentos que já se vêm tendo, o que tornaria mais difícil a aplicação da prisão civil sem a devida análise do caso concreto pelo julgador, além de, obviamente, trazer mais segurança jurídica a respeito da prisão civil que, sem dúvida, sempre quando aplicada, impacta de forma muito significativa a vida de todos os indivíduos envolvidos.

O assunto não se exaure com este estudo, notadamente, porque os temas relacionados ao instituto dos alimentos são constantemente discutidos na doutrina e nos tribunais.

7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 392.521 - SP (2017/0058916-6)**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/06/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74083545&num_registro=201700589166&data=20170801&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 422.699 - SP (2017/0281330-7)**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84726437&num_registro=201702813307&data=20180629&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 99.606 - SP (2018/0150671-9)**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 13/11/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89783403&num_registro=201801506719&data=20181120&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FÓRUM Permanente de Processualistas Civis. **Enunciado n° 12**. Disponível em: <http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et. al.* **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC de 2015. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. *In*: _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2015.

PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos**: constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n° 4020888-83.2017.8.24.0000**, de Presidente Getúlio, Relator Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Quarta Câmara de Direito Civil, julgado em: 24/01/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AA BA7AAFAACqWuAAM&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 abr. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº 4002230-74.2018.8.24.0000**, de São João Batista, Relator Desembargador Jorge Luis Costa Beber, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em 14/03/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AA_BAg7AAFAAH8TNAAO&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 abr. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Habeas Corpus Cível nº 4001072-18.2017.8.24.0000**, da Capital, Relatora Desembargadora Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, julgado em 04/04/2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AA_BAg7AADAAPB29AAF&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 abr. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Habeas Corpus Cível nº 4014797-40.2018.8.24.0000**, de Araquari, Relator Desembargador Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em 19/07/2018. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AA_BAg7AAEAAMwK3AAE&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 abr. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Habeas Corpus Cível nº 4028769-14.2017.8.24.0000**, da Capital, Relator Desembargador Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em 01/03/2018. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AA_BAg7AAEAAlJNEAAO&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 abr. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº 4032301-59.2018.8.24.0000**, da Capital, Relator Desembargador João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em 04/04/2019. Disponível em:

http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=%22pris%E3o%20civil%22%20&id=AABA7AAFAALsTvAAF&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5º, LXVII. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALE, André Rufino do; SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao *caput* do artigo 5º. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[1] VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 246.

[2] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. *In*: _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 636.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5º, LXVII. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 464.

[4] PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos: constitucionalidade e eficácia**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. p. 39.

- [5] PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos:** constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. p. 42.
- [6] PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos:** constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. p. 41.
- [7] PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos:** constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. p. 39-40.
- [8] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. *Irr. _____*; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 638.
- [9] PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos:** constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. p. 113.
- [10] PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos:** constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. p. 98.
- [11] OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos:** teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2015. p. 248-249.
- [12] OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos:** teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2015. p. 249.
- [13] OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos:** teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2015. p. 249.
- [14] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 773.
- [15] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.
- [16] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.
- [17] MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil.** 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p. 1041.
- [18] LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 388-389.
- [19] GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et. al.* **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença:** comentários ao CPC de 2015. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 765.

- [20] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.
- [21] GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et. al.* **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC de 2015. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 765.
- [22] GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et. al.* **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC de 2015. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 765.
- [23] PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos**: constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. p. 99.
- [24] PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos**: constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. p. 100.
- [25] PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos**: constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. p. 100.
- [26] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº 4020888-83.2017.8.24.0000**, de Presidente Getúlio, Relator Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Quarta Câmara de Direito Civil, julgado em: 24/01/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AA BAg7AAFAACqWuAAM&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 abr. 2019.
- [27] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº 4002230-74.2018.8.24.0000**, de São João Batista, Relator Desembargador Jorge Luis Costa Beber, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em 14/03/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AA BAg7AAFAAH8TNAAO&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 abr. 2019.
- [28] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 99.606 - SP (2018/0150671-9)**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 13/11/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89783403&num_registro=201801506719&data=20181120&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.
- [29] GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et. al.* **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC de 2015. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 765.

- [30] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.
- [31] GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et. al.* **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC de 2015. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 765.
- [32] GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et. al.* **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC de 2015. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 765.
- [33] FÓRUM Permanente de Processualistas Civis. **Enunciado nº 12**. Disponível em: <http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- [34] MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p. 1035.
- [35] BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 19 abr. 2019.
- [36] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5º, LXVII. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 466.
- [37] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5º, LXVII. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 466.
- [38] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Habeas Corpus Cível nº 4001072-18.2017.8.24.0000**, da Capital, Relatora Desembargadora Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, julgado em 04/04/2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AA_BAg7AADAAPB29AAF&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 abr. 2019.
- [39] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Habeas Corpus Cível nº 4014797-40.2018.8.24.0000**, de Araquari, Relator Desembargador Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em 19/07/2018. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AA_BAg7AAEAAMwK3AAE&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 abr. 2019.
- [40] PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos**: constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. p. 100.

- [41] PODLECH, Adalbert *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et. al. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 121.
- [42] COMPARATO, Fábio Konder *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et. al. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 121.
- [43] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et. al. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 121-122.
- [44] KANT, Immanuel *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et. al. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 122.
- [45] KANT, Immanuel *apud* LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 388.
- [46] HERDEGEN, Matthias *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et. al. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 122.
- [47] WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30.
- [48] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et. al. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 122.
- [49] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et. al. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 122.
- [50] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.
- [51] SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 135.
- [52] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 336.
- [53] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et. al. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 126.
- [54] NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 507.
- [55] LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 56.

[56] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.

[57] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 56.

[58] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.

[59] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.

[60] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.

[61] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.

[62] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. *Tr.* _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 637.

[63] VALE. André Rufino do; SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao *caput* do artigo 5°. *Tr.* CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 218.

[64] VALE. André Rufino do; SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao *caput* do artigo 5°. *Tr.* CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 218.

[65] VALE. André Rufino do; SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao *caput* do artigo 5°. *Tr.* CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 218.

[66] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.

- [67] PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos**: constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. p. 13.
- [68] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5º, LXVII. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 472.
- [69] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5º, LXVII. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013. p. 472.
- [70] OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2015. p. 248.
- [71] LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 722.
- [72] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 56.
- [73] OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2015. p. 251.
- [74] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 388.
- [75] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 389.
- [76] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Habeas Corpus Cível nº 4028769-14.2017.8.24.0000**, da Capital, Relator Desembargador Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em 01/03/2018. Disponível em:
http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AA BAg7AAEAAIJNEAAO&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 abr. 2019.
- [77] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 392.521 - SP (2017/0058916-6)**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/06/2017. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74083545&num_registro=201700589166&data=20170801&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.
- [78] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 392.521 - SP (2017/0058916-6)**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/06/2017. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74083545&num_registro=201700589166&data=20170801&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.
- [79] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 392.521 - SP (2017/0058916-6)**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/06/2017. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&>

sequencial=74083545&num_registro=201700589166&data=20170801&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

[80] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 392.521 - SP (2017/0058916-6)**, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 27/06/2017. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74083545&num_registro=201700589166&data=20170801&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

[81] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 392.521 - SP (2017/0058916-6)**, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 27/06/2017. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74083545&num_registro=201700589166&data=20170801&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

[82] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 422.699 - SP (2017/0281330-7)**, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2018. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84726437&num_registro=201702813307&data=20180629&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

[83] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 422.699 - SP (2017/0281330-7)**, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2018. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84726437&num_registro=201702813307&data=20180629&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

[84] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 422.699 - SP (2017/0281330-7)**, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2018. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84726437&num_registro=201702813307&data=20180629&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

[85] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº 4032301-59.2018.8.24.0000**, da Capital, Relator Desembargador João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em 04/04/2019. Disponível em:

http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=%22pris%20civil%22%20&id=AABAg7AAFAALsTvAAF&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 abr. 2019.

A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS IMPACTOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS

FELIPE REBELO LEMOS MORAES:

Advogado de Direito do Trabalho do escritório
Baraldi Mélega Advogados

No último dia 20 de setembro, o Presidente da República sancionou a Medida Provisória nº 881/2019, que agora passa a vigorar como Lei nº 13.874/2019, popularmente conhecida como Lei da Liberdade Econômica. O texto legal traz consigo medidas que visam a desburocratização e a simplificação de processos para empresas e empreendedores. Portanto, o escopo da lei é de impulsionar a economia, através do estabelecimento de garantias de livre mercado, com impactos em variados segmentos legislativos, especialmente nas regras trabalhistas, promovendo alterações substanciais na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Com o fim do antigo Ministério do Trabalho e Emprego, que foi aglutinado pelos Ministérios da Economia, Justiça e Cidadania, um dos reflexos impostos pela Lei da Liberdade Econômica foi atribuir ao Ministério da Economia a competência para regulamentar sobre os modelos que versem sobre a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), o que foi feito através da alteração do parágrafo segundo, do artigo 13, da CLT.

Sobre esse aspecto, a alteração promovida pela Lei 13.847/2019 não representa uma mudança propriamente dita, mas sim uma atualização do texto legal, que estava defasado desde o Ministério do Trabalho e Emprego seria incorporado por outras pastas ministeriais do Governo Federal.

A Lei da Liberdade Econômica alterou ainda a redação do artigo 14 da CLT, estabelecendo que a carteira de trabalho será emitida pelo Ministério da Economia, preferencialmente de forma eletrônica.

A tentativa de desburocratização fica ainda mais clara com a medida, além do que, acompanha a modernidade imposta pelos avanços tecnológicos. Todavia, o parágrafo único do artigo 14, em seus incisos I, II e III, prevê algumas hipóteses que viabilizam a emissão da CTPS em meio físico, que são: nas unidades

descentralizadas do Ministério da Economia que forem habilitadas para a emissão; mediante convênio, por órgãos federais, estaduais e municipais da administração direta ou indireta; e mediante convênio com serviços notariais e de registro, sem custos para a administração, garantidas as condições de segurança das informações.

Tem-se, pois, que com o advento da Lei da Liberdade Econômica, a regra geral é que a CTPS seja emitida por meio eletrônico, somente podendo ser expedida por meio físico, excepcionalmente, nos casos estabelecidos pela própria lei, o que foi enfatizado através da alteração da redação do artigo 15 da CLT.

Outra modificação promovida em relação à emissão da CTPS diz respeito às informações contidas no documento, anteriormente à vigência da Lei da Liberdade Econômica, tínhamos uma série de dados. Seguindo a tendência de simplificação, o artigo 16 da CLT agora passa a vigorar estabelecendo que a CTPS terá como identificação única do empregado o número no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF).

O prazo para anotação da CTPS por parte do empregador também foi ampliado. Anteriormente, a CTPS deveria ser anotada no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas corridas. Com o advento da Lei da Liberdade Econômica, o artigo 29 da CLT, que regulamenta a matéria, foi alterado, e agora o prazo para anotação da CTPS passa a ser de 05 (cinco) dias úteis.

Ainda, a Lei da Liberdade Econômica alterou o parágrafo segundo do artigo 74 da CLT, que por sua vez previa que era obrigação da empresa que tivesse mais de 10 (dez) empregados, manter o registro de ponto de cada funcionário. Agora, com a nova redação, somente quando a empresa tiver mais de 20 (vinte) trabalhadores é que será obrigatória a anotação dos horários de entrada e saída de cada empregado, sendo permitida a pré-assinalação do intervalo destinado ao descanso e refeição.

Isso quer dizer que empresas com até 20 (vinte) funcionários não tem a obrigação de manter os controles de frequência de seus empregados. A anotação do horário de intervalo intrajornada continua sendo uma opção da empresa, visto

que ainda continua sendo permitida a sua pré-assinalação, ou seja, o empregado continua não precisando marcar o ponto quando inicia e encerra seu intervalo.

A ampliação do limite de funcionários, inclusive, deve ocasionar a revisão da Súmula 338 do TST, que acompanhava a antiga redação do parágrafo segundo do artigo 74 da CLT, ao afirmar que é ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de seus funcionários.

Além disso, a Lei da Liberdade Econômica incluiu no artigo 74 da CLT o parágrafo quarto, por meio do qual foi dada permissão para que as empresas utilizem o registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, o que deverá ser feito mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

A ideia do registro de ponto por exceção é de somente anotar atrasos, falta, trabalho em sábados, domingos e feriados, ou sejam, situações que fujam da rotina de trabalho pactuada entre a empresa e o empregado.

Isso quer dizer os cartões de ponto somente devem ser marcados nos dias em que o empregado, por qualquer motivo que seja, chegue atrasado ou antes do seu horário habitual; ou saia mais cedo ou mais tarde do que a jornada de trabalho habitual.

O mesmo deve ser feito em relação à prestação de serviços em sábados, domingos e feriados, ou seja, caso não tenha sido avençado entre patrão e empregado o trabalho nesses dias, e ainda assim em caráter excepcional o empregado trabalhe, o registro de ponto deverá ser feito, por se tratar de uma exceção. Os demais dias, em que não houver qualquer alteração em relação aos horários habitualmente cumpridos pelo empregado, tampouco em relação aos dias laborados, não será exigida a anotação do cartão de ponto.

A adoção do ponto por exceção, como dito anteriormente, poderá ser feita, inclusive, sem a participação do sindicato representante da categoria profissional do empregado, uma vez que a lei permitiu a sua adoção por meio de acordo individual de trabalho entre empregado e empresa.

Assim como já acontecia antes mesmo da vigência da Lei da Liberdade Econômica, os cartões de ponto gozam de presunção relativa de veracidade. Isso quer dizer que as informações contidas nos controles de ponto, a princípio, são verdadeiras. Todavia, essa presunção de veracidade pode ser elidida através de prova em contrário, o que poderia ser feito, por exemplo, através de depoimento de testemunha que atestasse que as informações reportadas pela empresa através do registro de ponto por exceção não correspondem à realidade vivenciada entre patrão e empregado.

Sob o prisma dos princípios que nortearam a criação da Lei da Liberdade Econômica, a adoção da medida é salutar. Todavia, é temerária quando se observa sob a ótica do empregado, que naturalmente já se encontra em situação de vulnerabilidade em virtude da relação bilateral em que ele, empregado, é o elo mais frágil.

Comumente o que já se observava antes mesmo da vigência da lei, eram os inúmeros casos em que os controles de ponto não representavam a realidade vivenciada entre empresa e empregado.

Pondere-se que o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) já era de que os controles de ponto com horários uniformes não atenderiam às exigências do parágrafo segundo do artigo 74 da CLT. Isto é, anteriormente à vigência da lei, os chamados “controles de ponto britânicos”, que são aqueles em que não há variação nos horários de entrada e de saída, apontados de forma visivelmente mecânica, não tinham validade probatória alguma.

Agora, com a nova dinâmica e permissão de utilização do ponto por exceção, a regra geral é justamente o contrário: os dias que não fujam da normalidade da carga horária diária do empregado não precisarão serem anotados. Importante anotar, todavia, que a adoção do ponto exceção é uma faculdade, de modo que é possível que as empresas continuem utilizando o modelo atual.

Em última análise, fica claro que as alterações na legislação trabalhista, promovidas pela Lei da Liberdade Econômica, seguem um ideal liberalista, em que é dado prestígio à autonomia privada, materializada através de ajustes feitos

diretamente entre empresas e empregados, sobretudo com base no princípio da boa-fé dos particulares perante o poder público, bem como a clara intervenção subsidiária do estado sobre o exercício de atividades econômicas.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADOTANTE NOS CASOS DE DEVOLUÇÃO DA CRIANÇA ADOTADA

SUELLEN MESQUITA MILHOMEM: Acadêmica do Curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

KELLY NOGUEIRA DA SILVA [1]

(Orientadora)

RESUMO: É preocupante o aumento do número de casos de devolução de crianças e de adolescentes adotados às instituições de acolhimento, portanto esta pesquisa é relevante, pois está ligada à proteção integral da criança e do adolescente. O ato de devolver o menor adotado, acontece mesmo com o fato da adoção ser em tese uma ação irrevogável, porque o que prevalece é o interesse da criança ou adolescente, ou seja, para proteger o menor o Poder Judiciário decide pelo o que é melhor para o adotado. Assim, aceita-se a devolução da criança ou adolescente, pois entende-se que permanecer em um seio familiar que não consegue desempenhar com amor o papel de zelar pelo bem-estar do adotado não atende o interesse do menor. Nesse contexto, o adotado é entendido como mercadoria, que ao apresentar defeito pode ser devolvida. Quais os danos causados à criança ou adolescente devolvido? Qual a responsabilidade civil do adotante nos casos de devolução do (s) filho (s) adotado (s)? Esta pesquisa estuda o instituto jurídico da adoção, analisando especificamente os casos de devolução das crianças adotadas, apurando a responsabilidade civil dos adotantes, bem como, as formas de reparação por eventuais danos.

Palavras-chave: Adoção; Adotante; Adotado; Desistência; Dano; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: The increasing number of cases of child and adolescent return to foster care is worrying, so this research is relevant because it is linked to the full protection of children and adolescents. The act of returning the adopted child, even happens that the adoption is in theory an irrevocable action, because what prevails is the interest of the child or adolescent, that is, to protect the child the judiciary decides for what is best for the adopted. Thus, the return of the child or adolescent is accepted, because it is understood that staying in a family breast that cannot play with love the role of ensuring the welfare of the adopted does not meet the interest of the minor. In this context, the adoptee is

understood as a commodity, which upon defect can be returned. What damage is caused to the returned child or teenager? What is the civil liability of the adopter in the case of the return of the adopted child / children? This research studies the legal institute of adoption, specifically analyzing the cases of return of adopted children, ascertaining the civil liability of adopters, as well as the forms of compensation for eventual damages.

Keywords: Adoption; Adopter; Adopted; Withdrawal; Damage; Civil responsibility.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Instituição Familiar e o Direito; 3 Adoção: Aspectos Históricos, Conceituais, Princípios e Legislações; 4 Processo de Adoção: Danos Causados pela Devolução da Criança Adotada; 5 Responsabilidade Civil do Adotante: Descumprimento no Dever de Proteger e Cuidar do Adotado; 6 Considerações Finais; 7 Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas três décadas, o Direito de Família vem passando por importantes mudanças relacionadas com a conquista de direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, essa mudança se dá em razão da relevância que instituto familiar tem sobre a evolução do ser humano, em aspectos diversificados.

Um desses aspectos é a responsabilidade civil do adotante em relação aos adotados, pois se trata da proteção integral da criança e do adolescente, que deixou de ser apenas função dos pais e passou a ser papel do Estado e da sociedade. O art. 227 da Constituição Federal dispõe que é dever da família do Estado e de toda a sociedade assegurar a criança direito a vida, saúde, lazer, e dentre outros a convivência familiar, bem como a Lei nº 8.069/1990 em seu art. 19 prevê que, assim para que os direitos mencionados sejam assegurados é fundamental que a criança/adolescente esteja no seio de sua família biológica, todavia é sabido que existem diversas situações em que tal convivência não é possível.

Nestes casos, com a finalidade de proteger o menor e dar melhores condições de vida, em agosto de 2009 foi instituída a Lei nº 12.010 que prevê o processo da adoção que possibilita que a criança seja encaminhada para uma família substituta (família adotiva),

uma vez que a criança/adolescente deve se desenvolver em ambiente familiar adequado, e nesse contexto a adoção supre a falta da família biológica.

Segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz, citado por Carvalho (2017), “a adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha”. A adoção está ligada a um ato de acolhimento voluntário legal, entre a criança adotada e a pretensa família, respectivamente, tendo a afetividade como requisito básico para a sua formação.

Para que tal ato seja concretizado, os candidatos à adoção deverão participar das etapas do processo de adoção que é dividido em seis principais fases, sendo elas: petição inicial de habilitação, etapa de preparação dos pretendentes a adotantes, deferimento do pedido de habilitação e inscrição no Cadastro Nacional de Adoção, requerimento de adoção, estágio de convivência e sentença. Para ao final ser concedido ou não o pedido pelo juízo competente, sendo certo que uma vez deferido, torna-se irrevogável o estado de filiação entre o adotante e o adotado, equiparando-se à filiação natural.

No entanto, em alguns casos após a adoção, por situações diversas ou até mesmo pelo despreparo dos adotantes para receber uma criança ou um adolescente em seus lares, os pais adotivos desistem do adotado devolvendo-o ao Poder Judiciário, situação que sem dúvidas traz frustrações para ambas as partes.

Nesse sentido, a problemática do presente trabalho está voltada para questionar: qual a possibilidade de responsabilização civil dos adotantes em virtude da devolução do adotado e de reparação dos danos causados ao menor?

Desse modo, a presente pesquisa tem por finalidade estudar o instituto jurídico da adoção, para que seja analisado especificamente os casos de devolução das crianças adotadas, apurando a responsabilidade civil dos adotantes, bem como, as formas de reparação por eventuais danos.

A relevância deste estudo está ligada à proteção integral da criança e do adolescente, vez que em casos como estes são vítimas do despreparo e das incertezas das pessoas que não estão preparadas para recebê-los como filhos. Para o desenvolvimento do trabalho utilizar-se-á o método dedutivo e com base nas doutrinas nacionais, jurisprudências brasileiras, legislação e artigos será feita a pesquisa relacionado ao tema proposto.

O artigo será organizado em cinco seções, sendo que logo após esta introdução será abordado sobre a instituição familiar e o direito, posteriormente os aspectos históricos, conceituais, os princípios e legislações norteadores da adoção. No capítulo três disserta-se acerca do processo de adoção e os danos causados pela devolução da criança adotada. O capítulo quatro versa sobre a responsabilidade civil do adotante e o descumprimento no dever de proteger e cuidar do adotado.

Por fim, apresenta-se a presença de pressuposto para reparação aos danos causados ao menor e as referências utilizadas na concretização deste estudo.

2. INSTITUIÇÃO FAMILIAR E O DIREITO

Considera-se importante realizar uma breve explanação sobre a definição de instituição familiar (família), uma vez que, a conceituação da mesma acompanha os avanços e mudanças sociais. Segundo Ferreira (2011), a palavra família é entendida como “conjunto de pessoas, em geral ligadas por laços de parentesco, que vivem sob o mesmo teto ou conjunto de ascendentes, descendentes, colaterais e afins de uma linhagem ou provenientes de um mesmo tronco; estirpe”, ou seja, o conceito está relacionado a pessoas que possuem laços consanguíneos.

De acordo com o dicionário digital (2019), designa-se por família o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco entre si e vive na mesma casa formando um lar, normalmente formada por pai, mãe e filhos.

O Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM) divulgou em 2016 que, o Dicionário Houaiss teve uma iniciativa pioneira e inovadora, trazendo um conceito sem preconceito ou limitações elaborado a partir de sugestões de

internautas para definir a palavra família. Assim, o "núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária" é o conceito adotado da palavra família, segundo o Dicionário Houaiss. Nessa concepção, uma família é formada por pessoas que estão interligadas pela afetividade, independente de ser consanguíneas.

Augusto (2015) discorre que a palavra família não está relacionada a conjuntos de pessoas com a mesma árvore genealógica, acrescentando que a mesma possui um significado que foge à ideia que temos de tal instituto hoje, já que a palavra vem do latim *famulus* e significa grupo de escravos ou servos pertencentes ao mesmo patrão. Observa-se que a conceituação de família é complexa e mutável.

A ideia do que vem a ser família, suas características, sua formação e etc., é um conceito extremamente volátil e mutável no tempo, acompanhando sempre a evolução dos ideais sociais, das descobertas científicas e dos costumes da sociedade, sendo impossível se construir uma ideia sólida e fixa do que vem a ser família e quais suas características (AUGUSTO, 2015, p. 02).

O autor acima nos chama a atenção para a ampliação do conceito de família no século XXI, considerando o desenvolvimento social e jurídico sobre o tema. Para a melhor compreensão do que significa família, é necessário realizar uma abordagem da evolução sobre o assunto. Em seu artigo, "A evolução da ideia e do conceito de família", Augusto (2015) discorre que a família era patriarcal, sendo que os casamentos eram arranjados com fins lucrativos, tendo o homem como provedor e "chefe familiar".

Antigamente, o modelo familiar predominante era o patriarcal, patrimonial e matrimonial. Em tal modelo tínhamos a figura do "chefe de família", era o líder, o centro do grupo familiar e responsável pela tomada das decisões. Era tido como o provedor e suas decisões deveriam ser seguidas por todos. Além disto, a ideia de família era patrimonial e imperialista, prova disso estava no fato de que as uniões entre

peças não se davam pela afeição entre as mesmas, mas sim pelas escolhas dos patriarcas, com o interesse de aumentar o poder e o patrimônio de suas famílias. Em tal modelo, muitas vezes os nubentes nem sequer se conheciam, mas se viam obrigados a contrair núpcias para honrar o bom nome da família e contribuir para seu fortalecimento econômico. A família era constituída unicamente pelo casamento, não havia que se falar em nenhum outro meio de constituição familiar, como a união estável (AUGUSTO, 2015, p. 03).

No campo do Direito, a formação da família era determinada por laços consanguíneos e formada por pai, mãe e filhos, sendo a união definida pelo casamento, tendo como principal função o poder econômico. Portanto,

o casamento civil era a única forma válida de instituição de uma família, sendo qualquer outro modelo familiar marginalizado pelo Estado, pela Igreja e pela sociedade. Da adoção do modelo familiar único pelo casamento, garantidor da função maior de transmissão de patrimônio e reprodução, decorria também a distinção da natureza de filhos legítimos e ilegítimos, de acordo com as circunstâncias do seu nascimento (SOUSA & WAQUIM, 2015, p. 74).

Nesse contexto, Sousa & Waquim (2015) acentuam que a família tradicional não admitia nem mesmo o reconhecimento dos filhos fora do casamento, sendo os mesmos considerados “bastardos”, já que não foram gerados no seio familiar, tão pouco, o divórcio, pois o mesmo representava o enfraquecimento da unidade econômica. Sobre o assunto, Augusto acrescenta que

(...) a figura do divórcio era inimaginável, vez que a felicidade dos membros não era mais importante do que a predominância da família como instituição, afinal, o divórcio representaria uma quebra no poderio econômico

concretizado pelo casamento. Temos então, que em tal modelo, a família é vista como uma instituição, onde a felicidade e a liberdade de seus membros é um ideal secundário e que somente era levado em conta se atendido o ideal primário, que era o fortalecimento econômico/patrimonial da instituição familiar (AUGUSTO, 2015, p. 03).

O entendimento sobre família passa a ser modificado na Revolução Industrial, como afirma Sousa & Waquim (2015), considerando que a função de produção econômica exercida pela família é assumida pela indústria. Como defende Augusto (2015, p. 04), “com o passar do tempo e a evolução a que passou a sociedade, o modelo familiar mudou, fora influenciado pela ideia da democracia, do ideal de igualdade e da dignidade da pessoa humana”. O fim principal da família é o bem-estar dos membros que a compõe.

(...) a partir das transformações percebidas no âmbito social, assim como a inclusão de valores novos que envolveram o ambiente familiar no Brasil, constatou-se que esse modelo, apresentado de institucionalização, logo se estabilizou com a Revolução Industrial. Haja vista que com a necessidade maior de mão de obra, passaram a fazer parte desse mercado de trabalho as mulheres, as quais, antes do ocorrido, trabalhavam para o lar ou família, passando a ser também, responsáveis pelos proventos do lar. A partir dessa nova reestruturação, a família passou a ter a colaboração financeira da mulher, antes somente do marido, mas a coordenação financeira continuou sob a responsabilidade deste. Nesse contexto, as relações eram centradas na afetividade e não mais no poder financeiro que era provido, anteriormente, exclusivamente pelos homens (DRESCH, 2016, p. 02).

A família é a base da sociedade, portanto acompanha as mudanças ocorridas no âmbito social. Para Nobre (2014), a Constituição Federal de 1988 trouxe inovações no ordenamento jurídico, causando uma revolução ao Direito de família, apontando avanços importantes na legislação como: a família que era considerada no antigo código uma entidade singular passou a ser plural; a proibição de qualquer designação discriminatória em relação aos filhos gerados fora do casamento, favorecendo também o adotado e o estabelecimento do princípio da igualdade entre homens e mulheres, superando o modelo patriarcal.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito,

vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, CF, 1988)

No mesmo compasso e acompanhando as conquistas de igualdade na sociedade brasileira e em consonância com a Constituição Federal (1988), o Código Civil de 2002 contempla inovações em relação ao Direito da família, uma vez que consagrou diferentes arranjos familiares, como analisa Dresch (2016), bem como, valoriza a dignidade humana.

Como se percebe, não há mais que se falar em casamento como elemento de criação da família, afinal é o sentimento que une seus membros, a vontade de cada um em se unir ao outro, por isso, hoje é possível vislumbrarmos que uniões estáveis podem constituir família, que há a família monoparental (mãe ou pai solteiro) e que há família na união de pessoas do mesmo sexo. Tudo isto porque o elemento responsável pela constituição da família é subjetivo e decorre da vontade dos indivíduos (AUGUSTO, 2015, p. 04).

Verifica-se que o objetivo da legislação é subjetivo, ou seja, almeja a felicidade e o bem estar do indivíduo. O importante é que os responsáveis pela família, independentemente de como ela é formada, se responsabilizem pelo cuidado, proteção, educação e saúde dos filhos. Em outros termos: a família, representada pelos pais (biológicos, socioafetivos, adotivos, etc), é a organização que busca oferecer as condições necessárias ao desenvolvimento integral do menor.

No capítulo a seguir, trata-se sobre o instituto da adoção, discorrendo sobre os aspectos históricos, conceituais, princípios e legislação sobre o assunto.

3. ADOÇÃO: ASPECTOS HISTÓRICOS, CONCEITUAIS, PRINCÍPIOS E LEGISLAÇÕES

Para Ferreira (2011), a palavra “adoção é um substantivo feminino que significa processo ou ação judicial que se define pela aceitação espontânea de alguém como filho (a), respeitando as condições jurídicas necessárias; ação ou efeito de adotar”. Para Moraes (2016), adotar é uma palavra genérica, podendo ser entendida como optar, escolher, assumir, aceitar, acolher, admitir, reconhecer, entre outros.

A adoção pode ser compreendida como um ato pelo qual se cria um vínculo de filiação, até então inexistente, em que não há laço natural (genético), sendo também uma alternativa de proteção às crianças e aos adolescentes, nos casos em que os pais são destituídos do poder familiar. Porém, ela é diferente da tutela, pois gera um vínculo de filiação entre o adotante e o adotado (o que não acontece na tutela). Ela é uma medida excepcional de inserção da criança ou do adolescente em uma família substituta, quando esgotados todos os meios de mantê-los no âmbito familiar natural (JORGE, 2015, p. 02).

Entende-se que adoção é reconhecer e amar um (a) filho (a), sem observar a genética. Silva (2017) destaca que o instituto de adoção é realidade, desde os primórdios da existência humana. Prova disso, é a adoção de Moisés pela filha do faraó, que o encontrou às margens do rio e o assumiu como filho.

Desde a Antiguidade, praticamente todos os povos — hindus, egípcios, persas, hebreus, gregos, romanos — praticaram o instituto da adoção, acolhendo crianças como filhos naturais no seio das famílias. A Bíblia relata a adoção de Moisés pela filha do faraó, no Egito. O Código de Hamurabi (1728–1686 a.C.), na Babilônia, disciplinava minuciosamente a adoção em oito artigos, inclusive prevendo punições terríveis para aqueles que desafiassem a autoridade dos pais adotivos - cortar a língua e arrancar os olhos (SILVA, 2017, p. 03).

Observa-se que no Código de Hamurabi é possível perceber uma normatização do instituto de adoção. De acordo com Cornélio (2010), a adoção teve origem pela necessidade de pessoas que não tinham filhos em dar continuidade a família. Para os antepassados, a família que se extinguisse sem deixar descendentes não teria quem cultivasse a memória dos seus ancestrais, assim, a mesma religião que obrigava o homem a casar para ter filho, que estabelecia o divórcio em caso de esterilidade, oferecia por meio da adoção uma última alternativa para se evitar o fim de uma família.

Nesse contexto, durante séculos, a adoção é realizada para atender os interesses do adotante, sem considerar o bem estar do adotado.

O instituto da adoção por muito tempo foi utilizado unicamente com o intuito de satisfazer as necessidades do adotante, não havia uma real e necessária atenção com a criança que viria a ser adotada, já que a adoção era concedida àquelas famílias que queriam evitar o seu desaparecimento, casais que não tiveram filhos, à casais que eram impossibilitados de ter filhos por motivos de esterilidade, no princípio também só era possível a pessoas casadas e com mais de 50 anos de idade. Dessa forma é visível que o único interesse que existia era a satisfação daqueles que adotavam e não da criança (SILVA, 2017, p. 04).

Segundo o site “Em Discussão” (2018), desde a Colônia e até o Império, o instituto da adoção no Brasil foi incorporado por meio do Direito português. “Apenas com o Código Civil de 1916 que a adoção ganhou as primeiras regras formais no país. Porém, a legislação mais entravava do que favorecia o processo” (BRASIL, 2018, p. 02), já que limitava a autorização para pessoas com idade superior a 50 anos, sem prole legítima ou legitimada, devendo o adotante ter 18 anos a mais que o adotado; a adoção só podia ser realizada por duas pessoas se fossem casadas e procurava trazer para o núcleo familiar sem filhos a presença do adotando,

atendendo interesse maior dos adultos/pais que não possuíam prole ou não podiam tê-la naturalmente.

A adoção no Código de 1916 possuía caráter contratual: adotante e adotado, diante de simples escritura pública, podiam acertar a adoção, sem qualquer interferência do Estado para sua outorga. O parentesco resultante limitava-se ao adotante e adotado, o que levava à exclusão dos direitos sucessórios se os adotantes tivessem filhos legítimos ou reconhecidos. Os vínculos consanguíneos permaneciam com os pais biológicos, passando-se apenas o pátrio poder ao adotante (BRASIL, 2018, p. 03).

Adotar não se consolidava como um ato de amor e sim um mero contrato. Só em 1927, surgiu o primeiro Código de Menores do Brasil, mas ainda não tratava da adoção, sendo a mesma tratada pelo Código Civil de 1916, permanecendo inalterada até a Lei 3.133/1957, segundo Silva (2017). Com referida lei alguns avanços foram alcançados como: os adotantes deveriam ter mais de 30 anos, e não mais de 50; o adotando deveria ser 16 anos mais novo que o adotante, e não 18 e os adotantes poderiam já ter filhos (legítimos, legitimados ou reconhecidos).

As conquistas sociais impulsionaram avanços em todos os setores e não foi diferente no instituto da adoção. Vejamos as principais modificações na legislação.

Um novo Código de Menores (Lei 6.697/1979) incorporou duas novas modalidades de adoção: a simples e a plena. A simples, voltada ao menor que se encontrava em situação irregular (“delinquente” ou “abandonado”), dependia de autorização judicial e apenas fazia uma alteração na certidão de nascimento. Na plena, rompia-se todo e qualquer vínculo com a família original (seguindo a Lei 4.655/1965). Somente casais com pelo menos cinco anos de casamento, nos quais um dos cônjuges tivesse mais de 30 anos, poderiam pedir

uma adoção plena — irrevogável e destinada a menores de 7 anos.

Persistia, na lei, a distinção entre filhos legítimos e adotados (e, de modo amplo, entre os nascidos dentro do matrimônio ou fora dele), só encerrada com a Constituição de 1988. De acordo com o artigo 227, filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações, “proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A nova Carta Magna fixou ainda a diretriz, em vigor hoje, de supervisão do poder público nos processos de adoção, “na forma da lei”, inclusive nos casos de adotantes estrangeiros. Foi a primeira vez que prevaleceu, na legislação nacional, o interesse do menor no processo, reforçado com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/1990), adotando a doutrina jurídica da “proteção integral”. As novas regras procuravam simplificar o processo de adoção, modificando, entre outros critérios, a idade máxima para ser adotado (de 7 para 18 anos) ou a idade mínima para poder adotar (21 anos, e não mais 30) e abrindo a possibilidade a qualquer pessoa, casada ou não, desde que obedecidos os requisitos (BRASIL, 2018, p. 06).

Juntamente com a concepção de família, o processo de adoção passa por mudanças significativas, vindo a encontro do bem do adotado. A legislação vigente como citado acima, almejou a garantia da proteção da criança. Como defende Cornélio (2010), no atual conceito de adoção temos que enfatizar o princípio de melhor interesse para a criança, pois o instituto da adoção não deve ser usado apenas como uma forma de dar filhos a casais que não podem ter, mas também como uma forma humanitária de melhorar a vida das pessoas adotadas.

Em agosto de 2009, foi sancionada a Lei 12.010, que reforçou a filosofia do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à ausência de distinção legal entre os filhos de um casal, independentemente de serem eles adotivos ou biológicos. Foram criadas novas exigências para os adotantes, implantado um cadastro nacional de crianças passíveis de adoção e reforçado o papel do Estado no processo (BRASIL, 2018, p. 08).

Para garantir os direitos da criança e do adolescente, nos casos de adoção, a legislação vigente que se debruça sobre esse assunto é a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, o Código Civil Brasileiro e a Lei nº. 12.010/09, como analisa Cornélio (2010). Com esta nova lei, o processo de adoção ficou mais ágil, oferecendo a oportunidade dos diferentes arranjos familiares realizarem a adoção, como pessoas do mesmo sexo ou solteiras, desde que atendam às exigências e requisitos legais.

Muito recentemente entrou em vigor a Lei 12.010/09, que passa a disciplinar o processo de adoção no País. O objetivo da nova Lei é de facilitar mais o acesso para quem quer adotar uma criança e com isso reduzir o número de crianças sem famílias.

Essa Lei trouxe inúmeras inovações ao instituto, a partir da nova Lei até pessoas solteiras podem adotar, tanto que sejam mais velhas no mínimo 16 anos do que o adotado e se proponha a passar por uma avaliação da justiça para provar que podem dar educação, um lar e toda a assistência necessária. Com a nova Lei foi criado um cadastro nacional que pretende impedir uma prática comum no país: a adoção direta, em que a pessoa já aparece com a criança pretendida (CORNÉLIO, 2010, p.02).

Observa-se que a Lei 12.010/09 prima por reduzir o número de crianças sem famílias, possibilitando que as mesmas permaneçam o tempo mínimo em abrigos e disponham da oportunidade de compor famílias que zelem pelo bem-estar delas.

4. PROCESSO DE ADOÇÃO: DANOS CAUSADOS PELA DEVOLUÇÃO DA CRIANÇA ADOTADA

Com base nos capítulos anteriores, verifica-se que a adoção não é uma prática recente. Primeiramente, visava atender os interesses dos adotantes, sem a preocupação com o adotado, sendo meramente um contrato que poderia ser firmado sem a intervenção do Estado. Com o Código Civil de 1916, acontece a burocratização do processo de adoção, tornando-o repleto de entraves que dificultavam o ato de adotar. Motivado pelas mudanças sociais, sobretudo, na instituição familiar, as leis que normatizam o processo de adoção favorecem a agilidade e primam pelo interesse do adotado e não do adotante.

Todavia, a autora Ghirardi (2017) discorre que mesmo após a legislação brasileira estabelecer inovações para agilizar e oferecer a oportunidade à criança e ao adolescente de compor um meio familiar por meio da adoção, para muitos menores não é a concretização do sonho de ter uma família, como aponta-se a seguir.

Em termos legais, a adoção, depois de concluída, é irreversível. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê um período de adaptação justamente para que, estabelecido o contato entre as partes, seja avaliada a compatibilidade, prevenindo-se um futuro arrependimento, tanto por parte dos pais adotivos quanto da criança.

Na maioria dos casos, a devolução acontece quando o adotante detém a guarda provisória, mas o processo de adoção não está finalizado. Mas depois de encerrado o processo, ainda que rara, ela também pode acontecer. Não há estatísticas oficiais, no entanto, a Comissão Estadual Judiciária de Adoção de Santa Catarina revelou, em 2011, que cerca de 10% das crianças abrigadas em situação de conflito familiar

no Estado seriam oriundas de adoções que não deram certo. A alternativa é o traumático retorno da criança a um abrigo (GHIRARDI APUD BRASIL, 2017, p. 02).

Constata-se que a adoção é um processo judicial irreversível, uma vez que, o adotante assume a responsabilidade de cuidar do adotado como um membro da família, dispondo que o menor usufrua de todos os direitos de um filho natural. No entanto, para evitar que a criança ou adolescente adotado permaneça em um seio familiar que não atende aos interesses dele, o Poder Judiciário permite a devolução do menor.

Como devolver um filho? O ser humano entendido como um objeto, que o comprador não gostou e simplesmente não quer mais? Quais os danos causados ao menor, que é devolvido como se fosse uma mera mercadoria com defeito?

Na lógica da devolução injustificada ou desprovida de qualquer justificativa plausível baseada no interesse da própria criança ou do adolescente, estes, quando de sua devolução, são tratados como bens de consumo, que após apresentarem algum defeito podem ser trocados ou mesmo descartados. Desta forma, a criança e o adolescente viram objetos para adultos que tem poder de decisão sobre suas vidas (GOES, 2014, p. 06).

É evidente que “a devolução chama muito mais nossa atenção porque se constitui como uma experiência que reedita o abandono. É desse ângulo que se enfatiza que as consequências para a criança podem ser intensificadas em relação aos seus sentimentos de rejeição, abandono e desamparo” (GHIRARDI, 2017, p. 01). Para Goes (2014), a devolução de crianças e adolescentes à instituição de acolhimento causa significativos impactos, como problemas na construção de sua identidade, seu emocional, que ainda encontra-se em desenvolvimento.

O menor que está à espera da adoção e tem a oportunidade de passar a conviver em um seio familiar, já cria a expectativa que foi adotado, ou ainda que já possui uma família e de que foi escolhido para ser amado como um filho. A

devolução de um filho adotado causa danos que podem não ser reparados com o tempo.

Carvalho (2017) destaca a pesquisa de estágio de Costa (2009) sobre a devolução de crianças e adolescentes adotados, enfatizando o caso de um menor que considera-se uma criança incapaz de receber e dar amor. Como em seu modo de pensar ninguém o amava, ele teve que se fazer valer criando sua própria identidade, mesmo que fosse inadequada para os padrões aceitos pela sociedade. Assim, nomeou-se “um menino mau”, já que na sua forma de entender seria reconhecido e respeitado.

Ilustra-se a situação aqui exposta com um caso de devolução ocorrido após sentença de deferimento da adoção, em Minas Gerais, no qual a criança devolvida, após passar por esta situação traumática, tornou-se agressiva, mostrando insubordinação e também dificuldades de aprendizagem. Ressalta-se que além do abalo e de todo o sofrimento psicológico sofrido pela criança ou pelo adolescente quando da sua devolução, além da dificuldade de serem posteriormente adotados, ainda há a probabilidade de que no futuro a vítima da devolução desenvolva condutas antissociais, uma vez que, acaba absorvendo da experiência um entendimento de que as relações sociais não são dignas de confiança e que dificilmente encontrará alguém que satisfaça suas necessidades (COSTA APUD CARVALHO, 2017, p. 55).

Além dos danos mencionados pelo autor acima, ainda há relatos de envolvimento com drogas, prostituição, suicídio, medo de confiar, enfim são inúmeros. Além do fato do adotado devolvido, enfrentar ainda mais dificuldades de encontrar outra família adotiva pelo fato de ter em seu registro a devolução.

É notório os prejuízos causados na vida do adotado, mas quais as consequências judiciais que o adotante pode sofrer no caso de devolução? Como reparar os danos? Em tese, como a adoção é irreversível e a Constituição Federal (1988) em seu artigo 227 § 6º dispor que, “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”, portanto entende-se que devolver um filho adotado é uma infração penal tipificada no artigo 133 do Código Penal brasileiro, Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, que define que “Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono” se configura crime e estabelece pena - detenção, de seis meses a três anos. **Todavia,**

(...) ainda que seja a adoção medida irrevogável, com frequência alguns adotantes devolvem a criança ou o adolescente que adotaram. Esta situação, por uma questão de praticidade, acaba sendo aceita, uma vez que a criança pode ser adotada por outra pessoa, que realmente queira ficar com ela, o que acaba por melhor atender seu interesse (DIAS, 2015, p. 483).

Como continua a discorrer Dias (2015), na prática, seja na “devolução” ou na restituição, o judiciário acaba instaurando processos para cancelar o instituto de

adoção, com o objetivo de evitar que uma criança permaneça com uma família que não pôde assumir sua função parental. Sobre o assunto, o autor abaixo acrescenta que

[...] E a quem se "devolve" uma criança? Pretendem "devolver" para a Justiça da Infância, (mesmo que não tenha sido o Juiz da infância que tenha lhes "entregado" a criança). E conseguem "devolver"? A resposta, infelizmente é positiva: "devolvem", sim. O Juízo da Infância recebe sim esta criança e procura lhe dar a proteção que a família está lhe negando - ainda que esta "proteção" seja sob o duvidoso teto dum abrigo de crianças (ROCHA, 2001, p. 02).

Alguns juízes têm determinado penalidades para a família que não sustenta a adoção, como o pagamento de pensão alimentícia e por danos morais. Rezende (2014) analisa a legitimidade do desfazimento da adoção e o cabimento da responsabilização civil dos pretendentes em casos tais, pelos danos morais causados, defendendo que a "devolução" do menor causa abalos emocionais severos no adotado, caracterizando, portanto, o dano moral. Como demonstra a autor abaixo, destacando a seguinte jurisprudência:

Outra devolução, esta realizada após a conclusão do processo de adoção, ocorreu no Distrito Federal e fez com que a adotante fosse obrigada a indenizar no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) uma criança adotada aos seis anos de idade e devolvida após cinco anos de convivência com a nova família, sob a alegação de "mau comportamento" e de "rebeldia". A adotante que a devolveu, Procuradora Federal no Estado da Bahia, adotou a menina, trocou seu nome, e a levou para viver na Bahia. No entanto, após cinco anos da adoção, a devolveu para a instituição de acolhimento. A defesa da criança alega que além da sensação de abandono, desprezo, solidão e angústia desta, também o longo período antes da devolução,

que foi de cinco anos, fez com que esta criança perdesse ou pelo menos tivesse muito reduzida a oportunidade de ser adotada novamente por outra família (VINHAL, 2015, p. 02).

Nesse contexto, a ação de devolver uma criança ou adolescente adotado, acaso considerada legítima, “certamente malferire os limites impostos pelo fim social, pela boa-fé e pelos bons costumes, *ex vi legis* do artigo 187, do CC, inserindo-se no conceito de abuso de direito, devendo, pois, ser reparado” (REZENDE, 2014, p 05). Ainda sobre a punição do adotante no caso de devolução da criança adotada, observa-se que

[...] Seria possível processar por crime de abandono? E se fosse possível o processo crime, qual seria a utilidade desse processo? Para nós, que queremos proteger as crianças, qual seria a utilidade desse processo crime? Equacionar a possibilidade jurídica da reparação patrimonial por danos morais e patrimoniais quer sob de Direito de Alimentos, quer sob forma de direito a uma indenização integral por toda esta tragédia. Recorrendo-se ao velho e sempre atual art. 159 do CC de 1916, hoje correspondente ao art.186 do Código Civil de 2002, que pode minorar os prejuízos causados a essas crianças (ROCHA, 2001, p. 86).

Analisa-se que o adotante é passível de punição nos casos de devolução da criança adotada, mas não há lei específica para a autuação do autor. Pode-se recorrer à punição dos Artigos 186 e 187 do Código Civil para reparação dos danos ou ainda ao Artigo 133 do Código Penal brasileiro, que configura na tentativa de abandono de incapaz. Todavia, entende-se que

Faz-se necessária a criação de leis que determinem punições severas aos adotantes, obrigando-os a indenizar as crianças e adolescentes, caso eles sejam devolvidos ao Poder Público, em valor proporcional aos gastos oriundos de tratamentos psicológicos, na tentativa de minimizar o trauma provocado

pelo novo abandono, bem como a devolver aos cofres públicos o montante recebido por ocasião da licença maternidade e estipular pensões alimentícias pagas pelos adotantes às crianças e adolescentes que devolveram, em período que se fizer necessário, analisados caso a caso (FRANCO, 2016, p. 06).

É fundamental que haja a criação de leis que favoreçam a punição e a educação dos adotantes, que entendem o menor como uma mercadoria que pode ser devolvida. Porém é necessário analisar que “em alguns casos é evidente que o melhor para a criança é a devolução, antes que ela sofra maus tratos, ou que sofra com a falta de amor dos pais adotivos. De qualquer maneira, os danos existem e devem ser reparados” (NICOLAU, 2016, p. 40). Assim, concorda-se com a concepção dos autores elencada que há a possibilidade de responsabilizar o adotante, que devolve a criança ou o adolescente adotado ao Poder Público.

Frente às argumentações abordadas neste capítulo, continua-se nossas discussões no item a seguir, tratando da responsabilidade civil do adotante pelos danos causados ao adotado devolvido, analisando a possibilidade de indenização por pensão e danos morais, através da apresentação e análise de jurisprudências.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADOTANTE: DESCUMPRIMENTO NO DEVER DE PROTEGER E CUIDAR DO ADOTADO

A responsabilidade civil depende do fato que a ensejou, podendo ser responsabilidade contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva, de acordo com Hora (2015). Brigido (2018) enfatiza que no caso da responsabilidade objetiva, investiga-se se houve ou não culpa do agente, já na subjetiva a culpa é fundamental, devendo tanto na objetiva quanto na subjetiva existir o nexo causal entre o prejuízo e a ação praticada.

Toda a teoria da responsabilidade civil do direito brasileiro se ergue sobre três pilares essenciais: o ato, o dano e o nexo de causalidade entre o ato e o dano. Assim como na matemática $1+1+1= 3$, no direito $\text{ato+dano+nexo de causalidade= obrigação de indenizar}$, se

na equação, a falta de algum dos fatores impede que o resultado seja o 3, na configuração da responsabilidade civil a falta de qualquer dos elementos impede que o resultado seja obrigação de indenizar (CARVALHO, 2015, p. 06).

Em seu artigo 186, a Lei 10.406/02 (Código Civil) estabelece que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Para Riedi e Sartori (2013, p. 12), “a devolução oficializada representa para a criança o estado de duplo abandono, com consequência de difícil reparação, por isso há necessidade da mais absoluta transparência em todo o trâmite do processo”. A esse respeito o ECA (1990) em seu artigo 151 preconiza a exigência do profissionalismo da equipe envolvida no processo de adoção. A autoridade da intervenção profissional é determinada pela necessidade de prognosticar o êxito e prevenir dissabores.

O adotante por ação voluntária ingressou em um processo de adoção e praticou o ato de adotar uma criança ou adolescente, portanto a culpa no caso de devolução do menor adotado é evidente, assim como, os danos causados a ele. Assim, é passível de indenização, seja por pensão ou danos morais.

Com vistas a garantir o bem-estar da criança e do adolescente, em casos de devolução do adotado, os tribunais de justiça no Brasil estão sentenciando o adotante a reparar a vítima, pagando pelo abandono de incapaz. Vejamos alguns casos.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DEVOLUÇÃO DE MENOR ADOTADO À MÃE BIOLÓGICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REFORMA. REJEIÇÃO PELOS PAIS ADOTIVOS. GRAVE ABALO PSICOLÓGICO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. PEDIDO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA DESCABIDO. EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO A PARTIR DA ADOÇÃO PELA MÃE BIOLÓGICA. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA, COM DETERMINAÇÃO. 1. Ação de indenização por danos morais movida por absolutamente incapaz (à época da distribuição

do feito), em virtude de ter sido devolvido à mãe biológica pelos pais adotivos, com quem conviveu desde um ano de idade. Sentença de improcedência. Reforma parcial. 2. Danos morais configurados. Réus que se aproveitaram da aproximação entre o autor e sua mãe biológica, para se livrarem do menor, que estava apresentando problemas comportamentais durante a adolescência. 3. Rejeição pelos pais adotivos que provocou grave abalo psicológico ao adotado (apelante), conforme laudos psicológico e psicossociais. 4. Dano moral configurado. Indenização arbitrada em R\$ 20.000,00. Razoabilidade diante da capacidade econômica das partes. Valor que deverá ficar depositado em conta judicial até que o autor alcance a maioridade. 5. Pedido de pensão alimentícia descabido. Extinção do poder familiar, e, conseqüentemente, do vínculo de parentesco. Ausência do dever de sustento. 6. Apelação do autor parcialmente provida, com determinação. (TJ-SP - APL: 00066587220108260266 SP 0006658-72.2010.8.26.0266, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 08/04/2014, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/04/2014)

No caso acima, os pais adotivos foram responsabilizados a pagar uma indenização de R\$ 20.000 (vinte mil reais) por danos morais ao adolescente devolvido à mãe biológica, sendo que o mesmo foi adotado quando tinha 1 (um) ano de vida. Observa-se que os pais adotivos manipularam a mãe biológica para destituir o poder familiar deles e o adolescente a voltar a morar com ela.

A devolução do menor ocorreu, porque segundo os adotantes o mesmo passou a apresentar problemas comportamentais na adolescência. Em qual família não há conflitos de gerações? Já pensou se todos os pais tivessem a oportunidade de devolver os filhos, quando apresentassem problemas comportamentais? Seríamos a geração de filhos sem pais.

A seguir, apresenta-se sentença do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), na qual os pais adotivos foram responsabilizados a pagar a indenização de R\$ 15 mil e ainda 15% do salário mínimo até que o adolescente devolvido complete 18 anos ou, se estiver estudando, até os 24 anos.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA - Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para se reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais, mas, primordialmente, de sua irmã de sangue, de quem sente muita saudade. - Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente por terem ciência de que a adoção somente foi concedida para possibilitar o convívio com irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos. (Apelação Cível nº 1.0702.09.568648-2/002 - Comarca de Uberlândia - Apelante: M.P.S. e outro - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto).

No caso exposto acima, o menor foi adotado quando tinha quatro anos e sete meses e devolvido, quando tinha seis anos e nove meses ao abrigo em que vivia anteriormente, permanecendo sem ser adotado por outra família, além de ser afastado da irmã de sangue que fora também adotada e permaneceu com o casal adotivo. A ação foi demorada e o menor só passou a receber a pensão quando tinha dezessete anos, mas é entendida como uma jurisprudência positiva para o adotado devolvido.

Na apelação cível nº 208057 SC 2011.020805-7 exposta abaixo, consta no relatório do Ministério Público do Estado de Santa Catarina que em 2004, os réus (pais

adotivos) adotaram na Comarca de Gaspar os irmãos Matheus e Thaís, um com três anos e o outro com seis anos. Após cinco anos da conclusão da adoção, os adotantes procuraram a Comarca de Blumenau e, posteriormente, o fórum de Gaspar, para devolver Matheus, ou seja, manifestando o interesse em renunciar ao poder familiar que possuíam sobre a criança.

APELAÇÃO CÍVEL. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO. PAIS ADOTIVOS. AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADOÇÃO DE CASAL DE IRMÃOS BIOLÓGICOS. IRRENUNCIABILIDADE E IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. ADMISSIBILIDADE, SEM PREJUÍZO DA INCIDÊNCIA DE SANÇÕES CIVIS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 166 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PERDA DO PODER FAMILIAR EM RELAÇÃO AO CASAL DE IRMÃOS ADOTADOS. DESCONSTITUIÇÃO EM FACE DA PRÁTICA DE MAUS TRATOS FÍSICOS, MORAIS. CASTIGOS IMODERADOS, ABUSO DE AUTORIDADE REITERADA E CONFERIÇÃO DE TRATAMENTO DESIGUAL E DISCRIMINATÓRIO ENTRE OS FILHOS ADOTIVOS E ENTRE ESTES E O FILHO BIOLÓGICO DOS ADOTANTES. EXEGESE DO ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ART. 3º, 5º, 15, 22, 39, §§ 1º, 2º E ART. 47, TODOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 1.626, 1.634, 1.637 E 1.638, INCISOS I, II E IV, TODOS DO CÓDIGO CIVIL. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS CIVIS DA ADOÇÃO. AVERBAÇÃO DO JULGADO À MARGEM DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO DOS MENORES. PROIBIÇÃO DE QUALQUER ESPÉCIE DE OBSERVAÇÃO. EXEGESE DO ART. 163, § ÚNICO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MORAL CAUSADO AOS MENORES. ILÍCITO

CIVIL EVIDENCIADO. OBRIGAÇÃO DE COMPENSAR PECUNIARIAMENTE OS INFANTES. APLICAÇÃO DO ART. 186 C/C ART. 944, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. MARÇO INICIAL. DATA EM QUE A SEQUÊNCIA DE ILICITUDES ATINGE O SEU ÁPICE, MATIZADA, NO CASO, PELO ABANDONO DO FILHO ADOTADO EM JUÍZO E SUBSCRIÇÃO DE TERMO DE RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. EXEGESE DO ART. 398 DO CÓDIGO CIVIL EM INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM O ART. 407 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. PERTINÊNCIA ENTRE O PEDIDO E O PRONUNCIADO. NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS CLÁSSICAS EM SEDE DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MITIGAÇÃO DA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ART. 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍTIMAS QUE, NA QUALIDADE DE IRMÃOS BIOLÓGICOS E FILHOS ADOTIVOS DOS RÉUS MERECEM RECEBER, EQUITATIVAMENTE, A COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PELOS DANOS IMATERIAIS SOFRIDOS. HIPOTECA JUDICIÁRIA. EFEITO SECUNDÁRIO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 466 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I - A adoção é medida irrevogável e irrenunciável, assim como o é a filiação biológica, sendo impossível juridicamente a prática de qualquer ato dos pais buscando atingir tal desiderato. Por outro lado, por aplicação analógica do art. 166 do ECA, os pais podem renunciar ao poder familiar, sem prejuízo da possibilidade de decretação pelo Estado-juiz da sua suspensão ou extinção pelos motivos elencados nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638, todos do Código Civil, combinados com os dispositivos do Estatuto específico que

dispõe também sobre a matéria. Assim, considera-se inexistente o "termo de declaração de renúncia ao poder familiar" firmado pela genitora dos menores, notadamente no que concerne a prática do malsinado ato, por instrumento de mandato, na qualidade de procuradora representante de seu marido, cidadão estrangeiro que se encontrava no exterior para a realização de curso de pós-graduação. Destarte, se a lei veda a adoção por procuração (ECA, art. 39, 2º), mutatis mutandis, estaria igualmente proibida a sua desconstituição ou poder familiar por instrumento de mandato. Assinala-se, por oportuno, a tomada de vulto em todo o território nacional da infeliz prática de situações idênticas ou semelhantes a que se examina neste processo, atos irresponsáveis e de puro desamor de pais adotivos que comparecem aos fóruns ou gabinetes de Promotores de Justiça para, com frieza e desumanidade, "devolver" ao Poder Público seus filhos, conferindo-lhes a vil desqualificação de seres humanos para equipará-los a bens de consumo, como se fossem produtos suscetíveis de devolução ao fornecedor, por vício, defeito ou simples rejeição por arrependimento. E, o que é mais grave e reprovável, a desprezível prática da "devolução" de crianças começa a assumir contornos de normalidade, juridicidade, legitimidade e moralidade, em prol do pseudo benefício dos infantes. O Poder Judiciário há de coibir essas práticas ignóbeis e bani-las do nosso contexto sócio-jurídico de uma vez por todas. Para tanto, há de, exemplarmente, punir os infratores das leis civis, destituindo-os do poder familiar e condenando-os pecuniariamente pelo ilícito causador de danos imateriais a crianças e adolescentes, vítimas já marcadas pela própria existência desafortunada que se agrava

com os atos irresponsáveis de seus adotantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal de seus agentes (TJ-SC - AC: 208057 SC 2011.020805-7, Relator: Joel Figueira Júnior, Data de Julgamento: 20/09/2011, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Gaspar).

Inicialmente, os pais adotivos foram destituídos do poder familiar dos filhos adotados, já que o Poder Judiciário entendeu nesse caso que os adotantes não deveriam ficar com nenhuma das crianças, já que Thaís poderia sofrer “chantagens” e ameaças de devolução, caso não se comportasse de acordo com o determinado, bem como, maus tratos e violências diversas. Sendo assim, os menores retornaram ao abrigo e os adotantes foram responsabilizados civilmente a pagar R\$ 80.000,00 (Oitenta mil reais) a Matheus, além de responder inquérito criminal.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve a decisão da juíza Ana Paula Amaro da Silveira, acrescentando que o valor da indenização deve ser dividido igualmente entre os irmãos. Em seu relatório, Joel Figueira Júnior manifestou indignação com a prática da "devolução" de crianças, demonstrando preocupação por entender que esta ação começa a assumir contornos de normalidade, juridicidade, legitimidade e moralidade, já que o interesse maior é a proteção dos infantes.

Desse modo, o relator defende que o Poder Judiciário deve assumir o papel de coibir a prática desumana de devolução de crianças e adolescentes adotados, na qual trata os menores como objetos, banindo esses atos do contexto sócio-jurídico, através da punição exemplar dos infratores das leis civis, destituindo-os do poder familiar e condenando-os pecuniariamente pelo ilícito causador de danos imateriais aos adotados devolvidos, sem prejuízo da responsabilidade criminal de seus agentes.

Conforme discorre Franco (2016, p. 06), a legislação brasileira define a adoção como um processo irreversível, no qual a devolução do filho adotivo se configura a abandonar um filho biológico, caracterizando, assim, ato ilícito, passível de ajuizamento de Ação Indenizatória por Danos Morais em favor do menor

devolvido, com o objetivo de amenizar os danos sofridos, assim como, processo criminal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que a concepção de família sofreu inúmeras alterações, acompanhando as modificações sociais. Todavia, continua a ser o pilar da sociedade, cuidando para o bem estar dos integrantes e também da sociedade. Nesse compasso, a adoção também passa por transformações significativas, tanto no campo social como no legislativo, deixando de focar nos interesses do adotante para zelar pela proteção do adotado.

A Lei nº 12.010/09 favoreceu que o processo de adoção ficasse mais ágil, criando cadastro nacional e oferecendo a oportunidade aos diferentes arranjos familiares de adotar um menor, observando às exigências e requisitos legais. Entende-se que a adoção é o ato que alguém estabelece, sem considerar relação de parentesco consanguíneo, criando um vínculo de filiação, no qual traz para sua família, na condição de filho, uma pessoa que é ou não do seio familiar.

Ao adotar, a pessoa escolhe um menor para cuidar como filho biológico. Não é um filho gerado, natural, mas é um filho do coração. O adotante passa por um processo criterioso e tem a oportunidade de conviver com o menor que pretende adotar, objetivando estabelecer laços afetivos e ter a oportunidade de analisar se realmente deseja assumir a responsabilidade de criar aquela criança ou adolescente como filho. Porém, os casos de devolução de crianças e adolescentes adotados são recorrentes.

Imaginem uma criança ou adolescente que está em um abrigo à espera de uma família, que a propicie amor, carinho, proteção e o esquecimento do sofrimento de não ser integrante de um seio familiar e ter a esperança de ter a encontrado através da adoção. Após o processo de adoção, retorna à condição de “sem família”, passando pela experiência de ser devolvido como uma mercadoria com defeito.

É evidente que a criança devolvida sofre danos emocionais graves, que podem prejudicar o desenvolvimento dela. A adoção é ato irrevogável, mas o Poder Judiciário aceita em muitos casos a “devolução” para proteger o infante. Mas, a punição do adotante que devolve a criança adotada deve ser exemplar e educativa para coibir essa prática. Conclui-se que a jurisprudência vem impondo aos adotantes sentenças condenatórias para pagar alimentos e indenização pecuniária por danos morais e materiais ao menor devolvido.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Ministério da Justiça: Senado, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal**. Ministério da Justiça: Senado, 1988.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Ministério da Justiça: Senado, 1999.

BRIGIDO, Rosemeire Aparecida Rodrigues. **A devolução de crianças adotadas**: aspectos legais. Disponível em <https://www.cattrose.jusbrasil.com>> Acesso em 12/08/2019.

CARVALHO, Larissa Grouiou de. **Responsabilidade civil dos adotantes pela devolução da criança ou adolescente adotado**. Meceió: Universidade Federal de Alagoas, 2017.

CORNÉLIO, Laís do Amor. **Adoção**: o que mudou com a lei 12010/09? Disponível em <https://www.conteudojuridico.com.br>> artigo Acesso em 15/09/2019.

DERSCH, Márcia. **A instituição familiar na legislação brasileira**: conceitos e evolução histórica. Disponível em <https://www.jus.com.br>> artigos> Acesso em 10/09/2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed., Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: direito de família. 11ª ed.. Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. **Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 5.0.** Coordenação e edição: Margarida dos Anjos e Marina Baird Ferreira. Brasil: Editora Positivo, 2011.

FRANCO, Letícia. **A adoção e a devolução de crianças e adolescentes.** Disponível em <https://leticiafse.jusbrasil.com.br>artigos>> Acesso em 05/10/2019.

GHIRARDI, Maria Luíza. **Devolução de crianças adotadas.** Disponível em <https://www.senado.gov.br>adocao>devolucao-de-criancas-adotadas> Acesso em 18/09/2019.

GOES, Alberta Emília Dolores. **Criança não é brinquedo!** A devolução de crianças e adolescentes em processos adotivos. Vol.7, nº 1, Rio de Janeiro: Cadernos do Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

GOULART, Nathalia. **Devolução de crianças adotadas é mais comum do que se imagina.** Disponível em <https://www.veja.abril.com.br>brasil>> Acesso em 20/09/2019.

HORA, Yara Oliveira Florêncio. **Responsabilidade civil dos pais quando da devolução de crianças adotivas.** Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search> Acesso em 20/09/19

JORGE, Dilce Rizzo. **Histórico e aspectos legais da adoção no Brasil.** Disponível em <https://www.artigosacademicos.com.br> Acesso em 19/09/2019.

MORAES, Rosalina Rocha Araújo. **Adoção no Brasil.** Disponível em <https://www.senado.gov.br>adocao> Acesso em 17/09/2019.

NICOLAU, Flávia de Almeida. **Da (Im) Possibilidade da responsabilidade civil decorrente da devolução da criança ou adolescente adotado.** Cacoal/RO: UNIR, 2016.

NOBRE, Rodrigo Igor Rocha de Souza. **Conceito e evolução do direito de família.** Disponível em <https://www.advociatpa.jusbrasil.com.br>artigos>> Acesso em 12/09/2019.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. **A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção.** Disponível em <https://www.crianca.mppr.mp.br>pagina-1797> Acesso em 05/10/2019.

RIEDE, J. E.; SARTORI, G. L. Z. **Adoção e os fatores de risco: do afeto à devolução das crianças e adolescentes.** Disponível

em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/persp> Acesso em 15/08/19.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. **Crianças devolvidas: os filhos de fato também têm direito?** Reflexões sobre a adoção à brasileira, guardas de fato ou de direito mal sucedidas. Revista Âmbito Jurídico. Rio Grande, 7, 30/11/2001. Disponível em https://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5541&revista_caderno=12 Acesso em 06/10/2019.

ROSSATO, Jussara Glória & FALCKE, Denise. **Devolução de crianças adotadas: uma revisão integrativa da literatura.** Vol. 18, nº 1, jan/jun, Ribeirão Preto: Revista SPAGESP, 2017.

SOUSA, Walter Gomes. **Devolução e abandono: duas experiências trágicas para a criança.** Disponível em: <https://www.artigosacademicos.com.br> Acesso em 10/08/2019.

SOUZA, Hália Pauliv. **Adoção tardia: devolução ou desistência de um filho? A necessária preparação para adoção.** <https://www.advocaciatpa.jusbrasil.com.br>artigos>> Acesso em 20/09/2019.

NOTA:

[1] Especialista em Direito Civil. Professora de Direito da Faculdade Serra do Carmo. E-mail: profkellynogueira@gmail.com

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

FILIFE EWERTON RIBEIRO TELES:

Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA (CE). Pós-Graduando em Direito Penal e Criminologia - URCA.

Resumo: O presente artigo versa sobre a lei de execução penal, no tocante ao Regime Disciplinar Diferenciado. Ao decorrer do trabalho serão abordados assuntos relativos à lei e os meios juridicamente possíveis para a aplicação. Importante mencionar, quando se trata do sistema penal, os princípios constitucionais e os que norteiam a execução penal devem ser analisados sobre o instituto. Tais princípios se caracterizam como suporte para lei de execução penal, devendo rigidamente, ultrapassarem a teoria e se fundamentar na prática dos assistenciais que aplicam a lei. Para a aplicabilidade da lei, é necessária a disciplina dos carcerários, uma vez que a regra do sistema é progredir, porém há casos taxativos de regressão, devido ao descumprimento de observâncias feitas na própria lei. É abordado também o direito do preso, dispendo do artigo 41 da Lei de Execução penal, estando consolidado no princípio da dignidade da pessoa humana. Para obtenção do conteúdo e melhor entendimento do assunto, foram realizadas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, esclarecendo, portanto, a efetiva aplicação do RDD.

Palavras-chave: Regime Disciplinar Diferenciado; Lei de Execução Penal; Princípios constitucionais.

Abstract: This article deals with the law of criminal execution, regarding the Differential Disciplinary Regime. In the course of the work will be addressed issues related to the law and legally possible means for enforcement. Importantly, when it comes to the penal system, the constitutional principles and those guiding criminal enforcement should be analyzed about the institute. Such principles are characterized as support for the law of criminal execution, and must rigidly go beyond the theory and be based on the practice of assistance that apply the law. For the applicability of the law, the discipline of the prisoners is necessary, since the rule of the system is to progress, but there are exhaustive cases of regression, due to the breach of observances made in the law itself. It also deals with the right of the prisoner, having article 41 of the Law of Penal Execution, being consolidated in the principle of the dignity of the human person. To obtain the content and a better understanding of the subject, bibliographic and jurisprudential researches were performed, thus clarifying the effective application of the RDD.

Keywords: Differentiated Disciplinary Regime; Criminal Execution Law; Constitutional principles.

Sumário: 1. Introdução; 2 Natureza do RDD; 3 Previsão legal na lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984; 4. Questões doutrinárias; Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Quando da ocorrência de uma empreitada criminosa, surge para o Estado direito de punir (*jus puniendi*), devendo iniciar uma apuração preliminar quanto à existência do crime em regra pelo inquérito policial, quando ainda não existem elementos suficientes para o início da ação penal. Durante a ação penal, de titularidade do Ministério Público e, em via de exceção, do particular, a autoria e a materialidade serão analisadas no sumário de culpa, visando à decisão final do julgado.

Caso a sentença final seja condenatória, decorrido o prazo para o seu trânsito em julgado, surge para o Estado o direito de exigir o cumprimento da pena pelo sentenciado, visando garantir a efetividade de sua finalidade, isto é, a repressão ao infrator e a prevenção social.

A Lei nº 7.210/84 disciplina a execução penal, com institutos jurídicos próprios, em atenção a medidas de Política Criminal. Nesse contexto, surge o Regime Disciplinar Diferenciado, incluído pela Lei nº 10.792, de 2003 merecendo um estudo detalhado de tais diretrizes, com o objetivo de melhor elucidar tal regra na construção de uma norma mais justa e eficaz.

2 NATUREZA DO RDD

É a forma mais grave de sanção disciplinar, devendo ser utilizada como última *ratio*, restringindo, como nenhuma outra, a já limitada liberdade de locomoção do preso e alguns dos seus direitos. É a única sanção disciplinar que só pode ser imposta pelo magistrado.

3 PREVISÃO LEGAL NA LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou

o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

4 QUESTÕES DOUTRINÁRIAS

Na lição de Guilherme de Souza Nucci:

“Regime disciplinar diferenciado cuida-se de uma forma de cumprimento da pena, no regime fechado, quando o preso apresenta particular periculosidade ao presídio ou à sociedade. Por decisão judicial, o condenado é inserido em cela individual, sem contato com outros presos, podendo sair da cela duas horas por dia e receber visitas. Não tem o direito de contatar outros condenados.”

Segundo o doutrinador:

“Não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum. Se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fossem fielmente cumpridos, há muitos anos, pelo Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, certamente o crime não estaria, hoje, organizado, de modo que não precisaríamos de regimes como o estabelecido pelo art. 52 desta Lei. A realidade distanciou-se da lei, dando margem à estruturação do crime, em todos os níveis. Mas, pior, organizou-se a marginalidade dentro do cárcere, o que é situação inconcebível, mormente se pensarmos que o preso deve estar, no regime fechado, à noite, isolado em sua cela, bem como, durante o dia, trabalhando ou desenvolvendo atividades de lazer ou aprendizado. Dado o fato, não se pode voltar as costas à realidade. Por isso, o regime disciplinar diferenciado tornou-se um mal necessário, mas está longe de representar uma pena cruel. Severa, sim; desumana, não. Aliás, proclamar a inconstitucionalidade desse regime, mas fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida vênia, uma imensa contradição. É, sem dúvida, pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos.”

E ainda leciona:

“Há presídios brasileiros onde não existe o RDD, mas presos matam outros, rebeliões são uma atividade constante, fugas ocorrem a todo o momento, a violência sexual não é contida e condenados contraem doenças gravíssimas. Pensamos ser essa situação mais séria e penosa do que o regime disciplinar diferenciado. Obviamente, poder-se-ia argumentar que um erro não justifica outro, mas é fundamental lembrar que o erro essencial provém, primordialmente, do descaso de décadas com o sistema penitenciário, gerando e possibilitando o crescimento do crime organizado dentro dos presídios. Ora, essa situação necessita de controle imediato, sem falsa utopia. Ademais, não há direito absoluto, como vimos defendendo em todos os nossos estudos, razão pela qual a harmonia entre direitos e garantias é fundamental. Se o preso deveria estar inserido em um regime fechado ajustado à lei – e não o possui no plano real –, a sociedade também tem direito à segurança pública. Por isso, o RDD tornou-se uma alternativa viável para conter o avanço da criminalidade incontrolada, constituindo meio adequado para o momento vivido pela sociedade brasileira. Em lugar de combater, idealmente, o regime disciplinar diferenciado, cremos ser mais ajustado defender, por todas as formas possíveis, o fiel cumprimento às leis penais e de execução penal, buscando implementar, na prática, os regimes fechado, semiaberto e aberto, que, em muitos lugares, constituem meras quimeras. O regime disciplinar diferenciado é apenas uma subdivisão do regime fechado, mais rigoroso e exigente. Não se trata, pois, de um quarto regime de cumprimento de pena. Continuamos a ter somente três: fechado, semiaberto e aberto.”

De acordo com a LEP, em seu art. 52, o RDD será aplicável ao preso, provisório ou condenado, que pratica fato previsto como crime doloso e que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas. Os requisitos são cumulativos, não ensejando o RDD a existência isolada de um ou outro. Ademais, também é possível a sua decretação a presos provisórios ou condenados, brasileiros ou estrangeiros, que apresentem alto risco à ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, ou quando existirem fundadas suspeitas de envolvimento ou de participação em organização criminosa.

Por fim, em análise sucinta Nucci nos diz que:

“A lei foi editada justamente para atingir os líderes do crime organizado, mas eles somente podem ser inseridos no RDD uma vez, até o máximo de 360 dias, salvo se cometerem outra falta grave, o que é raro de ocorrer. Os chefes do crime organizado mandam fazer, lideram apenas, mas não “sujam” as mãos, de forma que seus prontuários podem ser exemplares em matéria de bom comportamento. O Estado permanece parcialmente impotente diante do crime organizado infiltrado no sistema penitenciário. Quanto ao limite de um sexto da pena, há dois ângulos de análise:

a) positivo: se a pena é muito longa, o teto de um sexto é razoável (ex.: condenado a 60 anos de reclusão, não poderia ficar mais que 10 anos no RDD); b) negativo: se a pena é curta, o Estado pode ficar impotente em face de determinados sentenciados (ex.: um condenado a 6 anos, embora perigoso e líder de crime organizado, ainda que cometa várias faltas graves, não pode ultrapassar 1 ano no RDD). No geral, temos o seguinte: imaginemos alguém, condenado a 9 anos de reclusão, inserido inicialmente no regime fechado. Dando causa à transferência para o RDD, ficará por um período máximo de 360 dias nesse regime. Após, se novamente cometer falta grave, nos termos do caput do art. 52, não poderá retornar por outros 360 dias, pois ultrapassaria o limite máximo fixado, vale dizer, um sexto do total da sua pena (1 ano e 6 meses). O juiz da execução penal deve atentar para isso e fixar um período menor no RDD, quando da decretação da repetição. Quanto ao recolhimento em cela individual, nunca é demais ressaltar que a inserção em cela individual é direito de todo e qualquer preso (art. 88, caput, LEP). Entretanto, como a realidade desmente a lei, novamente viu-se o legislador obrigado a repetir o óbvio para quem está em cumprimento de pena no regime fechado. Desta vez, no entanto, o Estado (Poder Executivo) tem interesse e, por via de consequência, fornece recursos para a construção de presídios onde o RDD se viabiliza em celas individuais.

Aliás, seria o ápice do desprestígio estatal se o regime disciplinar diferenciado permitisse o mesmo caos de convivência desordenada entre presos, muitos deles lotando celas que deveriam conter um número muito menor de

detentos. Deveria o Poder Público fazer o mesmo em relação a todos os demais condenados em regime fechado. Sem esse investimento, continuar-se-á criticando a pena de prisão, mas nada se faz para cumprir o que já está disposto em lei. A limitação do direito de receber visitas – nem se considere nesse regime, por total incompatibilidade com seus fins, a visita íntima – diz respeito ao maior controle estatal sobre o preso. Duas horas por semana seriam suficientes para que duas pessoas – familiares ou amigos pudessem conviver com o sentenciado inserido no RDD, mesmo assim, tomadas as devidas providências para que não tenham contato pessoal, o que se faz por meio de sala própria. É um sistema rigoroso, mas indispensável, mormente se voltarmos os olhos ao crime organizado, que busca transmitir informações aos seus comandados, muitas vezes situados fora dos presídios. Tratando da saída da cela para trabalho, verifica-se não haver essa possibilidade legal. Entretanto, legislando um pouco, afinal, a legalidade não é o princípio mais respeitado no Brasil, dispõe o Decreto 6.049/2007 que o preso, em regime disciplinar diferenciado, deverá trabalhar.”

O RDD é decretado por decisão judicial, e são necessárias as prévias manifestações do MP e da defesa (STJ, HC 89.935/BA e art. 54, § 2º). Em posicionamento minoritário, a defensoria pública sustenta que a inconstitucionalidade do RDD. Sobre tais aspectos, citamos alguns: O RDD fere a dignidade da pessoa humana, constituindo sanção cruel, desumana e degradante. O RDD não representa a submissão do preso a padecimentos físicos e psíquicos, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo, celas insalubres, escuras ou sem ventilação. O RDD configura sanção desproporcional aos fins da pena. O sistema penitenciário, em nome da ordem e da disciplina, há que se valer de medidas disciplinadoras, e o RDD atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção. O RDD ofende a coisa julgada, representando quarta modalidade de regime de cumprimento de pena.

O RDD configura ainda *bis in idem*, pois além da sanção disciplinar o executado fica sujeito à sanção penal e não representa a submissão do preso a padecimentos físicos e psíquicos, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo, celas insalubres, escuras ou sem ventilação.

Em contraponto o STJ e o Ministério Público, em posicionamento majoritário sustenta que o sistema penitenciário, em nome da ordem e da disciplina, há que se valer de medidas disciplinadoras, e o RDD atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção. RDD não é regime de cumprimento de pena, mas sanção disciplinar cabível na nova relação Estado X Executado. Não se trata de violação do *ne bis in idem*, pois constituem-se em infrações de ordenamentos jurídicos diversos: direito penal e execução penal. O STF não se manifestou, ainda, sobre a constitucionalidade do RDD.

Não obstante o novo significado da ideia de disciplina, o RDD reconfigurou o sistema progressivo de execução da pena. Em sentido contrário da noção de reintegração social gradual que inspirou a LEP, a nova medida disciplinar modula um regime integralmente fechado regido por disposições singulares de cunho inabilitador.

Nucci precisamente adverte:

“Se a essência do sistema progressivo, sob inspiração dos ideais correcionalistas, reside na possibilidade de propiciar ao apenado, desde que observados os requisitos de natureza objetiva e subjetiva, um movimento paulatino de desencarceramento, a medida penal que cria a modalidade de regime carcerário diferenciado segue a direção oposta. A conclusão é possível, se se analisar o objetivo do RDD, é notória: reduzir ao máximo as possibilidades de saída do sistema carcerário alimentando cada vez mais o sistema penal. Se o sistema progressivo da pena, ao menos no aspecto ideal, foi edificado em nome da perspectiva da reabilitação, o sistema que se inaugura com o RDD fixa claramente a noção de inabilitação. Nesse sentido, não há nada mais inabilitador do que a rigorosa submissão às técnicas de deterioração físico-psíquica engendradas pelo modelo previsto no RDD, no qual a cela do isolamento celular assume a nítida feição de sepulcro. A reforma punitiva brasileira, portanto, pode ser retratada neste quadro: longe de projetar mecanismos constitucionais de redução do sofrimento imposto nas prisões, “dobra” a punição com a ressignificação da disciplina e da segurança, obstaculizando formas de minimização dos danos carcerários (progressão de regime). Após reconstruir de forma fragmentária e entrecruzada os paradoxos criminalizadores e punitivos da Lei Penitenciária brasileira, é possível diagnosticar a gradual sobreposição, através dos discursos de emergência, do modelo de hiperpunibilidade do Estado Penal ao romântico

escopo ressocializador presente nas políticas públicas do Estado Social. E se no Brasil o Estado Social é experiência não vivida, distante da realidade das pessoas e presente apenas nos longínquos discursos do(s) poder(es), o incremento da punição tende a ser absolutamente rústico, pautado numa ritualística de distribuição de martírios focalizada na segregação/contenção dos indesejados. A veracidade da tese encontra guarida na progressiva barbarização das normas relativas à execução da pena, sobretudo da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado.

Com a constante maximização do sofrimento das pessoas nos cárceres, as teses acadêmicas pautadas na minimização da programação sancionatória dos poderes (minimalismo, realismo marginal e abolicionismo) aparecem como ideais de uma utopia irrealizável ou de difícil acesso. As novas formas de gestão penal da miséria, caracterizadoras da face terrorífica do controle social na era pós-industrial, indicam que as agências sancionatórias seguem uma pauta programática absolutamente definida na qual o Estado passa a adquirir cada vez mais função policesca. A crítica "antiterror", portanto, se quer ter algum significado, deve inexoravelmente estar enraizada em uma concepção pessimista do poder punitivo (princípio da irregularidade dos poderes), pois apenas desde este local conseguirá, com muito esforço, obter alguns ganhos na minimização das violências (garantismo)."

Após todo um estudo, junção de conceito e opiniões, resta-se comprovado que a utilização do regime disciplinar diferenciado não é uma boa prática de segurança pública e política criminal. Ademais, ficou demonstrado que a imposição desse tipo de sanção disciplinar potencializa os efeitos da prisionização, funcionando como autêntico aparato de violação à integridade física e psíquica do preso. Ressalta-se que a vigência do RDD, conforme salientado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, esbarra nos "direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição Federal e por tratados que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos". Entendem que com a adoção de Estado Democrático, Social e de Direito o preso deixou de se mero objeto, despojado de todos os direitos.

CONCLUSÃO

O direito pátrio consagra ao Estado o direito de punir (*jus puniendi*), consistente no direito de imposição de uma pena ao infrator, quando da ocorrência de uma empreitada criminosa, devidamente apurada em processo judicial, sendo garantido o contraditório e a ampla defesa do delinquente. Verifica-se que no sistema punitivo atual, encontra-se espaço para alimentar ainda mais o estado policalesco e repressivo através de mecanismos legais como a introdução do RDD na Lei de Execução Penal.

Imprescindível é o cumprimento dos princípios norteadores da execução penal, previstos na Lei nº 7.210/84 como instrumentos de dignidade do condenado, visando à legitimidade da pena imposta. Além disso necessária é a reanálise de vários dispositivos da LEP, a exemplo do RDD no tocante à luz dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro bem como aplicabilidade dos Pactos internacionais de Direitos Humanos nas quais o Brasil faz parte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Código Penal Comentado. 14ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Dicionário Jurídico: direito penal. São Paulo: RT, 2013.

Manual de Direito Penal. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Manual de Processo Penal e Execução Penal. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SITES:

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituicao.htm> Acesso em out. 2019.

Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em out. 2019.

AFINAL, PORTAR MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO É CRIME?

**LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO
HENRIQUE DA SILVA JUNIOR:**
Universidade Cândido Mendes

Com o aumento da ânsia pela punibilidade por parte dos atores sociais, sobretudo aqueles de classes mais baixas, os quais detêm maior contato com a “criminalidade comum”, a consequência natural é o direito penal de emergência como “reação” penal a condutas delituosas contemporâneas, causando o surgimento de normas que visam coibir fenômenos criminosos que geram efeitos notáveis no momento em que as normas estão em desenvolvimento.

Pode-se mencionar como exemplo de tal fenômeno penal a promulgação do popularmente denominado “Estatuto do Desarmamento”, alcunha que encontra origem no desejo governamental de desarmar a população, numa estéril tentativa de coibir os crimes cometidos com o emprego de armas de fogo com a retirada destas da população.

Desta forma, além das campanhas do desarmamento, ocorridas por volta dos anos de 2003 e vigentes até a atualidade, os cidadãos que tivessem sob sua posse armas de fogo, poderiam entregá-las aos órgãos governamentais mediante contraprestação.

Além disso, o Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/03, criou também tipos penais que visam coibir a posse e porte ilegal de armas de fogo de uso permitido ou restrito, expostos em seus arts.12 ao 18, passando por condutas de posse de arma de fogo até o comércio ilegal destas, e atribuindo ao SINARM o controle de tais mecanismos de defesa e combate.

Dentre os tipos penais, está o porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, *in verbis*:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido

ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

O ordenamento brasileiro entende como “de uso restrito” as armas que só podem ser utilizadas pelas Forças Armadas, por algumas instituições de segurança, e por pessoas físicas e jurídicas habilitadas pelo SINARM, expostas no Decreto nº3.665/00, em seu Art.16, o qual impõe que serão consideradas de uso restrito os calibres:

“Art. 16. São de uso restrito:

(...)

III - armas de fogo curtas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a (trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .357 Magnum, 9 Luger, .38 Super Auto, .40 S&W, .44 SPL, .44 Magnum, .45 Colt e .45 Auto;

IV - armas de fogo longas raiadas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a mil libras-pé ou mil trezentos e cinquenta e cinco Joules e suas munições, como por exemplo, .22-250, .223 Remington, .243 Winchester, .270 Winchester, 7 Mauser, .30-06, .308 Winchester, 7,62 x 39, .357 Magnum, .375 Winchester e .44 Magnum;

(...)”

Desta forma, da leitura dos dispositivos legais retro mencionados conclui-se que a lei em comento não pune somente o porte da arma de fogo, mas também o porte de munições e demais acessórios sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Portanto, poder-se-ia concluir que o simples fato de portar algumas munições de pistola calibre .45 causaria um contexto fático adequado para que o agente tivesse contra si imputada a prática do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, o qual, de acordo com a nova normativa da lei 8.072/90, é considerado crime hediondo, merecendo maior reprovação e maior rigor judiciário

quanto a progressão de regime e demais institutos processuais e executórios da pena.

Ante o mencionado exemplo, o STF havia decidido, em 2017, no HC nº 143.449, que o porte de munição de uso permitido, desacompanhada de arma de fogo, e em pequena quantidade, merece o reconhecimento da atipicidade material, ou bagatela, pois não se vislumbra nesta hipótese uma situação em que se coloca em risco o “corpo social”. Segue ementa da decisão:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL.ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/2003). POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ATIPICIDADE DOS FATOS. RECURSO PROVIDO.

I – Recorrente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso permitido, calibre 22.

II – Conduta formalmente típica, nos termos do art. 12 da Lei 10.826/2003.

III – Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos.

IV – Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal em relação ao delito descrito no art. 12 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento)”

Adiante, no mesmo ano, em data próxima, a Corte Suprema teve a oportunidade de ser levada a sua apreciação, no HC nº 149.450, a conduta de agente que detinha sob sua posse munição de fuzil, considerada de uso restrito, adotando igualmente a tese da atipicidade material, ante a baixa lesividade da conduta, visto que a munição estava desacompanhada de arma de fogo compatível com a sua utilização.

Logo, ressaltou a Corte que a munição não se tratava nem se quer de um material real, mas tão somente uma munição de festim, não dando causa a instauração de um estado de perigo relevante, apesar dos crimes em comento constituírem-se em tipos de perigo abstrato, isto é, independem da configuração de um perigo concreto, efetivo e real ao “corpo social”.

Segue ementa do acórdão:

“Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003). Posse de munição de uso restrito (art. 16) desacompanhada de arma de fogo compatível com a sua utilização (fuzil). Constatação pericial de que referida munição constituía simples festim. Princípio da ofensividade Direito Penal. “Nullum crimen sine injuria”. O debate em torno dos crimes de perigo abstrato. Doutrina. Comportamento do agente que não caracterizou, no caso, situação de perigo concreto. Fundamento suficiente para a concessão da ordem de “habeas corpus”. Existência, no entanto, de entendimento desta Corte diverso em tema de crimes de perigo abstrato. Princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal. Incidência, na espécie, do postulado da insignificância, que se qualifica como causa supra legal de exclusão da tipicidade penal em sua dimensão material. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, inclusive em matéria concernente ao Estatuto do Desarmamento. “Habeas corpus” não conhecido. Ordem concedida “ex officio”. Consequente absolvição penal do paciente (CPP, art. 386, III).”

Apesar do óbvio, imperioso se faz ressaltar que, tendo em vista o caráter muitas das vezes subjetivo dos agentes operadores do direito, determinadas situações, apesar de materialmente irrelevantes, poderão ocasionar motivos determinantes suficientes para interpretações tendentes à tipificação dos crimes aqui discutidos.

É o caso, por exemplo, do agente que é encontrado dentro de uma residência em localidade dominada por facções criminosas, com cômodo repleto de munições de armas de fogo de uso restrito como pistolas e fuzis, apesar de desacompanhadas das armas de fogo equivalentes ao seu uso.

Referida conjuntura poderia afastar, com razoável grau de certeza, a aplicação do princípio da insignificância ou atipicidade material, eis que resulta na concessão de grande margem para o entendimento de que o agente estaria praticando condutas diversas do simples porte de munição, como o comércio ilegal destas.

Ante todo o exposto, logramos concluir que o porte ou posse de munição, entendido este como "*intramuros*" (dentro da residência do agente ou de seu local de trabalho) e aquele como "*extramuros*" (fora de sua residência ou de seu local de trabalho), por si só e fora de um contexto fático apto a configurar um risco de perigo de dano, ainda que não concreto, não tipifica os delitos de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso permitido ou restrito.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE EMPRESARIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

LAURA AYUB SALVATORI:

Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Servidora do Ministério Público Federal.

Resumo: O objetivo da presente pesquisa cinge-se a promover uma abordagem jurídica sobre as premissas, fundamentos, reflexos e consequências práticas do dever constitucional de cumprimento da função social da propriedade por aqueles que exploram atividade econômica. Para o enfrentamento do problema, adota-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, partindo-se da análise dos conceitos e das estruturas da função social da propriedade e, em momento posterior, da função social da propriedade empresarial, à luz do texto constitucional, para avaliar de que forma esse instituto está disciplinado e materializado na *praxis*.

Palavras-chave: Função social. Propriedade empresarial. Direito constitucional.

Sumário: 1. Introdução; 2. Função social da propriedade empresarial; 2.1. Histórico constitucional do direito de propriedade; 2.2. Direito de propriedade enquanto direito fundamental; 2.3. Função social da propriedade; 2.4. Função social da empresa; 3. Conclusões; 4. Referências.

1. Introdução

A função social da propriedade está prevista no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal (CF), que impõe um dever à propriedade: o cumprimento de sua função social. Mais especificamente, a função social da empresa está prevista no art. 170, III, da CF e diz respeito à própria estrutura do direito de propriedade. Trata-se de um conceito jurídico com termos indeterminados, que visa manter certa flexibilidade e adaptabilidade de acordo com o caso concreto.

Esse tema sempre foi tratado, desde o seu surgimento, como uma resposta ao modelo econômico capitalista, tanto que está presente no Título VII da CF, dedicado à regulação da ordem econômica e financeira.

A expressão “função social” surge na Constituição Mexicana de 1917, conquistando maior repercussão com a Constituição de Weimar, dois diplomas constitucionais conhecidos por marcar e inaugurar o fenômeno do constitucionalismo social. A expressão consagrou-se, pois, como um elemento na disputa retórica entre o capitalismo e o socialismo. Por conta disso, todos os outros institutos que ensejam esta funcionalização, em atenção aos interesses sociais, guardam-na em sua estrutura.

Ao mesmo tempo em que a propriedade é regulamentada como direito individual fundamental, sobre ela recai o interesse público em sua utilização e seu aproveitamento adequado.

Nos dizeres de Renan Lotufo, “[o] reconhecimento constitucional da propriedade como direito humano liga-se à sua função de proteção pessoal, com o que nem toda propriedade privada há de ser considerada direito fundamental e como tal protegida”.¹¹

O campo das relações externas das sociedades foi otimizado e ampliado pelo fenômeno da funcionalização dos direitos, que tem relações estreitas com a constitucionalização do Direito Privado, decorrente de uma crescente preocupação, ao longo do século XX, de tutelar interesses sociais, econômicos e coletivos. Decisões empresariais, sejam em relação ao início, à continuidade ou ao fim da atividade, não só são relevantes para o presente, como também para o futuro¹²; questiona-se, portanto, decisões baseadas tão somente na lógica lucrativa.

A noção de função social impõe à empresa deveres positivos, que regulam a sua atuação na comunidade¹³, porquanto sobre ela recai uma hipoteca social – a responsabilidade social não é somente do Estado, mas também dos particulares.

Nessa direção, as decisões empresariais devem levar em conta os princípios constitucionais do nosso ordenamento jurídico, quais sejam boa-fé, proteção ao meio ambiente, tutela do trabalhador, defesa do consumidor, etc. Dessa forma, há uma inter-relação entre o interesse empresarial e o social, em razão da potencialidade lesiva que a atividade econômica pode adquirir.

A função social torna-se o princípio norteador da regulação externa dos interesses envolvidos pela grande empresa. Assim, na tomada de decisões negociais ou estratégicas, devem-se considerar os valores éticos e o respeito às pessoas e à sociedade, por conta da responsabilidade social que a função social impõe à empresa enquanto centro de influência e poder.

Nesse sentido, de acordo com a função social da empresa, a propriedade empresarial deve cumprir uma série de deveres constitucionais impostos para compatibilizar a atividade econômica privada lucrativa e o interesse dos trabalhadores, consumidores e da sociedade em geral.

2. Função social da propriedade empresarial

2.1. Histórico constitucional do direito de propriedade

A Constituição Imperial de 1824 arrolava, no seu art. 179, a propriedade como direito individual, de caráter absoluto, sendo somente flexibilizado nos casos de

desapropriação, cujo requisito essencial era a indenização em dinheiro. Tal regramento foi conservado na Constituição Republicana de 1891.^[4]

Entretanto, a Constituição de 1934 representou verdadeiro avanço no campo da regulação dos direitos privados, pois dispôs, em seu art. 113, § 17º, que “o direito de propriedade não poderá ser exercido de forma contrária ao interesse social ou coletivo”.^[5]

De outro lado, a Carta de 1937 representou um retrocesso na disciplina constitucional da propriedade, visto que, embora tenha reconhecido o seu caráter não absoluto, não vedou o exercício do direito de forma contrária aos interesses sociais e coletivos.^[6]

Em sequência, a Constituição de 1946, marcada por relevante cunho social, garantiu o direito de propriedade como direito inviolável, à exceção dos casos de desapropriação, condicionando-o ao bem-estar social, de forma a promover a distribuição de propriedades, nos termos do seu art. 147.^[7] Foi a primeira vez, na história do constitucionalismo brasileiro, que houve expressa manifestação de preocupação com a função social^[8] da propriedade, evidenciando a nova fase de legislação intervencionista e socialização do direito civil que se anunciava.^[9] Nessa direção, afirma Marcos Alberto Sant’Anna Bitelli:

Com o revolver do país à primavera da democracia, a Constituição de 1946 é meticulosa e analítica na definição da função social e, embora garantindo o direito de propriedade no art. 146, § 16, no art. 147 ressalva que: “ O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A Lei poderá, com observância no disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.^[10]

Durante o governo militar, foi promulgada a Carta de 1967, posteriormente modificada pela Emenda Constitucional de 1969, empregando-se expressamente “o termo função social para dispor acerca da necessária coexistência entre os interesses do proprietário e da sociedade, o que era disposto nos arts. 157, III e 160, III”.^[11]

Apesar desses pequenos avanços que ocorriam no plano constitucional, o direito civil continuava, ao longo do século XX, marcado pelo individualismo e patrimonialismo. O ordenamento jurídico brasileiro tinha como enfoque o patrimônio, característica que refletia na legislação^[12], a exemplo do Código Civil de 1916, comumente denominado de patrimonialista. Tal fenômeno decorreria da influência das relações civis na atividade jurídica, na medida em que elas têm forte cunho patrimonial, “bastando recordar que seus principais institutos são a propriedade e o contrato (modo de circulação da propriedade)”^[13].

Assim, o valor essencial da codificação civil anterior era a propriedade, entorno da qual orbitavam os demais interesses juridicamente tutelados.^[14] Todavia, com o desenvolvimento socioeconômico que ocorre, em ritmo galopante, em diversos países, houve a necessidade de mudar a forma como se enxergava e regulava a propriedade, pois a industrialização e o crescimento do trabalho assalariado fez que crescessem demandas de proteção do emprego e seguridade social^[15].

A antiga visão plasmada no Código Civil de 1916 tornou-se insustentável, pois a complexidade das relações sociais na atualidade não é compatível com o modo absoluto e individualista da propriedade, “de modo que o proprietário não mais pode se utilizar de seu bem de maneira a preterir o bem coletivo”^[16].

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma verdadeira mudança de paradigma^[17], pois trazia no seu texto disposições sobre direitos tipicamente civis, anteriormente tidos como absolutos, limitando seu exercício e impondo deveres ao seu titular. Esse fenômeno é chamado pela doutrina como fase da “constitucionalização do direito civil”, marcando a sinergia entre o direito constitucional e o direito civil.

Nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso,

[a] fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa atuar como o filtro pelo qual se deve ler o direito em geral. É nesse ambiente que se dá a virada axiológica do direito civil, tanto pela vinda de normas de direito civil para a Constituição como, sobretudo, pela ida da Constituição para a interpretação do direito civil, impondo um novo conjunto de valores e princípios, que incluem: (i) a função social da propriedade e do contrato; (ii) a proteção do consumidor, com o reconhecimento de sua vulnerabilidade; (iii) a igualdade entre os cônjuges; (iv) a igualdade entre os filhos; (v) a boa-fé objetiva; (vi) o equilíbrio contratual.^[18]

A incorporação, no texto constitucional, de institutos tradicionalmente civis – sendo o principal deles a propriedade – implica a suspensão da “atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo”^[19]. Ainda, ressalta-se que a constitucionalização do direito civil necessariamente acarreta a criação de “centros de interesses extraproprietários”^[20], entorno dos quais orbitará o direito de propriedade.

O tema da função social da propriedade está disposto, na CF de 1988, em dois pontos distintos do texto – no capítulo dos direitos e deveres fundamentais e no

título da ordem econômica e financeira – definindo os contornos da propriedade e direcionando as políticas públicas.^[21]

O art. 5º da CF garante, no inciso XXIII, prevê que “a propriedade atenderá a sua função social”. No inciso subsequente, regula a desapropriação por interesse social ou necessidade/utilidade pública. De outro lado, no art. 170, o constituinte previu, como um dos princípios norteadores da ordem econômica, a função social da propriedade, como forma de equilibrar o direito à livre iniciativa, na medida em que o desenvolvimento e crescimento econômicos devem ser buscados em atenção à valorização do trabalho humano, à tutela do consumidor, à redução das desigualdades, à defesa do meio ambiente e à função social da propriedade.

Nesse sentido, conclui Bitelli:

Resta evidente que a função social da propriedade, que está erigida na Constituição, tem relevo quando considerada em seu dinamismo e poder desta em se enquadrar como meio de produção. As garantias e limitações civilistas ao direito de propriedade tanto bastam para tutelar os aspectos individuais de proprietário para proprietário e para terceiros, na fase estática. A interferência que publicizou a propriedade teve em conta o aspecto econômico que gera reflexos no social, e visa primordialmente a propriedade na fase dinâmica e de bens de produção.^[22]

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 condicionou o exercício do direito de propriedade à garantia do bem-estar social, que deve ser efetivada pelo agente público e pelos particulares. Quanto às atividades econômicas privadas, em razão do poder político e financeiro que as grandes empresas exercem no mercado, devem atender à função social em razão da responsabilidade social que recai sobre elas.^[23]

2.2. Direito de propriedade enquanto direito fundamental

Conforme apontado anteriormente, “[o] mais privado dos direitos, o direito civil, está inserido essencialmente na Constituição de 1988 (atividade negocial, família, sucessões, propriedade)”^[24]. Para Paulo Luiz Netto Lôbo, a propriedade constitui o grande foco de tensão ideológica, o que reflete no texto constitucional, pois, ao mesmo tempo em que a propriedade é uma garantia privada, também deve atender a uma dimensão coletiva e social.^[25]

Além das previsões dos arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CF, em pelo menos mais dois dispositivos^[26] também haveria a determinação constitucional de cumprimento da função social, quais sejam, os arts. 182 e 186 da CF.

O art. 182 dispõe que a política de desenvolvimento urbano deve “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de

seus habitantes”, em atenção à função social da propriedade urbana, que deve atender às exigências do plano diretor da cidade. De outro lado, o art. 186 prevê os requisitos necessários para o atendimento da função social da propriedade rural.

Assim, na medida em que a própria Constituição condiciona o exercício do direito de propriedade ao atendimento da função social, limitando-o, conclui-se que não é um direito absoluto, oponível a todos.^[27]

Nesse sentido, trata-se de uma restrição constitucional a um direito fundamental. Apesar de a propriedade ser um direito fundamental, a ela se impõe o cumprimento de deveres fundamentais, à luz da determinação constitucional de que ela “atenderá a sua função social”. Nesse sentido, Renan Lotufo entende que, apesar de a propriedade não ter a natureza de um direito humano, ela está sujeita aos direitos humanos alheios, que seriam o lado passivo do direito de propriedade.^[28] Impõe-se ao proprietário um parâmetro de comportamento em relação à coletividade, pois o exercício de um direito individual não pode afetar os direitos de terceiros ou bens sociais e coletivos.

Acerca do encargo de efetivação dos direitos humanos por meio da função social da propriedade, leciona Paulo Baptista Caruso MacDonald:

O sentido da propriedade é o cumprimento de suas funções sociais, e estas devem ser definidas com vistas à efetivação do bem comum da comunidade, cujo conteúdo é expresso por uma concepção de direitos humanos. A propriedade que não representa esse papel social não merece a tutela do sistema jurídico.^[29]

Um dos primeiros doutrinadores a tratar da função social foi Duguit, quem, já no início do século XX, defendia que a propriedade deveria ser limitada pela função social. Para ele, o direito do proprietário deveria ser visto “como justo e concomitantemente limitado pela missão social que lhe incumbe em virtude da situação particular em que se encontra”^[30]. Deve haver, portanto, uma “harmonização entre o interesse individual e o coletivo”^[31].

A função social, portanto, não é algo que é externo à propriedade, mas compõe a sua estrutura jurídica.^[32] Nessa direção, a propriedade possui algo de absoluto e sagrado – a sua função social –, que representa, pois, seu perfil constitucional.^[33] A propriedade, apesar de não ser mais um direito absoluto, tem algo de absoluto, porquanto os ordenamentos constitucional e infraconstitucional atribuem a ela uma hipoteca social.^[34] Conforme os ensinamentos de Domingos Sávio Dresch,

Temos que a melhor concepção é aquela que afirma ser a função social elemento constitutivo do conceito jurídico de

propriedade. Importa dizer que a função social não é um elemento externo, um mero adereço do direito de propriedade, mas elemento interno, sem o qual não se perfectibiliza o suporte fático do direito de propriedade.^[351]

Assim, em caso de descumprimento do dever imposto, qual seja, o cumprimento da função social (como propriedade urbana habitável, propriedade rural produtiva), não há mais a garantia plena da propriedade; nesses casos, a sanção mais grave é a perda da propriedade; a mais branda, o não exercício de alguns direitos.^[361] Exemplificativamente, pode-se mencionar que “quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato (Código Civil, art. 502) e as ações possessórias”^[371]. Logo, a propriedade que não atende à função social não deve ser tutelada pelo Direito.^[381]

2.3. Função social da propriedade

Conforme anteriormente mencionado, apesar das diversas menções, no texto constitucional, à função social, ela está prevista de forma essencial, como dever fundamental do proprietário, no art. 5º, XXIII, da CF. Trata-se de conceito jurídico de termos indeterminados, cujo conteúdo será especificado pela doutrina e jurisprudência, de forma a manter certa flexibilidade e adaptabilidade ao caso concreto, e pela própria Constituição e leis esparsas que disciplinam a função social, dando densidade ao conceito.

Consequentemente, não é possível fornecer um conceito único e preciso da função social da propriedade, mas se pode tentar esboçá-lo. Primeiramente, pode-se afirmar que não existe uma única função social, mas sim várias espécies funções sociais, vez que o constituinte a conjuga com diferentes tipos de propriedade: urbana (art. 182 da CF), rural (art. 186 da CF), empresarial (art. 170, III, da CF), cultural (art. 231 da CF e art. 68 do ADCT), industrial (art. 5º, XXIX, da CF), etc. Logo, a função social apresenta uma multiplicidade de significações a depender do tipo de propriedade ao qual se vincula, e o seu conteúdo será especificado pela respectiva legislação constitucional ou infraconstitucional.

Ainda, a função social representa a necessidade de preservação do aspecto humano^[391] no exercício dos direitos privados, pois o proprietário faz parte de uma comunidade e tem obrigações sociais perante ela. Tal assertiva é facilmente extraída do art. 170 da CF, que enfatiza a valorização do trabalho humano, a existência digna, a justiça social, a defesa do meio ambiente, etc.^[401]

Por conseguinte, também se conclui que o direito de propriedade é um direito-meio, e não um direito-fim, ou seja, é um instrumento de realização de direitos e garantias fundamentais.

À luz do ponto de vista de liberdade individual, mesmo quando ainda não havia o processo de constitucionalização do direito civil, a propriedade já era protegida constitucionalmente, com duplo viés: de direito subjetivo e de instituto jurídico.^[41] Enquanto instituto jurídico, a propriedade privada representou o elo entre duas esferas até então incomunicáveis – o Estado e a sociedade civil. Exemplificativamente, menciona-se que, na Constituição de 1946, o art. 147 condicionava a propriedade ao bem-estar social.

Ainda, faz-se necessário apontar que a expressão propriedade deve ser compreendida em sua forma mais ampla^[42], “encarando-a como uma riqueza que se destina à produção de bens, para satisfação das necessidades sociais do seu proprietário, de sua família e da comunidade envolvente, em oposição frontal ao arcaico conceito civilista de propriedade”^[43]. Dessa forma, promove-se uma tutela mais efetiva da coletividade e dos bens comuns ameaçados pelo uso abusivo da propriedade, potencializando a efetividade da imposição de cumprimento da função social da propriedade.

Dentro do regime jurídico da propriedade, o único elemento do seu suporte fático com base constitucional é a função social; os demais estão em leis infraconstitucionais. Disso decorre a conclusão de que a função social é o único elemento absoluto do conceito jurídico de propriedade.^[44]

Ao mesmo tempo em que a propriedade é regulamentada como direito individual fundamental, sobre ela recai o interesse público em sua utilização e seu aproveitamento adequado. Logo, conjuga-se o dever de não exercer seu direito em prejuízo alheio e o de utilizá-lo em favor da coletividade, ou, nas palavras de Clarissa Ferreira Macedo D’Isep, trata-se de “característica atribuída com o fito de ver conciliado o interesse individual e social, relativizando, assim, o conceito de propriedade em prol do bem comum”^[45].

A função social, dessa forma, não serve de simples diretriz para o legislador no regramento da propriedade, mas também na fixação de parâmetros de comportamento dos proprietários em relação à sociedade.^[46]

Portanto, a função social da propriedade versa sobre deveres do cidadão, enquanto proprietário, para com a comunidade. Em caso de descumprimento da sua função social, não deve receber a mesma tutela jurídica que uma propriedade que cumpre com seus deveres constitucionais. A propriedade que atende ao seu elemento intrínseco (função social) receberá tutela constitucional; a que não atende, será considerada uma “impropriedade”, pois lhe falta o principal elemento caracterizador do instituto^[47].

2.4. Função social da empresa

O princípio da função social da empresa^[48] visa proteger e promover a tutela do meio ambiente^[49], dos trabalhadores, dos consumidores e da coletividade como

um todo no exercício da atividade econômico-industrial.^[50] Nessa direção, valem os ensinamentos de Jorge Lobo:

O princípio da função social da empresa se dirige, em primeiro lugar, aos administradores das empresas, sobretudo das megacompanhias industriais, orientando-os a atentarem para as questões ambientais [...].

Pregam ainda que os objetivos das companhias não se limitam a maximizar os lucros e os ganhos de capital dos acionistas, já que elas devem zelar por seus empregados e pela comunidade onde atuam (Blair), bem como que as companhias, no curso de seus negócios, devem devotar uma parte considerável de seus recursos ao bem-estar público e a propósitos humanitários, educacionais e filantrópicos (Mitchell, Cunningham e Solomon).^[51]

José Waldecy Lucena destaca que “[a] função social da empresa, oportuno rememorar, foi concebida a partir da função social da propriedade, que goza de status constitucional (no Brasil, atualmente, art. 170, III, da C.F.)”^[52]. O autor ainda adverte que, apesar de os estudos sobre a função social empresarial sempre terem se voltado às grandes companhias, é inegável que as pequenas e médias empresas^[53] também formam um núcleo de interesses (de consumidores, trabalhadores, fornecedores), que se relacionado com a função social.^[54]

Visando delimitar o conteúdo da função social da empresa, Rachel Sztajn ilustra-a da seguinte maneira:

Prevista na Lei 6.404/76, a idéia reaparece na CF quando trata da propriedade. E, de alguma forma, está subjacente no Capítulo da Ordem Econômica. Função social da empresa, entendo, não significa apenas produzir, gerar empregos, pagar as dívidas, distribuir os resultados aos acionistas ao final de cada exercício social. Função social da empresa é também produzir com eficiência produtos de qualidade. É respeitar o meio ambiente, evitando a emissão de poluentes, tratando os efluentes antes de lançá-los no solo, nas águas ou no ar.

É investir em cultura, promovendo espetáculos artísticos, patrocinando exposições de arte, investir no aperfeiçoamento dos seus empregados, no mínimo neles e, sempre que possível, fazer investimentos que beneficiem a comunidade em que atua.^[55]

A função social impõe à empresa deveres positivos, em vista da sua atuação na comunidade^[56]. Pode-se falar, portanto, numa verdadeira hipoteca social, pois a

responsabilidade social não é somente do Estado, mas também dos particulares^[57]. Apesar de a Constituição Federal incentivar o desenvolvimento econômico pátrio, o fator social e coletivo não pode servir de mero instrumento à otimização dos lucros, sob pena de afronta aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Busca-se, portanto, o equilíbrio entre o direito à propriedade e a efetivação do fim social da atividade econômica.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a Constituição prevê a livre iniciativa, a autonomia privada e o desenvolvimento econômico, também impõe a tutela ao meio ambiente, aos trabalhadores e aos consumidores, de forma a equilibrar o aspecto econômico com o social.^[58] Os fatores humano e ambiental são, portanto, indissociáveis do aspecto econômico, em razão do mercado de consumo globalizado e das externalidades produzidas pela atividade industrial.

Por conta disso, afirma-se que a função social da propriedade empresarial representa “o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos”^[59].

Da função social da propriedade empresarial decorre sua responsabilidade social – que será melhor abordada no próximo capítulo do trabalho –, segundo a qual as decisões empresariais devem ser tomadas levando em conta “os valores éticos, o respeito às pessoas, à comunidade, o cumprimento das normas legais, o cuidado com o meio ambiente”^[60].

3. Conclusões

Na CF de 1988, a função social da propriedade está prevista no capítulo dos direitos e deveres fundamentais e no título da ordem econômica e financeira, definindo os contornos da propriedade e direcionando as políticas públicas. Assim, o direito de propriedade, apesar de ser um direito fundamental, deixa de ser absoluto e passa a estar condicionado pelo cumprimento da função social, criando centros de interesses extraproprietários.

A função social da propriedade impõe, ao proprietário, um parâmetro de comportamento em relação à coletividade, pois o exercício de um direito individual não pode afetar bens sociais e coletivos, integrando o próprio conceito de propriedade. Esta somente receberá tutela constitucional se atender à função social; caso contrário, será considerada uma “impropriedade”, pois falta, em sua estrutura, o principal elemento caracterizador do instituto.

Trata-se, pois, de um verdadeiro mandamento constitucional, tornando o direito de propriedade um direito-meio, e não um direito fim, ou seja, um instrumento de realização de direitos e garantias fundamentais. Nessa direção,

a propriedade possui algo de absoluto e sagrado – a sua função social –, que representa, pois, seu perfil constitucional.

A função social da empresa está contemplada, no art. 170 da CF, como um dos princípios norteadores da ordem econômica, sendo uma das formas de equilibrar o direito à livre iniciativa, na medida em que o desenvolvimento e crescimento econômicos devem ser buscados em atenção à valorização do trabalho humano, à tutela do consumidor, à redução das desigualdades, à defesa do meio ambiente e à função social da propriedade.

O constituinte de 1988, ao impor o cumprimento de deveres sociais, por meio da função social, às empresas, visou garantir o respeito e a qualidade de vida para todos, o que exige ação conjunta e harmônica do Poder Público e dos particulares.

Em síntese, a função social da propriedade empresarial representa o poder-dever de quem exerce atividade econômico-empresarial de conciliar os interesses privados da empresa com os interesses da sociedade. Isso decorre do fato de que a empresa é a célula básica da ordem econômica, constituindo polo de poder e influência nas regiões em que atua; logo, possui responsabilidade para com os grupos a ela relacionados, como consumidores, trabalhadores e bens ambientais, vez que os explora para obter lucro.

Entretanto, ressalta-se que a função social não visa tornar a sociedade numa entidade filantrópica, mas constitui verdadeiro requisito ao exercício da atividade empresária. Sob esta perspectiva, a empresa deixa de ser vista como mecanismo privado voltado à obtenção de lucro e passa a ser contextualizada no âmbito social, porquanto o exercício de atividade empresarial não pode justificar o descumprimento dos preceitos constitucionais que visam equilibrar os valores de desenvolvimento econômico com os direitos sociais e coletivos.

4. Referências

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Novos problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. Da função social para a responsabilidade da empresa. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo *et al.* (coord.). *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves de. *O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Conferência proferida no 1º Congresso de Direitos Humanos, Brasília-DF, 1997.

_____. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 85, n. 732, out. 1996, p. 41-46.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISO 14000*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DOMINGUES, Dinizar. Função social da empresa. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOBO, Jorge. Direito Empresarial. *Revista Jurídica Consulex*, a. 10, n. 228, jul. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LOTUFO, Renan. A função social da propriedade na jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito Civil Contemporâneo (novos problemas à luz da legalidade constitucional)*. São Paulo: Atlas, 2008.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas – comentários à lei*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v. 3.

MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. Propriedade e direitos humanos: os limites do individualismo possessivo. *Revista da AJURIS*, v. 33, n. 101.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil – alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINTO JÚNIOR; Joaquim Modesto; FARIAS, Valdez Adriani. *Função social da propriedade – dimensões ambiental e trabalhista*. Brasília: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2005.

PRADO, José Adelino Moraes de Almeida. A função social da propriedade em face da constituição federal de 1988. In: GOUVEIA, Carlos Marcelo *et al* (coord.). *Atual panorama da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da; XAVIER, Flávio Sant'Anna (orgs.). *O direito agrário em debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 11-25, 1998.

SZTAJN, Rachel. A responsabilidade social das companhias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, a. 37, n. 114, p. 34-50, abri./jun. 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, a. 92, v. 810, abr. 2013.

NOTAS:

[11] LOTUFO, Renan. A função social da propriedade na jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito Civil Contemporâneo (novos problemas à luz da legalidade constitucional)*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 340.

[12] SZTAJN, Rachel. A responsabilidade social das companhias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, a. 37, n. 114, p. 34-50, abri./jun. 1999, p. 38.

[13] LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas – comentários à lei*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v. 3, p. 142.

[14] PRADO, José Adelino Moraes de Almeida. A função social da propriedade em face da constituição federal de 1988. In: GOUVEIA, Carlos Marcelo et al (coord.). *Atual panorama da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35-36.

[15] BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. Da função social para a responsabilidade da empresa. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo et al. (coord.). *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 244.

[16] PRADO, José Adelino Moraes de Almeida. Op. cit., p. 36.

[17] Ibidem.

[18] Para Eduardo Tomasevicius Filho, "o conceito de função social teria sido formulado pela primeira vez por São Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar" (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Função social da empresa*. *Revista dos Tribunais*, a. 92, v. 810, abr. 2013, p. 34).

[19] TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 306.

[101] BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. Op. cit., p. 244.

[111] PRADO, José Adelino Moraes de Almeida. Op. cit., p. 36.

[121] Conforme aponta Luís Roberto Barroso, pode-se apontar três fases distintas da relação entre o direito civil e o direito constitucional, quais sejam: 1ª) "mundos apartados": a Constituição possuía âmbito muito limitado, cingindo-se à atuação do poder público, enquanto que o Código Civil regulava o ideal burguês de propriedade e contratos; 2ª) Publicização do direito privado: ainda que o Código Civil regulasse a propriedade como garantidora dos demais direitos, em nome da solidariedade social, o Estado começou a intervir nas relações privadas, introduzindo as normas de ordem pública; 3ª) constitucionalização do direito civil: a Constituição passa a regular institutos tipicamente civis em alguns aspectos,

atribuindo-lhes um conjunto de valores e princípios (BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Novos problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 257-258).

[13] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 103.

[14] *Ibidem*.

[15] COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Conferência proferida no 1º Congresso de Direitos Humanos, Brasília-DF, 1997.

[16] PRADO, José Adelino Moraes de Almeida. Op. cit., p. 28. Ainda, o autor afirma que “[a]s noções liberais da propriedade, as quais atendiam aos anseios da sociedade burguesa, vitoriosa nas Revoluções Liberais, não conseguem mais sobreviver aos ideais sociais do século XXI, podendo ser observado neste estudo como evoluiu o direito de propriedade e sua função, a qual nos primórdios tinha caráter irrestrito e, com os anos, veio a obter um caráter mais social”.

[17] “A ‘constitucionalização do Direito Civil’, é, na verdade, “quebra do paradigma” da propriedade individualista para um novo patamar de sublimação do destinatário maior em que todo esforço humano repousa, qual seja, o próprio homem” (DOMINGUES, Dinizar. *Função social da empresa*. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 80).

[18] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 258.

[19] TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 317.

[20] *Ibidem*.

[21] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 126.

[22] BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. Op. cit., p. 251.

[23] SZTAJN, Rachel. Op. cit., p. 35.

[24] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 101.

[25] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 106.

[26] “Duas conseqüências lógicas, segundo me parece, devem ser extraídas desses dispositivos constitucionais. Em primeiro lugar, o reconhecimento de que essas sanções pelo descumprimento da função social da propriedade não são mera possibilidade, mas autêntico dever imposto ao Estado, sob pena de inconstitucionalidade por omissão administrativa. Em segundo lugar, o reconhecimento, também óbvio, de que a expropriação pelo descumprimento da função social, por força de seu caráter punitivo, não está sujeita às restrições determinadas no art. 5º, XXIV da Constituição: a indenização não precisa ter a

mesma amplitude e as mesmas garantias de que é devida quando não há nenhuma disfunção no uso da propriedade” (COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 85, n. 732, out. 1996, p. 41-46, p. 43).

[27] *Ibidem*.

[28] LOTUFO, Renan. Op. cit, p. 342.

[29] MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. Propriedade e direitos humanos: os limites do individualismo possessivo. *Revista da AJURIS*, v. 33, n. 101, p. 400.

[30] DUGUIT, León. Fundamentos do direito, p. 29 apud CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves de. *O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 101.

[31] *Ibidem*, p. 102.

[32] LOTUFO, Renan. Op. cit, p. 344.

[33] SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da; XAVIER, Flávio Sant'Anna (orgs.). *O direito agrário em debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 11-25, 1998, p. 13.

[34] PINTO JÚNIOR; Joaquim Modesto; FARIAS, Valdez Adriani. *Função social da propriedade – dimensões ambiental e trabalhista*. Brasília: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2005, p. 12.

[35] SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Op. cit., p. 13.

[36] LOTUFO, Renan. Op. cit., p. 350.

[37] COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., 1997.

[38] TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., 2004, p. 319.

[39] “No processo de efetivação dos direitos humanos, a cada proprietário é dado o encargo de cumprir com a função social de sua propriedade. A função social deve ter o conteúdo definido pelo aproveitamento que o proprietário tem do potencial de promoção de direitos de sua propriedade e pela demanda existente por esses direitos na sociedade” (MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. Op. cit., p. 401).

[40] SZTAJN, Rachel. Op. cit., p. 42-43.

[41] LOTUFO, Renan. Op. cit., p. 338.

[42] “Observe-se, antes de mais nada, que o conceito constitucional de propriedade é bem mais amplo que o tradicional do direito civil. Segundo o consenso geral da melhor doutrina, incluem-se na proteção constitucional da propriedade bens patrimoniais sobre os quais o titular não exerce nenhum direito real, no preciso sentido técnico do termo, como as pensões devidas pelo Estado, ou as contas bancárias de depósito. Em conseqüência, também o poder de controle empresarial, o qual não pode ser qualificado como um *ius in re*, há de ser incluído na abrangência do conceito constitucional de propriedade” (COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., 1996, p. 43-44).

[43] CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves de. Op. cit., p. 103.

^[44] Nesse sentido: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Op. cit., p. 13.

^[45] D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISO 14000*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 120.

^[46] LOTUFO, Renan. Op. cit., 2008, p. 343.

^[47] “A ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 229).

^[48] Calha referir à advertência de Caio Mário da Silva Pereira: “A noção de propriedade empresarial não foge ao conceito genérico de “empresa”. Ao revés, há que se sujeitar às suas linhas estruturais” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil – alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 74). Assim, observa-se que “função social da empresa” e “função da propriedade empresarial” são sinônimos.

^[49] “O direito de propriedade deve ser compatível com a preservação do meio ambiente, que foi elevado a macrolimite constitucional insuperável (artigo 225 da Constituição), no sentido da construção in fieri do desenvolvimento ecologicamente sustentável. O meio ambiente é bem de uso comum do povo e prevalece sobre qualquer direito individual de propriedade, não podendo ser afastado até mesmo quando se deparar com exigências de desenvolvimento econômico (salvo quando, ecologicamente sustentável). É oponível a todos exigível por todos” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 106).

^[50] “A empresa exerce a sua função social, quando o faz em observância dos direitos dos consumidores, do respeito ao meio ambiente, dos trabalhadores, de seus concorrentes e da dignidade da pessoa humana. E não o fazendo estará descaracterizada a sua atividade para o Direito, logo ilegítima, portanto legalmente desprotegida enquanto tal” (D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. Op. cit., p. 127).

^[51] LOBO, Jorge. *Direito Empresarial. Revista Jurídica Consulex*, a. 10, n. 228, jul. 2006, p. 29.

^[52] LUCENA, José Waldecy. Op. cit., p. 142.

^[53] “[...] tanto as macroempresas quanto as microempresas estão sujeitas ao atendimento de sua função social. Veja-se o caso das microempresas, que, na verdade, são as que melhor têm condições de atender ao princípio do pleno emprego, uma vez que, por não disporem de grande tecnologia em seus processos produtivos, requerem maior uso de trabalho humano e são responsáveis por cerca de 60% a 70% dos postos de trabalho em uma sociedade” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 44).

^[54] *Ibidem*, p. 143.

^[55] SZTAJN, Rachel. Op. cit., p. 49-50.

¹⁵⁶¹ LUCENA, José Waldecy. Op. cit., p. 142.

¹⁵⁷¹ Nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., 1997.

¹⁵⁸¹ “[...] a par de as empresas serem destinatárias dos princípios constitucionais da livre-iniciativa e livre concorrência, o que também demonstra a preocupação do constituinte com a defesa da propriedade privada, ao mesmo tempo e demonstrando o equilíbrio necessário, limitou essa atividade à estrita observância a um princípio maior, qual seja, que esse direito à livre-iniciativa se encontra limitado ao cumprimento de sua função social” (DOMINGUES, Dinizar. Função social da empresa. Op. cit., p. 83).

¹⁵⁹¹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 40.

¹⁶⁰¹ SZTAJN, Rachel. Op. cit., p. 35.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL

FILIFE EWERTON RIBEIRO TELES:

Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA (CE). Pós-Graduando em Direito Penal e Criminologia - URCA.

Resumo: A atividade de exploração temática aqui desenvolvida, buscará delinear os efeitos práticos e as consequências legais, acarretados pelos antecedentes históricos da pena de prisão no Brasil. Mergulhar no cerne da questão levantada é buscar esclarecer por meio da pesquisa em curso, os meandros do instituto da pena de prisão, voltando os olhares para as questões principais e acessórias, que vem guarda íntima relação com o decurso do tempo, com as garantias fundamentais e com as atividades policiais, tanto no campo da Polícia Judiciária, quanto no campo repressivo (Polícia Ostensiva). Justifica-se, o presente artigo, por almejar estabelecer a relevância de se buscar despertar no mundo acadêmico a importância de entender os procedimentos abordados, permitindo observar suas nuances, suscitando uma discussão crítica e construtiva em torno da temática, sobretudo subsidiando estudos futuros no campo acadêmico, que virão contribuir para evolução meio e da sociedade. Objetiva-se precipuamente, avaliar os efeitos práticos da omissão dos institutos legais no procedimento da prisão em flagrante, trazendo ao mundo acadêmico a discussão da temática, por meio uma revisão bibliográfica que permita analisar a linha de evolução doutrinária, normativa e jurisprudencial, vislumbrando sobretudo, as consequências processuais e procedimentais, de forma indissociável dos direitos e garantias fundamentais. O tipo de raciocínio empregado nesta pesquisa será o dedutivo, com metodologia essencialmente teórica, fundamentada em pesquisa bibliográfica com o objetivo de coletar dados sobre o assunto, bem como consulta a jurisprudências e a legislação pertinente e correlata.

Palavras-chave: Pena de prisão; direitos e garantias fundamentais; institutos legais.

Abstract: The thematic exploration activity developed here will seek to delineate the practical effects and the legal consequences, brought by the historical antecedents of the prison sentence in Brazil. Plunging into the heart of the issue raised is seeking to clarify through the ongoing research the intricacies of the prison sentence institute, turning our eyes to the main and ancillary issues, which comes closely related to the course of time, with the fundamental guarantees and with

police activities, both in the field of Judicial Police and in the repressive field (Ostensive Police). This article justifies the importance of seeking to arouse in the academic world the importance of understanding the procedures addressed, allowing to observe its nuances, raising a critical and constructive discussion around the theme, especially subsidizing future studies in the academic field, which will contribute to the environment and society evolution. The main objective is to evaluate the practical effects of the omission of the legal institutes in the procedure of arrest in the act, bringing to the academic world the discussion of the subject, through a bibliographic review that allows to analyze the line of doctrinal, normative and jurisprudential evolution, seeing above all , procedural and procedural consequences, inseparable from fundamental rights and guarantees. The type of reasoning employed in this research will be deductive, with essentially theoretical methodology, based on bibliographic research with the purpose of collecting data on the subject, as well as consulting the jurisprudence and the relevant and related legislation.

Keywords: prison sentence; fundamental rights and guarantees; legal institutes.

Sumário: 1. Antecedentes históricos da pena de prisão no Brasil; 1.1 A prisão no período colonial; 1.2 Período imperial; 1.3 Período republicano; 2 A reforma penal de 1984; Conclusão; Referências.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL

O Direito Penal Brasileiro, trata a pena de prisão como sendo a última *ratio*, realidade percebida diante das diversas alternativas existentes. No presente capítulo, pretende-se demonstrar que ao longo de sua História, o país vivenciou momentos bastante distintos, e a pena de prisão ocupou diversos patamares dentro do sistema penal pátrio, tratar-se-á de períodos bem definidos por datas, porém bastante entrelaçados no que se refere ao campo penal.

Por meio do estabelecimento de uma linha de abordagem bibliográfica direcionada ao entendimento das nuances dos sistemas penal, processual penal e prisional do Brasil, serão trazidos à baila as particularidades de cada período abordado, buscando sobretudo criar uma atmosfera propícia ao desenvolvimento da atividade de pesquisa e estudos no campo do Direito Penal e Direito Processual Penal.

Tratando-se de parte integrante de um conjunto maior e mais complexo de elementos constitutivos da presente produção acadêmica, o artigo que ora se apresenta, pavimentará a estrada para o entendimento dos temas que virão a ser abordados em estudos posteriores, criando condições de encadeamento das informações vindouras.

Dividido em seções, versará basicamente sobre as diversas legislações que foram utilizadas ao longo dos períodos históricos, sua efetividade no contexto social, trabalhando sobretudo a respeito de seus destinatários. Não obstante estabelecendo uma relação de pertinência entre legislação penal, as penas previstas e aplicadas, voltando olhares para as formas e efeitos sobre a sociedade.

Isto posto, afirme-se ainda a intenção de estabelecer os pontos de convergência e discrepâncias do sistema penal ao longo do tempo, desenvolvendo um estudo que não tem a pretensão de esgotar o debate, mas sim propiciar que outras pesquisas se desenvolvam no mesmo sentido, buscando diversificar pontos de vista e enriquecer estudos futuros sobre a temática abordada.

1.1 A PRISÃO NO PERÍODO COLONIAL

Apriosticamente, segundo historiadores, o território brasileiro fora encontrado pelo colonizador português no ano de 1500, a partir de então se configurando como colônia do Império Luso. Até aquele instante os habitantes que aqui se encontravam viviam sob seus próprios costumes e práticas cotidianas, regidos apenas por suas próprias percepções e noções do que era ou não correto no seio de seu povo. A chegada dos colonizadores trouxe profundas mudanças para o *modus vivendi* dos indígenas aqui instalados.

O Brasil inicia seus dias de colônia sob a égide da legislação portuguesa, mais exatamente pelas Ordenações Afonsinas que vigoraram até 1521, embora já versassem sobre diversos aspectos do campo penal não foram seus efeitos percebidos de forma efetiva em solo brasileiro. Conforme os dizeres de Zaffaroni (2003):

As Ordenações Afonsinas, em cuja vigência (1447 – 1521) se deu a descoberta do Brasil, não tiveram qualquer influência na nova colônia. Trata-se de uma compilação de regimentos, concordatas e leis régias anteriores [...]. A matéria criminal se compendiava, ainda que não exclusivamente, no livro V; [...]. A cominação abusiva da pena de morte e das penas corporais, o emprego por arbítrio judicial da tortura

(V, LXXXVII, 4), a ampla criminalização de crenças, opiniões e opções sexuais e a própria transmissibilidade das penas respondem à conjuntura na qual se inscreve tal compilação (ZAFFARONI et al., 2003, p. 413).

Objetivando implementar seu projeto de exploração de forma mais efetiva, a coroa portuguesa resolve fatiar o território da colônia, assim nascem as Capitânicas Hereditárias, as Sesmarias e seus donatários, estes por sua vez ditavam os moldes de aplicação das penas, que inclusive remontavam aos períodos obscuros da idade média no que tange às formas e intensidade.

Ainda no que concerne à legislação, após as Ordenações Afonsinas vieram a Ordenações Manuelinas que como suas antecessoras, pouco se viram aplicadas, uma vez que, como já mencionado, os donatários de terras é que decidiam como punir os seus subjugados, exercendo autoridade e poder de decisão no campo penal. Neste sentido vejamos o que diz Bitencourt (2000):

[...] e como cada um tinha um critério próprio, era catastrófico o regime jurídico do Brasil-Colônia. Pode-se afirmar sem exagero que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar seus interesses. De certa forma, essa fase colonial reviveu os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes (BITENCOURT, 2000, p. 41).

O decurso do tempo e a dinâmica da sociedade impõem necessidades, uma delas é que a legislação deve ser mais efetiva, as Ordenações Afonsinas e as Manuelinas não conseguiram ditar as feições do sistema penal no Brasil, por outro lado as Ordenações Filipinas se mostraram mais efetivas e presentes no contexto brasileiro, vigoraram até a promulgação do Código Criminal de 1830, contemplavam a previsão de penas atroz, com distinção quanto ao sexo e posição social do apenado, dentre elas a pena de morte. Vejamos o que nos diz Teles (2006) neste sentido:

Punições severas e cruéis, inexistência do princípio da reserva legal e do direito de defesa, penas arbitradas desproporcionalmente pelos juizes, e desiguais, conforme o status do apenado, e punição de delitos religiosos e absurdos, como a heresia e o benzimento de animais. Pena de fogo em vida, de ferro em brasa, de mãos cortadas, de tormentos, além, é claro, da transmissão da infâmia aos descendentes

do criminoso, revelam o grau de crueldade e desumanidade desse direito (TELES, 2006, p.27).

O contexto encontrado no Brasil Império aponta a pena de prisão de forma secundária, expondo a verdadeira natureza penal do período, colocando o Brasil na mesma linha de pensamento quanto a finalidade e objetivos do sistema prisional vivenciado em outras partes do mundo, uma tendência que se concretizava de muito tempo. Maia (2009):

Desde a Antiguidade a prisão existe como forma de reter os indivíduos. Esse processo, contudo, constituía apenas um meio de assegurar que o preso ficasse à disposição da justiça para receber o castigo prescrito, o qual poderia ser a morte, a deportação, a tortura, a venda como escravo ou a pena de galés, entre outras. Apenas na Idade Moderna, por volta de XVIII, é que se dá o nascimento da prisão ou, melhor dizendo, a pena de encarceramento é criada. (MAIA, 2009 p. 12).

O preâmbulo aqui apresentado nos dá o tom de como o sistema penal se encontrava no Brasil colônia. A pena de prisão não era o maior objetivo, servia apenas como estágio anterior a execução da verdadeira penalidade, que era imposta das mais diversas formas, tendo o corpo e o ânimo dos condenados como destino final, objetivando mormente a manutenção da ordem vigente, sobretudo o direito de propriedade.

1.2 PERÍODO IMPERIAL

Trata-se o ano de 1808 como marco da chegada da família real portuguesa ao Brasil, desta forma o centro de poder se aproxima da realidade do território brasileiro, entretanto as instituições e a burocracia ainda levariam um tempo para se cristalizarem de forma definitiva.

As forças produtivas e o modo de produção permaneciam pautados na escravidão, o sistema penal do império seguia os moldes do período colonial. Os momentos introdutórios do império em terras brasileiras foram marcados pela vigência das Ordenações Filipinas, conforme já mencionado, tendo sido confirmadas pela Assembleia Constituinte e vigorando até a edição do Código Criminal do Império em 1830. Quanto as penas, Motta (2011) assim preleciona:

O arsenal das penas estabelecido pelo Código de 1830 compunha-se da morte na forca (artigo 38); galés (artigo 44); prisão com trabalho (artigo 46); prisão simples (artigo 47); banimento (artigo 50); degredo (artigo 51); desterro (artigo 52); multa

(artigo 55); suspensão de emprego (artigo 58); perda de emprego (artigo 59). Para os escravos, havia ainda a pena de açoite, caso não fossem condenados à morte nem às galés. Depois do açoite, o escravo deveria ainda trazer um ferro, segundo a determinação do juiz (MOTTA, 2011, p. 78).

Em 1822 proclama-se a Independência no Brasil, com relação a Portugal e em 1824 promulga-se a primeira Constituição brasileira, a carta em comento apontava alguns direitos e garantias individuais, entretanto apresentava-se de forma contraditória, uma vez que diferencia os tratamentos dados aos ditos cidadãos brasileiros e aos escravos, para os quais continuavam a ser empregadas as penas mais severas e desumanas.

Ainda no que se refere a Constituição de 1824, sabe-se que trouxe a divisão do poder em quatro esferas, Legislativo, Moderador, Executivo, e judicial, sendo que em seu Artigo 179 estabelece a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, texto inovador para a época, contudo não teria um viés modificador do status social, que apresentava uma sociedade extremamente estratificada.

No que tange ao nosso objeto de estudo ora em desenvolvimento, observa-se que em seus incisos VII e VIII o Art. 179 estabelece que: VII - Ninguém será preso sem culpa formada, exceto nos casos previstos em lei; VIII - A exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima. Tais incisos evidenciando a preocupação em tratar de forma institucional as questões penais.

Complementarmente, os incisos IX e X do dispositivo versam que: IX - A lei será igual para todos; X - Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis. Neste ponto evidenciando a contradição do texto normativo, visto que na prática o tratamento dado aos escravos da época, servia claramente aos interesses produtivos na manutenção do sistema escravagista, ficando evidente com a edição do Código Criminal de 1830. Como ressalta Ferreira (2009):

Além dos castigos corporais infligidos aos escravos pelos senhores e seus prepostos, após 1830, com a entrada em vigor do Código Criminal do Império – em caso de condenação à prisão – enquanto aos libertos e livres, pelo menos em tese, cabiam as então modernas formas de punir (reeducar e ressocializar), aos cativos continuava reservada a pena de açoites. Pena esta que, em casos extremos, de até

oitocentos açoites, era caracterizada pelos práticos e cirurgiões que as acompanhavam como morte com suplício – típica punição do Antigo Regime (FERREIRA, 2009, p. 179- 180).

Percebe-se, entretanto, que se iniciara um período de transição, no qual de forma lenta, gradual e progressiva, as penas deixariam seu caráter corpóreo e assumiriam o viés restritivo de liberdade, embora parte da população não fosse contemplada, parte outra já se beneficiaria das influências liberais que naquele momento histórico permeavam os pensamentos políticos por grande parte do mundo, mais evidentemente na Europa.

O Brasil se torna independente de Portugal, mas seu desenvolvimento como nação estava atrelado ao velho modelo de produção. Em outras palavras as novas tendências liberais surgem no cenário, porém encontram na monocultura e no sistema escravagista os maiores entraves para implantação e pleno desenvolvimento de um sistema judicial eficiente, moderno e justo, tudo apontando para os interesses tanto governamentais quanto dos poderes locais. Aguirre (2009) aponta:

Os governantes provinciais e as elites locais disputavam a primazia sobre o direito de punir. Mas no fundo, o que estava em jogo mesmo era a legitimação do monopólio estatal da violência, um dos princípios constitutivos do Estado moderno. Este é um dos motivos que, aliado à manutenção da escravidão, nos ajudam a entender as razões pelas quais a passagem da colônia ao império não coincidiu com a abolição dos castigos corporais. Aliás, a permanência das punições extrajudiciais aplicadas no período colonial e a manutenção jurídica das penas corporais, tais como açoites e desterro, foi uma característica do império brasileiro (AGUIRRE, 2009, p. 39).

Despontam as influências e tendências liberais, os defensores das mudanças em questão apontavam fervorosamente a necessidade de se desvencilhar das penas cruéis, abrindo espaço ao cárcere como medida mais humana e eficiente de controle social, apontando as vicissitudes do novo sistema prisional em relação ao antigo. Neste sentido, veja-se em que sentido se deram as argumentações da época, Motta (2011):

Quais são os fins da prisão segundo os reformadores? Os fins de uma prisão vêm a ser três: custódia segura, reforma e castigo. Os antigos calabouços e os grilhões são considerados como expediente dos tempos bárbaros, e a violência física como meio

de punição deve ser substituída pelo sistema de uma contínua vigia sobre o preso, invenção de um destes filósofos ardentes pela causa da humanidade. Um desses "gênios beneficentes" era o "venerável J. Bentham" (MOTTA, 2011, p. 106).

Apenas a partir de 1850, duas décadas após entrar em vigor o Código Criminal do Império, é que começam a serem vistas as unidades prisionais construídas sob as novas diretrizes e tendências de se ter a pena privativa de liberdade como núcleo do sistema judicial brasileiro, mesmo assim a prática ainda destoava da teoria, e a legislação ainda andava ao largo do cotidiano em muitos aspectos.

Observa-se que decorrem mais de três décadas, a partir de 1850, até que se tivesse a abolição da escravatura no Brasil, ao passo que os movimentos abolicionistas ganhavam força e suas ações frutificavam, o tratamento dado aos prisioneiros negros foi passando por mudanças, "é possível fazermos uma correlação entre as leis que aboliam gradativamente o tráfico e o sistema escravista e o recrudescimento da truculência e arbitrariedade da polícia e dos dirigentes carcerários" (SANTOS, 2009, p. 57).

Ao longo da segunda metade do século XIX, outro fenômeno foi registrado, o sistema carcerário começa a apresentar um contingente de reclusos muito maior que a capacidade de gerir do poder público. O sistema começou a se expandir e outras unidades, mesmo não tendo a mesma finalidade passariam a ser utilizadas, como por exemplo a unidade prisional existente em Fernando de Noronha.

O afluxo de prisioneiros se avoluma, o emprego de tal contingente em obras públicas por si não sanava a situação, o envio a outras unidades distantes não era suficiente, por fim a solução derradeira a ser utilizada foi deixar parte do contingente de encarcerados sob os cuidados do exército, assim por meio do serviço militar obrigatório, "milhares de suspeitos, majoritariamente pobres e negros foram recrutados à força, utilizando-se a conscrição como mecanismo de castigo" (AGUIRRE, 2009, p. 49).

Nesta nova etapa da História do Brasil ocorre uma reestruturação dos valores políticos, humanos e sociais, o Brasil se desenvolve sob o manto da liberdade social. O movimento iluminista europeu teve grande influência, na criação dos princípios fundamentais do nosso direito penal, como exemplo o princípio da irretroatividade, da pessoalidade da pena, dentre outras.

Em 1824 foi outorgada a primeira constituição. Esta trazia garantias a liberdades públicas e dos direitos individuais. O novo diploma legal previu a necessidade de um código criminal, que deveria ter pilares fundados na justiça e equidade (DOTTI, 1998, p.50).

Em 1830 foi sancionado o Código Criminal, pelo imperador D. Pedro I. Este novo código reduziu os delitos que eram apenados com morte, bem como a extinção das penas infamantes. Surgiu a pena de privação de liberdade, na qual substituiria as penas corporais (DOTTI, 1998, p. 53).

A prisão passou a ter uma função de emenda e reforma moral para o condenado.

Tempos depois ainda na vigência do império, a pena de morte, se extinguiria por completo, devido ao um erro judicial, em que o fazendeiro Manoel da Mota Coqueiro, teria sido condenado à forca por homicídio, descobrindo-se posteriormente o equívoco (BUENO, 2003, p. 149).

Por fim, pode-se abstrair que as influências do Brasil Colônia estiveram presentes em praticamente todo o período Imperial, embora a pena de prisão, inclusive distinta entre prisão simples e prisão com trabalho, haja sido implementada, os destinatários eram distintos da maioria, e as condições continuavam sendo as piores.

Verifica-se desta forma, que o período imperial vivenciou várias tentativas de mudança do sistema penal do Brasil, a legislação avançou neste sentido e de forma tímida houve uma transição de um sistema que tinha o castigo corporal como principal meio de punição para uma realidade na qual a privação da liberdade seria a forma central de punir o infrator no sistema.

1.3 PERÍODO REPUBLICANO

Em 1889 o Brasil se tornou República com o golpe militar de Marechal Deodoro da Fonseca. Diante de alguns avanços sociais, como a lei Áurea, o antigo Código Criminal do império, necessitava ser urgentemente substituído.

O decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, convolou o projeto no “Código Penal dos Estados Unidos do Brasil”. Este novo Código possuía penas mais brandas, e com caráter de correção. Um ano depois a Constituição foi promulgada, abolindo algumas penas impostas pelo atual Código Penal. Diante de tantas modificações, a

pena ainda conservava seu caráter instrumental tanto de prevenção quanto de repressão e dominação social.

Mediante as circunstâncias em que o Código foi criado, juristas da época o criticavam muito por suas imperfeições técnicas e pela deficiência de seus conceitos. Diante desses defeitos em 1893 já era apresentado à Câmara dos Deputados um novo projeto de reforma, sendo que não houve êxito.

Em 1927 o Desembargador Virgílio de Sá Pereira, divulgou o projeto por incompleto do Código Penal. Este projeto era dividido em duas classes: principais e acessórias. As primeiras seriam as multas, o exílio local, a detenção, a prisão e a relegação. As segundas seriam a interdição de direitos, a publicação da sentença, o confisco de certos bens e a expulsão de estrangeiro.

Diante de uma enxurrada de leis, e as fortes tendências em rever o Código Penal de 1890, o governo promoveu uma consolidação das leis existentes. Nesse sentido "Havia dificuldades não somente de aplicação das leis extravagantes como também de seu próprio conhecimento" (DOTTI, 1998, p. 58).

O encarregado de realizar esta consolidação foi o desembargador Vicente Piragibe. Em 1934 houve a promulgação da Constituição da República. A nova carta extinguiu as penas de banimento, morte, confisco de bens e as de caráter perpétuo, com exceção em caso de guerra declarada a pena capital.

Em 1937 com a entrada do Estado Novo, as mudanças na área política influenciaram a lei penal. A Constituição Federal é outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, sob o prisma do poder autoritário e militar. O congresso é fechado, criam-se crimes políticos e a figura da pena de morte reaparece. O novo ministro da justiça Francisco Campos designou o professor Alcântara Machado para estudar as mudanças na lei penal, e realizar as devidas alterações. O anteprojeto de Alcântara Machado previa as penas de reclusão, detenção, segregação e multas. Observa Dotti que

O anteprojeto ainda adotou o sistema dualista (penas e medida de segurança), além dos efeitos da condenação, como registro e a publicação da sentença, o confisco e a inabilitação (DOTTI, 1998, p. 65-66).

Em 31 de dezembro de 1940 é publicado o novo Código Penal. Erigido sobre o Anteprojeto Alcântara Machado, o Código Penal teve em Néelson Hungria seu principal redator o Congresso Nacional ainda se encontrava fechado.

Em 1946 a Constituição Federal foi novamente promulgada, esta limitava o poder punitivo do Estado e dessa forma, “Consagrou-se, formalmente, a individualização e a personalidade da pena. Nesse contexto, a lei 3.274/1957 declarou a necessidade da individualização da pena. (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 44).

Os autores ainda lecionam que a finalidade da sanção penal estava centrada na prevenção especial, ou seja, buscava-se a recuperação social do condenado. Em 1964 houve o golpe militar, no entanto não foram alteradas de imediato as leis penais, mas as garantias formais da legislação de nada adiantariam frente à ação da polícia armada, influenciada pela ditadura militar.

O Código Penal de 1969 foi outorgado pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, junto com a Nova Lei de Segurança Nacional. A pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão para crimes políticos eram revividas, e as garantias processuais eram reduzidas. Em 1969 os ministros promulgaram uma emenda à constituição de 1967, desfigurando-a de maneira essencial.

O Código Penal de 1969 ficou conhecido pelo *vacatio legis* mais longo da nossa história, sendo revogado pela Lei n. 6.578/78. A Emenda Constitucional 11, de 13 de outubro de 1978, reprimiu novamente a pena capital, a prisão perpétua e o banimento.

Ariel René Dotti ainda escreve em sua obra:

Novos caminhos se abriram às ciências penais com o retorno da criminologia e a maior atenção dada para a política criminal. Era o retorno às discussões teóricas do crime e da pena como fato social, visando o processo de elaboração normativa, que se encontrava mais democrático graças ao enfraquecimento político da “linha dura” governamental” (DOTTI, 1998, p. 45).

O período em comento, carece de elementos modernizadores e mais voltados á realidade que ora o país começara a vivenciar. Naturalmente as aspirações e porque não dizer as pressões advindas do contexto social e a necessidade de inserção numa nova ordem mundial, levam o Brasil a um novo momento em sua ordem constitucional, trazendo reflexos diretos aos campos penal e processual penal.

2 A REFORMA PENAL DE 1984

A lei 7.209, de 11 de julho 1984 fez uma reforma na parte geral do Código Penal de 1940. Esta reforma trazia consigo a abolição das penas acessórias e o sistema do duplo binário (responde com a pena criminal e medida de segurança), passando o nosso sistema a ser regido pelo sistema vicariante (responde com a pena criminal ou medida de segurança, ficando o ultimo reservado apenas para os inimputáveis).

A publicação da sentença, por seu caráter infamante, foi extinta e a perda da função pública tornou-se um efeito necessário da condenação criminal. O exílio local também foi extinto em virtude do caráter infamante. (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 46).

No mesmo contexto Dotti leciona que

O Anteprojeto de revisão da Parte Geral do Código Penal brasileiro adotou algumas ideias básicas em torno das quais se desenvolveria todo o esquema proposto das reações criminais. (DOTTI, 1998, p.)

Assim ele nos ressalta cinco linhas fundamentais, que seria: o repúdio à pena de morte, a manutenção da prisão, as novas penas patrimoniais, a extinção das penas acessórias e a revisão das medidas de segurança.

CONCLUSÃO:

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, fez-se necessário fazer algumas atualizações, pois a nova Carta Magna trouxe novas modalidades de sanções penais e ainda renovava na linguagem utilizada no rol constitucional de penas.

O advento da nova Constituição de 1988, de caráter moderno e democrático, voltada para os ideais de igualdade, liberdade, fundada em princípios como o da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, dentre outras formas de se constituir e garantir o funcionamento de um Estado Democrático de Direito. Encerram um período marcado por arbitrariedades e desrespeito as liberdades individuais e à dignidade humana, abrindo novos rumos.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Carlos. **Cárcere e Sociedade na América Latina, 1800-1940**. In: MAIA et al. **História das Prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, v.1.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoco_nstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf > Acesso em 20/04/2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANCO, Tales Castelo. **Da Prisão em Flagrante.** São Paulo: Saraiva, 1980.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. (1941). **Lei N° 3.689, Código de Processo Penal Brasileiro.** Brasília, DF: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 20/02/2016.

_____. **Código Penal, Decreto-Lei N° 2.848,** de 7 de Dezembro de 1940. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05/mar.2018.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

_____. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ).** Perguntas frequentes. Disponível em : <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em 17 mai. 2018.

_____. DECRETO-LEI N.º 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 17 mai. 2018.

_____. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/PLS_554_2011.pdf>. Acesso em 15 mai. 2018.

_____. **Senado Federal.** Consulta Pública. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=102115> > Acesso em 29 mai. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5240. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5240%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lxjyskt>. Acesso em 20 mai.2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 18 de fevereiro de 2016. Disponível

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso em Habeas Corpus n.º 62187. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, 13 de novembro de 1984. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000044275&base=baseAcordaos>> Acesso em 10 mai. 2018.

_____. **Tribunal Regional Federal 3ª Região.** Habeas corpus n.º 66652. Relator: Juiz Convocado Higino Cinacchi. São Paulo, 03 de outubro de 2005. Disponível em: em <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17786557/habeas-corpus-hc-66652-sp-20050300066652-6-trf3>> Acesso em 05 mai. 2018.

BRUNO, Aníbal. **Das Penas.** 4 ed. Rio de Janeiro: Rio, p. 10. 1976.

BUENO. Paulo Amador Thomaz Alvas da Cunha. **História do Direito Brasileiro:** Notícia histórica do direito penal no Brasil. Org. Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Atlas, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** São Paulo Revista dos Tribunais, 1998. 550 p. ISBN 85-203-1632-8.

FERREIRA. Ricardo. A. **o tronco na Enxovia; Escravo e livres nas prisões paulistas dos oitocentos. In: História das prisões no Brasil.** MAIA, Clarissa N.; COSTA, Marcos et al. Rio de Janeiro: ROCCO, 2009.

FILHO, Antônio Magalhães. Gomes. **A motivação das decisões penal.** São Paulo: RT, 2001. 227.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade.** 5 ed. São Paulo: RT, 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manuel de Processo Penal**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). **História das prisões no Brasil**: Volume I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. IX. Campinas: Bookseller, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Conet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Brasília : Saraiva , 2015.

MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da Razão Punitiva**: Nascimento da Prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: 13. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Forense, 2018.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo : Atlas, 2015.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito: 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SANTOS, M. S. Os Porões da República – **A barbárie nas Prisões da Ilha Grande**: 1894-1945. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SANTOS, Pedro Luiz Mello Lobato dos. **Nulidade absoluta pela não realização de prova pericial em delitos que deixam vestígios**. <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6207/Nulidade-absoluta-pela-nao-realizacao-de-prova-pericial-em-delitos-que-deixam-vestigios>. > Acesso em 20 mai. 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 476 p. ISBN 85-203-2266-2.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal Parte Geral: Arts. 1º a 120.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TONINI, Gian Paolo. A prova no processo penal italiano: Tradução Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1. Ed, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistematizado).** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

A ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: FUNDAMENTOS E PERSPECTIVAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

JOÃO PEDRO MARTINS DE SOUSA:

Bacharelado do curso de Direito na Universidade Estadual do Piauí.

AYSSA MOSELLE VIANA CASTRO

(Coautora)

RESUMO: A finalidade precípua deste trabalho reside em analisar como o instituto da atuação estatal no domínio econômico é abalizado diante do Direito Administrativo pátrio e das normas constitucionais, em face da ascensão dos debates na seara política a respeito da desmobilização do Estado no tocante a sua atuação na esfera econômica, promovida por meio de mecanismos que reduzam sua presença em tal processo, como as conhecidas privatizações. Deveras, a Constituição Federal brasileira de 1988 buscou consubstanciar no País o estado de bem-estar social, o *welfare state*, realidade que nos transloca para uma análise profunda com relação ao aparente choque entre discurso desmobilizador do Estado e fundamentos constitucionais. Para tanto, o presente artigo pretende fazer um exame acerca dos institutos balizadores da atuação do Estado no domínio econômico no Direito Administrativo, passando pela investigação de sua história no contexto jurídico e social pátrio, pela averiguação dos seus princípios basilares e pelo estudo das formas de ação estatal nesse âmbito. Além disso, também é objetivo deste artigo tecer algumas perspectivas atinentes à atuação do Estado brasileiro no domínio econômico, sondando como a dinâmica do atual contexto político poderá influir nos rumos que esse instituto poderá tomar no futuro.

Palavras-chave: Administrativo. Atuação. Estado. Domínio econômico.

INTRODUÇÃO

Na atual conjuntura de globalização, que proporcionou um contexto de integração social, cultural e, principalmente, econômica, várias nações, em especial as em desenvolvimento, assistem a um verdadeiro *boom* financeiro. Todavia, em um horizonte de crises intermitentes, com o passar das épocas, a própria economia foi obrigada a ceder a algumas limitações de cunho social.

Em meio aos escombros do pós-Segunda Guerra Mundial, emergiu uma espécie *sui generis* de Estado interventor, que buscava a promoção do *welfare state* (estado de bem-estar social), em substituição ao Estado liberal. Zeloso dizer que este não foi extinto, mas transfigurado, de modo a atender a um princípio que presenciava seu alvorecer: o da dignidade da pessoa humana, estampado na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III).

A intervenção estatal no âmbito econômico deveria, portanto, guiar-se pela promoção de outros “subprincípios”, sempre norteados pela dignidade humana, como a livre iniciativa e a humanidade, especificados no transcórrer deste artigo. Diz-se modelo de Estado interventor *sui generis* uma vez que aspectos liberais, acertadamente, não foram dizimados ou esquecidos, e sim limitados, condicionados à atenção para com o social. Não por acaso a Norma Fundamental de 1988 tornou transparente que a propriedade deve cumprir seu papel social, sob pena de ser desapropriada. Da mesma forma, pode-se apresentar como justificativa para o termo que o Estado mediador não se prestou a ser um regime arbitrário, que desprezasse as liberdades fundamentais dos cidadãos. Pelo contrário: o Estado atuaria em favor delas.

A atual Constituição brasileira, por sua vez, elenca valores da ordem econômica, que devem se ocupar em observar os ditames da justiça social (art. 170, *caput*). Ao pregar essa premissa, o Estado acaba por tomar para si o dever de zelar tanto de forma reguladora quanto executora no contexto do domínio econômico. Não obstante, conforme adiantado, a globalização tem imposto uma readaptação em vários âmbitos, inclusive o econômico, aparentando exigir menor presença do Estado no setor executor, área que deveria ser ampliada aos

particulares, e não mais aos entes públicos. Eis que surge, por exemplo, o inconstante debate a respeito das privatizações e concessões, levado a cabo por governos brasileiros anteriores, em face da autocontenção da atuação do Estado na seara econômica.

Nesse sentido, diante da ascensão das discussões no âmbito político acerca da desmobilização do Estado no tocante a sua atuação na esfera econômica, o presente artigo busca investigar o instituto da atuação do Estado no referido domínio através de uma perquirição no Direito Administrativo brasileiro, com fulcro igualmente no Direito Constitucional. Para tal fim, este texto busca examinar os institutos balizadores da atuação estatal no domínio econômico, passando pela investigação de sua história no contexto jurídico e social pátrio, pela averiguação dos seus princípios basilares e pelo estudo das formas de ação do Estado nesse âmbito.

Além disso, também é objetivo deste artigo tecer algumas perspectivas atinentes à atuação do Estado brasileiro no domínio econômico, sondando como a dinâmica do atual contexto desmobilizador estatal poderá influir nos rumos que esse instituto poderá tomar no futuro.

1. BREVE HISTÓRICO DA ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA ECONOMIA NACIONAL

Antes de se propor a investigar como a atuação do Estado brasileiro no domínio econômico funciona na contemporaneidade, faz-se de extrema importância que se analise como tal prerrogativa foi regida no País em épocas pretéritas. Para tanto, é mister tomar como base a Constituição vigente nos respectivos períodos e, sobretudo, considerar a configuração social dominante.

Não custa ressaltar que a própria sociedade é que impõe mudanças na conformação e no aparelho do Estado. Cada uma das épocas passadas da História

brasileira fez com que o seio social mudasse, afetando seu ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, sendo afetado por ele. Dalmo de Abreu Dallari (2009), sabiamente, destaca que a vida em sociedade traz ao indivíduo inequívocas vantagens, mas, ao mesmo tempo, torna possível que limites venham a ser criados para restringir certos aspectos de sua existência, sendo que tais limitações, em certos momentos, podem ser tão presentes a ponto de possuir o condão de contrair a liberdade individual. Essas ressalvas são bem ilustradas no Direito Administrativo brasileiro ao se vislumbrar a atuação do Estado no domínio econômico que, para promover a observância e o respeito a certos princípios doravante melhor tratados, age impondo limites ao particular. Nesse sentido, uma breve perquirição histórica para se observar como se chegou até o hodierno modelo de *welfare state* econômico no Brasil se faz de extrema necessidade.

1.1. BRASIL IMPÉRIO

A primeira Carta Magna pátria, datada de 1824, que instituiu a Monarquia como forma de governo e o Unitarismo como forma de Estado (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 518-519), não tratou de estabelecer diretrizes ou bases na conformação de um Estado social e regulador da economia. Pelo próprio momento histórico, em que se sobressaía o liberalismo econômico e social no plano internacional, não soa estranho que assim tenha se dado em terras brasileiras.

Durante esse período, emergido das ruínas do absolutismo, a sociedade – leia-se burguesia – logrou, através do liberalismo e da intervenção mínima do Estado – que outrora tinha sido, evidentemente, máxima –, alcançar um patamar razoável de liberdade em diversas áreas de sua vida individual.

No que concerne ao liberalismo, Carvalho Filho (2015, p. 943) realça que não caberia ao Estado a possibilidade de ingerência ou regulação dos rumos da economia, limitando-se a “uma postura de mero observador da organização processada pelos indivíduos”.

Retrato desse contexto, a primeira Constituição brasileira, de 1824, destacava que eram invioláveis os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo estes por alicerces a liberdade individual, a propriedade e a segurança (art. 179). A referida Constituição, em nenhum momento, mencionava a função social da propriedade, que só surgiria décadas depois. A única ressalva constitucional expressa dizia respeito ao caso de o “bem público legalmente verificado exigir o uso, e o emprego da Propriedade do Cidadão”, sendo ele previamente indenizado pelo valor dela (art. 179, XXII). O mesmo inciso deixava claro que a lei marcaria os casos em que se sobressairia esta única exceção ao direito de propriedade.

Não obstante a própria Constituição de 1824 seja considerada, em seus moldes, liberal, podem surgir questionamentos acerca desse perfil, considerando a realidade imposta à época. É bem verdade que, durante praticamente todo o período imperial, a manutenção da escravatura deixou lastimáveis consequências na organização social brasileira. É cediço que os escravos eram tidos como meros instrumentos responsáveis por fazer a estacionária economia agrária brasileira girar. As leis abolicionistas, portanto, ao atribuírem direitos aos escravos, até a sua efetiva libertação em 1888, não deixa de configurar uma intervenção do Estado imperial no domínio econômico. Corroboram para essa concepção as palavras de Boris Fausto (2000, p. 236), que, ao tratar da abolição da escravatura, leciona que: “Os fazendeiros do café do Vale do Paraíba desiludiram-se do Império, de quem esperavam uma atitude de defesa de seus interesses”.

Por outra visão, complementar à primeira, diga-se, tais leis protetivas não passariam de concretização da justiça social para com esses indivíduos injustiçados em decorrência, simplesmente, de sua cor. São exemplos de leis abolicionistas a Lei Imperial nº 581, de 4 de setembro de 1850 (Lei Eusébio de Queirós), que estabeleceu medidas combativas ao tráfico intercontinental de escravos, e a Lei Imperial 3.353, de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea), que declarou extinta a escravidão no Brasil.

Não obstante, em suma, vigorava a doutrina do chamado *laissez faire*, assim definida por José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 811):

A doutrina do *laissez faire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intangíveis os seus direitos, mas, ao mesmo tempo, permitia que os abismos sociais se tornassem mais profundos, deixando à mostra os inevitáveis conflitos surgidos da desigualdade entre as várias camadas da sociedade. Esse Estado-polícia não conseguiu sobreviver aos novos fatores de ordem política, econômica e social que o mundo contemporâneo passou a enfrentar.

O desmonte do mencionado “Estado-polícia” se deu, tradicionalmente, observando o cenário internacional, por meio da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar), emergindo o constitucionalismo social, “que é a inclusão nas Constituições de preceitos relativos à defesa social da pessoa, de normas de interesse social e de garantia de certos direitos fundamentais (...)” (MARTINS, 2012, p. 9).

Dessa movimentação da ordem constitucional para salvaguardar direitos sociais, concomitante e posteriormente, surgiram efeitos para o próprio Estado que deveria cumprir certos encargos visando exatamente a defesa dessas prerrogativas individuais. Entre tais múnus, o de intervir para resguardar o domínio econômico de abusos, por exemplo.

No entanto, na matriz constitucional brasileira, assim como ocorre com a maioria dos significativos avanços envolvendo os direitos fundamentais, todas essas incontestes mudanças envolvendo o plano social demorariam um pouco mais para ocorrer.

Em 1889, tem fim o império e inicia-se o período republicano.

1.2. BRASIL REPÚBLICA

1.2.1. Primeira República

A Primeira República é representada pela Carta Magna de 1891, que estabeleceu o federalismo, o presidencialismo (art. 41, CF/91) e, logicamente, a República (art. 1º, CF/91). Assim como a Carta Constitucional anterior, esta não tratou de reservar espaço para a regulação do domínio econômico pelo Estado. O direito de propriedade foi mais explicitamente contido pela norma constitucional do artigo 72, § 17, segundo o qual o referido direito “mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

No tocante à efetiva atuação do Estado brasileiro na economia, embora a Constituição de 1891 se pretendesse liberal, o princípio da República federativa foi, de certa forma, desarticulado, ao se observar que a estrutura do governo federal se curvou diante de dois grandes Estados-membros, produtores de café: Minas Gerais e São Paulo.

Boris Fausto (2000, p. 266) ensina que

A política de valorização do café constitui um dos exemplos mais nítidos do papel de São Paulo na Federação e das relações entre os vários Estados. A partir da década de 1890, a produção cafeeira de São Paulo cresceu enormemente, causando problemas para a renda da cafeicultura. Esses problemas tinham duas fontes básicas: a grande oferta do produto fazia o preço baixar no mercado internacional; a valorização da moeda brasileira, a partir do governo Campos Sales, impedia a compensação da queda de preços internacionais por uma receita maior em moeda nacional. (...) Se, em números imaginários, o preço da saca de café caísse de trinta para vinte libras esterlinas e a moeda brasileira se desvalorizasse na mesma proporção, os cafeicultores receberiam, em moeda nacional, o mesmo valor que

obtinham antes da queda de preço no mercado internacional (...).

Tal atitude intervencionista do governo federal no trato com ambos os Estados supracitados acabou por favorecer o desenvolvimento maciço destes, em detrimento dos demais. A República oligárquica, enfim, foi desmantelada em 1930, quando Getúlio Vargas, que havia perdido as eleições naquele ano para o paulista Júlio Prestes, lidera o movimento conhecido como Revolução de 30 e toma o poder, fazendo nascer um “novo tipo de Estado” (FAUSTO, 2000, p. 327), pautado, dentre outras matérias, pela maior atuação social do Estado em diversos âmbitos da vida política, cultural e, sobretudo, societária.

1.2.2. CONTEXTO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1934

Após quatro anos de governo provisório varguista, estabelece-se uma nova ordem constitucional, substituindo aquela notadamente liberal iniciada em 1891. Essa nova fase constitucional, nas palavras de Bonavides (2009, p. 366):

Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro.

A partir de 1937, tem início uma sucessão de três golpes de Estado no Brasil: em 1937, em 1945 e outro em 1964. Nesse interstício temporal, a Constituição de 1934 foi pioneira nos direitos sociais e, como ressaltado acima, consagrou uma verdadeira mudança de paradigma no tocante aos direitos fundamentais. A Carta

de 1937, sua sucessora, estabeleceu um regime autoritário e centralizador no País, chegando ao ponto de definir o Presidente da República como “autoridade suprema do Estado” (art. 73, CF/37) e dissolver todos os órgãos legislativos (art. 178, CF/37).

Por sua vez, o golpe de 1945, promovido no contexto pós-Segunda Guerra, curiosamente, estabeleceu as bases para a retomada da democracia e a convocação de uma Assembleia Constituinte. A Norma Fundamental dela resultante foi promulgada em 1946 e, representando um salto em aspectos sociais se comparadas às Cartas Magnas anteriores, definiu que o uso da propriedade seria condicionado ao “bem-estar social” (ar. 147, CF/46). Em 1964, outro golpe, seguido de uma nova ordem constitucional, em 1967, inaugurando no Brasil anos marcados pela censura, restrição de liberdades individuais e de frequente estado de emergência.

Enfim, em 1988, fruto de uma intensa mobilização social, saindo do regime militar, foi promulgada a novel Constituição Federal brasileira, que acaba, inclusive, de completar 30 anos (5 de outubro de 1988). A mais extensa das Cartas Magnas brasileiras, o atual texto constitucional conta com nada menos do que 250 artigos em sua parte permanente e mais 114 nas disposições constitucionais transitórias (acrescidas pela EC 95/2016 – Teto dos Gastos Públicos).

Independentemente de quaisquer críticas que possam-se fazer a seu respeito, a Lei Maior de 1988, de modo evidente, foi responsável por inaugurar um novo pensar constitucional no País. Não obstante sua regulação alcance diversas temáticas, como o Título VIII, Capítulo VII, que trata “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, nos restringiremos ao Título VII, Capítulo I, que trata da Ordem Econômica e Financeira. A atual Constituição brasileira optou por, além de assegurar um amplíssimo rol de direitos fundamentais (aqui incluídos os individuais, sociais e políticos), tratar da proteção e da tutela do domínio econômico, cuidando, para tanto, de estabelecer mecanismos fundados em certos princípios, doravante devidamente analisados.

2. PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS DA AÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO DOMÍNIO ECONÔMICO NA ATUALIDADE

Feita a devida perquirição da historicidade da atuação do Estado no domínio econômico e observada a relevante evolução histórica, política e jurídica desse tema nas Constituições brasileiras, é válida nesse momento a análise acerca dos princípios e fundamentos da ordem econômica presentes na Carta Magna em vigor atualmente. Desse modo, serão analisados neste tópico seus dois postulados básicos: a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano.

Os princípios da livre iniciativa e valorização do trabalho humano estão expressos nos artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da Constituição, e tem o objetivo de garantir a todos os indivíduos uma existência digna, conforme os preceitos da justiça social. Tais princípios, enquanto fundamentos vinculantes de conduta, subordinam as ações do Estado e de seus agentes, assim como a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais (BARROSO, 2001). Dessa forma, toda a ordem econômica está vinculada a esses dois bens, de modo que as condutas que não o observarem serão consideradas ilegais.

2.1. PRINCÍPIO DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

A valorização do trabalho humano, enquanto instrumentalizador da dignidade da pessoa humana passou por evoluções no decorrer da história. Nesse sentido, cabe aqui lembrar, embora de forma perfunctória, o desenvolvimento da proteção e valorização do trabalho até a noção que temos hoje.

Historicamente, o trabalho objeto do Direito do Trabalho surgiu apenas com a consolidação do modo de produção capitalista, no século XVIII. Dessa forma, a intervenção do Estado, ao estabelecer normas de observância obrigatória nas relações laborais, surgiu em função do empregado ser sujeito hipossuficiente na relação de emprego. Sendo, portanto, necessária a intervenção estatal na ordem

econômica e social a fim de proteger o trabalhador das injustiças do capitalismo desenfreado (ROMAR, 2018).

Em apertada síntese, ressalta-se que as conquistas sociais em relação ao trabalho no Brasil foram tardias, entretanto, a partir da Carta de 1934 os direitos trabalhistas foram evoluindo notadamente – salvo alguns retrocessos pontuais. Na contemporaneidade, com a Constituição de 1988, o homem tornou-se a figura principal a ser protegida, abandonando o conceito individualista e privatista e priorizando o coletivo, o social e a dignidade da pessoa humana.

A Lei Fundamental vigente concretizou o princípio da valorização do trabalho humano no seu artigo 7º, onde dispõe um rol de direitos assegurados aos trabalhadores, além disso, traz também os valores sociais do trabalho como um dos sustentáculos da República (art. 1º, IV, CF/88). É válido ressaltar que tais direitos não excluem outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores (BARROSO, 2001).

O trabalho humano é responsável por produzir riqueza e desenvolver a economia e conseqüentemente a sociedade. Sendo assim, percebe-se que devido ao seu grau de importância no crescimento da coletividade – bem como do próprio indivíduo – o trabalho humano é encarado há muito tempo como algo que merece ser protegido e valorizado.

Conforme Bocorny (2003, p. 71 *apud* VASCONCELOS; GENOVEZ, 2013, p. 3):

Dessa maneira, o trabalho ganha importância (social, econômica, política) e, por isso, precisa das garantias jurídicas necessárias. Nas sociedades democráticas, é possível a existência de tais garantias, na medida em que se elejam princípios os quais os cidadãos entendem como importantes para o seu desenvolvimento (...).

Entretanto, o trabalho humano não deve ser visto apenas como mais um fator gerador de riqueza, mas também como um elemento diretamente ligado à

dignidade da pessoa humana “por isso não deve ser analisado somente sob a ótica material, mas, sobretudo, deve estar em pauta o seu caráter humanitário. Não é o homem que deve servir à economia, e sim a economia que deve servir ao bem-estar do homem” (MORAES; OLIVEIRA, 2008, p. 84).

Seguindo esse raciocínio, Moraes e Oliveira (2008, p. 84) complementam:

A valorização do trabalho humano significa proporcionar ao ser humano um trabalho que lhe dê orgulho em desempenhá-lo, lhe dê prazer, de forma que o trabalhador realmente se sinta feliz ao iniciar uma jornada de trabalho. E que, desta forma, não tenha o trabalho apenas como meio de sobrevivência, porque desta forma retira do ser humano qualquer resquício de dignidade.

Ademais, é interessante ressaltar que no art. 170, *caput*, o princípio da valorização do trabalho vem disposto juntamente com o princípio da livre iniciativa. O legislador tratou de conciliar dois fundamentos que podem parecer antagônicos, mas que visam promover a devida liberdade dos agentes econômicos para atuarem no mercado, ao mesmo tempo em que determina a valorização do trabalho humano.

Entende-se, nesse sentido, que os valores sociais do trabalho devem ter prioridade em relação ao princípio da livre iniciativa, de modo a limitá-lo. Conforme Lemos (2015) acertadamente leciona, “a livre iniciativa deve adequar-se aos valores sociais do trabalho e à dignidade do trabalhador, pois a valorização do trabalho humano é o primeiro dos fundamentos da ordem econômica”.

De acordo com Marques (2007), o princípio da liberdade de iniciativa deve ser seguido levando em consideração a valorização de todo o trabalho da pessoa humana, buscando efetivar também os princípios da ordem econômica ligados a ele, a citar o princípio do pleno emprego e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII e VIII, CF/88).

Dialogando com Lemos (2015), tem-se:

Portanto, a valorização do trabalho humano não significa apenas criar medidas de proteção ao trabalhador que limitem, dentre outros princípios, a livre iniciativa, mas sim admitir o trabalho e o trabalhador como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social. De outra forma, estaríamos sempre buscando a valorização do direito “do trabalho”, sem valorizar o direito “ao trabalho”, e tentando alterar a ideia que o mercado faz do trabalho humano, de ser este apenas um fator de produção.

2.2. PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

Assim como o princípio da valorização do trabalho humano, a Constituição de 1988 tratou de esculpir o postulado da liberdade de iniciativa como um princípio fundamental, através do artigo 1º, inciso IV e artigo 170, *caput, in verbis*: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (...)”.

Este princípio fundamental assegura a todos a liberdade de ingressar no mercado de produção de bens e serviços, bem como de organizar os fatores de sua atividade, visando à obtenção de lucro. (CARVALHO, 2018) Ademais, conforme o parágrafo único do art. 170, a todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, sem necessidade de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Na lição de Barroso (2001, p. 189-190):

O princípio da livre iniciativa, por sua vez, pode ser decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles desdobrados no texto constitucional. Pressupõe ele, em primeiro lugar, a existência de propriedade privada,

isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CF, arts. 5º, XXII e 170, II). De parte isto, integra, igualmente, o núcleo da idéia de livre iniciativa a liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo único do artigo 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei. Em terceiro lugar situa-se a livre concorrência, lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os preços, que não de ser determinados pelo mercado, em ambiente competitivo (CF, art. 170, IV). Por fim, é da essência do regime de livre iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II).

É importante ressaltar, entretanto, que essa livre iniciativa não deve ser vista como absoluta. A Lei Fundamental assegura e garante a liberdade de iniciativa empresarial, no entanto, concomitantemente determina que a atuação esteja em conformidade com o bem-estar social. Nesse sentido, embora seja o Estado liberal, esse age impondo limites ao particular a fim “evitar condutas abusivas e atentatórias à dignidade coletiva.” (VASCONCELOS; GENOVEZ, 2013, p. 5).

Observa-se que a intervenção do Estado no domínio econômico não tem por finalidade reprimir o crescimento do setor privado, mas sim de impor limites quando esse obstar ou contrariar o bem-estar e o interesse social. Dessa forma, o princípio traduz a natureza capitalista da sociedade, ao mesmo tempo em que busca uma proteção social.

Deve-se atentar que via de regra prevalece a liberdade de iniciativa, devendo o Estado intervir somente quando necessário. Além disso, o princípio em questão

só deverá ser restringido por expressa previsão constitucional. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2001, p. 190) leciona:

As exceções ao princípio da livre iniciativa, portanto, haverão de estar autorizadas pelo próprio texto da Constituição de 1988 que o consagra. Não se admite que o legislador ordinário possa livremente excluí-la, salvo se agir fundamentado em outra norma constitucional específica.

3. FORMAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Fundada em princípios acima descritos, os quais, repise-se, não excluem outros “subprincípios” daqueles derivados, a atuação do Estado brasileiro encontra, basicamente, duas formas tratadas pela melhor doutrina nacional. Com a adoção cada vez mais evidente do modelo neoliberal de mercado, tem-se que uma das formas de ingerência do Estado no domínio econômico acaba por se sobrepôr a outra: o modo regulador sobre o executor.

Todavia, ambas as formas ainda existem no âmbito da atuação estatal sobre a esfera econômica, aqui captada *lato sensu*, sendo extremamente importantes para o regular e justo funcionamento da própria economia. Esse pensamento é referendado pela Suprema Corte brasileira, quando esta proclama que a intervenção estatal na economia deve funcionar como instrumento de regulação das esferas econômicas, sendo inclusive tal posição defendida pela Magna Carta de 1988, porém

(...) a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da República (art. 1º da CF/1988). Nesse sentido, confira-se abalizada doutrina: as atividades econômicas surgem e se

desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social. A intervenção está, substancialmente, consagrada na CF nos arts. 173 e 174. Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (*RPGE*, 32:71) que “O instituto da intervenção, em todas suas modalidades encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado” (...) (RE 422.941, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de

24.03.2006) [RE 632.644 AgR, rel. Min Luiz Fux, j. 10.04.2012, 1ª Turma, DJE de 10.05.2012].

Longe de configurar uma regulação extremamente restritiva, o que desaguardaria em uma verdadeira afronta à livre iniciativa, a atuação do Estado, como adiantado, deve ser pautada no dogma da mínima intervenção, isto é, na ingerência residual. O Estado apenas deve agir quando os interesses transindividuais estiverem, inequivocadamente, sendo atingidos, ou na iminência de assim o serem.

Nessa esteira, a seguir, serão tratadas mais especificamente das formas de intervenção do Estado acima mencionadas no julgado: a forma executora e a forma reguladora.

3.1. O ESTADO EXECUTOR

Para preservar o espírito capitalista na sociedade brasileira e incentivar a atuação da iniciativa privada, o constituinte de 1988 considerou por bem destacar que, ressalvados os casos previstos expressamente no texto magno, a exploração direta de atividade econômica por parte do Estado brasileiro apenas seria permitida quando necessária aos ditames da relevância dos interesses metaindividuais e da segurança nacional, casos estes definidos em lei (art. 173, CF/1988). Consoante Carvalho Filho (2015, p. 963), a “exploração de atividades econômicas cabe, como regra, à iniciativa privada”, e, portanto, excepcionalmente, ao Poder Público.

É bem verdade que, em atenção ao atual cenário global, tal forma tem sido minguada, haja vista o crescente interesse do capital internacional em investir sobretudo em países emergentes, caso do Brasil. Ilustre-se com o caso de que, em 1988, o constituinte brasileiro tratou de regular pesadamente o sistema financeiro nacional no próprio texto constitucional. Em 2003, porém, sobreveio uma emenda constitucional que suprimiu boa parte do descrito no artigo 192 da Constituição Federal e atribuiu o tratamento da matéria à regulação de lei complementar, restringindo-se o *caput* do mencionado artigo a cuidar de disposições principiológicas, caso do interesse da coletividade.

Outro claro exemplo de que o Estado executor encontra-se sendo encolhido se nota ao observar alguns processos em trâmite no País, como as privatizações no âmbito do setor elétrico (Eletrobras) [1], afetada pelo período eleitoral, e a imposição de limites aos gastos públicos federais, por meio de medidas adicionadas ao ADCT pela Emenda Constitucional 95, de 2016.

Uma posição abstencionista por parte do Estado viceja posicionamentos favoráveis na doutrina, caso de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 964), que destaca que

(...) o Estado não deve mesmo exercer a função de explorar atividades econômicas. papel que deve desempenhar é realmente o de Estado-Regulador, controlador e fiscal, mas deixando o desempenho às empresas da iniciativa privada.

O mesmo doutrinador cuida, também, de diferenciar os “serviços públicos econômicos” das atividades “ eminentemente econômicas” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 964). A nosso ver, a referida Emenda 95 – novo regime fiscal – afetou, sobretudo, os primeiros, e, secundariamente, abrangendo as atividades econômicas. Para ilustrar, não resta dúvidas que a vedação à concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de ordem tributária, em caso de eventual descumprimento dos limites impostos pelo Novo Regime Fiscal (art. 109, § 2º, II, ADCT), impõe perturbações na ordem econômica, embora não seja o fito deste trabalho adentrar no mérito destas.

Sob outra ótica, na realidade brasileira, observa-se alguns casos de monopólio estatal no domínio econômico. Constantes do artigo 177 da Lei Maior, são eles:

- I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
- II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal (BRASIL, 1988).

As atividades descritas nos incisos I a IV são exercidas, desde 1953, pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras).

Em síntese, tem-se que a atuação do Estado no domínio econômico sob a ótica executória apenas será legítima se atender aos pressupostos da segurança nacional ou do interesse coletivo ou houver expressa disposição constitucional no sentido da atuação.

3.2. O ESTADO REGULADOR

Cada vez mais presente em nossos dias, na forma meramente reguladora, conforme aduz a própria expressão, o Estado não intervém diretamente no processo econômico, e sim impõe balizas obrigatórias e vinculantes a serem observadas. Carvalho Filho (2015, p. 949) faz menção a regras disciplinadoras dos “ditames da justiça social”, o que está em perfeita consonância com os dispositivos principiológicos do artigo 170 da Norma Fundamental de 1988.

A propósito, a Carta Magna dispõe a respeito do Estado executor, em seu artigo 174, *verbis*: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Para se ter uma breve noção da importância do Estado regulador em nossos dias, tome-se como nota que, em fins do século XIX,

Rockfeller controlava noventa por cento de todo o petróleo refinado nos Estados Unidos. Como o único grande fornecedor restante, ele obteve um monopólio e pôde aumentar os preços sem se preocupar em perder o negócio para um concorrente que cobrasse menos. Praticamente todo mundo que queria derivados do petróleo tinha que negociar com ele. E outras grandes corporações seguiram seus passos, tentando eliminar os concorrentes e construir monopólios (DAVIDSON, 2016, p. 181).

São situações como a supracitada que o Estado regulador deve buscar sempre combater, por meio de ações fiscalizatórias. Chega a ser um contrassenso que o mesmo ente a quem cabe combater os monopólios privados os detenha, mas na forma pública. Todavia, deve-se atentar para o fato de que, em tese, tais monopólios públicos servem ao interesse nacional, enquanto os privados apenas importam aos seus proprietários ou sócios.

Em consonância com a Lei Maior de 1988, tem-se que cabe ao Estado reprimir o abuso do poder econômico com o fito de dominar os mercados e eliminar a concorrência, desaguando em aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º). O abuso do poder econômico pode se materializar, principalmente, em dois institutos: o truste e o cartel. No truste, há uma fusão de empresas de dado setor, que passam a formar um monopólio, com conseqüente eliminação da concorrência.

No cartel, as empresas continuam a existir separadamente, mas têm seus interesses conjugados para esmagar a concorrência (CARVALHO FILHO, 2015).

A Lei Federal 12.529, de 30 de novembro de 2011, é responsável por estruturar o sistema brasileiro de defesa da concorrência, possuindo, inclusive, disposições sobre a repressão de infrações contra a ordem econômica. A propósito, a competência para legislar sobre tais matérias é privativa da União, conforme o mandamento do artigo 22, incisos I, V e VI. Importante autarquia reguladora, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criado via Lei 12.529, constitui mecanismo importante para frear os abusos econômicos e identificar infratores, aplicando-lhes penas, sendo a mais comum a multa (CARVALHO FILHO, 2015).

Outras disposições legais partem da forma reguladora do Estado no domínio econômico, como a proteção dos próprios indivíduos contra abusos de partes técnica e financeiramente mais poderosas. Tais regulações encontram respaldo na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) que, ao fixar parâmetros mínimos de condições de trabalho aos obreiros, acaba por, invariavelmente, intervir no domínio econômico, impondo certos ônus aos empregadores, flexibilizados, é verdade, com o advento da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. No mesmo sentido protetivo, encontra-se o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que também configura, a nosso ver, intervenção do Estado no domínio econômico, ainda que de forma subsidiária.

No entanto, ao prever, por exemplo, ser direito do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, IV), decorrentes, sem dúvidas, do abuso do poder econômico, o Código Consumerista não deixa dúvidas de que se trata de um instrumento indireto do Estado para regular o domínio econômico sob a égide dos ditames da justiça social (art. 170, CF/1988).

4. PERSPECTIVAS

Na conjuntura contemporânea, uma série de decisões governamentais aponta para a redução do papel do Estado na economia brasileira, a citar mudanças relacionadas às privatizações, teto de gastos, taxa de juros e legislação trabalhista. Tais medidas não foram criadas atualmente como um escape para a situação conjuntural que o país atravessa com a crise econômica, as medidas supracitadas seguem a doutrina do século XVI que se convencionou chamar de “liberalismo econômico”, que considera que o Estado deve interferir o mínimo possível nas relações de mercado.

No Brasil, o reflexo do neoliberalismo econômico foi sentido com mais intensidade, primeiramente, no início da década de 1990 (VILLARES, 2003). Os neoliberais desconfiam da capacidade de organização do Estado e defendem que a economia deve ser baseada no jogo livre das forças de mercado.

Conforme Villares (2003, p. 272):

[sic] Sua desconfiança quanto à capacidade de organização do Estado abre espaço ao individualismo e à crença irrefletida na capacidade dos agentes privados se auto-organizarem, o postulado do livre-mercado organizado exclusivamente por suas próprias leis. Nasce a idéia da retirada do Estado do domínio econômico.

As ciências sociais se debruçaram sobre essa doutrina e como era de se esperar, influenciou o Direito. Desse modo, a Lei nº 8.031/90 (Programa Nacional de Desestatização) foi responsável por fazer a transformação dessa política econômica em norma jurídica no Brasil. Ademais, essa lei também continha o Programa Nacional de Privatização, promovida, ainda que timidamente e abafada pelo governo pautado por polêmicas, durante o mandato de Collor.

No governo de Fernando Henrique Cardoso, a lei supracitada foi revogada e substituída pela Lei nº 9.491/97, a qual planejou a política de privatização realizada pela União Federal, que contribuiu para a entrada do capital internacional na aquisição das antigas empresas estatais.

Mais recentemente em 2015, os princípios liberais foram inseridos ao documento intitulado “Uma Ponte Para o Futuro”. O documento contém uma série de medidas do MDB – partido do Presidente Michel Temer – para o Brasil, sendo que algumas delas vêm sendo implementadas durante o mandato do atual Presidente, principalmente em relação às privatizações e a outras modalidades de participação da iniciativa privada em negócios que, anteriormente, eram de exploração do Estado.

Sabendo disso, compreende-se que a crise econômica e política no Brasil, abriu espaço para uma mudança na agenda econômica nacional, através da propagação do pensamento neoliberal, com menos presença do Estado e aposta mais firme no protagonismo do investimento privado.

Entende-se, portanto, que a atuação do Estado na economia está intimamente relacionada aos anseios e necessidades sociais, através das imposições políticas, assim como das imposições econômicas do mercado, o que demonstra a ligação entre política e economia. Desse modo, conforme a análise da dinâmica do contexto político atual, a tendência observada leva a crer na redução da atividade do Estado no domínio econômico, de modo a prevalecer o Estado Regulador em detrimento do Estado Executor.

Concernente à seara trabalhista, a recente Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) em muito impactou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Embora se trate de legislação tradicionalmente associada ao âmbito privado, o Direito do Trabalho não deixa de configurar uma interferência do Estado no domínio econômico. De acordo com pesquisa realizada por José Dari Krein, Ludmila Abílio, Paula Freitas, Pietro

Borsari e Reginaldo Cruz, em obra publicada sob a organização de José Dari Krein, Denis Maracci Gimenez e Anselmo Luís dos Santos, tem-se que a presente reforma da sistemática laboral brasileira

(...) procura ampliar a liberdade das empresas manejar o trabalho de acordo com as suas necessidades, fundamentalmente buscando eliminar eventuais entraves ou obstáculos oriundos das instituições públicas. Assim, ela tem a finalidade de “legalizar” práticas de flexibilização e de redução de custos e ampliar ainda mais o cardápio de opções de manejo da força de trabalho.

Essa flexibilização mencionada pelos autores em muito guarda relação com o atual cenário brasileiro, marcado pelo desemprego e pelo trabalho informal. Por meio da referida lei federal, o Estado brasileiro por bem achou reduzir sua presença no âmbito trabalhista como forma de fomentar o setor. Tomando-se a tutela estatal ao indivíduo por intermédio do Direito Laboral como um “avanço social”, há uma série de críticas a respeito.

Finalizando, note-se que a desmobilização do Estado no âmbito de sua atuação no domínio econômico não pode se pretender ser integral, vez que a Constituição de 1988 fez questão de primar pelo Estado Social no Brasil, fruto de décadas de evolução e aprimoramento.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebeu-se que o Estado brasileiro é, desde sua gênese, tendente à intervenção no domínio econômico. Durante o Império, apesar de a Constituição de 1824 se pretender bastante liberal, abriu-se margem para questionamentos acerca da inércia ou não do Estado no domínio econômico. Já no período republicano, a Carta Magna de 1891 impôs as primeiras limitações à propriedade privada, símbolo máximo do domínio econômico nacional, expressando que esta poderia ser desapropriada, caso necessário ou

essencial à utilidade pública (art. 72, § 17, CF/1991). Porém, somente a partir de 1930 o Estado passa a tomar contornos mais notadamente intervencionistas, inaugurando o estado de “bem-estar social”, elevado à sua condição culminante com a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.

Essa intervenção no domínio econômico inaugurada via Norma Fundamental de 88 encontra-se, obviamente, respaldada em certos fundamentos e bases principiológicas, como os princípios da livre iniciativa e valorização do trabalho humano (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, CF/1988).

No tocante às formas de atuação, tem-se a executora e a reguladora, cabendo aqui destacar que esta última tem sido, particularmente, aumentado sua importância sobre aquela. No âmbito de um Estado – e, portanto, de uma sociedade – cada vez mais tendente ao liberalismo – que não se confunde com o libertarianismo –, a forma reguladora tem como axiomas a proteção das próprias pessoas contra abusos técnicos e financeiros das partes hipersuficientes, financeiramente mais poderosas. Exemplo de medidas nesse sentido é a existência de um Código de Defesa do Consumidor (CDC) no Brasil, que se trata, conforme destacado anteriormente, de instrumento indireto do Estado para regular o domínio econômico, tendo por base os ditames da justiça social, constantes do artigo 170 da Constituição.

Por fim, quanto às perspectivas, conclui-se que, desde a década de 1990, com o Estado cada vez menos atuante no âmbito executor, a tendência é que à seara reguladora seja dada maiores atenções, não obstante haja até mesmo flexibilizações recentes desta, como por meio da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017).

As eleições de 2018, por exemplo, por meio de uma verdadeira guinada à direita por parte da sociedade, reafirmaram a tendência de reforço de um governo menos atuante no domínio econômico, com forte programa de privatizações e concessões e de desregulamentação de certos “entraves” na economia.

Contudo, não se pode perder de vista o Estado Social tão caro ao texto constitucional brasileiro, que consagra determinados limites à indiferença do Estado no domínio econômico. Não obstante hajam até mesmo emendas constitucionais ao Título VII da Constituição Federal (como a emenda nº 6, de 1995), artigo 170 da Lei Maior, do presente Título, é prova cabal disso. Configurando-se um objetivo em letras mais claras e mais distante do artigo 3º, o legislador constituinte transpareceu, no artigo 170, que a ordem econômica seria fundada na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, tendo por fim “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social” (grifamos). E da Constituição Federal, independentemente da ideologia da gestão, governo algum pode olvidar.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 187-212, v. 226, out./dez., 2001. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240/44652>>.

Acesso em 16 out. 2018.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24.^a Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 1 out. 2018.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 22 out. 2018.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível _____ em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível _____ em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível _____ em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 5.^a Edição. Salvador: Juspodivm, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28.^a Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 6.^a Edição. Salvador: Editora JusPodvum, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 28.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAVIDSON, James West. Uma Breve História dos Estados Unidos. Tradução por Janaína Marcoantonio. 1.^a Edição. Porto Alegre: Editora L&PM, 2016.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. 1.^a Edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (EDUSP), 2000.

KREIN, José Dari; ABÍLIO, Ludmila; FREITAS, Paula; BORSARI, Pietro; CRUZ, Reginaldo. Flexibilização das relações de trabalho: insegurança para os

trabalhadores. In: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luís dos. Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018. Cap. 3. p. 95-122. Disponível em: <<https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/LIVRODimensoes-Criticas-da-Reforma-Trabalhista-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

LEMOS, Rafael Severo de. A valorização do trabalho humano: fundamento da república, da ordem econômica e da ordem social na constituição brasileira de 1988. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 15, nº 1261, 25 de junho de 2015. Disponível em <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7243-a-valorizacao-do-trabalho-humano-fundamento-da-republica-da-ordem-economica-e-da-ordem-social-na-constituicao-brasileira-de-1988>>. Acesso em 15 out. 2018.

MARQUES, Rafael da Silva. Valor social do trabalho, na ordem econômica, na constituição brasileira de 1988. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 28.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Débora Brito; OLIVEIRA, Lourival José de. Aspectos sobre a valorização do trabalho humano. Argumentum (UNIMAR), v. 07, p. 71-86, 2007.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11.^a Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho**. Coord. Pedro Lenza. 5.^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

VASCONCELOS, Débora Camargo; GENOVEZ, Simone. **Análise dos princípios constitucionais econômicos à luz da Iniciativa Privada**. In: XXII Congresso Nacional CONPEDI, 2013, São Paulo.

VILLARES, Luiz Fernando; Privatização: a gota d'água. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n.234, p. 261-276, 2003. Disponível em

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45158/44811>>.

Acesso em 4 nov. 2018.

NOTAS

[1] BNDES publica novo cronograma de privatização de distribuidoras da Eletrobras. 17 ago. 2018, G1 Globo.

<<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/08/17/bndes-publica-novo-cronograma-de-privatizacao-da-eletobras.ghtml>>. Acesso em 20 out. 2018.

O TRANSPORTE IRREGULAR DE DEFENSIVO AGRÍCOLA (AGROTÓXICO) E SUAS IMPLICAÇÕES CRIMINAIS. A DIFICULDADE DE TIPIFICAR PENALMENTE O TRANSPORTE DE AGROTÓXICO, À VISTA DO ART. 56 DA LEI Nº 9.605 DE 1998; ART. 15, ART. 16, AMBOS DA LEI Nº 7.802/89; ART. 334-A, §1º, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO ENTRE OUTROS DISPOSITIVOS LEGAIS

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL)¹.

Um assunto que gera discussões, diz respeito ao transporte irregular de defensivo^[1] agrícola (agrotóxico^{[2][3]}) e suas variáveis na seara criminal. Aliás, a tipificação desta conduta faz vir à tona, a grande problemática de enquadramento dela.

Outrossim, para fins de análise é importante definir se o recipiente de defensivo agrícola (agrotóxico) está com o produto ou substância tóxica. Caso não esteja com o produto ou substância tóxica poderá ter outros desdobramentos criminais.

Sob o ponto de vista conceitual, o anexo I acrescentado pela Portaria MTE n.º 2.546, de 14 de dezembro de 2011, que depois foi alterada pela Portaria MTb n.º 1.086, de 18 de dezembro de 2018 traz o seguinte conceito de agrotóxico (defensivo agrícola), a saber:

“Agrotóxicos e afins: São produtos químicos com propriedades tóxicas e que são utilizados na agricultura para controlar pragas, doenças, ou plantas daninhas que causam danos às plantações. Afins são produtos com características ou funções semelhantes aos agrotóxicos. (Inserida pela Portaria MTb n.º 1.086, de 18 de dezembro de 2018)”

1 Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

Por sua vez, o art. 3º da Lei n. 7.802/89 dispõe que: "Os agrotóxicos, seus componentes e afins (...), só poderão ser produzidos, exportados, importados, comercializados e utilizados, se previamente registrados em órgão federal, de acordo com as diretrizes e exigências dos órgãos federais responsáveis pelos setores da saúde, do meio ambiente e da agricultura".

Já o transporte dessas substâncias está regulamentado pela Norma Regulamentadora nº. 31 do Ministério do Trabalho e Emprego, aprovada pela Portaria Ministerial n. 86, de 03.03.05, publicada no Diário Oficial da União de 04.03.05. Vejamos:

"31.8.19 Os agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins devem ser transportados em recipientes rotulados, resistentes e hermeticamente fechados.

31.8.19.1 É vedado transportar agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins, em um mesmo compartimento que contenha alimentos, rações, forragens, utensílios de uso pessoal e doméstico.

31.8.19.2 Os veículos utilizados para transporte de agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins, devem ser higienizados e descontaminados, sempre que forem destinados para outros fins".

Sublinhada essas questões iniciais, é chegada a hora dos enfrentamentos das típias, a respeito do transporte irregular de defensivo agrícola (agrotóxico) e suas variáveis na esfera penal.

O primeiro exame perpassa pela ótica do **art. 56 da Lei nº 9.605 de 1998.**
- Análise da conduta sob o prisma do art. 56 da Lei nº 9.605 de 1998

O art. 56 da Lei nº 9.605 de 1998 traz como relevante penal, a conduta de transportar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos:

"Lei nº 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998

Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Art. 56. Produzir, processar, embalar, **importar, exportar**, comercializar, fornecer, **transportar**, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar **produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos:**

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem abandona os produtos ou substâncias referidos no caput, ou os utiliza em desacordo com as normas de segurança.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Redação dada pela Lei nº 12.305, de 2010)

I - abandona os produtos ou substâncias referidos no caput ou os utiliza em desacordo com as normas ambientais ou de segurança; (Incluído pela Lei nº 12.305, de 2010)

II - manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento. (Incluído pela Lei nº 12.305, de 2010)

§ 2º Se o produto ou a substância for nuclear ou radioativa, a pena é aumentada de um sexto a um terço.

§ 3º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa”.

Obviamente, há elementos normativos no tipo penal contidos nas expressões “**em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos**”.

Torna-se indispensável buscar a legislação extrapenal para ver se precisamente há ou não a incidência da norma em vista dos fatos.

Entretanto, há doutrina que cita isso como **norma penal em branco**^[4].

Para nós tecnicamente é um misto de elemento normativo do tipo e norma penal em branco, pois reúne ambas as situações.

Mas não paramos por aí, porque a conduta de transportar irregularmente de agrotóxico permite outras tipificações variáveis.

- Exame da conduta na ótica do art. 15 da Lei nº 7.802/89

Nessa banda, o art. 15 da Lei nº 7.802/89 também incrimina a conduta de quem transporta resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação pertinente. Nesta ocasião, o agente estará sujeito à pena de reclusão.

Com isto, se alguém exportar ou importar agrotóxicos, sem estar autorizado pela legislação de regência para tanto, incidirá na infração penal do crime do art. 56 da Lei nº 9.605/98, visto que os núcleos em referência (“importar” e “exportar”) não se encontram previstos no art. 15 da Lei nº 7.802/89. Nesse contexto, há uma crítica do Desembargador Federal, Dr. Paulo Afonso Brum Vaz, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que merece reprodução^[5].

Avancemos nos exames do art. 15 da Lei nº 7.802/89, senão vejamos:

“Art. 15. Aquele que produzir, comercializar, transportar, aplicar, prestar serviço, der destinação a resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação pertinente estará sujeito à pena de reclusão, de dois a quatro anos, além de multa. (Redação dada pela Lei nº 9.974, de 2000)”^[6]

Não podemos olvidar que, existe uma discussão tangente ao delito previsto no art. 15 da Lei nº 7.802/89 ter sido ou não revogado pelo advento do art. 56 da Lei nº 9.605 de 1998. Em resposta, advogamos a tese de que o dispositivo do art. 15 da Lei nº 7.802/89 persiste intacto e em plena vigência concomitante com art. 56 da Lei nº 9.605 de 1998 perante nosso ordenamento pátrio^[7].

Comungando desta posição, os doutrinadores, Vladimir e Gilberto Passos de Freitas, acerca da polêmica observam que:

“ [...] muito embora a redação desse tipo penal se assemelhe à do art. 15 da Lei nº 7.802/89, nele não há qualquer menção expressa a agrotóxicos, seus componentes e afins. Ora, a conclusão a que se chega é de que o art. 15 da Lei nº 7.802/89 foi preservado. E tanto é verdade que a Lei nº 9.605/98 não faz qualquer menção, explícita ou implícita, ao outro crime da Lei nº 7.802/89, ou seja, à conduta prevista no art. 16 para aqueles que deixam de promover medidas necessárias à proteção da saúde ou do meio ambiente. Não será demais lembrar que a Lei nº 7.802/89 é especial, pois cuida apenas de agrotóxicos, e, por isso, não pode ser considerada revogada pelo art. 56 da Lei nº 9.605/98, regra geral. A propósito, Assis Toledo lembra que ‘considera-se especial (*lex specialis*) a norma que contém todos os elementos da geral (*lex generalis*) e mais o elemento especializador. Há, pois, na norma especial um *plus*, isto é, um detalhe a mais que sutilmente a distingue da norma geral’. Continuam, pois, em vigor os dois tipos penais da lei de agrotóxicos (arts. 15 e 16), tratando o dispositivo ora em exame de outros produtos ou substâncias tóxicas diversas” (***Crimes Contra a Natureza***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 188/189).

Para esta parcela da doutrina então, os dois tipos penais da Lei de Agrotóxicos (arts. 15 e 16), continuam a conviver no ordenamento com o art. 56 da Lei nº 9.605/98, em que aqueles 02 (dois) primeiros são tipos especiais, apesar de a jurisprudência também divergir da mesma linha, consoante se verá adiante.

Temos ainda o dever de enfrentar a disposição do art. 16 da Lei nº 7.802/89 que apesar de citado, não incrimina a conduta de quem transporta o agrotóxico. Em verdade, o tipo penal do art. 16 da referida lei, criminaliza o empregador,

profissional responsável ou o prestador de serviço, que deixar de promover as medidas necessárias de proteção à saúde e ao meio ambiente. Atentemos a disposição do citado dispositivo legal “in verbis”:

“Art. 16. O empregador, profissional responsável ou o prestador de serviço, que deixar de promover as medidas necessárias de proteção à saúde e ao meio ambiente, estará sujeito à pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, além de multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR. Em caso de culpa, será punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, além de multa de 50 (cinquenta) a 500 (quinhentos) MVR”.

Sem muito esforço de interpretação, entendemos que o art. 16^[8], Lei nº 7.802/89, não incide na análise da temática, razão pela qual nos cumpre avançar em outras variáveis.

Ainda se tem também, a discussão do agrotóxico (defensivo agrícola) ao redor do art. 334-A do Código Penal Brasileiro.

- Reflexão da conduta à luz do art. 334-A, §1º, do Código Penal Brasileiro

Embora o art. 334-A, §1º^[9], do Código Penal Brasileiro tenha como preceito primário as seguintes condutas abaixo, ele expressamente não contempla o verbo transportar na via terrestre (conquanto preconiza o dobro de pena, se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial, no § 3º, do indigitado dispositivo legal):

“Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando;

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente;

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.”

A primeira provocação neste ponto, é o seguinte: o fato de o citado dispositivo não contemplar, expressamente, o verbo “transportar” na via terrestre estaria abrangido pelo verbo importar ou exportar ou seria um silêncio eloqüente do legislador?

Pensamos que, os verbos importar ou exportar mercadoria proibida são por demais abrangentes e poderia perfeitamente abarcar o verbo transportar mercadoria proibida (agrotóxicos, defensivos agrícolas) na via terrestre, já que esse importar ou exportar permitem várias modalidades de se materializar esta conduta, inclusive por meio de transporte, por obviedade.

O fato de o citado dispositivo não contemplar, expressamente, o verbo transportar na via terrestre como hipótese de agravamento da pena seria um silêncio eloqüente do legislador? A pergunta não é de difícil resposta, pois o legislador entendeu por opção de política criminal fixar pena em dobro, apenas se o crime de contrabando for praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial, no § 3º, do indigitado dispositivo legal, que seria formas mais difíceis de fiscalizar - não prevendo o transporte terrestre como causa de majoração da pena. Logo, se quisesse poderia e se assim não fez, não pode o intérprete alargar o campo de incidência.

Registra-se de qualquer forma, para incidência de outros possíveis verbos, o produto ou substância devem ser proibidas para se cogitar eventualmente essa figura penal.

Em nosso sentir, a conduta de quem insere (introduz) em solo nacional, ou dele exporta, substância agrotóxica (defensivo agrícola), sem que esteja autorizado a assim proceder pela legislação de regência, poderia cogitar a aplicabilidade do tipo penal de contrabando, caso essa conduta não encontrasse vida no art. 56 da Lei nº 9.605/98, em que a aplicabilidade se dará, por se tratar de norma especial relativamente àquela do art. 334-A do Código Penal Brasileira, não se perdendo de vista o art. 15, da Lei de Agrotóxico, onde conforme a moldura fática, poderia ou não atrair sua aplicabilidade – conforme se verá adiante.

Segundo preleciona o penalista, Cezar Roberto Bitencourt, reputa-se:

“[...] especial uma norma penal, em relação a outra **geral**, quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de mais alguns, denominados **especializantes**”. Isto é, a norma especial acrescenta elemento próprio à descrição típica prevista em norma geral. Assim, como afirma Jescheck, “toda a ação que realiza o tipo do delito especial realiza também necessariamente, ao mesmo tempo, o tipo do geral, enquanto que o inverso não é verdadeiro. A relação especial tem a finalidade, precisamente, de excluir a lei geral, e, por isso, deve precedê-la. O princípio da especialidade evita o *bis in idem*, determinando a prevalência da norma especial em comparação com a geral, e pode ser estabelecido *in abstracto*, enquanto os outros princípios exigem o confronto *in concreto* das leis que definem o mesmo fato”(BITENCOURT, Cezar Roberto. *in Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 130).

Extraí-se que o **critério especializante** que faz incidir a hipótese do art. 56 da Lei Ambiental é o fato de que ali se pune importação não de qualquer “mercadoria proibida” (art. 334-A do CPB), senão que de “**produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana** e ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos. Nesse ponto também, não se pode olvidar da inteligência do art. 15, da Lei de Agrotóxico, conforme a moldura fática, que poderia ou não atrair sua aplicabilidade – consoante se verá mais adiante.

A jurisprudência^[10] em enfrentamento ao tema já decidiu de várias maneiras consoante já dito em linhas pretéritas. Veremos agora ponto a ponto essas variações sobre o assunto. Vejamos:

“**Ementa:** PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. CONTRABANDO E TRANSPORTE DE AGROTÓXICOS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. ORDEM PÚBLICA. PERIGO DE EVASÃO. AUSÊNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. FIANÇA. CABIMENTO. 1. Havendo a operação policial desmantelado a estrutura da suposta organização criminosa, além de não restar bem evidenciada a possibilidade de reiteração da conduta, não se afigura presente o requisito da garantia da ordem pública, previsto no art. 312 do CPP. 2. A probabilidade de fuga do Paciente não passa de mera cogitação, insuficiente para a decretação da custódia cautelar. 3. Tendo em conta os delitos em tese praticados bem como as peculiaridades do caso em tela, a liberação do Paciente deve restar condicionada à prestação de fiança, como medida de cautela e fixação de vínculo entre o acusado e o Juízo, na linha da jurisprudência desta Corte” [TRF-4 - HABEAS CORPUS HC 13193 SC 2007.04.00.013193-9 - Data de publicação: 13/06/2007].

Na hipótese supra, a jurisprudência admitiu o concurso de crime. Neste mesmo sentido, é a lição também do delegado da polícia federal, Dr. Márcio Adriano Anselmo:

“Temos, portanto, que no caso da prática do crime de contrabando o sujeito passivo pratica também o delito previsto no artigo 15 da Lei de Agrotóxicos em concurso formal. Trata-se de concurso formal heterogêneo, ou seja, ocorre quando o agente, mediante uma só ação, pratica dois crimes previstos em normas penais diversas (um previsto no Código Penal e outro na Lei de Agrotóxicos)” (ANSELMO, Márcio Adriano. **Contrabando e aplicação do art. 15 da Lei nº 7.802/89**. *Jus Navegandi*. Disponível em: << <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp/id=5316>>>. Acesso em 12 de setembro de 2019).

Seguindo ainda a linha doutrinária acima, de maneira mais evidente, o mesmo Tribunal Regional da 4ª Região entendeu diante das mesmas condutas de crime de contrabando e do artigo 15 da Lei de Agrotóxicos se ter os 2 (dois) crimes em concurso de crimes (um delito de contrabando e outro delito de transporte de agrotóxico). Analisemos:

“Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. ARTIGOS 334 DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO. ARTIGO 15 DA LEI Nº 7.802/89. PRODUÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E TRANSPORTE DE AGROTÓXICOS. PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA.FIANÇA. FIXAÇÃO DA GARANTIA FINANCEIRA. LIMITES E CIRCUNSTÂNCIAS. CPP , ARTS. 325 E 326 . 1. Os limites do valor da fiança, estabelecidos no art. 325 do CPP , devem ser dosados na forma do art. 326 do CPP e eventualmente alterados em razão de especial condição financeira do réu (art. 325 , § 1º CPP). 2. A fiança deve ser fixada de modo que não se torne obstáculo indevido à liberdade (afastado expressamente pelo art. 350 CPP para o preso pobre), nem caracterize montante irrisório, meramente simbólico, que torne inócua sua função de garantia processual. 3. Tratando-se de dois crimes com penas máximas de quatro anos (art. 334 do Código Penal e art. 15 da Lei nº 7.802 /89), aplicável é a alínea c do art. 325 CPP , variando a fiança de 20 a 100 SMR (cada qual equivalia a 40 BTN's), o que hoje importa no valor de R\$ 1.396,80 a 6.984,00, podendo pela situação econômica do réu ser reduzido a R\$ 465,60 ou aumentada a 69.840,00. 4. Sopesadas as condições legais para a fixação da fiança, as circunstâncias do art. 526 do CPP e, especialmente, considerando as condições financeiras do réu - art. 326 c/c 325, § 1º CPP -, fica condicionada a liberdade provisória ao pagamento de fiança arbitrada em R\$ 6.000,00 (seis mil reais)” [TRF-4 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RSE 921 RS 2006.04.00.000921-2 (TRF-4) - Data de publicação: 16/08/2006].

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região faz uma distinção interessante que também é empregada pelo Superior Tribunal de Justiça, dizendo que se o agente, após importar agrotóxico em desobediência à legislação pertinente, transporta-o no interior do território brasileiro, comete o crime do art. 56 da Lei n. 9.605/98, norma especial em relação ao delito de contrabando (CP, art. 334-A). O(s) Tribunal(ais) prossegue(m) pontuando que a situação é diversa, se o agente que, sem ter introduzido o agrotóxico em solo nacional, é autuado transportando-o internamente, hipótese em que restará tipificado o crime do art. 15 da Lei n. 7.802/90 (posição que nos filiamos, consoante tópico pretérito). Atenhamos ao julgado:

“EMENTA

PENAL. TRANSPORTE ILEGAL DE AGROTÓXICO DE ORIGEM ESTRANGEIRA. TIPICIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. DOSIMETRIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. O art. 3º da Lei n. 7.802/89 dispõe que: "Os agrotóxicos, seus componentes e afins (...), só poderão ser produzidos, exportados, importados, comercializados e utilizados, se previamente registrados em

órgão federal, de acordo com as diretrizes e exigências dos órgãos federais responsáveis pelos setores da saúde, do meio ambiente e da agricultura".

2. O transporte dessas substâncias está regulamentado pela Norma Regulamentadora n. 31 do Ministério do Trabalho e Emprego, aprovada pela Portaria Ministerial n. 86, de 03.03.05, publicada no Diário Oficial da União de 04.03.05.

3. Em princípio, o transporte de agrotóxico em infração às normas de regência pode ser tipificado em duas normas penais, tanto no art. 56 da Lei n. 9.605/98 quanto no art. 15 da Lei n. 7.802/89.

4. Conforme a jurisprudência, o aparente conflito entre as normas penais resolve-se da seguinte forma: o agente que, após importar agrotóxico em desobediência à legislação pertinente, transporta-o no interior do território brasileiro, comete o crime do art. 56 da Lei n. 9.605/98, especial em relação ao delito de contrabando (CP, art. 334). Diversa é a situação do agente que, sem ter introduzido o agrotóxico em solo nacional, é autuado transportando-o internamente, hipótese em que restará tipificado o crime do art. 15 da Lei n. 7.802/90 (STJ, REsp n. 1378064/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 27.06.17; REsp n. 1449266/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 06.08.15; TRF da 3ª Região, ACR n. 2007.60.02.004157-8, Rel. Juiz Fed. Conv. Márcio Mesquita, j. 22.10.09; TRF da 4ª Região, ACR n. 2006.71.16.000686-2, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 15.07.09).

5. O tipo penal do art. 15 da Lei n. 7.802/89 faz referência a agrotóxicos, componentes e afins, sendo "resíduos e embalagens vazias" complemento do objeto material, a saber, "agrotóxicos, seus componentes e afins".

6. Comprovadas a materialidade e autoria delitivas.

7. Na espécie, a considerável quantidade de agrotóxico ilegalmente transportado pelo acusado (37 kg), bem como seus maus antecedentes representados por condenação transitada em julgado (cfr. fl. 224) diversa daquela que ensejou a exasperação da pena pela reincidência (cfr. fls. 212 e 214), ensejam o aumento da pena-base em 1/6 (um sexto), para 2 (dois) anos e 4 (quatro) de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, nos termos do art. 59 do Código Penal.

8. Dada a reincidência do acusado, ficam mantidos o regime inicial semiaberto e o indeferimento da substituição da pena de reclusão por

restritivas de direitos. Na espécie, ainda que descontado, nos termos do art. 387 do Código de Processo Penal, o período de 4 (quatro) dias em que o réu permaneceu preso em flagrante delito, mantém-se o regime inicial semiaberto, em razão da reincidência.

9. Desprovida a apelação do acusado.

10. Provida a apelação do Ministério Público Federal” (TRF 3ª REGIÃO. **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0009151-90.2012.4.03.6000/MS**. 2012.60.00.009151-1/MS – Relator Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALO).

Neste outro caso, a jurisprudência já do Tribunal Regional Federal da 3ª Região seguiu para outra direção:

“**Ementa:** DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPORTAÇÃO, **TRANSPORTE** E GUARDA DE **AGROTÓXICO** DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO NACIONAL. ART. 56 DA LEI 9.605 /98. NORMA ESPECIAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE **CONTRABANDO** A QUE ALUDE O ART. 334 DO CP . COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. A importação de **agrotóxicos** de ingresso proibido no Brasil amolda-se à figura típica inscrita no art. 56 da Lei 9.605 /98 - considerada norma especial em relação ao crime de **contrabando** a que alude o art. 334 do CP -competindo à Justiça Federal processar e julgar o feito. Precedentes desta Corte” [TRF-4 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RSE 2829 RS 2007.71.03.002829-1 - Data de publicação: 04/06/2010].

Notamos que o julgado enfatizou que conduta típica inscrita no art. 56 da Lei 9.605 /98 seria considerada norma especial, em relação ao crime de contrabando a que alude o art. 334-A do CPB.

- Art. 180 ou art. 180,§ 1º, ambos do Código Penal Brasileiro

Por derradeiro, no campo da tipificação, poderíamos cogitar por algum momento que a situação de quem “adquire”, por preço inferior ao do mercado regular, para uso próprio ou comercialização, o agrotóxico – que é produto de contrabando, introduzido irregularmente no país – estaria abrangido pela conduta abrigada no **art. 180 ou art. 180,§ 1º, ambos do Código Penal Brasileiro**.

Cuida-se de mercadoria que se sabe ou deveria saber, pelas condições, ser produto de crime.

Todavia, pelo princípio da especialidade, atrevemos a dizer que o agente praticando qualquer um dos verbos do art. 15 da Lei nº 7.802/89, a inteligência deste artigo incidirá ao invés do **art. 180 ou art. 180,§ 1º, ambos do Código Penal**

Brasileiro – sem prejuízo do art. 56, da Lei do Meio Ambiente, a depender da moldura fática.

Devemos partir do pressuposto de que após adquirir, o agente irá **transportar, comercializar** ou **usar** o produto.

Valendo-nos das lições de Paulo Afonso Brum Vaz, devemos ter em mente que quando não se aperfeiçoar a hipótese de co-autoria (art. 29 do CP), o enquadramento tenderá na subsunção no art. 15 da Lei dos Agrotóxicos e, no que tange às condutas não contempladas por este tipo penal, o enquadramento recairá no art. 56 da Lei dos Crimes Ambientais.

- Da competência criminal (discussão da Justiça Estadual versus Justiça Federal)

De mais a mais, a infração penal do art. 15 da Lei de Agrotóxicos; art. 56, da Lei do Meio Ambiente e em especial o delito de contrabando (art. 334-A do CPB), de qualquer espécie e seja qual for o seu objeto, são crimes que podem interessar precipuamente ou não à União reprimir, pois sempre será afetada, mediata ou imediatamente, em seus serviços e interesses.

Além do mais, sob o enfoque, do contrabando, o Brasil é signatário da Convenção Sobre a Repressão do Contrabando, assinada em Buenos Aires, em 1935, fazendo incidir a regra do art. 109, V, da CF, anotando ainda a Súmula nº 105 do STJ: “A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens”^[11], embora devamos ter em mente sobre o ensaio acima, acerca das tipificações.

Concernente à competência dos delitos enumerados nos arts. 15 e 16 da Lei nº 7.802/89 (Lei dos Agrotóxicos) e art. 56 da Lei do Meio Ambiente, há o entendimento contrário ao do contrabando, asseverando que similar do que ocorre com crimes contra o meio ambiente, em regra, a competência para processar e julgar os delitos tipificados nos arts. 15 e 16 da Lei nº 7.802/89 (Lei dos Agrotóxicos) é da Justiça Estadual^[12].

O argumento é de que a regra constitucional de competência em matéria penal (art. 109, IV), somente atrai a Justiça Federal, se o delito afetar bens, serviços ou interesses da União, de suas autarquias, fundações ou empresas públicas. Assim, os crimes decorrentes acima que afetem a saúde pública, apenas serão da competência federal se ocorrer a situação acima. Exemplificando a situação, projetemos a hipotética conduta de utilização criminosa de agrotóxicos, que cause danos à fauna aquática de um rio pertencente à União, será da competência da Justiça Federal o respectivo processo-crime. São bens da União Federal, lembrando, “os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que

banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais” (art. 20, III, da CF).

Logo, se exigirá do intérprete perquirir a luz do caso concreto para avaliar a incidência da competência da justiça federal ou não, assim como da atribuição para investigar (Polícia Civil ou Polícia Federal).

- Da (in)dispensabilidade de perícia seja em qualquer dos dispositivos a se enquadrar a conduta

O assunto deveras é tormentoso acerca da (in)dispensabilidade de perícia, seja em qualquer dos dispositivos^[13] a se enquadrar a conduta do transporte irregular de agrotóxico (defensivo agrícola).

Há corrente que defende a dispensabilidade de perícia, assim como, há corrente que prega pela sua imperiosa necessidade para materializar o crime.

Por fim, como intérprete e operadores do direito, devemos ter a cautela das variáveis desta conduta do transporte irregular de agrotóxico (defensivo agrícola) na seara criminal, em que se recomenda diante da celeuma, a requisição da perícia para evitar prejuízos às investigações.

Das considerações finais

Em arremate, para tipificação desta conduta de transporte irregular de defensivo agrícola (agrotóxico) será importante definir se o recipiente está com o produto ou substância tóxica para se analisar suas variáveis na seara criminal. Caso não haja produto ou substância tóxica poderá ter outros contornos jurídicos.

Ademais, com as ressalvas dos posicionamentos citados, entendemos que se o agente, após importar agrotóxico em desobediência à legislação em voga, transporta-o para o interior do território brasileiro, realmente faz incidir o crime do art. 56 da Lei n. 9.605/98, norma esta especial, em relação ao delito de contrabando (art. 334-A, CPB). A situação é diversa, se o agente que, sem ter introduzido o agrotóxico em solo nacional, é autuado transportando-o internamente, entendemos que nesta hipótese restará tipificado o crime do art. 15 da Lei n. 7.802/90^[14]. Outrossim, o tipo penal do art. 15 da Lei n. 7.802/89 faz referência a agrotóxicos, componentes e afins, sendo "resíduos e embalagens vazias" complemento do objeto material, a saber, "agrotóxicos, seus componentes e afins". Referências bibliográficas:

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Crimes de Agrotóxicos**. Artigo publicado em 16.09.2005. Disponível

em: << http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao008/paulo_vaz.htm>>. Acesso em 05 de setembro de 2019.

Vladimir e Gilberto Passos de Freitas *Crimes Contra a Natureza*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANSELMO, Márcio Adriano. **Contrabando e aplicação do art. 15 da Lei nº 7.802/89**. Jus Navegandi. Disponível em: << <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5316>>>. Acesso em 12 de setembro de 2019.

STJ. LexSTJ, vol. 90, p. 248, Rel. Ministro Cid Flaquer Scartezini.

TRF-4 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RSE 921 RS 2006.04.00.000921-2 (TRF-4) - Data de publicação: 16/08/2006.

TRF-4 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RSE 2829 RS 2007.71.03.002829-1 - Data de publicação: 04/06/2010]

TRF-4 - HABEAS CORPUS HC 13193 SC 2007.04.00.013193-9 - Data de publicação: 13/06/2007.

Agrotóxico, veneno, defensivo? Entenda a disputa pelo nome desses produtos agrícolas. **Pedro Grigori, Agência Pública / Repórter Brasil | 24/01/19. Disponível em:** << <https://reporterbrasil.org.br/2019/01/agrotoxico-veneno-defensivo-entenda-a-disputa-pelo-nome-desses-produtos-agricolas/>>>.

Acesso em 05 de setembro de 2019.

Defesa fitossanitária. Wikipedia, a enciclopédia livre. Disponível em: << https://pt.wikipedia.org/wiki/Defesa_fitossanit%C3%A1ria>>

NOTAS:

¹¹ O termo “defensivo” segundo grandes especialistas da área é uma impropriedade e consistiria num equívoco, ambígua, utópica, vaga e tendenciosa, já que sob o ponto de vista etimológico corresponde como “próprio para a defesa”, mas não indica com precisão a defesa de quem teria por escopo. O defensivo poderia até constituir um “eufemismo” para dar a impressão de não se ter emprego de substâncias tóxicas e nocivas.

Ora, o agricultor tendo o conhecimento de que o produto é tóxico, certamente redobrará os cuidados devidos ou adotará outra forma de controlar a praga, o patógeno [doença] ou a planta invasora [daninha], lembrando que no passado, o agricultor já usava a expressão ‘veneno’.

Ademais, se empregamos a terminologia “defensivo agrícola”, a defesa intuitivamente seria da agricultura, não especificando tratar-se de substância tóxica para o controle de espécies daninhas. De qualquer forma, pelo uso da terminologia “defensivo agrícola” podemos entender qualquer técnica usada na defesa da agricultura um defensivo agrícola.”

Sob este prisma, o especialista Adilson D. Paschoal [do Departamento de Entomologia e Acarologia da Escola Superior de Agricultura Luiza de Queiroz (Esalq) da USP] sustenta que até métodos orgânicos e de controle de erosão do solo poderiam ser denominados também de “defensivos agrícolas”.

Adilson D. Paschoal assevera outrossim que, “quando pensamos em termos da natureza, tais produtos não podem ser encarados como instrumentos de defesa, mas de ataque maciço contra todo tipo de vida. E de destruição e perturbação do equilíbrio da natureza”.

A mesma observação se dá com relação à terminologia “fitossanitário”.

O fitossanitário ou a proteção sanitária vegetal “é o conjunto de medidas adotadas pela agricultura a fim de se evitar a propagação de pragas e doenças, especialmente exóticas, em biomas, plantações ou áreas em que estas não existem e onde os organismos não possuem defesas ou mecanismos naturais de controle” (Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Defesa_fitossanit%C3%A1ria>>. Acesso em 05 de setembro de 2019).

Logo, para essa corrente, o termo “defensivo agrícola” possui mais viés ideológico do que o termo “agrotóxico” que ele tem a pretensão de substituir, sendo a expressão “agrotóxico” mais correta para todos as acepções, mormente etimologicamente e cientificamente, porquanto a ciência encarregada de estudar os efeitos desses produtos é nominada de toxicologia (Disponível em: <<<https://reporterbrasil.org.br/2019/01/agrotoxico-veneno-defensivo-entenda-a-disputa-pelo-nome-desses-produtos-agricolas/>>>. Acesso em 05 de setembro de 2019).

^[2] O termo agrotóxico tem origem do grego: *ágros* (campo) e *toxicon* (veneno).

^[3] No exterior, o termo “pesticida” (do latim *pestis*, a doença, e *cida*, o que mata) é adotado oficialmente por países de línguas francesa (pesticides) e inglesa (pesticides). Já o termo praguicida (do latim *plaga*, a praga, e *cida*, o que mata), é usado nos países espanhóis (plaguicida). Avançando, segundo o especialista, Adilson D. Paschoal, os termos não são adequados para a língua portuguesa. Nesse sentido, o termo “pesticida” significa ‘o que mata a peste’, e ‘peste’ é doença, onde o vocábulo não pode ter um alcance geral, a ponto de abranger pragas, patógenos e outras plantas invasoras. Prossegue o especialista, Adilson D. Paschoal, afirmando que ainda para corresponder a doença, a terminologia seria inapropriada, já que não é a “doença que se mata, mas os seus agentes causadores: “os patógenos” (Disponível em: <<<https://reporterbrasil.org.br/2019/01/agrotoxico-veneno->

[defensivo-entenda-a-disputa-pelo-nome-desses-produtos-agricolas/](#)> >. Acesso em 05 de setembro de 2019).

[4] NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 4ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 956.

[5] "A circunstância de o tipo penal específico não conter as condutas "importar" e "exportar" pode gerar situações verdadeiramente injustas. Basta ver o benefício do art. 89 da Lei nº 9.099/95, conhecido como *sursis* processual. Consoante já se disse, ele é perfeitamente aplicável ao delito previsto na Lei Ambiental (art. 56), cuja pena mínima é igual a 1 (um) ano. Não se aplica, contudo, ao crime previsto no art. 15 da Lei nº 7.802/89. Desse modo, um grande **contrabandista** de agrotóxicos terá, em tese, se acionado criminalmente, direito à suspensão condicional do processo, benefício que não se oferecerá, no entanto, tendo em conta o quantitativo da pena mínima (02 anos), àquele que, não tendo importado, se dedica ao transporte, em território nacional, da mencionada substância. Se é que a conduta de **importação** não é mais grave que a de **transporte**, ao menos se deve admitir que ambas têm o mesmo potencial de lesividade, não se justificando, de maneira alguma, o tratamento legislativo diferenciado. Ou se desloca, para o tipo penal da lei ambiental, as condutas previstas no diploma específico, ou, o que parece mais correto, se altera a Lei nº 7.802/89, para nela incluir os núcleos faltantes, especialmente aquelas modalidades de "importar" e "exportar". Merece alguma referência a situação de quem "adquire", invariavelmente por preço inferior ao do mercado regular, para uso próprio ou comercialização, o agrotóxico que é produto de contrabando, vale dizer, introduzido irregularmente no país. À primeira vista, poder-se-ia pensar que a conduta se enquadra no art. 180 do CP, que cuida do crime de receptação. Afinal, trata-se de mercadoria que se sabe ou deveria saber, pelas condições, ser produto de crime. Aqui, novamente, urge invocar o princípio da especialidade. Parece-nos de meridiana clareza que, praticando o agente qualquer um dos verbos do art. 15 da Lei nº 7.802/89, esta será a regra punitiva a incidir. Deduz-se que, depois de adquirir, o agente irá transportar, comercializar ou usar o produto. Dessarte, sempre que não se aperfeiçoe a hipótese de co-autoria (art. 29 do CP), o enquadramento deverá buscar a subsunção no art. 15 da Lei dos Agrotóxicos e, no que tange às condutas não contempladas por este tipo penal, no art. 56 da Lei dos Crimes Ambientais" (VAZ, Paulo Afonso Brum. Crimes de Agrotóxicos. Artigo publicado em 16.09.2005. Disponível

em: << http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao008/paulo_vaz.htm>>. Acesso em 05 de setembro de 2019).

^[6] Altera a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências.

^[7] Em verdade, existem 03 (três) correntes doutrinárias, acerca desta discussão especificamente:

1ª Corrente

Sustenta que todas as condutas contidas no tipo do art. 15 da Lei dos Agrotóxicos foram contempladas pelo tipo previsto no art. 56 da Lei dos Crimes Ambientais. Desse modo, o art. 15 estaria revogado por este último. Aplicar-se-ia, destarte, a regra do art. 2º, § 1º, da LINDB, dispondo que a lei posterior revoga a anterior quando regule inteiramente a matéria por esta tratada. Esta posição é defendida por Paulo Affonso Leme Machado, Paulo de Bessa Antunes e Édis Milaré, Luiz Paulo Sirvinkas entre outros.

2ª Corrente

Defende que o delito previsto no art. 15 da Lei dos Agrotóxicos, lei especial, não estaria revogado pela Lei dos Crimes Ambientais (lei geral). Filiamo-nos a esta corrente.

- Enquanto na Lei nº 9.605/98 a sanção penal é dirigida contra quem pratica conduta lesiva ao meio ambiente, manipulando substância tóxica, no tipo descrito no art. 15 da Lei nº 7.802/89, a punição se volta contra o manuseio de agrotóxicos. Seria desnecessário dizer que o primeiro vocábulo tem um significado mais amplo do que o segundo. Defende esta corrente os autores do quilate de Guilherme de Souza Nucci, Vladimir e Gilberto Passos de Freitas, Paulo José da Costa Junior.

3ª Corrente

Para esta corrente, não é possível sustentar pela revogação do art. 15 da Lei 7.802/1989 alterada pela Lei 9.974/2000 que é posterior a Lei 9.605/1998. Assim, o art. 15 da Lei 7.802/1989 permanece em vigência, porém a pena a ser aplicada deve ser a do art. 56 da Lei 9.605/1998, porquanto seria desproporcional punir o uso de "resíduos e embalagens vazias" com pena maior do que a pena prevista para quem efetivamente emprega o próprio conteúdo da embalagem. Estão alinhados nesse entendimento Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio M. de Almeida Delmanto e Silvio Luiz Maciel.

^[8] Lembrando que existe a discussão doutrinária de vigência deste dispositivo, diante do advento do art. 68 da Lei nº 9.605/1998 que deverá ser analisada, perante cada caso concreto.

^[9] Em que pese o art. 334-A do CPB, não contemplar o verbo “transportar” expressamente, parece que intuitivamente quem “importa” ou “exporta” se valeria de algum tipo de transporte por razões óbvias para tanto.

^[10] No mesmo norte conferir: **Apelação Criminal (ACR) : APR 0000543-19.2011.4.01.3503 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator Desembargador Federal Olindo Menezes. Publicação 26/09/2018.**

^[11] O STJ, por sua 3ª Seção, em precedente antigo enfrentando o Conflito de Competência nº 6511/SP, em 14.08.96 (LexSTJ, vol. 90, p. 248, Rel. Ministro Cid Flaquer Scartezini), entendeu que o crime de comercialização de agrotóxico irregular, sendo da competência dos Estados legislar sobre o uso, a produção, o consumo, o comércio e o armazenamento, bem como fiscalizar o uso, o consumo, o comércio, o armazenamento e o transporte interno de agrotóxicos, seus componentes e afins, é competência da Justiça Estadual, em detrimento da competência da Justiça Federal.

^[12] “Penal e Processo Penal. Conflito negativo de competência. Justiça Estadual x Justiça Federal. 1. Crime de transporte de agrotóxicos de origem estrangeira. Art. 15 da Lei n. 7.802/1989. Inexistência de processo para investigar suposto contrabando. Ausência de afronta a bens, serviços ou interesse da União. 2. Ausência de elementos que comprovem transnacionalidade da conduta. Procedência estrangeira do agrotóxico. Fato que não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal. 3. Conflito conhecido, para declarar a competência da Justiça Estadual, a suscitante. 1. Cuidando-se de crime de transporte de agrotóxico de origem estrangeira, sem que se tenha instaurado processo por contrabando e sem que se demonstre a transnacionalidade da conduta, não se verifica o preenchimento das hipóteses constitucionais de competência da Justiça Federal. 2. Admitir, de forma peremptória, que todo crime que tenha relação com produtos trazidos de outro país seja da competência da Justiça Federal, independentemente da vulneração imediata, e não meramente reflexa, de bens, serviços e interesses da União, e sem que efetivamente se verifique a transnacionalidade da conduta, desvirtuaria a competência fixada constitucionalmente. 3. Conheço do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Foz do Iguaçu/PR, o suscitante.” (CC 125.263/PR, Terceira Seção, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desemb. convocado do TJ/SP), DJe 30/10/2014) Ante o exposto, conheço do conflito de competência, e declaro competente o Juízo de Direito da Segunda Vara da Comarca de São Joaquim da Barra - SP, ora suscitante. P. e I. Brasília (DF), 09 de fevereiro de 2018. Ministro Felix Fischer Relator (STJ - CC: 156.159 SP 2017/0335772-0, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Publicação: DJ 19/02/2018). No mesmo sentido quanto à competência estadual para julgar e processar os delitos do art. 15 e art. 16 da Lei nº 7.802/89 (Lei dos Agrotóxicos) são os seguintes

julgados do Superior Tribunal de Justiça: (STJ, CC 107.001/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe de 18/11/2009). (CC 149.750/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017) e (STJ - CC 155.950 AL 2017/0324621-1, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Data de Publicação: DJ 13/03/2018).

[13] Arts. 15 e 16 da Lei nº 7.802/89 (Lei dos Agrotóxicos); art. 56 da Lei do Meio Ambiente; art. 334-A do CPB.

[14] *PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 15 DA LEI 7.802/89 E ART. 56 DA LEI 9.605/98. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. REVALORAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. FATOS EXPLICITAMENTE ADMITIDOS E DELINEADOS NO V. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO EG. TRIBUNAL A QUO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (...).*

II - A Lei n. 7.802/89 é especial em relação à Lei 9.605/98 no que tange ao transporte de agrotóxico. Entretanto, aquela não veicula o verbo importar como um dos núcleos do tipo previsto no art. 15, diferentemente do que ocorre com a Lei dos Crimes Ambientais, em seu art. 56. Este dispositivo é mais amplo, contendo doze núcleos, dentre eles o de importar e o de transportar substâncias tóxicas.

III - Na hipótese vertente, tendo o mesmo agente se valido, em um mesmo contexto fático, do transporte de agrotóxicos, após ingressar em território nacional destituído da autorização e documentação devidas para tanto, pratica tão somente a infração prevista no art. 15 da Lei 7.802/89, (norma mais grave e especial em relação à Lei de Crimes Ambientais) porquanto o núcleo importar, in casu, estava inteiramente subordinado à consecução do transporte de agrotóxico (...). (STJ, REsp n. 1378064/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 27.06.17)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. IMPORTAÇÃO DE SUBSTANCIA TÓXICA (ARTIGO 56 DA LEI Nº 9.605/98) E TRANSPORTE DE AGROTÓXICO (ARTIGO 15 DA LEI Nº 7.802/89). ADEQUAÇÃO TÍPICA.

1. Inexistindo elementos no sentido de que o denunciado, tendo recebido na rodoviária de Foz de Iguaçu mala com produto que sabia ter procedência estrangeira para transporte dentro do território nacional, tenha ajustado ou aderido à importação antes da sua consumação, não se pode falar em participação na importação de substância tóxica (artigo 56 da Lei nº 9.605/98) mas em delito autônomo de transporte de agrotóxico (artigo 15 da Lei nº 7.802/89) (...). (STJ, REsp n. 1449266/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 06.08.15)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRANSPORTE DE AGROTÓXICO DE ORIGEM ESTRANGEIRA, SEM DOCUMENTAÇÃO DE REGULAR INTERNAÇÃO E SEM REGISTRO NO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA. CONFLITO APARENTE ENTRE O ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 15 DA LEI 7.802/1989. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA

COMPROVADA COM RELAÇÃO A UM DOS CO-RÉUS. DOSIMETRIA DA PENA: PROCESSOS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES. AFERIÇÃO NO CASO CONCRETO (...).

2. Os réus são acusados de importar e transportar agrotóxico de procedência estrangeira sem prova de importação regular, bem como sem a competente autorização do Ministério da Agricultura. O conflito aparente entre as normas do artigo 334, caput, do Código Penal e artigo 15 da Lei nº 7.802/89 resolve-se pela aplicação do princípio da especialidade e da consunção.

3. Se o agrotóxico sem registro no Ministério da Agricultura é espécie do gênero mercadoria proibida, então a conduta de transportar agrotóxico deve ser enquadrada na norma mais específica, qual seja, o artigo 15 da Lei nº 7.802/89, e não no artigo 334 do Código Penal.

4. Não é possível concluir-se que essa mesma conduta tipifica ambos os crimes, ao fundamento de que os bens jurídicos tutelados são distintos. O crime do artigo 334 visa proteger o interesse público do Estado na regularidade do estabelecimento de suas políticas de comércio exterior, enquanto que o tipo do artigo 15 da Lei nº 7.802/89 visa proteger a saúde das pessoas e o meio ambiente. Não há interesse do Estado na proteção da regularidade do comércio exterior, no caso do agrotóxico desprovido de registro. Esse tem sua importação proibida, não em razão da política estatal de comércio exterior, mas pelo fato de não possuírem registro no Ministério da Agricultura. Tanto que é proibida a comercialização de qualquer agrotóxico sem registro, seja ele importado ou nacional.

5. O transporte de agrotóxico de origem estrangeira configura apenas o crime do artigo 15 da Lei nº 7.802/89. Precedentes.

6. Não há há elementos os autos que indiquem que Edgar tenha participado do transporte do agrotóxico nem da sua importação, de modo que é de rigor a manutenção do decreto absolutório.

7. Materialidade demonstrada pelo auto de apreensão de 160 quilos de agrotóxico da marca Pegasus; laudo de exame agrotóxico, que atesta que o agrotóxico possui princípio ativo registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, porém não pode ser comercializado ou utilizado no Brasil por não possuir registro no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, sendo mercadoria de origem chinesa, importada pelo Paraguai (...).(TRF da 3ª Região, ACR n. 2007.60.02.004157-8, Rel. Juiz Fed. Conv. Márcio Mesquita, j. 22.10.09)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE AGROTÓXICOS. IMPORTAÇÃO E TRANSPORTE IRREGULARES. AMBIENTAL. LEI N.º 7.802/89, ARTIGO 15. LEI N.º 9.605/98, ARTIGO 56. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. PENA MÍNIMA PREVISTA EM ABSTRATO. UM ANO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. LEI N.º 9.099/95. POSSIBILIDADE.

1. O art. 15 da Lei n.º 7.802/89 é especial em relação ao art. 56 da Lei n.º 9.605/89 no que coincidem as respectivas ações nucleares, devendo preponderar em relação a este. Deixa, no entanto, de sê-lo no que diferem. Importar, por exemplo, não é conduta tipificada no art. 15 da Lei n.º 7.802/89, mas está, quanto a substâncias tóxicas proibidas ou ilegais, elencada na regra proibitiva do art. 56 da Lei n.º 9.605/98.

2. O agente que, após pessoalmente importar agrotóxico em desobediência à legislação pertinente, transporta-o no interior do território brasileiro, sujeita-se às penas somente do delito previsto no art. 56 da Lei n.º 9.605/98. O transporte de substância tóxica por aquele que a importou consiste em pós-fato impunível, pois quem, por si mesmo, importa, para tanto, necessariamente, transporta. Diversa é a situação em que, sem ter introduzido o agrotóxico em solo pátrio, encontra-se o agente a transportá-lo (internamente), hipótese em que estará descumprindo a regra do art. 15 da Lei n.º 7.802/89.

3. Se, ainda que na sentença, ocorre a desclassificação do crime delineado na denúncia para delito cuja pena máxima prevista em abstrato é igual ou inferior a um ano, afigura-se possível o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo (TRF da 4ª Região, ACR n. 2006.71.16.000686-2, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 15.07.09)

DESATENÇÃO DE ADMINISTRADORAS E CONDOMÍNIOS IMPACTA AÇÕES DE EXECUÇÃO: CONDOMÍNIOS NÃO ESTÃO APROVEITANDO A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PARA AÇÕES DE EXECUÇÃO CUJO O OBJETO SEJA A COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS.

FABIO MARTINS DI JORGE:

Especialista em Direito Administrativo, é sócio fundador da Advocacia Di Jorge.

Num passado recente, as dívidas relativas às cotas condominiais eram cobradas através de ações de cobrança, que seguiam o rito ordinário, procedimento mais moroso até que se consiga o recebimento do quanto devido pelos condôminos inadimplentes. Os boletos emitidos pelos condomínios nunca foram considerados títulos executivos, insuficientes para o preenchimento dos requisitos legais para o desiderato.

Todavia, o Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de Março de 2016, inovou sobre o tema quando incluiu a possibilidade de execução direta das contribuições ordinárias e extraordinárias de condomínio edilício, desde que preparado corretamente o título executivo extrajudicial.

Desta forma, desde o advento da nova legislação processual, existe a possibilidade concreta de que o condômino que não efetuar o pagamento das taxas condominiais ordinárias e extraordinárias seja cobrado pelo condomínio por meio de um processo executivo. Porém, algumas regras foram estabelecidas pelo CPC para permitir a execução direta, dispensando-se o credor de ajuizar ação de cognição ampla ou, quando pouco, monitória.

Para fazer jus aos benefícios que a execução judicial permite ao credor, os condomínios e suas administradoras devem preparar previamente uma documentação idônea de suporte. Isso por que, a certeza e a exigibilidade da obrigação condominial decorrem diretamente do texto legal, mais precisamente do quanto disposto no artigo 1.336, I do Código Civil. Quase sempre, além disso, a obrigação está estampada na convenção condominial.

Faltaria um requisito do título executivo: a sua liquidez. O título executivo é revestido, como se sabe, de certeza, exigibilidade e liquidez, vale dizer, quanto a

esse último, que a cártula deve exprimir uma dívida numérica estampada e obtida por simples operação aritmética.

Destarte, os valores os quais todos os condôminos devem contribuir para o rateio mensal devem estar documentalmente comprovados, de modo que se faz mister que constem expressamente nas atas após a aprovação pela assembleia condominial. Todos os reajustes e a previsão orçamentária do condomínio para cobertura dos gastos, também, deverão constar em atas e comunicados, na forma do regimento interno. Tanto as despesas ordinárias, quanto as extraordinárias, deverão estar material e contabilmente expressas nas atas de assembleia, com a finalidade de que seja, pois, respeitado o requisito da liquidez.

É o quanto reza o atual artigo 784, X do Código de Processo Civil:

Art. 784 - São títulos executivos extrajudiciais:

(...);

X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas.

Entretanto, na prática, temos notado que muitos condomínios não estão se preparando adequadamente para a inovação legislativa, deixando de produzir essa simples documentação, que, mais tarde, poderia facilitar a cobrança de seu crédito em Juízo. O alerta também vale para as administradoras de condomínios, que devem se aperfeiçoar frente ao que permite o atual CPC. Recentemente, recebemos um caso para cobrança de taxas condominiais, em que tivemos que propor ação monitória, com intensa fundamentação jurídica, justamente pela falta de previsão expressa, nos documentos trazidos à colação pelo cliente, sobre qual era o valor exato da contribuição mensal daquele condômino inadimplente.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça de Goiás foi preciso em aresto da lavra do desembargador Delintro Belo de Almeida, assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. QUOTAS CONDOMINIAIS. NECESSIDADE DE PREVISÃO NA CONVENÇÃO OU

APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA GERAL, DOCUMENTAÇÃO INCOMPLETA. 1. Conf. art. 784, inciso X, possível o procedimento executivo para recebimento de taxas condominiais; no entanto, não basta a previsão genérica das despesas na convenção do condomínio, mas a comprovação documental e aprovação na assembleia geral, situação incorrente na espécie. 2. Por outro lado, verificada a inadequação da via eleita, nada impede ao Apelante buscar seu direito pela via ordinária, munido das provas documentais faltantes(...). (TJGO, Apelação 5059721-17.2017.8.09.0051, 5ª Câmara Cível, julgado em 20/03/2018, DJe de 20/03/2018).

Desse modo, o processo de execução deve ser instruído com cópia integral da convenção do condomínio credor, autorizando a cobrança das cotas condominiais, além da ata de assembleia que aprovou o valor das previsões orçamentárias do condomínio, seus respectivos reajustes, não sendo exagero, ainda, provar a previsão orçamentária; tudo com a finalidade precípua de que o Juiz da Execução possa desde o despacho inicial verificar com clareza que o valor constante da memória de cálculo, ainda que com consectários e multa de 2%, seja exatamente aquele previamente estipulado em ata pelo condomínio exequente. Com isso, estará a parte cumprindo o importante requisito da liquidez para cobrança das cotas condominiais mensais de cada um dos condôminos.

Grosso modo, ao não ser possível a ação de execução direta, o credor perde os seguintes benefícios: (i) celeridade do rito; (ii) diante da intimação para pagamento da dívida em 3 dias a contar da citação; (iii) caso não haja o pagamento em 03 dias, nos termos do art. 828 do CPC, a confecção de certidão de que a execução fora admitida pelo Juízo, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis; (iv) possibilidade de penhora do bem mais rapidamente em caso de não pagamento voluntário e; (iv) negativação do nome do devedor antes de que se tenha que aguardar pelo trânsito em julgado de uma sentença judicial constitutiva do crédito.

Ora, não é demais lembrar que, com o advento do novo Código de Processo Civil, procurou-se facilitar a *vida* do credor, ainda que não olvidados

princípios básicos de proteção da dignidade do devedor e do contraditório. Assim sendo, a não observância da lei posta por parte dos condomínios e administradoras, embora evidentemente não prejudique o crédito, dificulta a sua cobrança em Juízo e acaba por não permitir ao credor usufruir da benesse trazida com a inovação legislativa, salutar e muito bem-vinda.

AIRBNB: VIOLAÇÃO DAS REGRAS CONDOMINIAIS OU SIMPLES USO DO DIREITO DE PROPRIEDADE?

DANIEL FERREIRA MARTINS:

advogado integrante do escritório Cerveira, Bloch, Goettems, Hansen e Longo Advogados Associados, formado pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD).

Atualmente, a internet assola todos os ramos do comércio e dos indivíduos da sociedade. Deste modo, diante do avanço tecnológico, a tendência é que a internet se expanda ainda mais, abrangendo as pessoas tanto nos direitos individuais quanto os coletivos.

Neste contexto, a utilização de ferramentas como Airbnb, Booking, entre outras plataformas virtuais de locação, vem ganhando cada vez mais força no mercado e, conseqüentemente, no ordenamento jurídico brasileiro que está em vigor, principalmente, quando levamos em consideração o atual cenário econômico do país.

Assim, a utilização das plataformas e aplicativos tem gerado ações judiciais, especificamente pelos condomínios que entendem que a locação das unidades autônomas, estariam atuando como meio de hospedagem de natureza comercial e que a entrada desses novos locatários gera insegurança aos outros moradores do condomínio.

A questão é: Será que a locação de um quarto em um imóvel não fere o princípio da propriedade prevista da Constituição Federal? Será que o proprietário do imóvel não pode dispor dos cômodos de seu imóvel como bem entender, desde que obedecendo as regras gerais do condomínio e a Lei?

Esse tipo de procedimento está sendo muito discutido, principalmente pela jurisprudência nas ações ajuizadas pelos condomínios em face dos proprietários de apartamento que locam um cômodo por um período curto de tempo, o que chamamos de locação por temporada.

A Lei Federal nº. 8.245/91 (Lei do Inquilinato), em seu artigo 48, considera a locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos e outros fatos que decorram tão somente de determinado tempo, contratada por prazo não superior a 90 dias, estando ou não mobiliado o imóvel.

Os defensores dessa prática de locação temporária entendem que a proibição fere diretamente o direito de propriedade previsto na Constituição Federal (Artigo 5º, XXII) e os direitos do proprietário (artigo 1228 do Código Civil). Já, por outro lado, estão os condomínios que entendem que este tipo de locação caracteriza serviços de hotelaria, possuindo fins lucrativos e, portanto voltados para a atividade comercial.

Para a caracterização de serviços de hotelaria, seria necessário que o hóspede se alojasse num ambiente arquitetado que exige a concorrência de diversos serviços essenciais e indispensáveis à locação, cuja ausência geraria certo desconforto e insatisfação, o que não é o caso das locações temporárias, que o locador visa somente à cessão de um espaço por tempo inferior a 90 dias, que pode ou não ser cominada com serviços acessórios.

Entendendo de maneira clara a controvérsia estabelecida, está previsto no artigo 1351 do Código Civil que caso o condomínio queira proibir o uso da locação temporária, deve ao menos ser estabelecida uma Assembleia Geral Ordinária com quórum mínimo de 2/3 dos moradores para aprovação, sendo qualquer alteração, infringência ao quórum estabelecido ou estipulação em ata de assembleia ou registro interno, ser passível de anulação por meio de ação judicial.

Atualmente, no Recurso Especial nº. 1.819.075/RS, que se encontra em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) justamente para julgar esta questão da locação temporária, o Ministro Luis Felipe Salomão entendeu que a proibição do direito de dispor de sua propriedade fere a constituição federal, o que não é permitido. O recurso em questão está com julgamento suspenso e não tem previsão para a retomada, no entanto, poderá influenciar todas as plataformas virtuais de locação.

Até o julgamento do STJ ser finalizado, cabe lembrar que as locações por temporada previstas no artigo 48 da Lei 8.245/91(Lei do Inquilinato) permitem a locação por prazo não superior a 90 dias, ou seja, as locações feitas via Airbnb e outras plataformas virtuais, se obedecidos todos os requisitos legais, não oferece óbice para a locação. Isso porque inexistente qualquer restrição legal ou convencional, sendo que o condomínio deve se abster de criar qualquer embaraço aos negócios jurídicos que os condôminos proprietários quiserem ao menos locar um cômodo de sua propriedade.

A SUSPENSÃO DE PROCESSOS ORIUNDOS DE DADOS DO COAF [NÃO]É ABSOLUTA

**LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO
HENRIQUE DA SILVA JUNIOR:**
Universidade Cândido Mendes

Em meados de julho do ano corrente o Supremo Tribunal Federal, por relatoria do Ministro Dias Toffoli, decidiu suspender, em todo o território nacional, ações e inquéritos que versassem sobre compartilhamento de dados entre o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) e os Ministérios Públicos Estaduais e Federais.

Na ocasião, o relator recebeu petição protocolada pela defesa de Flávio Bolsonaro, filho do então Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, a qual alegava a quebra ilegal dos sigilos bancários e fiscal por parte do MPERJ, que teria utilizado o COAF como “atalho” para se furtar do devido controle por parte do Poder Judiciário no tocante a obtenção de informações financeiras.

A defesa de Flávio Bolsonaro argumentou que o COAF extrapolou o simples compartilhamento de movimentações consideradas atípicas, passando a fornecer informações sigilosas.

Desta forma, o Ministério Público, após obter as informações sigilosas fornecidas pelo COAF, solicitou a mencionada quebra dos sigilos bancário e fiscal, numa tentativa de “lavagem de provas” das informações que já detinha.

Portanto, em observação ao poder geral de cautela, a Corte Suprema, no RE 1.055.941/SP, entendeu pela suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal, referentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, em trâmite no território nacional, que foram instaurados à revelia da supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (COAF, BACEN, etc), até o julgamento definitivo, marcado para novembro do ano corrente.

Entretanto, pontuou a relatoria do Recurso Extraordinário alhures mencionado que o sobrestamento não é automático, sendo necessário que se

analise cada caso concreto para verificar-se o enquadramento ao tema tratado na espécie recursal.

Tal decisão de não automaticidade no sobrestamento tem gerado algumas decisões conflitantes nos tribunais nacionais, como é caso do Processo nº 0100860-84.2018.4.02.0000, com decisão proferida pelo Desembargador Federal Abel Gomes, da 1ª Seção do TRF 2ª Região, em que figuram como réus os deputados Luiz Martins e Marcos Abrahão.

Na mencionada decisão, a Corte Federal negou a suspensão do processo, mantendo os réus em prisão preventiva, alegando que a situação dos autos não se assemelha a decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seu voto, o desembargador declarou que a decisão emanada da Corte Constitucional se refere a ações que detenham, exclusivamente, dados fornecidos pelo COAF, hipótese que não se amolda aos autos, que está instruído com provas oriundas de diversas fontes.

Dentre as provas referidas pelo magistrado, está o relato de colaboradores, que entregaram planilhas, com nomes, datas e dados sobre pagamentos feitos a assessores de deputados. Logo, as informações concedidas pelo COAF, apesar de referirem-se a movimentações financeiras atípicas em contas bancárias, precisariam ser completadas com outras informações, obtidas pela quebra do sigilo bancários dos parlamentares, a qual foi realizada com a adequada ordem judicial.

Neste contexto, concluiu o TRF 2ª Região que a ação “sobreviveria” mesmo sem o relatório de informações financeiras (RIF) fornecido pelo COAF

O relator ainda pontuou que o processo contra os parlamentares possui réus em prisão preventiva e que, também por esta razão, não se aplicaria a liminar do STF.

Todavia, apesar do brilhantismo que denota as explanações do eminente magistrado, entendemos que a decisão proferida pode ter incorrido em equívoco quanto a observância da liminar emanada do Excelso Pretório.

A uma, porque não se verifica no acórdão do RE 1.055.941/SP quaisquer referências a impossibilidade de observância das imperativas ali expostas à processos com réus presos preventivamente.

Pelo contrário, por motivos de razoabilidade, faz-se imperioso a suspensão do processo e a revogação da preventiva aplicada nos casos em que se verificar a questão prejudicial do uso de informações privilegiadas sem a prévia supervisão judicial, por se tratar de conduta ministerial que afronta diversos princípios constitucionais pátrios, como a segurança jurídica e o devido processo legal, postulados que sobrepõe a manutenção do “tumulto processual” aparentemente pretendida pela Corte Federal.

Noutro lado, não se extrai da dicção decisória no Recurso Extraordinário tratado que a liminar aplicar-se-ia tão somente a ações que possuam como arcabouço probatório exclusivamente dados compartilhados pelo COAF, ao contrário, refere-se ao sobrestamento de procedimentos que utilizem estes dados como provas, obtidos sem supervisão ou autorização do Poder Judiciário, independente da unicidade destas no “leque probatório” detido pelo *parquet*.

Adiante, as alegações de que o tónus muscular da acusação não restaria prejudicado com o afastamento das informações compartilhadas pelo COAF, razão pela qual a suspensão do feito não é medida que se impõe não se mostra satisfatória, pelos motivos a seguir explanados.

No caso em tela, caso se considere que as informações obtidas o foram por meios ilegais, em dissonância com os trâmites processuais e procedimentais adequados, estas informações não poderiam ser utilizadas em desfavor do acusado, eis que ilícitas, gerando, também, a ineficácia contagiosa em relação a todas as provas dela decorrentes, sob pena de nulidade.

Isto posto, entendemos que os argumentos esposados pela Corte Federal não mostram-se adequados ao caso em tela, colocando em risco o maquinário judicial e o próprio devido processo legal, ante a palpável ilicitude contida na forma de obtenção das informações utilizadas, pautando um largo crescimento da conduta apelidada de “lavagem de provas” promovida pelos representantes do

Ministério Público, sobretudo no âmbito da operação lava jato, conduta que afronta a legitimidade fundante do Estado Democrático de Direito.

ABANDONO AFETIVO ÀS AVESSAS: E QUANDO OS FILHOS ABANDONAM OS PAIS?

NATALIA BACARO COELHO: pós-graduada em Direito de Família e Sucessões Aplicado pelo Centro Universitário da FMU e em Direito Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, advogada do escritório Cerveira, Bloch, Goettems, Hansen e Longo Advogados Associados.

É de conhecimento público e notório que a população está envelhecendo. E não chegamos a essa conclusão apenas por conta das várias informações veiculadas nos meios de comunicação sobre o andamento da proposta de reforma do atual sistema previdenciário. Se pararmos em uma estação de metrô, em uma praça de alimentação de qualquer shopping center, perceberemos que há mais idosos caminhando pelos corredores do que crianças correndo pelos mesmos espaços.

É sabido que algumas enfermidades acometem exclusivamente a faixa etária daqueles que possuem mais de 60 anos, tais como alguns tipos de demência, e algumas doenças degenerativas, tais como o mal de Alzheimer, o mal de Parkinson, dentre outras, pelo fato de tal relação estar crescendo a cada nova descoberta da ciência.

E justamente por conta desse aumento da população da terceira idade na sociedade, que se começou a perceber que os idosos, da mesma forma que as crianças, possuem necessidades especiais. Tais necessidades podem restringir-se a um auxílio para que o idoso possa participar ativamente na comunidade em que está inserido, ou um auxílio material por um determinado período de tempo, a fim de que o idoso possa manter as condições básicas para a sua subsistência, incluindo os gastos com despesas médicas, alimentação, moradia, dentre outros.

O legislador constituinte, ao perceber que o idoso possui algumas necessidades especiais, da mesma forma que as crianças também possuem algumas necessidades específicas, já determinou, nos artigos 229 e 230 da Constituição Federal, que cabe aos filhos, à família em que o idoso está inserido, além da sociedade, do Estado, de modo subsidiário, a obrigação de proporcionar o melhor

ambiente para que o idoso possa desenvolver-se, participar da sociedade em que pertence. Ou seja, viver, mesmo que sejam pelos últimos anos da caminhada do ancião, de uma forma digna, como previsto no artigo 1º da Carta Magna.

Acontece que, nem sempre, toda a entidade familiar e o meio social que o idoso participa verdadeiramente promovem esse auxílio aos anciãos.

Auxílio esse que não se restringe ao campo material, tal como a prestação de alimentos. É preciso mencionar que, da mesma forma que qualquer outra pessoa em qualquer faixa etária, o idoso possui sentimentos, um estado emocional que depende da manifestação de carinho, afeto e cuidado de quem, um dia, já foi acalentado pelo idoso de hoje.

E é justamente essa falta de cuidado afetivo do idoso pelos seus familiares que causa um agravamento nas doenças que o idoso já possui, tais como demência, o agravamento de quadros depressivos, dentre outras enfermidades que são estudadas com mais afinco pelo campo psicológico da medicina.

Não são raros os casos em que vistorias feitas pelos órgãos fiscalizadores, tais como secretarias de assistência social, Promotorias de Justiça especializadas, dentre outros dependendo da organização administrativa do município ou do Estado em questão, encontram idosos internados em clínicas médicas nas mais degradantes condições, tanto materiais quanto morais, sem poder usufruir dos benefícios previdenciários de que são titulares, pela ação danosa de estelionatários, que visam apenas e tão somente enriquecer-se às custas do sofrimento de quem já possui mais de 70, 80 ou 90 anos de idade, e sem receber uma única visita de um único parente, seja ele quem for, há muito tempo.

Tanto o abandono material quanto o abandono moral caminham juntos, e ambos são gravemente nocivos quando são caracterizados no ancião. Seria um tanto incoerente pensar que aquele que auxiliou tantos quando possuía alguns anos a menos, hoje, estar em uma situação de abandono, tendo que se sujeitar a continuar no mercado de trabalho para complementar a renda fornecida pelo benefício previdenciário.

Não se pode esquecer que os jovens e os adultos de hoje, aqueles que, atualmente, possuem 20, 30 ou 40 anos, daqui a alguns anos, caso não ocorra nenhum outro grave contratempo, estarão em uma situação de maior vulnerabilidade e precisarão ser amparados pelos mais novos; amparo esse que não se restringe ao campo material.

O idoso, como qualquer pessoa, em qualquer faixa etária, em qualquer classe social, merece todo o respeito e auxílio que a família, a sociedade e o Estado podem fornecer, não apenas pelo que eles ainda podem fazer, pois é crescente o número de idosos que ainda são considerados pessoas economicamente ativas nos índices que medem a atividade econômica de determinada região, mas por tudo aquilo que eles já fizeram, por toda a contribuição que eles já deram para o avanço da sociedade, da ciência, do Estado como um todo.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO DURANTE A FASE DE INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE LEGAL, DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

VINICIUS DE SOUZA CASTRO:

Graduado em direito pela Universidade Fundação Oswaldo Aranha - UniFOA (2017); Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá (2019); Advogado militante no interior do Rio de Janeiro.

Resumo: O princípio constitucional do contraditório, insculpido no art. 5º, LV da Constituição Federal Brasileira de 1988, foi consagrado por nossa carta maior como um direito fundamental, decorrente do Estado Democrático de Direito e da dignidade humana, e assegura aos litigantes a possibilidade de conhecimento e defesa de pretensões formuladas contra si em processo judicial e administrativo. Todavia, é rotineira a afirmação genérica entre os aplicadores do direito de que o referido princípio não se aplica no âmbito do inquérito policial. Diante disso, este trabalho visa realizar um estudo acerca da possibilidade de aplicação e limites do contraditório no âmbito do inquérito policial à luz da lei, doutrina e jurisprudência pátria.

Palavras-chave: princípio do contraditório; inquérito policial; aplicação.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 O INQUÉRITO POLICIAL; 2.1 Conceito e Natureza Jurídica; 2.2 Características; 2.3 Valor Probatório; 3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO; 3.1 Definição e base constitucional; 3.2 O princípio do Contraditório na fase de Inquérito Policial à luz da legislação pátria; 3.3 A aplicação do contraditório na fase de inquérito policial à luz da doutrina; 3.4 A aplicação do contraditório na fase de inquérito policial à luz da jurisprudência; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), ao insculpir em seu art. 5º, LV, no rol de direitos e garantias fundamentais, o mandamento pela qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, criou verdadeira garantia ao estado democrático e a dignidade humana, com a previsão de um mecanismo que permite aos litigantes a possibilidade de conhecer os atos praticados pela parte adversa e participar de forma ativa do processo.

Não obstante, de forma clássica, o inquérito policial é caracterizado pela doutrina como um procedimento administrativo discricionário e inquisitivo, o que tradicionalmente implicou na afirmação pela doutrina (RANGEL, 2009, p. 89) e jurisprudência dominante de que essas características pela qual é dotado o inquérito policial, por si só, são incompatíveis com o instituto do contraditório, e portanto esse procedimento administrativo não comportaria a aplicação do princípio constitucional previsto no art. 5º, LV, da CF/88.

Em vista desse cenário, esse trabalho tem como escopo, verificar se é correta a afirmação de que o inquérito policial é despido de contraditório. Para tanto, será feita uma breve explanação a respeito do conceito, natureza jurídica, características e valor probatório do inquérito policial, e em seguida, analisaremos o princípio do contraditório e a possibilidade de aplicação no inquérito, usando como norte o direito positivo, a doutrina e a jurisprudência pátria.

2 O INQUÉRITO POLICIAL

Quando uma norma penal incriminadora é violada, nasce para o Estado, o direito de punir o infrator. A forma pela qual o Estado exerce o jus puniendi é através da persecução penal, por intermédio do trabalho das polícias judiciárias (civil e federal), através do inquérito policial e do Ministério Público, através da competente ação penal. A respeito do tema, Julio Fabrinni Mirabete ensinava que (2001, p. 73):

Persecução penal significa, portanto, a ação de perseguir o crime. Assim, além da ideia da ação da justiça para

punição ou condenação do responsável por infração penal, em processo regular, inclui ela os atos praticados para capturar ou prender o criminoso, a fim de que se veja processar e sofrer a pena que lhe for imposta.

Continuando, para que o Ministério Público proponha a competente ação penal, é necessário um lastro mínimo de elementos probatórios subsidiando a ação, sendo o inquérito policial o meio mais comum (embora não seja o único) de investigação criminal. Portanto, é no inquérito policial que geralmente se inicia a colheita de provas, sendo o primeiro contato do investigado com a persecução penal.

2.1 Conceito e natureza jurídica

O Código de Processo Penal brasileiro (CPP) disciplina e sistematiza o inquérito policial do artigo 4º ao artigo 26, todavia, não traz expressamente a conceituação do instituto. No direito comparado, o CPP português traz um conceito perfeitamente aplicável ao inquérito brasileiro. Vejamos:

O inquérito policial compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação (PORTUGAL, Decreto-Lei n.º 78/87, art. 262, I).

Já Mirabete (2001, p. 76), ao tratar do assunto, ensinava que o inquérito policial “é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria”.

Na mesma toada, Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 105) conceitua o instituto como o “um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal”.

A partir das lições dos autores supra, podemos conceituar o inquérito como um procedimento administrativo com finalidade precipuamente preparatória da instrução penal, pela qual a polícia judiciária busca os elementos mínimos de autoria, materialidade e circunstâncias, de modo a viabilizar a propositura da ação penal.

Quanto a natureza jurídica do inquérito policial, de forma introdutória, mister é que façamos a diferenciação entre processo e procedimento: Em linhas gerais, o processo é o meio através do qual se obtém a prestação jurisdicional, isto é, é o instrumento posto à disposição do Estado para resolução dos litígios, enquanto o procedimento é o conjunto de atos praticados no processo. O conceito de processo pressupõe litígio, pressupõe controvérsia jurídica, enquanto o conceito de procedimento diz respeito ao mero encadeamento de atos.

Acerca do tema, Paulo Rangel (2009, p. 18) aduz o seguinte:

O primeiro (processo administrativo) é gênero, do qual surgem várias espécies, sendo a mais frequente o processo disciplinar, onde se busca uma sanção de caráter administrativo ao administrado [...].

O segundo é o meio e modo pelo qual os atos administrativos serão praticados. O rito, a forma de proceder e o conjunto de formalidades que serão adotados.

Dito isso, esmagadora doutrina pátria, ao etiquetar o inquérito dentro da sistemática jurídica, entende que ele tem natureza jurídica de procedimento administrativo, fundamentando que “o inquérito policial integra a realização de um dos atos praticados pelo Estado soberano (ato administrativo)” (RANGEL, 2009, p. 73).

Em que pese doutrina quase unânime seguir o entendimento supra, a título de informação, há quem entenda que em verdade, o inquérito policial é verdadeiro processo administrativo sui generis, uma vez que há imputados (embora não haja,

ainda, litigantes) e há controvérsia geradora de restrição de direitos fundamentais. Vejamos o que ensina o Delegado de Polícia Henrique Hoffmann Monteiro de Castro:

a) processo administrativo, e não um procedimento: apesar da resistência em utilizar o termo *processo* na seara não judicial, nada impede o etiquetamento do inquérito policial como processo administrativo *sui generis*, no contexto da chamada processualização do procedimento. Apesar de não existirem partes, vislumbram-se imputados em sentido amplo. E nada obstante não haver na fase policial um litígio com acusação formal, existem, sim, controvérsias a serem dirimidas por decisões do delegado de polícia que podem resultar na restrição de direitos fundamentais do suspeito (tais como prisão em flagrante, liberdade provisória com fiança, indiciamento e apreensão de bens). Os atos sucessivos afetam inegavelmente exercício de direitos fundamentais, evidenciando uma atuação de caráter coercitivo que representa certa agressão ao estado de inocência e de liberdade, ainda que não se possam catalogar tais restrições de direitos como sanções (CASTRO, 2017).

2.2 Características

O inquérito policial apresenta como principais características: ser escrito, inquisitivo, discricionário, oficioso, sigiloso, obrigatório e indisponível.

Para Fernando Capez (2013, p. 119), “não se concebe a existência de uma investigação verbal. Por isso, todas as peças do inquérito policial serão, num só processo, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade (CPP, art. 9º)”.

Além de escrito, o inquérito também é inquisitivo, na medida em que se concentra nas mãos de uma única autoridade (o delegado de polícia) que o preside

com discricionariedade e de forma oficiosa. Paulo Rangel (2009, p. 89), leciona que “a inquirição dá à autoridade policial a discricionariedade de iniciar as investigações da forma que melhor lhe aprouver. Por isto o inquérito é de forma livre”. E arremata (2009, p. 94): “Discricionariedade não é arbitrariedade. Esta é a capacidade de operar ou não, movido por impulsos nitidamente pessoais, sem qualquer arrimo na lei”.

Aliás, pela presença dessa característica, grande parte da doutrina e jurisprudência negam a existência de contraditório no inquérito policial. O já citado professor Paulo Rangel (2009, p. 89) discorre que pelo fato de o inquérito ser inquisitivo, “faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas, sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial”.

A característica do sigilo, positivada no art. 20 do CPP, decorre do próprio caráter inquisitivo do inquérito policial. O dispositivo em comento determina que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Para Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 114)

Se na própria fase processual é possível a restrição à publicidade, o que dizer, então, quanto aos atos praticados no curso de uma investigação policial? Se o inquérito policial objetiva investigar infrações penais, coletando elementos de informação quanto à autoria e materialidade dos delitos, de nada valeria o trabalho da polícia investigativa se não fosse resguardado o sigilo necessário durante o curso de sua realização. Deve-se compreender então que o elemento da surpresa é, na grande maioria dos casos, essencial à própria efetividade das investigações policiais

Quanto ao alcance do sigilo dos atos do inquérito, especificamente no que se refere ao advogado, enquanto o ato sigiloso estiver em curso, não terá acesso, não podendo acompanhar a sua realização. Após a finalização do ato, o advogado

terá acesso aos atos documentados. Tal entendimento é sufragado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), conforme Habeas Corpus nº 88.190-4/RJ, e súmula vinculante 14. O relator do habeas corpus supra, Ministro Cezar Peluzo, assim expôs em seu voto:

Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob risco de comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. Noutras palavras, guarda-se sigilo somente quanto aos atos de investigação, assim na deliberação, como na sua prática (art. 20 do CPP). Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. (STF, 2006)

Por fim, o inquérito tem como características ser obrigatório e indisponível: Havendo indícios mínimos da prática de infração penal, a autoridade policial é obrigada a instaurar o inquérito policial, não podendo ainda, ela mesma decidir pelo arquivamento do inquérito. Nesse sentido:

Na hipótese de crime que se apura mediante ação penal pública, a abertura do inquérito policial é obrigatória pois a autoridade policial deverá instaurá-lo, de ofício, assim que tenha a notícia da prática da infração (art. 5º, I). É também indisponível, pois, uma vez instaurado regularmente, em

qualquer hipótese, não poderá a autoridade arquivar os autos (art. 17). (MIRABETE, 2001, p. 78)

2.3 Valor probatório dos atos do inquérito policial

Quanto ao valor probatório dos elementos obtidos na fase de inquérito policial, a doutrina (MARCÃO, 2016, p. 115) entende que tais elementos, por serem confeccionados sem o rigor presente no processo penal e com a mitigação dos direitos do investigado, possuem valor relativo, devendo haver confirmação em juízo, quando só então possibilitará o contraditório pleno, nos termos do que preceitua o art. 155 do CPP.

Portanto, os atos praticados no inquérito policial têm valor relativo na persecução penal, pois, “sendo o inquérito, meramente, um procedimento administrativo, de característica inquisitorial, tudo o que nele for apurado deve ser corroborado em juiz” (RANGEL, p. 75).

Arrematando, Brasileiro de Lima leciona que (2017, p. 108)

A Lei nº 11.690/08, ao inserir o advérbio *exclusivamente* no corpo do art. 155, *caput*, do CPP acaba por confirmar a posição jurisprudencial que vinha prevalecendo. Destarte, pode-se dizer que, isoladamente considerados, elementos informativos não são idôneos para fundamentar uma condenação. Todavia, não devem ser completamente desprezados, podendo se somar à prova produzida em juízo e, assim, servir como mais um elemento na formação da convicção do órgão julgador. Tanto é verdade que a nova lei não previu a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo (CPP, art. 12).

3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

3.1 Definição e base constitucional

Fernando Capez (2013, p. 64-65) ensina que o princípio do contraditório “decorre do brocardo romano *audiatur et altera pars* e exprime a possibilidade, conferida aos contendores, de praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz”. Para o autor, o princípio é identificado pelo binômio ciência e participação, uma vez que permite as partes, conhecer o processo e manifestar-se em seguida (2013, p. 64). Nas palavras de Alexis Couto de Brito (2015, p. 25), “o contraditório é, em resumo, ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”.

Renato Brasileiro (2017, p. 52), sobre o referido princípio, leciona que

Portanto, pode-se dizer que se, em um primeiro momento, o contraditório limitava-se ao direito à informação e à possibilidade de reação, a partir dos ensinamentos do italiano Elio Fazzalari, o contraditório passou a ser analisado também no sentido de se assegurar o respeito à paridade de tratamento (par conditio ou paridade de armas). De fato, de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre a acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes.

O já citado delegado Henrique Hoffmann Monteiro Castro resume o instituto da seguinte forma:

Contraditório consiste no acesso do interessado à informação (conhecimento) do que foi praticado no procedimento, podendo então exercer a reação (resistência). É dizer, a partir

da ciência do ato persecutório o sujeito pode se contrapor aos atos desfavoráveis, sendo possível influir no convencimento da autoridade. (CASTRO, 2016)

Ao seu turno, Norberto Cláudio Pâncaro Avena (2018, p. 38) acentua:

O princípio do contraditório apresenta-se como um dos mais importantes postulados no sistema acusatório. Trata-se do direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo manifestar-se e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional.

Como já tratado nesse trabalho, o princípio do contraditório tem previsão na Constituição Federal de 1988, que o assegura como direito fundamental, em seu art. 5º, LV, dispondo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

No dispositivo constitucional supracitado, percebe-se o uso das expressões “processo” e “acusados em geral”. Aqui jaz um dos fundamentos pela qual sensível parte da doutrina e jurisprudência nega a existência de contraditório na fase de inquérito policial.

Por conter a expressão “processo judicial ou administrativo”, fundamenta a doutrina que o contraditório não se aplica ao inquérito policial, já que este é visto como procedimento e não processo. Sobre o tema Paulo Rangel (2009, p. 18), instrui que

O dispositivo constitucional acima citado (art. 5º, LV), não pode levar o intérprete a pensar que a expressão “processo administrativo” compreende a fase inquisitorial ou uma colocação mais precisa no procedimento administrativo instaurado na delegacia de polícia. O conceito de processo

administrativo é diferente do de procedimento administrativo.

[...]

O inquérito policial, assim, não passa de mero expediente administrativo, que visa apurar a prática de uma infração penal com a delimitação da autoria e as circunstâncias em que a mesma ocorrera, sem o escopo de infligir a pena a quem seja objeto desta investigação.

Assim, o caráter inquisitorial afasta, do inquérito policial, o princípio do contraditório

Não obstante, com o advento da CF/88, o contraditório foi elevado ao rol dos direitos fundamentais, e como tal, a interpretação da norma deve ser sempre ampliativa e jamais restritiva. Damásio de Jesus (2002, p. 41), preleciona que a interpretação extensiva “ocorre quando o texto legal não expressa a sua vontade em toda a extensão desejada. Diz menos do que pretendia dizer”.

Nessa perspectiva, Renato Brasileiro (2017, p. 117), discorre que

O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal não pode ser objeto de interpretação restritiva para fins de se concluir que a expressão processo administrativo ali utilizada não abrange as investigações preliminares, que têm natureza jurídica de procedimento administrativo, nem tampouco para se alegar que o fato de mencionar acusados, e não investigados ou indiciados, seja um impedimento para sua aplicação na fase pré-processual. O simples fato de figurar como suposto autor ou participe da infração penal em uma investigação criminal, por si só, já deve ser tratada como uma imputação em sentido amplo, porquanto o investigado fica sujeito a uma série de medidas coercitivas já na fase investigatória, como, por

exemplo, medidas cautelares pessoais, patrimoniais, diligências policiais, etc. Logo, com o objetivo de se extrair a máxima eficácia do referido dispositivo constitucional, o ideal é concluir que qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo. Por isso, o constituinte empregou a expressão acusados em geral, abrangendo não apenas aquele contra quem foi instaurado um processo penal, mas também o indivíduo que figura como provável autor (ou participe) do fato delituoso, é dizer, o sujeito passivo da investigação preliminar. Em síntese, a observância do contraditório - ainda que de maneira diferida e restrita aos elementos informativos já documentados - e da ampla defesa não pode ficar restrita à fase processual da persecução penal.

Já Aury Lopes Júnior (2016, p. 121) aduz que o dispositivo constitucional não pode ser lido de forma restritiva, devendo a expressão “processo”, ser lida como “procedimento”, e a expressão “acusados em geral”, deve abranger investigados e réus, pois, se esta não fosse a vontade do legislador, teria dito apenas “acusados”, devendo haver uma leitura teleológica, buscando o espírito da lei. Vejamos as razões pela qual fundamenta o autor sua posição:

O ponto crucial nessa questão é o art. 5º, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva. A postura do legislador foi claramente *protetora*, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar *acusados*, e não *indiciados*, é um impedimento

para sua aplicação na investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só *acusados*, mas sim *acusados em geral*, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita numa notícia-crime ou representação), pois não deixam de ser *imputação em sentido amplo*. Em outras palavras, qualquer forma de imputação determinada representa uma *acusação em sentido amplo*. Por isso o legislador empregou *acusados em geral*, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger o sujeito passivo (LOPES Jr. 2013, p. 470)

Nesse mesmo entendimento, Henrique Hoffman:

Dentre os *acusados em geral* estão contidos os suspeitos e indiciados, contra os quais o Estado já pode adotar medidas restritivas (como busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica e até mesmo a prisão). A acusação *em geral* (o constituinte não utilizou o complemento inutilmente) abrange não apenas a imputação formal (veiculada por ação penal), mas também a imputação informal (caracterizada pelo inquérito policial). (CASTRO, 2016)

E Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 152), ensinam que não é necessária uma formal acusação, tampouco um processo formado para haver contraditório, pois

[...] a ideia de que contraditório exige partes é um dogma falso. Há contraditório, por exemplo, na jurisdição voluntária. Contraditório é o direito de participar de um procedimento que lhe possa trazer alguma espécie de repercussão jurídica;

não tem como pressuposto a existência de partes adversárias. Se há possibilidade de defesa, é porque há exercício do contraditório; se eu me defendo, estou participando do procedimento; estou, portanto, exercitando o meu direito de participação.

Portanto, através de uma interpretação extensiva do art. 5º, LV da CF/88, entendemos que o texto constitucional garante o contraditório desde a fase pré-processual, devendo as expressões “processo” e “acusados em geral”, serem lidas de forma ampliativa, abarcando procedimentos administrativos, investigados e indiciados.

3.2 O princípio do contraditório na fase de inquérito policial à luz da legislação pátria

Superada a barreira de conceituação e interpretação do dispositivo constitucional que consagra o contraditório, percebemos que, temos no ordenamento pátrio, verdadeiras hipóteses do seu exercício durante a investigação criminal. Vejamos:

No Código de Processo Penal, o art. 282 § 3º, com redação dada pela lei 12.403/11, estabelece que a imposição das medidas cautelares deve ser precedida de contraditório, salvo nos casos de urgência e risco de ineficácia da medida. Ora, como as cautelares podem ser determinadas antes ou depois da instauração de processo criminal, caso ocorra no bojo do inquérito policial, constitui nítida hipótese de contraditório pré-processual. Concordando com esse entendimento, o delegado de polícia Francisco Sannini Neto, ao discorrer sobre o tema, aduz que

Diante dessa determinação legal, considerando que diversas medidas cautelares são decretadas durante a fase pré-processual, concluímos que a intenção do legislador foi nortear a condução de toda a persecução penal, inserindo o princípio do contraditório no inquérito policial sempre que

não houver risco à eficácia das investigações (SANNINI NETO, 2016).

Já o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), no seu art. 306 § 2º, que trata do crime de condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, dispõe que a verificação da embriaguez, “poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova” (BRASIL, lei 9.503/97). Portanto, se a prova for produzida no inquérito policial, estaremos diante de mais uma forma de exercício do contraditório mediante contraprova do estado de embriaguez.

Ainda, temos como forma mais nítida da possibilidade de exercício do contraditório durante o inquérito policial, a previsão contida no artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (lei 8.906/94). Com o advento da lei 13.245/16 que alterou o dispositivo em epígrafe, o art. 7º passou a prever em seus incisos algumas normas que permitem a participação de advogado durante o inquérito policial. Nos interessa o inciso XXI, que traz a possibilidade de o advogado prestar assistência ao seu cliente investigado durante o inquérito policial, sob pena de nulidade absoluta, podendo apresentar razões e formular quesitos. Diz o dispositivo (BRASIL, 1994):

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos;

Importante lembrar que a assistência do preso por advogado, é direito constitucional previsto no art. 5º, LXIII. Em verdade, o Estatuto da OAB além de reforçar tal garantia, ao trazer também a possibilidade de o advogado apresentar razões e quesitos, ampliou o direito de defesa na fase de investigação criminal preliminar, consubstanciando em verdadeira hipótese de exercício do contraditório dentro do inquérito policial.

Por fim, lembramos que o inquérito policial de expulsão de estrangeiro, com previsão na lei 13.445/17 e regulamentado no decreto 9.199/17, em que pese não possuir caráter penal, de igual modo trata de procedimento administrativo realizado sob o crivo do contraditório, prevendo expressamente no art. 195 § 3º, que “os procedimentos concernentes à expulsão observarão os princípios do contraditório e da ampla defesa” (BRASIL, 2017). Concordando, Fernando Capez (2013, p; 122) entende que “o único inquérito que admite o contraditório é o instaurado pela polícia federal, a pedido do Ministro da Justiça, visando à expulsão de estrangeiro”, e conclui: “o contraditório, aliás, neste caso, é obrigatório”. Na mesma linha, Avena (2018, p. 39) leciona que

Pensamos, na esteira da imensa maioria doutrinária e jurisprudencial, que, em regra, descabe o contraditório na fase do inquérito, pois se trata este de procedimento inquisitorial, destinado à produção de provas que sustentem o ajuizamento de ação criminal. Diz-se “em regra” porque existe uma exceção na qual se contempla essa garantia também na fase do inquérito: trata-se do procedimento instaurado pela Polícia Federal objetivando a expulsão do estrangeiro, pois, quanto a este, o Decreto 9.199/2017, regulamentando a Lei 13.445/2017 (Lei de Migração), estabeleceu uma sequência de etapas que, abrangendo a possibilidade de defesa e, via de consequência, de contraditório, devem ser observadas

visando a concretizar o ato de expulsão (arts. 195 a 202), quais sejam [...]

Outrossim, dizer que não existe contraditório no inquérito policial não coaduna com a realidade jurídica, embora, ressalte-se, embora exista, seu exercício é extremamente limitado, dadas as próprias características do inquérito policial, que por ser inquisitivo e sigiloso não permite o exercício pleno de tal direito. Nesse sentido, Távora e Alencar (2017, p. 152):

Atenuar o contraditório e o direito de defesa na fase preliminar, por suas próprias características, não pode significar integral eliminação. O inquérito deve funcionar como procedimento de filtro, viabilizando a deflagração do processo quando exista justa causa, mas também contribuindo para que pessoas nitidamente inocentes não sejam processadas. Vivemos numa fase de "processualização dos procedimentos", e estes, como "métodos de exercício de poder, vêm sendo modulados com a previsão de respeito ao princípio do contraditório": ampliando-se o espectro horizontal de incidência dos direitos e garantias fundamentais.

Mais uma vez citamos Sannini Neto, que ensina

É mister reiterar, todavia, que em virtude das características da investigação criminal, não podemos falar em um contraditório pleno nesta fase. O que nós defendemos é o chamado *contraditório possível*, que deve desenvolver-se nos limites em que não possa prejudicar a eficácia do inquérito policial ou outro procedimento investigativo, haja vista que, em certos momentos da persecução penal, o Estado deve se

valer de ações sigilosas no intuito de chegar à verdade dos fatos (SANNINI NETO, 2016).

Arrematando, Lopes Jr. (2016, p. 122) alerta que

É importante destacar que quando falamos em “contraditório” na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu primeiro momento, da informação. Isso porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória. Sem embargo, esse direito de informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa.

3.3 A aplicação do contraditório na fase de inquérito policial à luz da doutrina

Como já explanado neste trabalho, ainda é minoritária a doutrina que prega pela existência de contraditório no bojo do inquérito policial.

Para Renato Marcão (2016, p. 97), não há contraditório pleno, no entanto, em algum grau, há sim o exercício do direito de defesa e contraditório. Em suas lições, o autor afirma que:

Embora ausentes a amplitude de defesa e o contraditório pleno, nos moldes e com a intensidade incidentes no processo jurisdicional, não é correto dizer que não há defesa na fase de inquérito. Isso resulta claro não apenas da leitura ao art. 14 do CPP, que assegura ao investigado a possibilidade de requerer diligências no curso das investigações, mas, sobretudo, do direito de não produzir prova contra si mesmo (inegável atitude defensiva); da faculdade de permanecer

calado quando de seu interrogatório (autodefesa negativa) ou apresentar a versão que convier à sua defesa (autodefesa positiva), bem como de se fazer acompanhar de advogado, cuja atuação, embora de contornos estreitos nessa fase, tem por objetivo exatamente evitar o cometimento de excessos em detrimento do investigado (v.g., colheita de prova de forma ilegal), podendo, na defesa de seus legítimos interesses, ajuizar mandado de segurança e habeas corpus, sendo caso. Pois bem. Se há defesa (embora limitada), como vimos que há, é correto dizer que também há contraditório em alguma intensidade, ainda que tal não se verifique de forma plena.

Henrique Hoffman aduz:

Vale dizer, o contraditório incide de forma regrada quanto ao direito de informação (condicionado à conclusão das diligências policiais). Já sua outra faceta, a possibilidade de reação, que se confunde com a própria ampla defesa, não sofre maiores limitações. Isso porque o investigado pode se manifestar pessoalmente no interrogatório (autodefesa positiva ou negativa) bem como por intermédio do seu defensor (defesa técnica). No entanto, mesmo não havendo barreira à defesa na fase policial, deve-se reconhecer que ainda é mais exógena (fora do inquérito policial, por *habeas corpus* ou mandado de segurança impetrados perante o juiz) do que endógena (dentro do inquérito policial, por requerimentos ao delegado de polícia), praxe que deve mudar paulatinamente. (CASTRO, 2016)

Já Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima, entendem que (p. 57-58):

Nesse sentido, embora não haja – como regra – o contraditório na fase de inquérito, não se pode desprezá-lo nos casos em que somente puder ser feito durante o inquérito. Na verdade, o contraditório somente irá recair naquilo que for fruto da transmutação do indício em prova. Assim, ele não se aplicará ao inquérito por inteiro, mas somente àquilo que puder ser apresentado como prova ou meio essencial, ou seja, àquela prova de efeito objetivo, que passa a ser irretorquível e a gerar efeito na convicção jurisdicional, de modo que ela não serve só para oferecimento da denúncia, indo além disso. Trata-se do chamado contraditório impróprio ou antecipado, normalmente pela natureza da prova a ser realizada.

Já Aury Lopes Jr. (2011, p. 122), como vimos, também se perfilha à corrente que admite a existência de contraditório no inquérito policial, salientando, contudo, que esse contraditório compreende apenas o primeiro momento de exercício, isto é, o direito de informação.

O advogado Rogério Lauria Tucci, também defendia a possibilidade de exercício do contraditório durante o inquérito policial

No mesmo sentido, LAURIA TUCCI diz que, "(...) de modo também induvidoso, reafirmou os regramentos do *contraditório* e da *ampla defesa*, com todos os meios e recursos a ela inerentes, estendendo sua incidência, expressamente, aos procedimentos administrativos (...) ora, assim sendo, se o próprio legislador nacional entende ser possível a utilização do vocábulo *processo* para designar *procedimento*, nele se encarta, à evidência, a noção de qualquer *procedimento administrativo* e, conseqüentemente, a de procedimento administrativo-

persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal, que é o *inquérito policial*". (TUCCI apud Lopes Jr., 2016, p. 122)

E Renato Brasileiro (2017, p. 118), complementa:

Em qualquer sistema minimamente garantista e democrático, é direito básico do indivíduo ser cientificado quanto à existência e quanto ao conteúdo de uma imputação contra a sua pessoa, oriunda de uma simples notícia-crime ou de uma investigação preliminar em andamento. Impõe-se, pois, a observância do contraditório, pelo menos em relação ao direito à informação, a fim de que o imputado, assistido pela defesa técnica (v.g., requerendo diligências, apresentando razões e quesitos), possa exercer a autodefesa por meio do interrogatório policial oferecendo resistência à pretensão investigatória e coercitiva estatal, atuando no sentido de identificar fontes de prova favoráveis à defesa ou, ao menos, capazes de atenuar a pena que eventualmente venha

Todavia, em sentido diametralmente oposto, está a doutrina majoritária.

Para Julio Fabbrini Mirabete (2001, p. 43):

Indispensável em qualquer instrução criminal, o princípio do contraditório não se aplica ao inquérito policial que não é, em sentido estrito, "instrução", mas colheita de elementos que possibilitem a instauração do processo. A Constituição Federal apenas assegura o contraditório na "instrução criminal" e o vigente Código de Processo Penal distingue perfeitamente esta (arts. 394 a 405) do inquérito policial (arts. 4º a 23), como, aliás, ocorre na maioria das legislações modernas.

Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 428):

Procedimento administrativo sem controle jurisdicional direto e sim diferido, ou seja, somente se tratar de medidas próprias da Jurisdição – restrição de direitos fundamentais – pode-se falar possível contraditório. Antes disso, durante a investigação – quer pela Polícia ou pelo Ministério Público – a defesa é somente tolerada e restringida.

Paulo Rangel também entende que o contraditório é incompatível com o inquérito policial, por ser esse mero procedimento administrativo de cunho inquisitivo, arrematando que “o caráter inquisitorial afasta, do inquérito policial, o princípio do contraditório” (2009, p. 18).

Fernando Capez, ainda aduz que o inquérito policial, “é secreto e escrito, e não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, se não há acusação, não se fala em defesa” (2013, p. 121).

3.4 A aplicação do contraditório na fase de inquérito policial à luz da jurisprudência

Em 14/06/2018, no bojo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395, em que o petionário pleiteava diante do Supremo Tribunal Federal (STF) a declaração de não recepção parcial do art. 260 do CPP, na parte em que permite a condução coercitiva do investigado ou réu para a realização de interrogatório, e, também, a declaração da inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva de suspeitos, indiciados ou acusados como medida cautelar autônoma, o Ministro Relator Gilmar Mendes entendeu que o princípio do contraditório é sim aplicável na fase administrativa. Em seu voto, expôs que

Não obstante todas essas considerações, esses princípios da ampla defesa e do contraditório devem se impor quando há, ainda que em fase de inquérito policial, aplicação de medidas

drásticas que restringem direitos fundamentais, como a condução coercitiva. (STF, 2018)

Em 2019, o mesmo ministro reafirmou tal entendimento no julgamento da Petição 7612, ao discordar da maioria, que entendeu não se aplicar a garantia do contraditório no âmbito do inquérito, invocando mais uma vez as razões expostas na ADPF 395.

Não obstante, em que pese decisões isoladas, a jurisprudência dominante nega a existência de tal princípio constitucional na fase pré-processual. Em 02/05/2017, a 2ª Turma do STF, no julgamento do Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus nº 133719, exarou entendimento no seguinte sentido:

Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. Processual Penal. Condenação. Crime de lesão corporal. Falta de justa causa para a ação penal. Superveniência da sentença condenatória, confirmada em segundo grau de jurisdição. Prejudicialidade da alegação. Precedentes. Violação do princípio do contraditório no curso das investigações. Não ocorrência. Regimental não provido. 1. A superveniência da sentença condenatória, confirmada em segundo grau de jurisdição, torna prejudicada a alegação de falta de justa causa (v.g. HC nº 116.561/GO, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 29/8/13). 2. **Melhor sorte não assiste ao agravante quanto à alegação de violação do princípio do contraditório, uma vez que esse princípio não se aplica à fase da investigação preliminar** (v.g. RE nº 136.239/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJ de 14/8/92). 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RHC 133719 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 02/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 15-05-2017 PUBLIC 16-05-2017) (Grifo meu)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso em Mandado de Segurança nº 15.167/PR, entendeu que o inquérito policial não é informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. ADVOGADO. ACESSO. NECESSIDADE DE SIGILO. JUSTIFICATIVA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - **O inquérito policial, ao contrário do que ocorre com a ação penal, é procedimento meramente informativo de natureza administrativa e, como tal, não é informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo por objetivo exatamente verificar a existência ou não de elementos suficientes para dar início à persecução penal.** Precedentes. II - O direito do advogado a ter acesso aos autos de inquérito não é absoluto, devendo ceder diante da necessidade do sigilo da investigação, devidamente justificada na espécie (Art. 7º, § 1º, 1, da Lei nº 8.906/94). Nesse sentido: RMS nº 12.516/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, j. em 20/08/2002). Recurso desprovido (STJ - RMS: 15167 PR 2002/0094266-9, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 03/12/2002, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10.03.2003 p. 253) (Grifo meu)

O mesmo STJ, no Recurso em Habeas Corpus nº 13.360/PR, decidiu:

CRIMINAL. HC. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O SISTEMA FINANCEIRO. CONTRABANDO. LAVAGEM DE DINHEIRO. EVASÃO DE DIVISAS. AUTOS DE INQUÉRITO POLICIAL CONDUZIDOS SOB SIGILO. ACESSO IRRESTRITO DE ADVOGADO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE

MEDIDAS QUE RESTRINJAM A LIBERDADE OU O PATRIMÔNIO DO PACIENTE. LEGALIDADE DA DECISÃO QUE OBSTOU A VISTA DOS AUTOS. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. RECURSO DESPROVIDO.I. **Os princípios do contraditório e da ampla defesa não se aplicam ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial.**II. A restrição à liberdade profissional de advogado só se configuraria se demonstrada a iminência de medidas destinadas à restrição da liberdade física ou patrimonial do seu cliente, a demandar a efetiva ação do profissional do direito – o que não ocorreu in casu.III. Não há ilegalidade na decisão que, considerando estar o inquérito policial gravado de sigilo, negou fundamentadamente, vista dos autos inquisitoriais ao advogado.IV. Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado.V. Recurso desprovido." (RHC 13.360/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 27.05.2003, DJ 04.08.2003 p. 327) (Grifo meu)

Em 2004, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), no julgamento do Habeas Corpus nº 77710/SP, de relatoria do Desembargador Federal Cotrim Guimarães, entendeu que por ser o inquérito policial um procedimento administrativo investigatório de natureza inquisitiva, não havendo acusados, mas apenas investigados, não há que se falar em exercício do contraditório. Vejamos a ementa do processo:

HABEAS CORPUS - AÇÃO PENAL - TRANCAMENTO - ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO - JUSTA CAUSA - INDÍCIOS DE AUTORIA - PROVA DA MATERIALIDADE - DENÚNCIA -

APTIDÃO - DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA - POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA - AUSÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL - DISPENSABILIDADE - CONTRADITÓRIO - EXAME APROFUNDADO DE PROVAS - ORDEM DENEGADA. 1. Paciente denunciado pela prática de estelionato previdenciário consistente na obtenção de aposentadoria por tempo de serviço mediante cômputo de tempo de contribuição obtido por meio fraudulento. 2. Autoria e materialidade comprovadas por ocasião da auditoria realizada pela Autarquia. 3. Denúncia apta, vez que a jurisprudência é pacífica no sentido de que nos delitos de autoria coletiva se faz dispensável a individualização da conduta específica de cada agente. 4. Rejeitada alegação de que o Paciente não teve oportunidade de contraditar os fatos, tendo em vista que a denúncia não se baseou em inquérito policial, vez que se tratar de expediente prescindível, sendo o procedimento administrativo instaurado pela autarquia (onde restou comprovada a materialidade delitiva e indícios de autoria) instrumento apto a ensejar o recebimento da inicial acusatória. 5. O art. 12 do Código de Processo Penal dispõe que o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. Verifica-se, assim, que o próprio legislador reconheceu ser instrumento dispensável, devendo acompanhar a inicial acusatória quando lhe servir de base. Logo, quando a denúncia vier amparada por provas suficientes e idôneas, nada impede o seu recebimento, vez que presente justa causa para a instauração da ação penal. 6. **Não há que se falar na possibilidade de eventual ofensa ao princípio do contraditório, vez que o**

inquérito policial é um procedimento administrativo investigatório de natureza inquisitiva, destinado a colher provas aptas a demonstrar a materialidade delitiva e sua autoria, não havendo acusados, mas investigados. A Constituição Federal de 1988 assegura o contraditório e a ampla defesa aos acusados, ou seja, quando houver processo, que poderá redundar numa condenação, advindo, então, a efetiva necessidade de se possibilitar o exercício da ampla defesa, pois ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. 7. Os demais fundamentos da impetração demandam exame aprofundado de provas, confundindo-se com a análise da ação penal, devendo ser enfrentados por ocasião de seu julgamento de mérito, sendo o presente remédio heróico a via inadequada para tanto, dado os seus estreitos limites de cognição. 8. Ordem denegada. (TRF-3 - HC: 77710 SP 2003.03.00.077710-8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, Data de Julgamento: 10/08/2004, SEGUNDA TURMA) (Grifo meu)

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. INTERROGATÓRIO POLICIAL SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO OU DEFENSOR DOS INDICIADOS. VALIDADE. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 185 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. O que o artigo 6º, inciso V, do Código de Processo Penal, determina é que a autoridade policial, quando ouvir o indiciado, observe, no que for aplicável, o disposto no Capítulo III do Título VII. Ora, o artigo 185 do Código de

Processo Penal, com a nova redação da Lei nº 10.792/2003, apenas se aplica ao interrogatório judicial. **Não incide no interrogatório policial, em que não se exige a presença de advogado ou defensor, porque o contraditório não opera no inquérito policial, procedimento administrativo, de caráter investigatório, onde não há acusação.** Ordem denegada. (TJ-DF - HC: 13172820048070000 DF 0001317-28.2004.807.0000, Relator: MARIO MACHADO, Data de Julgamento: 13/05/2004, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 23/06/2004, DJU Pág. 54 Seção: 3) (Grifo meu)

4 CONCLUSÃO

Como vimos, o direito fundamental ao contraditório tem base constitucional, no art. 5º, LV da Carta Magna. Partindo de uma análise terminológica contida no texto constitucional, entendemos que o uso das expressões “processo judicial ou administrativo” e “acusados em geral” não devem constituir óbices ao reconhecimento de sua aplicação no bojo do inquérito policial. Muito pelo contrário, por se tratar de direito fundamental, sua interpretação deve ser a mais ampla possível.

A expressão “processo judicial ou administrativo”, deve ser lida como “processo ou procedimento judicial ou administrativo”, inclusive porque o próprio legislador já fez confusão quanto a esses termos, chamando de “processo comum” e “processo sumário” no Código de Processo Penal, o que na verdade é “procedimento comum” e “procedimento sumário”, além de que tal interpretação ampliativa, tem o fim de democratizar o inquérito e não renegar ao investigado um importante instrumento constitucional na defesa de seus direitos. Já a expressão “acusados em geral” deve alcançar não só os acusados em sentido estrito (quando há um processo penal em curso), mas qualquer acusado, investigado ou indiciado, já que esse parece ser o espírito da lei, do contrário, teria o legislador constituinte usado apenas a expressão “acusado”.

Superada a barreira terminológica do dispositivo constitucional, vimos que há hipóteses de exercício do contraditório na legislação pátria, embora extremamente mitigados. No art. 282 § 3º do CPP, há a possibilidade de exercício do contraditório ante a imposição de medidas cautelares na fase do inquérito, desde que não haja urgência e risco de ineficácia da medida. Já no art. 306 § 2º do CTB, há previsão de contraditório através do pedido de contraprova da verificação da embriaguez, que também pode se dar durante o inquérito policial. De forma mais cristalina ainda, há a previsão no art. 7º, XXI do Estatuto da OAB, quanto ao exercício do contraditório através da formulação de razões e quesitos pelo advogado do investigado. E ainda, temos no decreto 9.199/17, que regulamenta a Lei de Migração, a previsão no art. 195 § 3º quanto ao direito ao contraditório e ampla defesa no inquérito policial de expulsão de estrangeiro, que embora não tenha natureza criminal, tem igualmente natureza de procedimento administrativo.

Destarte, quando se indaga se existe ou não contraditório no inquérito policial, a resposta mais acertada parece ser a de que sim, existe, muito embora seja um contraditório limitado, adstrito a situações específicas, sem a amplitude do contraditório existente na fase processual.

Ainda assim, sem embargos de entendimentos minoritários, grande parte da doutrina e jurisprudência ainda negam aplicação deste princípio no inquérito policial. Primeiro porque entendem que esse princípio não se aplica a procedimentos administrativos, fazendo leitura restritiva do inciso LV do art. 5º da CF/88, e segundo porque consideram ser incompatível com o caráter inquisitivo do inquérito policial.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Método, 2018

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, DF: 1941.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Brasília, DF: 1997.

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

BRASIL. **Decreto nº 9.199**, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Brasília, DF: 2017.

BRASIL. **Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil**. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Brasília, DF: 1994.

BRASIL. **Lei de Migração**. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Brasília, DF: 2017.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada**. Revista Consultor Jurídico, 21 de fevereiro de 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policial-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>>. Acesso em: 08 de agosto de 2019.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial**. Revista Consultor Jurídico, 01 de novembro de 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policial-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial> >. Acesso em: 08 de agosto de 2019.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral, volume I**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **processo penal**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal Português**. Decreto-Lei n.º 78 de 1987. Lisboa: 1987.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANNINI NETO, Francisco. Lei 13.245/16: **Contraditório e Ampla Defesa na Investigação Criminal? (Parte III)**. Canal Ciências Criminais, 05 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-13-24516-contraditorio-e-ampla-defesa-na-investigacao-criminal-parte-iii/>>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus nº 13.360/PR**. 5ª Turma. DIPP, Gilson. Julgado em 27/05/03. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7419963/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-13360-pr-2002-0118568-0-stj?ref=serp> >. Acesso em: 09 de agosto de 2019.

_____. **Recurso em Mandado de Segurança nº 15167/PR**. 5ª Turma. FUX, Luiz. Julgado em 03/12/02. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/262857/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-15167-pr-2002-0094266-9>>. Acesso em: 09 de agosto de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus nº 133719**. 2ª Turma. Relator: TOFFOLI, Dias. Julgado em 02/05/2017. Disponível em:

< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12886119>
>. Acesso em: 09 de agosto de 2019.

_____. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental nº 395**. Plenário. Relator: MENDES, Gilmar. Julgado em 14/06/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4962368>>. Acesso em: 09 de agosto de 2019.

_____. **Habeas Corpus nº 88.190-4/RJ**. 2ª Turma. Relator: PELUZO, Cezar. Julgado em 29/08/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382091>>. Acesso em: 7 de agosto de 2019.

_____. **Petição nº 7612**. 2ª Turma. Relator: FACHIN, Edson. Julgado em 12/03/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405624>>. Acesso em: 09 de agosto de 2019.

_____. **Súmula Vinculante nº 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 09 de agosto de 2019.

TALON, Evinis. **Há contraditório no inquérito policial?** 25 de maio de 2017. Disponível em: <<http://evinistalon.com/ha-contraditorio-no-inquerito-policial/>>. Acesso em: 08 de agosto de 2019.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. Bahia: JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Código de processo penal comentado**. 15 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

TRIBUNAL DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Habeas Corpus nº 13172820048070000**. 1ª Turma Criminal. Relator: MACHADO, Mário. Julgado em 13/05/2004. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 09 de agosto de 2019.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Habeas Corpus nº: 77710/SP**. 2ª Turma. Relator: GUIMARÃES, Cotrim. Julgado em 10/08/04. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17622450/habeas-corporus-hc-77710-sp-20030300077710-8-trf3?ref=serp>>. Acesso em: 09 de agosto de 2019.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PERANTE SEU CLIENTE NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO

ANTONIO JÚNIOR MENDES ALVES:
Acadêmico de Direito. Faculdade Serra do Carmo (FASEC). Palmas.

KELLY NOGUEIRA DA SILVA[1]
(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo objetivou executar uma análise referente a responsabilidade civil do advogado diante seu cliente. No desenvolvimento, que se incorreu por levantamento bibliográfico, tratou-se da conceituação da responsabilidade civil e seus respectivos pressupostos, que condizem a conduta humana (ação ou omissão), dano (material ou moral) e nexo de causalidade. Apontou-se considerações sobre a classificação da responsabilidade, segundo o enfoque de sua análise, que se dá de forma subjetiva, responsabilidade com culpa e objetiva, responsabilidade sem culpa. A relação advogado-cliente é estipulada inicialmente via mandato, que é uma das formas de contrato conjecturadas no Código Civil. Concerniu-se também, algumas situações que geram a responsabilidade do advogado para com o cliente: responsabilidade pelo extravio dos autos, quebra do dever de sigilo profissional e responsabilidade pela perda de uma chance. Assim, o advogado por exercer uma profissão de relevante cunho social, deve atuar com profissionalismo e ética. Contudo, caso incorra dano ao cliente, este deve ser responsável por sua reparação.

Palavras-chave: Advogado. Cliente. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This article aimed to perform an analysis regarding the civil liability of the lawyer before his client. In development, which was incurred by bibliographic survey, it was the conceptualization of civil liability and its respective assumptions, which match the human conduct (action or omission), damage (material or moral) and causal link. Consideration was given to the classification of responsibility according to the focus of their analysis, which is subjective, responsible and blamed liability, responsibility without fault. The attorney-client relationship is initially stipulated by mandate, which is one of the forms of contract conjectured in the Civil

Code. There were also some situations that generate the lawyer's responsibility towards the client: responsibility for the loss of the case, breach of the duty of professional secrecy and responsibility for the loss of a chance. Thus, the lawyer for exercising a profession of relevant social nature, must act with professionalism and ethics. However, if damage is done to the customer, the customer must be responsible for its repair.

Keywords: Lawyer. Client. Civil responsibility.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. Pressupostos gerais da Responsabilidade Civil. 2.1 Conduta Humana. 2.2 Dano: moral e material. 2.3 Nexo de causalidade. 3. Da Reponsabilidade Civil do Advogado. 3.1 Da Natureza da Obrigação Assumida pelo Advogado. 3.2 O Mandato e suas Responsabilidades. 4. Situações que geram a responsabilidade do advogado para com o cliente. 4.1 Responsabilidade pelo extravio dos autos. 4.2 Responsabilidade pela quebra do dever de sigilo profissional. 4.3 Responsabilidade pela perda de uma chance. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

No convívio em sociedade, desde os primórdios, o homem para assegurar-se em seu convívio social, obteve a necessidade de compartilhar materiais e responsabilidades. Por consequência, surgiram os conflitos provenientes basicamente dos interesses comuns que eram incongruentes (CORREA, 2015).

Na era contemporânea, embora tenha ocorrido uma evolução da forma de resolução dos conflitos, eles ainda existem e são mais complexos do que os vivenciados pelas sociedades primitivas (LANA; FIUZA, 2018). Essa evolução culminou com a responsabilidade civil do agente causador do dano, a qual, no entanto, não permanece estática, exigida pelo dinamismo da própria sociedade, que se encontra na busca por direitos mais justos e eficientes (DINIZ, 2016).

Sob a perspectiva do Direito, a responsabilidade civil é uma das consequências da violação de um dever jurídico. Há Direito na medida em que existe uma conduta consistente em ação ou omissão a ser realizada pelo sujeito.

Assim, a não adoção desta conduta devida revela-se como ilicitude, que pode ou não ocasionar danos (MIRAGEM, 2015).

Importante salientar que o Art. 32 do Estatuto da Advocacia estabelece de forma clara a responsabilização culposa do Advogado, ao determinar que: “o Advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”, (MATAMOROS, 2014).

Nesse sentido, segundo Araújo (2009), o advogado que não deferir para com seus deveres e obrigações poderá responder civil, penal e administrativamente, inclusive de forma cumulativa, incorrendo assim no dever de indenizar o dano causado ao seu cliente.

Em linha conexa com o já referido, para configurar a Responsabilidade Civil é necessária a comprovação da conduta ilícita, dos danos provenientes dessa conduta, que corresponde ao vínculo entre a conduta e o dano (CORREA, 2015).

Conforme Cavalieri (2010) afirma, as inferências para se impor ao advogado a obrigação de reparar um dano são, em regra, a ação ou omissão do mesmo, sua culpa, o dano experimentado pelo cliente e a relação de causalidade entre aquela ação ou omissão a este dano.

Portanto, visto que o advogado executa serviços de grande relevância para assegurar os direitos e garantias individuais dos cidadãos e dos grupos sociais, objetivou-se apresentar uma análise da responsabilidade civil do advogado por meio de atos praticados no exercício da profissão. Corroborando que, diante o cliente ele tem o dever de atuar com toda sua capacidade técnica, zelo, diligência e ética, visto que se constatado erro pela sua má atuação profissional há o dever de indenização ao mesmo.

2. Pressupostos gerais da Responsabilidade Civil

Segundo Diniz (2016), define-se a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que imponham alguém a reparar dano moral ou patrimonial provocado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição que corrobora, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da

existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, correspondente a responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

Já o Código Civil de 2002 não define categoricamente o termo Responsabilidade Civil, porém, quando o trata no Título IX, Capítulo I, prevê, em seu Art. 927 que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Do conceito mencionado primeiramente, afere-se que são duas as finalidades básicas da responsabilidade civil: a obrigação de indenização (reparo do dano), com objetivo de compensação da vítima pelo prejuízo recebido; e a punição do agente ofensor, assim, induzindo-o a não mais cometê-lo, sob pena de reparo (SOUZA; SANTOS, 2016).

Nesse âmbito, os tipos de responsabilidade mais comumente mencionadas correspondem a Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva (CARICAT; REIS, 2019).

No que condiz a Responsabilidade Subjetiva, Gonçalves (2012) relata que esta é fundada sob o conceito de culpa, deste modo, somente se provada a culpa do agente é que surge a necessidade de reparar o dano.

Contudo, essa noção clássica de culpa sofreu grande abrandamento por ser considerada insuficiente para atender aos problemas atuais. Diante disso, a teoria da culpa foi sendo mitigada por outra construção jurídica, a teoria da Responsabilidade Civil Objetiva, fundada no risco (CARICAT; REIS, 2019).

A Responsabilidade objetiva desconsidera a culpabilidade, surgiu-se a ideia de culpa presumida sob o prisma do dever genérico de não prejudicar, o que afirma ser o sujeito responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda a diligencia para evitar o dano (LANA; FIUZA, 2018).

Ademais, para caracterizar a Responsabilidade Civil é necessária devida comprovação da conduta ilícita, dos danos provenientes dessa conduta, o que comprova o nexo de causalidade (associação entre conduta e dano), que segundo TARTUCE (2014):

[...] os pressupostos para se impor a alguém a obrigação de reparar um dano são, em regra, a ação ou omissão do agente,

sua culpa, o dano experimentado pela vítima e a relação de causalidade entre aquela ação ou omissão a este dano.

2.1 Conduta Humana

Condizente ao primeiro elemento da responsabilidade Civil, a conduta refere-se à ação do agente causador do dano que através desta, provoca um ato ilícito ou inobservância de uma obrigação (COSTA, 2017). A conduta poderá ser negativa (omissão/abstenção) ou positiva (ação), segundo Gonçalves (2012).

Destaca-se deste modo, que o indivíduo responde somente pelos danos que causar, porquanto, segundo Cavalieri (2013) assegura:

De regra, só responde pelo fato aquele que lhe dá causa, por conduta própria. É a responsabilidade direta, por fato próprio, cuja justificativa está no próprio princípio informador da teoria da reparação. A lei, todavia, algumas vezes faz emergir a responsabilidade do fato de outrem ou de terceiro, a quem o responsável está ligado, de algum modo, por um dever de guarda, vigilância e cuidado.

Corroborando com o fato, Diniz (2010) expõe que a ação é o ato humano caracterizado como: "O ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado".

Acerca disto, o Tribunal Superior Federal elencou em uma decisão, o trancamento de ação penal contra assessor jurídico responsável por assinar parecer em processo licitatório com suspeita de fraude. Nesse sentido, o denunciado poderia ser responsabilizado criminalmente não pela pura emissão do parecer, mas pela sua participação ativa no esquema criminoso, de modo a se beneficiar dele. A jurisprudência da Corte, inclusive, foi firme no sentido de que o parecer puramente consultivo não gera responsabilização do seu autor. Ademais, é vedada a responsabilização penal objetiva, sem comprovação de dolo ou culpa (STF, 2019).

Deste modo, eventual responsabilização penal apenas se justifica em caso de indicação de circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo (STF, 2019).

Portanto, a responsabilidade civil do advogado só pode ser instituída por conduta própria (COSTA, 2017). O dever de indenizar vai notabilizar-se no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito. Nesse âmbito, só haverá chance de indenização se o ato ilícito acarretar dano (VENOSA, 2015).

2.2 Dano: moral e material

Indistintamente da espécie, seja ela contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva, o dano é a premissa fundamental para sua configuração, pois, o ato ilícito somente reflete na esfera do Direito Civil se causar prejuízo a um indivíduo (CARICAT; REIS, 2019).

Considera-se dano, toda lesão ou destruição advinda de certo evento, o qual resultado, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral (TARTUCE, 2014).

Demais disso, é necessário que o dano (lesão) seja tangível, visto que não convém se indenizar prejuízo incerto, sendo também este por sua vez, subsistente (CAVALIERI, 2010).

Partindo desse pressuposto, o dano pode ser de vertente material ou moral. Contudo, independente do tipo (se material ou moral, ou ambos), dano é o que se configura como lesão aos interesses de outrem, seja este ocasionado de forma direta ou indireta pelo agente, fato que corresponde a responsabilidade civil direta ou indireta (GONÇALVES, 2012).

Nesse contexto, o dano material ou patrimonial, é o de maior vislumbre e de fácil mensuração, por tratar-se de uma lesão que afeta o patrimônio da vítima, seja reprimindo uma parte dele, reduzindo-o ou deteriorando o mesmo. É o dano passível de avaliação pecuniária (GONÇALVES, 2018).

Neste tipo de dano, o Art. 402 do Código Civil estabelece que são abrangidos o dano emergente (o que efetivamente se perdeu) e o lucro cessante (aquele que a

vítima deixou de lucrar ou não pode ser acrescido em seu patrimônio, em função do dano causado).

Nesse diapasão, a fim de elucidar as afirmativas expostas condizentes aos danos materiais, apresenta-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS - DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO - CULPA COMPROVADA - NEXO CAUSAL PRESENTE - DANOS AO CLIENTE DEMONSTRADOS - SENTENÇA CONDENATÓRIA - MANUTENÇÃO. - O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. - Demonstrado nos autos que o advogado deixou de cientificar o cliente acerca de decisão que lhe causou a condenação na multa do art. 475-J do CPC, correta é a sentença que o condenou a arcar com os prejuízos de ordem material experimentados pelo mandante. (TJ-MG - AC: 10145100644403001 MG, Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira, Data de Julgamento: 21/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 04/03/2013).

Já o dano moral é mais subjetivo, visto que consiste na compensação pela perda, dor ou incômodo ocasionado à vítima a partir do dano (VENOSA, 2010). É, por conseguinte, a indenização que tem caráter de satisfação e compensação à vítima e vale como pena pecuniária adicional para o agente. Normalmente, é de difícil mensuração (CORREA, 2015). Nessa conjectura, o seguinte julgado retrata tal situação.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO ALEGAÇÃO DE SUPOSTAS EXPRESSÕES OFENSIVAS EM PEÇAS PROCESSUAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDENCIA.

MANUTENÇÃO. 1. Cuida-se de uma ação de indenizatória a qual o autor alega sofreu grave ofensa moral através da petição em autos de processo onde, na qualidade de advogado, defendia interesses do Sindicato, ora 1º réu. A sentença julgou improcedente o pedido, gerando o inconformismo da requerente. 2. O cerne da controvérsia é apurar se os termos usados pelos causídicos na petição mencionada pelo autor foram ou não ofensivos. 3. Como é cediço, a Constituição da República, em seu art. 133, consagra a importância do advogado na administração da justiça, conferindo-lhe inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. 4. Na verdade, compulsando os autos verifica-se que as expressões utilizadas na mencionada petição e reputadas como ofensivas decorreram do estrito exercício da advocacia pelo apelante e guardam nexos de causalidade com o objeto da discussão travada no processo 2007.800.118489-6. 5. Portanto, não se verifica dolo de caluniar, difamar ou injuriar o recorrido, não se podendo afirmar que a conduta do causídico tenha extrapolado os limites da lide. 6. Sentença mantida. 7. Desprovemento do recurso. (TJ-RJ - APL: 00112191320088190038, Relator: Des(a). MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO, Data de Julgamento: 27/06/2019, OITAVA CÂMARA CÍVEL).

Assim, por conseguinte, o dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem danos ou interesse violado, patrimonial ou moral, não se consolida a indenização (VENOSA, 2015).

2.3 Nexos de causalidade

No que se refere a outro pressuposto da relação jurídica inerente à responsabilidade civil, o nexos de causalidade designa a relação naturalística entre

estipulado comportamento do agente no qual se visa imputar responsabilidade e o dano sofrido pela vítima (GONÇALVES, 2018).

Deste modo, como regra, discerne-se como aplicável no direito brasileiro a teoria da causalidade adequada como aquela em que cabe ao aplicador do direito identificar a causa que, em função da sua possibilidade e probabilidade, mais se vincula ao dano (MIRAGEM, 2015).

Entretanto, essa relação de causalidade para efeito de precisão do responsável pelo dever de indenizar, por vezes não observa uniformidade de tratamento. Mesmo na jurisprudência, segundo Noronha (2010), é possível verificar tal situação, em que não há consenso quanto ao critério ou à teoria preeminente na definição da relação de causalidade.

Neste sentido, a jurisprudência com maior ou menos rigor, elege causas e imputa responsabilidade sob diversos parâmetros, particularmente mediante a combinação de causalidade adequada a partir de uma combinação negativa, a qual sugere como causa pertinente aquela que não é indiferente ao surgir do dano (GONÇALVES, 2018).

3. Da Reponsabilidade Civil do Advogado

Os advogados são profissionais do direito, cujas atividades estão regulamentadas na Lei 8.906/94 que criou o denominado Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. A referida lei estabelece a responsabilidade do advogado pelos atos, que no exercício da profissão, praticar com dolo ou culpa (PIETROSKI, 2013).

No exercício da sua profissão, o advogado é um prestador de serviços aos seus clientes, portanto, conforme expõe Matamoros (2014), na qualidade de profissional liberal, quando age por conta própria e assume o risco, é submetido aos princípios do Código do Consumidor, em especial o da boa-fé objetiva, da informação, da transparência, sigilo profissional e também subordinado às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, consoante o art. 14, §4º, que dispõe: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a

verificação de culpa”. O Estatuto da Advocacia, pelo Art. 32, igualmente prevê a responsabilidade subjetiva do profissional.

No que se refere a responsabilidade civil do advogado, segundo o Código Civil de 2002, infere-se que ela é, na sua essência, contratual, mas com aporte subjetivo na culpa ou dolo (VASSILIEFF, 2006).

Em conexão com o anterior referido, o profissional no exercício da advocacia, por apresentar uma demanda de responsabilidade civil com fundo contratual, seja ela com fim nos meios ou resultado, no caso do processo judicial, decorre da violação de dever jurídico referente a contrato de mandato celebrado entre advogado e cliente (DINIZ, 2016).

Como um defensor dos direitos, liberdades e interesses legítimos de pessoas físicas e jurídicas, o advogado (público ou privado) deve cumprir suas funções seguindo princípios fundamentais: princípio da legalidade, princípio da liberdade, princípio da independência, princípio da autonomia e descentralização, e princípio da manutenção do segredo profissional (SOUZA; SANTOS, 2016).

As normas gerais de regência da responsabilidade civil do advogado, as quais obrigam-no a reparar um dano causado a outrem, no exercício de sua profissão, estão espalhadas por todo Direito Positivo Brasileiro (ARAÚJO, 2009).

Assim, pelas considerações aludidas para que se pretenda qualquer tipo de ressarcimento originário da conduta do advogado, é condição essencial a demonstração de sua conduta culposa, exatamente por se tratar de uma obrigação de meio e por haver expressa previsão legal, tanto no artigo 14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor, como no Artigo 32 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Portanto, se exige do advogado habitual diligência e ética na condução dos negócios a ele confiados, uma vez que um equívoco poderá resultar em prejuízos para os clientes (CAVALIERI, 2010).

3.1 Da Natureza da Obrigação Assumida pelo Advogado

A relação advogado-cliente estipulada inicialmente via contrato, trata-se de um processo que vai desde a fase pré-contratual, esta decomposta em fase das negociações e da oferta, transitando à fase contratual distribuída em três fases

menores: conclusão, eficácia e execução do contrato e encaminhando-se até a fase pós-contratual, na qual ainda restam obrigações aos contratantes (TARTUCE, 2014).

Conivente a isto, à que se acrescentar que o vínculo jurídico existente entre o cliente e o advogado é basicamente contratual. Logo, a quebra ou o não cumprimento destes resulta no rompimento do contrato. Conseqüentemente, surge o direito a indenização da parte atingida, mas provada a culpa civil do lesante, pelo lesado (COSTA, 2017).

Em consonância com o apresentado, o Código de Ética elaborado pela própria OAB normatiza como o advogado deve se posicionar perante o seu cliente, a exemplo de: informar de forma clara e inequívoca dos eventuais riscos daquela demanda; com a conclusão ou desistência da causa, o advogado permanece obrigado a devolver os bens, valores e documentos recebidos no exercício do mandato, assim como não pode abandonar os efeitos sem motivos justificados e comprovada ciência do constituinte (TAVARES, 2015).

3.2 O Mandato e suas Responsabilidades

A responsabilidade civil do advogado se respalda no mandato, que é uma das formas de contrato conjecturadas no Código Civil (Art. 653). O mandato judicial institui responsabilidade de natureza contratual do advogado diante seus clientes (GONÇALVES, 2012).

Sob tal prisma, este contrato de mandato judicial além da concepção de representação do cliente, infere-se também para prestação de serviços profissionais no patrocínio de seus interesses (SAMPAIO; RODRIGUES, 2014).

Neste âmbito, surgem-se obrigações para o mandatário, como o de proceder em nome do mandando com cautela e atenção, repassando-lhe as vantagens que alcançar em seu nome e, por fim, prestar-lhe contas dos atos praticados, pois, baseado no artigo 667 do Código Civil e por mérito do entendimento dos tribunais pátrios, o mandatário responderá pelos prejuízos causados em virtude do mau desempenho do mandato (CARICAT; REIS, 2019).

Assim, pautando-se no aludido, cabe ao cliente transferir a documentação necessária a elucidação da demanda, prestar esclarecimentos necessários, indicar e identificar testemunhas, além de relatar com precisão a conjectura dos fatos;

porquanto caberá ao advogado agrupar o material exposto pelo cliente e implementar a peça processual adequada, apresentá-la no prazo proposto em lei perante o órgão a que se destina e manter o cliente informado do andamento para que, assim, se realize a cooperação entre ambas as partes (GONÇALVES, 2018).

4. Situações que geram a responsabilidade do advogado para com o cliente

4.1 Responsabilidade pelo extravio dos autos

O advogado, em sua atuação profissional, ao realizar o contrato com o cliente, pessoa física ou jurídica, incumbe-se de certas responsabilidades. Caso não sejam atendidas, pode-se gerar consequências para a parte contratante. Deste modo, umas dessas responsabilidades é condizente ao resguardo dos autos e documentos, estes por sua vez, indispensáveis para a formalização do processo (CORREA, 2015).

Conforme Matiello (2014) explicita, ao extraviar os autos, o advogado responderá pelos danos causados ao cliente e inclusive à parte adversa, visto que ao tê-los sob sua custódia aceitou o ônus de restituí-los intactos ao respectivo cartório.

Deste modo, considera-se extravio, a atividade culposa que leva à ausência de todo o processo ou parte dele. Não se considera ocorrido, se um terceiro furta ou rouba os autos, ou em caso de ocorrência de incêndio, enchente ou evento semelhante que, à insubordinação da vontade e das cautelas adotadas pelo profissional, acarreta em sua perda física ou deterioração (GONÇALVES, 2018).

A responsabilização civil não se dá só pelo fato do extravio, eis que para tal necessita-se de comprovar a ocorrência de danos ao constituinte ou opositor. Neste viés, o ônus da prova compete a quem o alega (COSTA, 2017).

Contudo, ao legitimar o extravio, mesmo que não haja o dano consequente, o advogado em que evidentemente estiver com os autos sob sua responsabilidade, será imputado administrativamente, segundo a Lei nº 8.906/94 em seu art. 34, inciso XXII, que remete a questão da retenção dos autos processuais (MACEDO JUNIOR; COCCARO, 2012).

4.2 Responsabilidade pela quebra do dever de sigilo profissional

Cabe ao advogado, ao convencionar uma relação contratual com seu cliente, assumir deveres e obrigações, que geralmente estão clausuladas no corpo do contrato de prestação de serviços, mas embora não esteja, o sigilo profissional é uma obrigação pertinente do advogado para com o cliente de indiscutível relevância (MIRAGEM, 2015).

Sob tal conjectura, deve ser respeitado por imposição legal prevista, dentre outros dispositivos: na Constituição Federal, no Código Penal (Art. 154), no Estatuto da Ordem (Art. 34, inciso VII) e no Código de Ética e Disciplina (Art. 25 a 27), (CARICAT; REIS, 2019).

No que concerne o exposto, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XIV, relata que é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Conforme Venosa (2015) aponta, a toda a sociedade convém a preservação do sigilo, para que haja maior segurança no trato das questões individuais, da qual repercussão coletiva é inegável. Deste modo, a confiança que o cliente deposita no advogado não pode ser quebrada, sob pena de se dissipar o próprio contrato.

Assim, mantém-se definido que se injustificadamente o profissional vier a romper o sigilo, ele estará praticando ilegalidade e responderá por danos no campo civil e até mesmo criminal (CP, Art. 154 e CPP, Art. 207), dependendo do caso, notoriamente.

Deste modo, se violado o direito do cliente quanto à preservação de informações, o advogado responde pelos danos materiais e morais ocasionados ao mesmo. Destaca-se dessa maneira, que a responsabilidade civil do advogado por quebra do sigilo profissional, para que seja caracterizada deve se adequar aos pressupostos da responsabilidade civil (TARTUCE, 2015).

Contudo, importante ressaltar que nem toda situação que iminentemente esteja exprimindo a quebra de sigilo, irá de fato resultar em responsabilidade.

4.3 Responsabilidade pela perda de uma chance

Esta responsabilidade consiste em uma teoria desenvolvida na França, na qual a vítima é indenizada pela perda da oportunidade de auferir uma vantagem ou de evitar um dano (AMARAL, 2015).

Por conseguinte, esta teoria, proveniente da doutrina francesa, visa a responsabilização do agente causador do dano em casos que não é possível afirmar, que na hipótese de que não houvesse a ação do agressor a vítima teria obtido um resultado mais favorável ou mesmo de evitar a ocorrência de um prejuízo (FURLAN, 2017).

Em consonância com o exposto, ressalta-se que, para ser caracterizada a perda de uma chance, é preciso que se mantenha evidente o caráter tangível da chance, de modo que se não houvesse a ocorrência do ato que desfez a sequência natural dos fatos a chance realmente existiria, como observa-se no mencionado seguinte:

“Para se falar em perda da chance, é preciso demonstrar que “está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico”, sendo de se provar, ainda, que “esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. A chance perdida integraria a esfera jurídica da vítima, não fosse o fato gerador da responsabilidade.” (SCHREIBER, 2013).

Com relação a jurisprudência brasileira sobre aplicabilidade da perda de uma chance, alguns Tribunais de Justiça começaram a empregá-la em casos em que não era possível asseveração de que o resultado esperado se confirmaria, nos quais era cabível a indenização pela supressão da possibilidade (OLIVEIRA, 2017).

Neste viés, esta responsabilidade não se limita a categoria de danos extrapatrimoniais, pois, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando anexa a percentuais apriorísticos (COSTA, 2017).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, diante do exposto, é indubitável que se exige dos advogados habitual diligência e ética na condução das premissas a ele confiadas, uma vez que um erro poderá resultar em prejuízos para o cliente.

Pondera-se assim, que a responsabilização civil do advogado diante seu cliente por atos praticados no exercício da profissão deva persistir por uma questão necessária, alusiva ao dano injusto sofrido. Desta forma, amoldando-se a questão elencada dos elementos: ato (ação ou omissão), nexos causal e dano, se faz relevante a responsabilização.

Desta forma, aos advogados, só será imputado à obrigação de indenizar em casos em que propiciarem danos com culpa, necessitando ser apurados na responsabilidade subjetiva, uma vez que para haver a obrigação do dever de indenizar é fundamental o pressuposto da culpa na ação danosa. Sendo assim, pelo todo o exposto no transcorrer do trabalho e de acordo com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, o advogado deverá ser responsabilizado civilmente por danos que causar aos seus clientes culposamente e dolosamente, por agir com negligência no exercício de sua profissão, devendo arcar com ônus indenizatório.

Por fim, o advogado deve buscar sempre a excelência na realização do seu serviço, para que os direitos do seu cliente estejam assegurados dentro do processo judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**. Curitiba. Juruá, 2015, p.28.

ARAÚJO, M. C. J. **Ética profissional**. 5ª ed. Ver. E atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

BRASIL. **Lei nº. 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

CARICAT, Fabiana; REIS, Clayton. Responsabilidade civil do advogado e ética profissional. **Percursos**, v. 1, n. 28, p. 341-365, 2019.

CAVALIERI, S. F. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2013, p.19

CORREA, F. C. **A responsabilidade civil do advogado perante seu cliente por ato praticado no exercício da profissão.** São Luís, 2015. 63 p. Monografia – Direito. Universidade Federal do Maranhão.

COSTA, M. L. M. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito do trabalho.** Universidade Federal de Uberlândia (Monografia). Uberlândia, 2017.

CRUZ, G. S. da. **A parte geral do novo código civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional.** 2º ed. Revista Atual. Rio de Janeiro: renovar, 2003.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 7, 24º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** v.VII, 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

FURLAN, A. C. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, v. 10, p. 119-149, 2017.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**, v.IV, 7 Ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p.41.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contrastes.** 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. – 13 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LANA, H. A.; FIUZA, C. A. de. **Responsibility for loss of any chance: reflections on its legal nature that even prevent/a.** Quaestio Iuris, vol. 11, no. 1, 2018, p. 330+.

MACEDO JUNIOR, M. A. S. de; COCCARO, C. **Ética Profissional e Estatuto da Advocacia**, Coleção OAB Nacional 1ª fase–coordenação geral de Fábio Vieira Figueiredo, Fernando F. Castellani e Marcelo Tadeu Cometti. São Paulo: Saraiva, v. 10, 2012.

MATAMOROS, Pedro Chaparro. **Lawyer's liability for not interpose the repurchase'saction interm. comment on STS no. 373/2013, of june 5 (RJ 2013,4971).** Rev. Bol. Der. no.18 Santa Cruz de la Sierra July, 2014.

MATIELLO, F. Z. **Responsabilidade Civil do Advogado.** São Paulo, Ltr, 2014.

MIRAGEM, B. N. B. **Direito civil: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

NORONHA, F. **Direito das obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 629-630.

OLIVEIRA, G. G. de. **A aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilização dos advogados.** Rio de Janeiro, 2017. 75 p. Monografia – Direito. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

PIETROSKI, LisianeLazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

SAMPAIO, S. S.; RODRIGUES, F. W. **Ética e sigilo profissional.** Serv Soc Soc, v. 117, p. 84-93, 2014.

SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance.** 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.220.

SOUZA, Antonio Carlos Marques; SANTOS, Daiane Pereira. A Responsabilidade Civil do advogado pela teoria da perda de uma chance. **PROJEÇÃO, DIREITO E SOCIEDADE**, v. 7, n. 2, p. 64-74, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil 2: direito das obrigações e responsabilidade civil.** 9 ed. São Paulo, Editora Método, 2014. P 334.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** São Paulo: Método, 2015.

TAVARES, V. O. (2016). **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO.** Aracaju, 2015.

VASSILIEFF, S. **A responsabilidade civil do advogado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOTAS:

[1] Professora da Faculdade Serra do Carmo (FASEC). Palmas, TO. E-mail: profkellynogueira@gmail.com.

DA APLICAÇÃO DE MULTA COERCITIVA CONTRA AGENTE PÚBLICO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

PABLO HENRIQUE GARCETE SCHRADER:

Bacharel em Direito pela União da Associação Educacional Sul-Mato-Grossense Faculdades Integradas de Campo Grande (FIC-UNAES). Pós-graduado em Direito do Estado e das Relações Sociais pela UCDB/ESMAGIS (lato sensu). Pós-graduado (especialista) em Advocacia Pública pelo Instituto Para o Desenvolvimento Democrático – IDDE. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE-MS).

RESUMO: O objetivo deste trabalho é proceder ao estudo alusivo à possibilidade de aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança. Para tanto, será levado em consideração o posicionamento favorável da doutrina e da jurisprudência pátrias atual a esse respeito, inclusive do Superior Tribunal de Justiça. Outrossim, utilizar-se-á como marco legal o novo Código de Processo Civil de 2015 e a Lei do Mandado de Segurança, mormente nos casos em que, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias ao cumprimento da decisão judicial, sobretudo em sede de mandado de segurança, em cuja demanda a autoridade impetrada possui posição *sui generis*. Ao final, será demonstrado que, em casos nos quais a autoridade apontada como coatora mostrar-se renitente, desidiosa ou recalcitrante ao cumprimento de determinação judicial dirigida contra a pessoa jurídica da qual integra, o próprio agente público é quem deverá sofrer eventuais sanções, dentre as quais, a aplicação de multa coercitiva, sob pena de a sociedade ter que arcar com um ônus do qual efetivamente não deu causa.

Palavras-chave: multa coercitiva; agente público; mandado de segurança.

ABSTRACT: The aim of this paper is to proceed to the study alluding to the possibility of imposing a coercive fine against a public agent in the writ of mandamus. To this end, consideration will be given to the favorable position of current doctrine and case law in this regard, including the Superior Court of Justice. In addition, the new Code of Civil Procedure 2015 and the Writ of Mandamus Law

will be used as a legal framework, especially in cases where, for the performance of specific protection or obtaining protection for the equivalent result, the judge may to determine the measures necessary to comply with the judicial decision, especially in the context of a writ of mandamus, in which the defendant has a sui generis position. In the end, it will be demonstrated that, in cases in which the appointed co-authority appears to be reluctant, disloyal or recalcitrant to comply with a court order directed against the legal entity of which it is a member, it is the public agent himself who should be subject to any sanctions, among others. which, the imposition of coercive fine, under penalty of the society having to bear a burden of which it effectively did not cause.

Keywords: coercive fine; public agent; writ of mandamus.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito de agente público. 1.1 Da diferença entre agente público e autoridade pública. 1.2 Da autoridade coatora e da legitimidade passiva em sede de mandado de segurança. 2. Das medidas coercitivas de ordem patrimonial previstas no Código de Processo Civil. 2.1 Da multa diária como mecanismo de efetivação da tutela específica. 3. Da aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em prolegômenos, o presente artigo científico, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica, buscará abordar tema alusivo à possibilidade de aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança.

Para tanto, ao longo do texto, será demonstrado que a aplicação da sobredita penalidade deverá ser impingida, exclusivamente, à autoridade coatora/impetrada, em casos nos quais este agente público mostrar-se renitente, desidioso ou recalcitrante ao cumprimento de determinação judicial dirigida contra

a pessoa jurídica de direito público da qual integra, sob pena de a sociedade ter que responder por um ônus do qual efetivamente não deu causa.

Ademais, será levado em consideração o posicionamento favorável da doutrina e da jurisprudência pátrias atual a esse respeito, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, utilizar-se-á como marco legal o novo Código de Processo Civil de 2015 e a Lei do Mandado de Segurança, mormente nos casos em que, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias ao cumprimento da decisão judicial, sobretudo em sede de mandado de segurança, em cuja demanda a autoridade impetrada possui posição *sui generis*.

Por derradeiro, por ocasião da conclusão, demonstrar-se-á que a aplicação de multa coercitiva, de forma exclusiva, contra agente público, em sede de mandado de segurança, além de ter escoro legal, doutrinário e jurisprudencial, importará em um efeito pedagógico a qualquer autoridade estatal, pois, ciente da sua própria responsabilidade, atuará de modo a respeitar-se o erário e o ente público do qual é parte integrante.

1. CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO

É assente que a expressão *agente público* é bastante elástica, para determinar, de forma específica, os sujeitos que exercem funções públicas. Desse modo, qualquer pessoa que age em nome do Estado é agente público, independentemente de vínculo jurídico, ainda que atue sem remuneração e transitoriamente.

Assim sendo, uma vez que o Estado está atuando por via do sujeito, responderá pelos atos praticados, sendo a responsabilidade objetiva do Estado, nos moldes do disposto no art, 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste sentido, a Lei 8.429/92 estabelece que:

Reputa-se agente público, para fins desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Logo, por intermédio do agente público, o Estado se faz presente, manifestando sua vontade nas esferas de Governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), em quaisquer dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Outrossim, pode-se afirmar que agente público é a pessoa física que presta serviço ao Estado *lato sensu* (União, Estado, Distrito Federal e Municípios – Administração Direta) e às pessoas jurídicas da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), ainda que de forma transitória ou sem remuneração.

Inclusive, o Código Penal confere a mesma abrangência ao definir *funcionário público*. É cediço que a expressão *funcionário público* já está superada no Direito Administrativo, sendo substituída pela expressão *agente público*. Entretanto, o Código Penal estabelece, em seu artigo 327, que “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

Sendo assim, nas palavras de Matheus Carvalho (CARVALHO, 2016, p. 734):

[...] podem ser considerados agentes públicos aqueles que exercem função pública em virtude de relação trabalhista, em qualquer dos entes da Administração Pública Direta ou

Indireta, seja este em regime estatutário, mediante a nomeação de servidores que se submetem às regras definidas em estatuto próprio, seja um regime de emprego, por meio de contratação de empregados, sob o regime da Consolidação das Leis Trabalhistas para prestarem serviços, mediante regime de emprego público.

Da mesma forma, todos os particulares contratados sob regime de cargo temporário, nos moldes definidos pelo art. 37, IX da Constituição Federal, ainda são considerados agentes públicos e exercem função pública.

Também podem ser considerados agentes públicos aqueles que, mesmo não possuindo qualquer vínculo de natureza administrativa ou política com o ente estatal, atuam no exercício de funções públicas, tais como, por exemplo, o mesário no dia da eleição ou o jurado, no dia em que presta o serviço de atuação no júri popular, ou, ainda, os agentes das concessionárias e permissionárias de serviços públicos e os titulares das serventias de cartório, autorizados, após aprovação em concurso público, para execução de serviços notariais e registrais, mediante delegação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (DE MELLO, 2008, p. 242) assim se manifesta acerca dos agentes públicos:

Os servidores públicos são uma espécie dentro do gênero "agentes públicos". Para bem distinguir tal espécie, apartando-a claramente das demais, é útil, primeiramente, examinar o panorama dentro do qual ela se encarta. É o que se fará apresentado o amplo quadro compreensivo das variedades tipológicas de agentes por meio dos quais o Estado se manifesta.

Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.

E, em todos os casos, o Estado responde pelos atos praticados pelo sujeito, se ele causar dano a alguém no exercício da função pública, haja vista o fato de que, naquele momento, ostenta a qualidade de agente público atuando em nome do ente estatal. De fato, a Administração Pública os habilita para atuarem em seu nome.

Impende asseverar, por oportuno, que, por exercerem função pública, os atos ou omissões perpetrados pelos agentes públicos são imputados à pessoa jurídica que integram e se sujeitam ao controle judicial, que se pode dar por meio dos remédios constitucionais, tais como Mandado de Segurança e Ação Popular.

Neste comenos, os agentes públicos, considerados amplamente, podem figurar como autoridade coatora, para prestação de informações em Mandado de Segurança, somente não sendo admitida, nos moldes da Lei n. 12.016/2009, em seu artigo 1º, §2º[1], a impetração do *writ* constitucional contra os atos de gestão comercial, praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Logo, como por exemplo, é possível que o *mandamus* seja impetrado em face de atos praticados pelo diretor de uma universidade particular, ante a função pública por este exercida.

Por derradeiro, em razão do exposto no art. 37, §6º, da Lei Maior, o poder público se responsabiliza objetivamente por todos os atos praticados pelos agentes públicos, neste caso, considerados amplamente, sendo que, após o pagamento de eventual indenização que se entenda devida, é cabível a

propositura de ação regressiva em face do sujeito, desde que reste demonstrada que sua participação no evento danoso se deu a título de dolo ou, ao menos, que ele agiu culposamente para a ocorrência do dano causado a outrem.

1.1 DA DIFERENÇA ENTRE AGENTE PÚBLICO E AUTORIDADE PÚBLICA

Como visto acima, os agentes públicos, considerados amplamente, podem figurar como autoridade coatora, para prestação de informações em Mandado de Segurança, a teor do disposto no art. 1º, § 1º, da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009 – a qual regula o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências -, a saber:

Art. 1º [...]

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Logo, o termo legal *autoridade coatora* pode ser entendido como sinônimo de autoridade pública, a qual é a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída, de forma legal.

Ademais, consoante apregoam Mário Lúcio Quintão Soares e Lailson Baeta Neves, ao diferir-se a autoridade pública do agente público, tem-se o seguinte quadro (SOARES; NEVES, 2019, p. 12):

O que difere a autoridade pública do simples agente público é que o primeiro tem poder de decisão dentro de uma ordem hierárquica, ou seja, demonstra-se competente para praticar atos administrativos decisórios.

Casos tais atos sejam praticados, com abuso ou de forma ilegal, dão azo à impetração do mandado de segurança. Por isso, segundo a doutrina, o agente público não responde por meros atos executórios.

Por ato de autoridade (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010, p. 33), conclui-se que:

Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las

Por autoridade, entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança, quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios e, por isso, não está sujeito ao mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior.

Com efeito, para fins de Mandado de Segurança, consideram-se autoridades públicas aquelas pessoas físicas investidas de poder de decisão dentro de sua esfera de competência atribuída por meio de lei. Também, podem ser classificados no mesmo sentido os administradores ou representantes de autarquias e de entidades paraestatais ou ainda pessoas naturais ou jurídicas, com funções delegadas ou enquanto concessionários de serviços de utilidade pública no que concerne a essas funções.

1.2 DA AUTORIDADE COATORA E DA LEGITIMIDADE PASSIVA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

A Lei do Mandado de Segurança (Lei Federal n.º 12.016/2009) prescreve que o impetrante deverá, quando do ajuizamento do *writ* mandamental, integrar o polo passivo da relação processual não só com a autoridade coatora, mas, também, com a pessoa jurídica de direito público a qual esta se encontra vinculada, senão veja-se:

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Igualmente, a referida lei reza que o juiz, ao despachar a inicial, deverá intimar o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, bem como, ao final do processo, intimá-lo da decisão que conceder a segurança. Leia-se os seguintes preceitos:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

Art. 13. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

Consoante se infere, a nova lei mandamental tentou pôr fim a uma infundável controvérsia tanto na doutrina[2] como na jurisprudência[3] sobre o tema. E, nesse tanto, a parte final do precitado dispositivo legal, ao criar a obrigatoriedade de inclusão da pessoa jurídica de direito público, trouxe para a relação jurídica processual o real responsável pelo ato violador do direito líquido e certo do impetrante.

A corroborar tal assertiva, colhe-se o ensinamento de Rafael Vêras de Freitas (FREITAS, 2015, p. 597):

Isso se justifica porque o ente público é, sem dúvida, o titular da manifestação de vontade do servidor – neste caso, a da autoridade coatora impetrada –, bem como será o responsável por eventuais ônus patrimoniais decorrentes de condenações no feito.

Ademais, resta saber se o novo diploma fez surgir um litisconsórcio passivo necessário, ou seja, se se estipulou a obrigatoriedade de apresentação de contestação, ou se criou, tão-somente, a obrigatoriedade de uma intimação do representante fazendário para a participação no feito.

Ora, vê-se que não parece se tratar de um litisconsórcio passivo necessário, mas, sim, da obrigatoriedade de indicação da pessoa jurídica no polo passivo do mandado de segurança para fins de intimação, na medida em que a autoridade coatora encontra-se vinculada funcionalmente à pessoa jurídica de direito público.

Essa interpretação compatibiliza-se com a celeridade própria do rito mandamental, porquanto não seria razoável que a pessoa jurídica de direito público tivesse que ser citada para apresentar contestação. Contudo, deve tal entidade se manifestar, quando da sentença de concessão da segurança, em observância à *mens legis* de manter-se a celeridade da ação mandamental.

Ainda, reforça o entendimento de que, no âmbito mandamental, até a prolação da sentença, a comunicação dos atos processuais deve ser feita à autoridade impetrada, que é quem detém a obrigação legal de prestar informações[4], e não à pessoa jurídica de direito público.

Todavia, segue-se a advertência de Rafael Vêras de Freitas (FREITAS, 2015, p. 598):

É evidente, pois, que, se antes de prolação da sentença de concessão da segurança, ficar evidenciada a atuação culposa ou dolosa da autoridade coatora no Mandado de Segurança, deverá a pessoa Jurídica de Direito Público intervir no processo, no estado em que se encontra, de forma a coibir eventuais ilegalidades já praticadas, tudo isso dentro do seu dever de autotutela (Súmula 473 do STF). Ora, se a pessoa jurídica de direito público será colocada no polo passivo da relação jurídica processual, é imprescindível que o seu órgão de representação jurisdicional seja intimado para atuar no feito, para defesa dos interesses secundários do Estado. Trata-se, em última análise, de um corolário do devido processo legal, notadamente nas vertentes do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CRFB). Além disso, esta ciência prévia do ajuizamento do *writ*, certamente, contribuirá para o fortalecimento da atuação da Advocacia de Estado (artigo 131 e 132 da CFRB), como órgãos que devem exercer, na mesma medida, o controle da legalidade dos atos do Poder Público.

Além do mais, Carlos Alberto Garcete (GARCETE, 2010, p. 45) entende que a pessoa jurídica a que esteja a autoridade coatora (impetrada) vinculada é quem figura no polo passivo do remédio heroico, *verbis*:

Nosso entendimento é no sentido de que a pessoa jurídica a que esteja a autoridade coatora (impetrada) vinculada é quem figura no polo passivo do remédio heroico. A sabendas, note-se – pelo procedimento adotado pela Lei Federal nº 12.016/2009 – que a atuação do coator se cinge a prestar as informações necessárias ao esclarecimento do ato tido por viciado – porquanto é quem está mais bem preparado para relatar e explicitar o ocorrido – e a cumprir a ordem eventualmente determinada pelo juiz da causa.

No mais, a pessoa jurídica a que esteja vinculado é quem se manterá no polo passivo, suportando todos os ônus e exercendo o devido processo legal, inclusive para interpor os recursos necessários. Além disso, será quem, em eventual ação (posterior) de indenização que decorra do reconhecimento judicial da ilegalidade do ato de autoridade, figurará no polo passivo e, em caso de procedência da pretensão, será condenada.

Logo, não parece correto o entendimento de que a autoridade coatora deva ser considerada com a titular do polo passivo.

No mesmo trilha, Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, 2014, p. 561) pontua que “a legitimidade passiva para o mandado de segurança é da pessoa jurídica a cujos quadros pertence a autoridade de quem emanou o ato impugnado”.

Frise-se que esse posicionamento – o qual entende-se correto – está firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça[5].

Ora, a identificação da autoridade coatora é de suma importância, pois serve para definir a competência do juízo, além de precisar quem deve, especificamente, sofrer o comando judicial e cumpri-lo.

Outrossim, deve ser indicada como autoridade, no mandado de segurança, aquele agente público com competência para desfazer o ato atacado ou para cumprir a segurança. Neste passo, assim reza a Súmula 627 do STF[6].

Lado outro, não obstante a existência das regras contidas nos artigos 6º e 7º da Lei nº 12.016/2009, que determinam a indicação da pessoa jurídica com sua posterior intimação, tal situação não modifica o entendimento segundo o qual a legitimidade passiva para o mandado de segurança é da pessoa jurídica, cabendo à autoridade coatora apenas prestar informações e, em caso de concessão de segurança, cumprir a ordem impingida pelo órgão judicial.

Como diz Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, 2014, p. 562) “A autoridade *presenta* a pessoa jurídica, prestando informações. Além disso, cumpre dar ciência à pessoa jurídica dos termos da demanda mandamental, a fim de que possa oferecer alguma manifestação tida como relevante”.

Na verdade, a autoridade, no mandado de segurança, é a pessoa física presente em juízo, ou seja, ela, na linguagem de Pontes de Miranda, *presenta* a pessoa jurídica. Significa que a pessoa jurídica está no processo, desde o início, na pessoa da autoridade, cuja função é, apenas, prestar informações (DIDIER JR, 2002, p. 369-370).

2. DAS MEDIDAS COERCITIVAS DE ORDEM PATRIMONIAL PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que o juiz poderá lançar mão de medidas indutivas e coercitivas, as quais são utilizadas basicamente para o cumprimento de ordens judiciais em decisões interlocutórias ou finais com natureza condenatória, mandamental ou executiva.

A princípio, tem-se que os provimentos declaratórios e constitutivos finais não necessitam de imposição de medidas indutivas ou coercitivas para seu cumprimento, sendo que a declaração positiva ou negativa bem como a constituição positiva ou negativa de uma relação jurídica esgotam, por si sós, o objeto da tutela jurisdicional, conforme escólio de Fabio Caldas de Araújo (ARAÚJO, 2016, p. 640).

As medidas indutivas podem estar previamente contidas no comando legal que preenche o suporte fático da decisão judicial. Tais medidas agregam à decisão judicial um incentivo ao cumprimento espontâneo do comando, inclusive com o fim de evitar medidas coercitivas pessoais e patrimoniais próprias da execução indireta ou, mesmo, a aplicação da técnica subrogatória, que revela a execução direta, citando-se, como exemplo, o disposto nos artigos 701, § 1º[7], e 827, § 1º[8], ambos do CPC (ARAÚJO, 2016, p. 642).

Por seu turno, as medidas coercitivas de ordem pessoal (prisão civil) ou patrimonial (multa diária = *astreintes*) podem ser concedidas na tutela provisória ou definitiva, no âmbito cognitivo, executivo ou cautelar.

Por oportuno, vale destacar que no Código de Processo Civil de 1973 não havia previsão expressa da aplicação de medidas coercitivas de ordem patrimonial para ações condenatórias cujo objeto fosse prestação pecuniária. Essa previsão foi consagrada pelo novo CPC, na parte final do art. 139, IV.

Já as ordens judiciais oriundas de ações condenatórias e mandamentais permitem a aplicação de medidas coercitivas de pressão (*moyen de pression*), representadas pelas *astreintes* e pela prisão civil.

Segundo Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1128):

[...] as peculiaridades do direito material, especialmente no tocante às tutelas específicas, em que se necessita muito mais de um “agir” do obrigado do que propriamente uma intervenção estatal na sua esfera patrimonial (execução

direta por sub-rogação), levaram o legislador a permitir, em obrigações não representadas por dinheiro, medidas atípicas, ora estabelecidas de maneira genérica pela lei, ora desenvolvidas pelo próprio magistrado à luz das circunstâncias do caso concreto.

Tal atipicidade, outorgada pela lei, encontra-se prevista num microsistema compreendido pelos arts. 139, IV, 297, parágrafo único, 536, §§ 1º a 3º, e 537 do CPC, a saber:

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

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o

desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

Como se extrai do comando legal, tem-se que as medidas coercitivas não visam à substituição do executado, mas à pressão para que cumpra com a determinação judicial. Além do mais, tais medidas assumem papel de relevo na execução indireta, sendo aplicadas como medidas de apoio ao

cumprimento da tutela específica (obrigações de fazer, não fazer e dar coisa), as quais não prescindem da participação do réu para a satisfação da ordem judicial.

Com efeito, como medidas coercitivas para o auxílio ao cumprimento de decisões judiciais na execução indireta, nosso sistema prevê medidas de coerção patrimonial ou pessoal. Como medida de coerção patrimonial é possível a fixação de multa diária (*astreintes*) em caso de descumprimento de ordem judicial, nos termos do disposto nos precitados artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015.

2.1 DA MULTA DIÁRIA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

As *astreintes* (multa diária) não dependem de pedido da parte e poderão ser aplicadas de ofício pelo juiz, o qual, também, poderá disciplinar seu período de incidência, aumento ou diminuição. A multa pode ser aplicada na tutela provisória, na sentença e na fase de execução.

Nesse compasso, pode-se afirmar que, dentre as medidas coercitivas de apoio, certamente, a mais importante é a multa diária (*astreintes*). E, na linha do que defende Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1139), conclui-se que:

[...] a multa prevista no art. 537 do CPC/2015 não seja sancionatória, pois não visa apenar o devedor que não cumpriu a obrigação. Muito pelo contrário, para que se obtenha a tutela *in natura*, é fundamental que a multa não tenha função retrospectiva, mas prospectiva, pois o interesse é no cumprimento da obrigação e a multa tem a função de exercer essa coerção indireta sobre o obrigado, estimulando-o ao cumprimento.

N'outro passo, para a melhor compreensão sobre da estrutura da multa coercitiva, e a fim de evitar distorções na sua aplicação, é de vital

importância cotejar a sua diferença com a multa indenizatória prevista no art. 77, incisos V e VI, e §§ 1º a 5º[9], do CPC/2015, a denominada *Contempt of Court*, consoante demonstrado por Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1140):

Multa coercitiva (CPC, art. 537)	Multa sancionatória (CPC, art. 77)
Natureza meramente processual: objetiva efetivar uma decisão judicial	Natureza processual-administrativa: punição pelo descumprimento de uma ordem
Função constrictiva (é prospectiva, pois visa impor uma conduta para o futuro)	Função punitiva (é retrospectiva, pois visa sancionar uma conduta ou omissão pretérita)
O valor é variável e periódico de acordo com o magistrado	O valor é fixo. As bases estão estabelecidas em lei
Não se limita ao valor da obrigação, podendo excedê-la	Não pode ultrapassar o valor da obrigação
Beneficiário da multa é a parte contrária	Beneficiário da multa é o Estado
“A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitindo o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte” (art. 537, § 3º, CPC/2015)	“Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97” (art. 77, § 3º, CPC/2015)

As *astreintes* representam um meio coercitivo de caráter patrimonial, destinado a pressionar a vontade do réu para que ele cumpra o

mandamento jurisdicional, sujeitando-se então à multa diária, sendo também um mecanismo de preservação da autoridade do juiz, de modo a constranger o devedor a satisfazer a obrigação, ou seja, a cumprir a prestação devida pelo não cumprimento.

O valor da multa coercitiva deverá ser fixado pelo magistrado, buscando servir como mecanismo de pressão sobre a vontade do devedor, sempre em montante razoável, adequado e apto a abalar o devedor na sua determinação de permanecer desatendendo a ordem judicial. A multa coercitiva tem o seu fato gerador no descumprimento do comando judicial pelo réu.

A multa coercitiva é desvinculada da obrigação principal, ou seja, é vinculada à ordem judicial com prazo, que não se cumpriu, incidindo a multa independentemente do resultado da ação, pois a multa não se fia necessariamente no direito do autor e sim no descumprimento da ordem judicial.

Por derradeiro, importa anotar que o sujeito passivo da multa é aquele que deve arcar com a prestação, isto é, o devedor inadimplente, seja a pessoa física ou jurídica executada no processo judicial, ao passo que o sujeito ativo – o beneficiário para o qual o valor da multa é revertido – é a parte contrária da demanda.

3. DA APLICAÇÃO DE MULTA COERCITIVA CONTRA AGENTE PÚBLICO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

Nesse particular, chega-se à questão versada no presente artigo, qual seja, se existe a possibilidade de, no âmbito do mandado de segurança, a multa coercitiva poder recair diretamente na pessoa física da própria autoridade coatora.

Ab initio, impende destacar a inexistência de controvérsia no Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de a imposição de multa diária (*astreinte*) incidir sobre o ente público a que vinculada a autoridade impetrada.

Exemplificativamente, no RMS 43.654/GO, 2ª Turma, Rel.^a Min.^a Assusete Magalhães, assinalou-se que:

É possível o bloqueio de verba e a imposição de multa, com fundamento no art. 461, §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil[10], para compelir o réu a cumprir obrigação de fazer ou não fazer, norma que o STJ tem aplicado subsidiariamente ao mandado de segurança (DJe 14/5/2014).

Semelhante entendimento também se encontra na decisão proferida no AgRg nos EDcl no RMS 41.734/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 24/2/2014[11].

Por outro lado, no âmbito das ações civis públicas, cumpre registrar que a Corte Superior de Justiça hospeda julgados contrários à imposição de *astreintes* ao agente público que, por não ser réu na relação processual, não teve assegurada a ampla defesa (p.ex.: REsp 1.433.805/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 24/6/2014, REsp 1.315.719/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/9/2013 e AgRg no AREsp 196.946/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16/5/2013).

Todavia, quando se cuida da ação constitucional do mandado de segurança – regulada pela Lei nº 12.016/09 -, por se tratar de procedimento especialíssimo, as coisas tomam um rumo diferente. Ou seja, apercebe-se que a autoridade coatora, embora não figure como parte material ou formal, participa ativamente da relação jurídico-processual, incumbindo-lhe, para além de prestar as informações, dar efetivo cumprimento às decisões proferidas pelo juízo.

E, na linha do que consignado no art. 14, § 2º, da Lei nº 12.016/09[12], pode-se afirmar que a autoridade impetrada, por sua relevante atuação processual, ganha contornos de parte *sui generis*[13], pois a ela foi estendido o direito de recorrer.

Ademais, diante do caráter constitucional do qual se reveste o *writ of mandamus* (CF, art. 5º, LXIX[14] e LXX[15]), resta justificada a possibilidade de o magistrado impor medidas coercitivas – dentre elas, a *astreinte* – ao agente coator que, de forma injustificada, omissa e/ou recalcitrante, cause embaraço ou se recuse a dar cumprimento às decisões judiciais proferidas no curso do *mandamus*.

Igualmente, vê-se que o artigo 26, da Lei nº 12.016/09, diz constituir crime de desobediência (Código Penal, art. 330) o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079/50 (crimes de responsabilidade), quando cabíveis.

Nesse sentido, José Henrique Mouta Araújo (MOUTA ARAÚJO, 2019, p. 326) assim se manifesta:

Logo, a autoridade coatora, mesmo não sendo *parte* no mandado de segurança, pode estar sujeita a uma ordem judicial e, em decorrência do descumprimento, será atingida pela multa, responsabilidade criminal por crime de desobediência (art. 26, da Lei 12.016/09), e as demais medidas atípicas previstas no CPC/15. A rigor, não há qualquer impedimento para aplicação do art. 139, IV, do CPC, no âmbito do mandado de segurança. (destaque no original)

Com efeito, denota-se que a autoridade coatora recalcitrante, ao sujeitar-se a esse plexo de reprimendas, também revela aptidão para atrair, até mesmo cumulativamente, a responsabilidade pessoal pelo pagamento de multa diária que lhe seja aplicada com esteio nos artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015.

A corroborar tal assertiva, há autores que defendem que o não atendimento da ordem judicial, nas causas em que o Estado seja parte, decorre da vontade desviante do agente público que o representa, justificando-se, por isso, o apenamento do próprio gestor.

Nessa toada, anota Jorge de Oliveira Vargas (VARGAS, 2001, p. 125) que:

[...] a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio, porque o órgão, como parte que é da administração pública em geral, não pode deixar de cumprir determinação judicial, pois se assim agir, estará agindo contra a própria ordem constitucional, que o criou, ensejando inclusive a intervenção federal ou estadual, conforme o caso; seria a rebeldia da parte contra o todo. Quando a parte se rebela contra o todo, ela, a parte, deixa de pertencer àquele.

Igualmente, elucida Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2004, p. 662) que:

[...] não há cabimento na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pelo não-cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público. Se a pessoa jurídica exterioriza sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional.

Uma vez mais, leia-se o que diz a respeito do tema José Henrique Mouta Araújo (MOUTA ARAÚJO, 2019, p. 330):

Como conclusão, é fácil perceber que o correto direcionamento, por parte do magistrado, da penalidade de desobediência de ordem judicial no mandado de segurança, faz com que a decisão judicial tenha maior estímulo para ser cumprida. Logo, se a multa (e as demais medidas atípicas do art. 139, IV, do CPC) for dirigida à autoridade e não ao ente público, alcançará mais facilmente seu caráter educativo-sancionador, fazendo com que as ordens judiciais sejam efetivadas dentro de um limite temporal razoável e necessário à garantia do direito líquido e certo discutido no *writ of mandamus*.

Ainda, os autores Aylton Bonomo Júnior e Hermes Zaneti Júnior (BONOMO JR; ZANETI JR, 2019, p. 285) asseveram que:

O meio mais usual na prática forense para pressionar o devedor a cumprir a ordem judicial é a fixação de multa diária (*astreinte*) em caso de descumprimento da ordem no prazo assinalado judicialmente, com fundamento no art. 537 do CPC, a recair, por se tratar de mandado de segurança, sobre a autoridade pública (e não o ente público), sendo que o valor da multa será revertido em favor do exequente (art. 537, § 2º, do CPC).

No mesmo tom, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que, na ação de mandado de segurança, como a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade no processo por meio da autoridade pública, que é notificada pessoalmente para prestar informações e para cumprimento da ordem concessiva, a multa coercitiva (*astreinte*) seja imposta em face da autoridade pública.

Nesse sentido, colaciona-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA À PRÓPRIA AUTORIDADE COATORA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 461, §§ 4º e 5º DO CPC. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DESPROVIDO.

1. É pacífica, no STJ, a possibilidade de aplicação, em mandado de segurança, da multa diária ou por tempo de atraso prevista no art.

461, §§ 4º e 5º do CPC. Precedentes.

2. Inexiste óbice, por outro lado, a que as *astreintes* possam também recair sobre a autoridade coatora recalcitrante que, sem justo motivo, cause embaraço ou deixe de dar cumprimento a decisão judicial proferida no curso da ação mandamental.

3. Parte *sui generis* na ação de segurança, a autoridade impetrada, que se revele refratária ao cumprimento dos comandos judiciais nela exarados, sujeita-se, não apenas às reprimendas da Lei nº 12.016/09 (art. 26), mas também aos mecanismos punitivos e coercitivos elencados no Código de Processo Civil (hipóteses dos arts. 14 e 461, §§ 4º e 5º).

4. Como refere a doutrina, "a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio" (VARGAS, Jorge de Oliveira.

As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível. Curitiba: Juruá, 2001, p. 125), por isso que, se "a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade

pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional" (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004, p. 662).

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1399842/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/02/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESTAÇÃO DE MEDICAMENTO. ASTREINTES. POSSIBILIDADE.

1. É possível a fixação de *astreintes* em mandado de segurança, inexistindo óbice à sua imposição sobre a autoridade coatora se esta, sem justo motivo, causar embaraço ou deixar de cumprir a obrigação de fazer. Precedentes.

2. Na hipótese, a insurgência limita-se apenas ao cabimento da medida nessa ação. Por isso, deverá a instância inferior avaliar sua necessidade e a configuração dos requisitos legais.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1703807/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 20/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ASTREINTES. AGENTE POLÍTICO QUE FOI PARTE NO POLO PASSIVO DA AÇÃO, BEM COMO TEVE SUA RESPONSABILIDADE PESSOAL

ATESTADA NA ORIGEM. CABIMENTO DA MULTA DIÁRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO TIDO COMO VIOLADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF, APLICÁVEIS POR ANALOGIA. COISA JULGADA. PRETENSÃO DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA.

1. O ora agravante, à época Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos do Governo do Rio Grande do Norte, foi condenado, ante sua responsabilidade pessoal, pela Corte de origem ao pagamento de *astreintes* devido ao não cumprimento imediato de determinação judicial no bojo de mandado de segurança do qual ele foi, efetivamente, parte impetrada.

2. A matéria não analisada no julgado a quo cujo debate não foi suscitado pela oposição de embargos declaratórios naquela instância encontra óbice nas Súmulas 282 e 356 do STF, aplicáveis por analogia.

3. As *astreintes* podem ser direcionadas pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais, em particular quando eles foram parte na ação.

Precedentes: AgRg no AREsp 472.750/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 9/6/2014; e REsp 1.111.562/RN, Rel.

Min.

CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 18/9/2009.

4. O reexame de violação da coisa julgada implica nova análise do acervo fático-probatório, sendo obstado pela Súmula 7/STJ.

5. A divergência jurisprudencial é incognoscível quando o caso não apresenta similitude com as situações fáticas descritas nos paradigmas colacionados.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1388716/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 30/10/2014)

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO DE PENSÃO. DEFERIMENTO DE LIMINAR. MULTA DIÁRIA DIRECIONADA À AUTORIDADE IMPETRADA. POSSIBILIDADE.

1. A questão nos autos indaga saber se pode a multa cominatória ser direcionada ao agente público que figura como impetrado na ação mandamental.

2. Segundo o Tribunal de origem, "a imposição da multa pessoal cominada ao Presidente do RIOPREVIDENCIA, vez que em consonância com o parágrafo único do art. 14 do CPC, [...] tem por finalidade reprimir embaraços a efetivação do provimento judicial".

3. A cominação de *astreintes* pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais. (Precedente: REsp 1111562/RN,

da relatoria do Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, publicado em 18/09/2009).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no ARESP 472.750/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 03/06/2014, DJe 9.6.2014).

Alessandro Dantas, Leonardo Garcia e Roberval Rocha, em obra alusiva ao mandado de segurança (DANTAS; GARCIA; ROCHA, 2019, p. 524-5), ao tratarem do tema em exame, manifestam-se no mesmo sentido, *verbis*:

“Basicamente, a situação é a seguinte: definir que é a pessoa jurídica que deve arcar com os custos da incidência da multa é tomá-la inútil como meio efetivo de coerção, visto que a mesma somente poderá se reverter negativamente contra o Estado muito tempo depois, talvez valendo até a pena para o Poder Público descumprir o que o Judiciário determinar (caso faça um juízo de valor estritamente relacionado ao benefício econômico em não respeitar o comando decisório do Estado-juiz).

No mesmo sentido: A efetividade da sanção pecuniária, como forma de garantir a efetividade da decisão mandamental, será muito maior caso seja o patrimônio da pessoa física aquele acionado se a mesma incidir (ou seja, em caso de descumprimento). Qualquer um pensará duas vezes antes de assumir um risco ao seu próprio patrimônio, desrespeitando provimento jurisdicional”. (KLIPPEL, Rodrigo e NEFFA JUNIOR, José Antônio. Comentários à lei de mandado de segurança. (Lei nº 12.016/09): Artigo por artigo, doutrina e jurisprudência, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 390).

Multa devida pela pessoa física. Mais eficaz.

“Quem pratica o ato omissivo ou comissivo de desrespeitar a decisão judicial assume um risco pessoal e não institucional, devendo, pois, ter sua esfera particular sancionada. Embora seja realmente difícil separar quais atitudes de um administrador são tomadas em caráter pessoal ou institucional, a própria teoria geral do estado impõe-nos um raciocínio de que, no caso em tela, a motivação seria particular e, portanto, os efeitos deletérios dela advindos devem ser arcados pelo patrimônio da pessoa.” (KLIPPEL, Rodrigo e NEFFA JUNIOR, José Antônio. Comentários à lei de mandado de segurança. (Lei nº 12.016/09): Artigo por artigo, doutrina e jurisprudência, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 390).

[grifos no original]

Com efeito, diante do rito especialíssimo de que se reveste a ação constitucional de mandado de segurança, tendo em conta que a pessoa jurídica é *presentada* em juízo pela autoridade impetrada/coatora, bem assim diante do disposto nos artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015, e do que reza o art. 26, da Lei nº 12.016/09, pode-se concluir ser plenamente possível a aplicação de multa coercitiva (*astreintes*) diretamente em face do agente público, e não em desfavor da pessoa jurídica, em casos nos quais reste manifesta a desídia, omissão ou recalcitrância daquela autoridade pública em cumprir a ordem judicial contra si dirigida, sob pena de a própria sociedade ser apenada por um ato comissivo ou omissivo perpetrado do qual não deu causa diretamente, posto que advindo do agente público que a representa.

Ademais, tem-se que a aplicação de tal medida ocasionará um efeito altamente pedagógico, ou seja, a autoridade coatora que apresenta a pessoa

jurídica em juízo, em sede de *mandamus*, pensará duas vezes antes de descumprir uma ordem judicial emanada em seu desfavor, de modo a que o erário reste protegido e indene de responsabilização, sobretudo em casos patentes de evidente recalcitrância infundada e injustificada do agente público.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, assevera-se que as *astreintes* (multa diária como medida coercitiva) podem, sim, ser aplicadas diretamente em desfavor do agente público em sede de mandado de segurança, na condição de autoridade coatora, se esta, de maneira recalcitrante, imotivada, injustificada ou embaraçosa, deixar de cumprir a decisão judicial contra si dirigida.

Resta demonstrado que, no caso do mandado de segurança, regulado pela Lei n.º 12.016/2009, tem-se que a autoridade coatora, embora não figure como parte material ou formal, participa ativamente da relação jurídico-processual, incumbindo-lhe, para além de prestar as informações, dar efetivo cumprimento às decisões proferidas pelo juízo da causa.

Torna-se lícito, então, afirmar que a autoridade impetrada, por sua relevante atuação processual, ganha contornos, quando menos, de parte *sui generis*, a ponto de a vigente Lei nº 12.016/09, de modo expresso, prever que a ela se estende "o direito de recorrer" (art. 14, § 2º).

Por outro viés, a dignidade constitucional de que se reveste o *mandamus* (art. 5º, LXIX e LXX, da CF) justifica e legitima o conjunto de medidas sancionatórias imponíveis ao indigitado agente coator que, de forma injustificada, cause embaraço ou se recuse a dar cumprimento às decisões judiciais proferidas no curso do *writ*.

Para tanto, cabe destacar as consequências contempladas no art. 26 da Lei nº 12.016/09, que diz constituir crime de desobediência o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das

sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079/50 (crimes de responsabilidade).

Certamente, então, que a autoridade coatora recalcitrante, sujeitando-se a esse plexo de reprimendas, também revela aptidão para atrair, até mesmo cumulativamente, a responsabilidade pessoal pelo pagamento de multa diária que lhe seja aplicada com apoio nos artigos 139, IV, 536, § 1º, 537 e 538, todos do Código de Processo Civil de 2015.

Por derradeiro, com fulcro na doutrina *suslo* mencionada, igualmente estribado na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na precitada legislação aplicável à matéria em exame, arremata-se que o não atendimento da ordem judicial, nas causas em que o Estado seja parte, decorre da vontade desviante do agente público que o representa, justificando-se, por corolário lógico, o apenamento da própria autoridade coatora ou impetrada, a qual integra e apresenta a pessoa jurídica na ação constitucional de mandado de segurança, mormente pelo efeito pedagógico de tal medida e como forma de salvaguardar o interesse e os cofres públicos de um ato omissivo do qual a sociedade não deu causa diretamente, sendo que o valor da multa será revertido em favor do exequente (CPC, art. 537, § 2º).

Concomitantemente, em caso de descumprimento de ordem judicial no prazo fixado pelo Juízo, afigura-se também possível, de forma cumulativa, a cominação de multa de até o percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, por ato atentatório à dignidade da Justiça (sistema jurídico positivo brasileiro de instituto similar ao *contempt of court* norte-americano), com fins no art. 77, inciso IV, e § 2º, do diploma processual civil, a recair pessoalmente sobre o agente *responsável* pela prática do ato (e não a pessoa jurídica parte)[16], sendo que o valor da multa será revertido em favor do fundo da justiça (CPC, art. 77, § 3º).

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de processo civil**: parte geral – atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de Segurança**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BONOMO JÚNIOR, Aylton; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Mandado de Segurança individual e coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DANTAS, Alessandro; GARCIA, Leonardo; ROCHA, Roberval (Organiz.) **Mandado de Segurança**. Salvador: JusPodivm, 2019.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

DIDIER JR., Fredie. Natureza Jurídica das Informações da Autoridade Coatora no Mandado de Segurança. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança**. São Paulo: RT, 2002.

FREITAS. Rafael Vêras de. Aspectos de Direito Público na nova lei de Mandado de Segurança. *In*: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues (Coord.). **Direito administrativo**: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 589-607.

GARCETE, Carlos Alberto. **A nova lei do mandado de segurança** (de acordo com a Lei Federal nº 12.016, de 7.8.2009). Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e ações constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de Segurança individual e coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; NEVES, Lailson Baeta. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VARGAS, JORGE DE OLIVEIRA. **As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível**. Curitiba: Juruá, 2001.

Notas:

[1] Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

[...]

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

[2] De um lado, Hely Lopes Meirelles já afirmava que: Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída. (MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33); de outro, José Antonio Remédio traz a seguinte ponderação: sujeito passivo, por outro lado, é o ente que irá suportar os efeitos da decisão judicial procedente. (REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de Segurança individual e coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.260)

[3] Toda esta celeuma pode ser resumida no seguinte excerto da lavra do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PESSOA JURÍDICA.

1. A doutrina e a jurisprudência não são pacíficas quanto à possibilidade de a pessoa jurídica ser parte legítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental. 2. Parte da doutrina considera que o mandado de segurança deve ser impetrado não contra o ente público, mas sim contra a autoridade administrativa que tenha poderes e meios para a correção da ilegalidade apontada. Outra parte, enveredando por caminho totalmente oposto, afirma que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica e não da autoridade administrativa. 3. Não é possível reclamar da parte o conhecimento da complexa estrutura da Administração Pública, de forma a precisar quem será a pessoa investida de competência para corrigir o ato coator. 4. A pessoa jurídica de direito público a suportar os ônus da sentença proferida em mandado de segurança é parte legítima para figurar no pólo passivo do feito, por ter interesse direto na causa. 5. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 547235 / RJ RECURSO ESPECIAL2003/0048934-0)

[4] REsp nº 1051886 / RS RECURSO ESPECIAL 2008/0089537-4.

[5] REsp. nº 647.409-MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Por unanimidade. J. em 7.12.2004: "Em sede de *mandamus* a parte é a entidade pública a que pertence a autoridade coatora, de regra, carente de *legitimatío ad processum*, tese que reforça a necessidade de intimação da pessoa de direito público para recorrer e apresentar contra-razões, máxime à luz da novel Carta Federal, que privilegia sob a fórmula pétrea a ampla defesa, o contraditório e o *due processo of law*. '1. A parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a que se vincula a autoridade apontada como coatora. Os efeitos da sentença se operam em relação à pessoa jurídica de direito público, e não à autoridade. 2. A opção legislativa, com a finalidade de manter a celeridade da ação mandamental, limita-se a determinar a notificação para informações e à comunicação da sentença (Lei nº 1.533/51, arts. 7º e 11). Todavia, apresentado recurso pela impetrante, a intimação, para contra-razões, deve ser feita ao representante judicial da própria pessoa jurídica' (REsp. nº 619.461/RS, Relator Ministro Teori Zavascki). 3. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: REsp. nº 619.461/RS, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.09.2004 e ROMS nº 14.176, Ministro Félix Fischer, DJ 12.08.2002. 4. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido, determinando a intimação do Estado do Maranhão para oferecer contra-razões ao recurso de apelação interposto pela empresa impetrante".

[6] No mandado de segurança contra a nomeação de magistrado da competência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento.

[7] Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

§ 1º O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.

[8] Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.

§ 1º No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade.

[9] Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...]

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

[10] O artigo 461, do CPC/1973 corresponde aos atuais artigos 497, 536, 537 e 538, do Código de Processo Civil de 2015.

[11] Demais julgados da Corte Superior de Justiça nos quais é defendido o cabimento da multa coercitiva diretamente para a Fazenda Pública, não obstante o ato de desobediência advir de falta de conduta de um de seus agentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FAZENDA PÚBLICA. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO.

1. Ação Ordinária c/c pedido de tutela antecipada ajuizada em face do Estado objetivando o fornecimento de medicamento de uso contínuo e urgente a paciente portadora de cirrose biliar primária.

2. A função das *astreintes* é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância.

3. *In casu*, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento a pessoa portadora de cirrose biliar primária, cuja imposição das *astreintes* objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde.

4. "Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública." (AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001).

5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 490228/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 31.05.2004; AGRGRESP 440686/RS, Felix Fischer, DJ de 16.12.2002; AGRESP 554776/SP, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 06.10.2003; AgRgREsp 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 02.04.2001 e AgRgAg 334.301/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 05.02.2001.

6. Recurso especial provido.

(REsp 715.974/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 28/11/2005, p. 217)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes.

2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade.

3. As autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno.

4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Código Instrumental.

5. Recurso especial provido.

(REsp 747.371/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010)

[12] Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação. [...].

§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

[13] Essa afirmação foi dada pelo Ministro Sérgio Kukina, do STJ, ao proferir seu voto, como relator, no julgamento do REsp nº 1.399.842/ES, Primeira Turma, Julgamento: 25/11/2014, DJe: 03/02/2015.

[14] Art. 5º.

[...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

[15] LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

[16] A multa por ato atentatório à dignidade da justiça, diferentemente da multa cominatória prevista no art. 537 do CPC, recai sobre o "responsável" da prática do ato, segundo redação legal do art. 77, § 2º, CPC, de modo a possibilitar, independentemente da espécie de ação, que seja imposta pessoalmente ao agente público responsável pelo ato. Sobre essa diferenciação: STJ, REsp 679.048/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/11/2005; STFJ, REsp 666.008/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/02/2005.

A DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL DIANTE DA PARTILHA DE BENS FINANCIADOS COM DESTAQUE AOS IMÓVEIS ADQUIRIDOS ATRAVÉS DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO

ANGELICA KNOP:

Acadêmica do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), campus Balneário Camboriú/SC.

RESUMO: O presente artigo busca analisar e expor os possíveis efeitos e litígios jurídicos gerados diante da dissolução de união estável ocorrido na vigência de um contrato de financiamento de bens móveis e imóveis. Destarte, verificar-se-á os aspectos gerais da união estável institucionalizada como entidade familiar e sua dissolução, bem como, os conflitos resultantes da partilha de bens financiados mutuamente. E o que está previsto na legislação atual, jurisprudência e posicionamento dos tribunais acerca da questão.

Palavras-chave: União Estável. Dissolução. Bens. Financiamento.

Abstract: This article seeks to analyze and expose the possible legal effects and litigation generated after the dissolution of a stable union that occurred in the period of a contract for the financing of movable and immovable property. Thus, the general aspects of the stable union institutionalized as a family entity and its dissolution will be verified, as well as the conflicts resulting from the sharing of mutually financed goods. And what is provided in the current legislation, jurisprudence and positioning of the courts on the issue.

Key words: Stable union. Dissolution. Bens. Financing.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A união estável e sua dissolução envolvendo partilha de bens financiados; 2. Os efeitos da dissolução de união estável inerente a partilha de imóvel financiado e a solução jurídica; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O conceito de matrimônio dos que desejam iniciar uma entidade familiar sofreu transformações e um dos reflexos é que ao instituto do casamento por

registro civil público acresceu uma nova espécie, a união estável, sendo reconhecida como forma de constituir família pela Constituição Federal de 1988.

E quando ocorre a dissolução de uma união estável, divide-se tanto os bens quanto as dívidas adquiridas pelo casal, e dependendo do regime de bens adotado a partilha do ativo e passivo podem ser distintas. E não havendo estipulação por um dos regimes disponíveis, a união estável se equipara ao regime da comunhão parcial de bens.

E diante da dissolução, surgem controvérsias quanto ao imóvel adquirido mediante financiamento, necessitando-se assim, deliberar quanto a divisão desse imóvel financiado em comum.

No presente artigo tratar-se-á dos efeitos do rompimento da união estável, bem como as hipóteses e formas de partilhar os bens financiados com ênfase ao financiamento de imóvel e as soluções cabíveis.

1. A UNIÃO ESTÁVEL E SUA DISSOLUÇÃO ENVOLVENDO PARTILHA DE BENS FINANCIADOS

O casamento é um dos institutos mais antigos no direito, servindo como base na construção e evolução da sociedade até nos dias de hoje. E ao longo dessa evolução, o instituto do casamento tomou novas formas, conforme novos hábitos e comportamentos dos indivíduos, surge uma nova opção àqueles que desejam uma vida em comum como cônjuges, a união estável.

Esta célebre forma de entidade familiar teve amparo na Constituição Federal, em seu artigo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (grifamos)

A união estável se difere do casamento pela não vinculação dos cônjuges, ou seja, não existe o registro civil, contudo, vai além de um simples namoro ou noivado, uma vez que há a intenção somada à habitualidade de ambos

conviventes conviverem sob o mesmo teto como se casados fossem, tem-se a união estável, não formal, pois não houve a celebração para tal estabelecida em lei.

E no mesmo artigo supracitado, a Constituição Federal assegura o direito à dissolução do casamento pelo divórcio, mas não descreve a possibilidade da dissolução da união estável, que, através da redação do §3º, do artigo 226, foi regulamentada pela lei 9.278 de 1996, na qual, prevê o direito aos conviventes de dissolverem a união informal.

O Código Civil brasileiro, dispõe nos artigos 1.723 a 1.727 e 1.790, os requisitos fundamentais para a constituição da união estável entre homem e mulher, e seus efeitos patrimoniais no caso de dissolução por convenção entre os conviventes ou pela morte de um deles. Dentre as disposições, é facultado aos conviventes elaborar contrato particular com o propósito de estipular como será a relação patrimonial, tal como o pacto antenupcial, porém, caso não estipulem tais condições ou inexistir contrato escrito, é aplicado o que consta no artigo 1.725, do Código Civil, ou seja, aplica-se a essas relações patrimoniais no que couber o regime da comunhão parcial de bens.

Nesse sentido, comprovada a união estável, pressupõe-se o esforço comum dos conviventes na aquisição de bens a título oneroso durante a união, bens esses, que devem ser partilhados igualmente havendo dissolução litigiosa, eis que, há a forma consensual de dissolução, onde consensualmente os conviventes acordam acerca da divisão dos bens como melhor lhes convier, como também, um dos conviventes pode abrir mão de um ou mais bens em favor do outro.

Acerca dos bens na dissolução da união estável, é fundamental observar os direitos que envolvem a partilha de bens financiados pelos conviventes durante a união.

Se o financiamento foi realizado conjuntamente pelos conviventes, ambos são mutuários e a dissolução da união estável não liquida o pagamento das parcelas do bem financiamento, logo, os conviventes que não mais desejam manter a união, a condição de mutuários perante a instituição financeira não se altera, ou seja, não

os exime do pagamento do bem financiado, podendo o nome de ambos serem negativados, na falta deste.

Existe a problemática de, como se proceder na divisão de um bem financiado. Pois bem, o bem, sendo móvel ou imóvel, normalmente veículos, motocicletas ou terreno, casa e apartamentos, torna-se objeto de litígio adquirido mediante financiamento através de contrato que estipula o valor, quantidade e o vencimento das parcelas a serem pagas.

A partilha pode ser oficializada por acordo ou não entre os conviventes, e é importante destacar, mesmo que só um dos conviventes tenha pago as parcelas do financiamento, na união estável em que não foi estipulado pacto nupcial diferente, reger-se-á pela comunhão parcial de bens, e assim será partilhado igualmente o passivo e ativo do casal, pois como já dito, se pressupõe o esforço em comum, independentemente da origem dos recursos, se de ambos ou se de um só, referente ao pagamento para aquisição dos bens.

Com efeito, com relação a financiamento de imóvel, o Sistema Financeiro de Habitação, este regulamentado pela Lei nº 8.004 de 1990, dispõe em seu artigo 1º, parágrafo único:

“Art. 1º O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei.

Parágrafo único. A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas a imóvel financiado através do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financiadora.

Não obstante, não existe lei que dispõe sobre uma solução jurídica quanto à partilha de bens financiados, há falta de previsão legal em qualquer um dos dispositivos legais supracitados para solucionar de fato, um conflito de partilha por casal que desfez a união estável, perante um contrato de financiamento de um imóvel frente a dissolução da união estável.

Todavia, verifica-se decisões consolidadas por tribunais sobre a questão, a ser demonstrada a seguir.

2. OS EFEITOS DA DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL INERENTE A PARTILHA DE IMÓVEL FINANCIADO E A SOLUÇÃO JURÍDICA

É comum nos dias atuais, casais adquirirem a casa própria por meio de financiamento, diante de facilidades e benefícios oferecidos pelas instituições financeiras, contudo, também é comum que a união dure menos tempo que próprio tempo do financiamento. Advinda a dissolução desta sociedade de fato, via de regra o imóvel resta com a posse em favor de apenas um dos conviventes, o qual reputa que, ao assumir a dívida, ficará para si com o bem, sem qualquer outra despesa além dos encargos inerentes ao imóvel e ignorando a parte que cabe ao companheiro que deixou o lar.

Entretanto quando há financiamento na divisão de imóvel, podem ocorrer algumas particularidades, de modo que o montante já pago, no qual, pode compreender entrada somado a parcelas pagas, compõem um ativo passível de divisão. Então, aquele que abrir mão do imóvel em favor do outro, tem direito de recuperar 50% do valor empregado no financiamento.

Posto isso, se no momento da dissolução não houver possibilidade de saldar o restante da dívida, para vender o bem e dividir o valor entre eles, ambos continuarão devedores, essa conjuntura só se altera no caso da formalização de um acordo ou de decisão judicial, em que apenas um dos conviventes permaneça com o imóvel, porém, aquele que permanecer deve então ao outro a parte que lhe cabe do valor pago conjuntamente até a dissolução.

É pertinente observar, que a transferência do financiamento para o convivente que não seja o titular do contrato e que deseja assumir sozinho o bem, terá de ter seu nome aprovado em análise feita pela instituição financeira, alterando-se assim, o mutuário responsável pela dívida do financiamento. E caso não venha ser aprovado ou ele não concorde, o contrato do financiamento continuará em nome de ambos até ser liquidado.

Pode ser uma hipótese nos casos em que, na impossibilidade de vender e dividir o valor igualmente, pelo fato do imóvel ser financiado, um dos conviventes permanecer morando no imóvel, e posteriormente quitado, então ser vendido e partilhado, descontando a parte paga enquanto residiu no imóvel sozinho. Contudo, este que permanecer no imóvel, pode se dispor de seus recursos para ajudar a custear o aluguel de um imóvel para outro convivente.

O custeio de aluguel ao ex-companheiro ou ex-companheira, não depende da partilha de bens na dissolução de união estável, eis que, o bem passa a ser considerado bem em condomínio, e aquele que não habitar o imóvel pode reclamar na Justiça o pagamento de aluguel, na qualidade de coproprietário.

Uma solução cabível para tal circunstância, nota-se o adotado pelo STJ: Em seu voto, a relatora frisou que não há impossibilidade jurídica no pedido de aluguéis pelo fato de a divisão do patrimônio comum não ter sido concluída. O pedido é uma forma de se reparar quem não pôde utilizar o bem e precisa comprar ou alugar um outro imóvel.

“Se apenas um dos condôminos reside no imóvel, abre-se a via da indenização àquele que se encontra privado da fruição do bem, reparação essa que pode se dar, como busca o recorrido, mediante o pagamento de valor correspondente à metade do valor estimado ou efetivamente apurado do aluguel do imóvel”, justificou a ministra.

[...]

Nancy Andrighi destacou que há, no acórdão recorrido, provas inequívocas de direito do ex-cônjuge à metade do imóvel, situação que possibilita o pedido de aluguéis.[1]

O Superior Tribunal de Justiça colaciona que o convivente que se beneficia sozinho do bem, sem ajudar a custear nova moradia ao outro, está se enriquecendo ilícitamente. A ministra ainda destaca, que a jurisprudência do STJ é clara em relação a obrigação (de ajudar financeiramente o outro convivente) imposta àquele que ocupa exclusivamente o imóvel era moradia comum dos conviventes, mesmo antes da partilha.

Outra hipótese é, como proceder se o imóvel foi adquirido por um dos conviventes antes de constituir união estável, no entanto, pago por ambos durante a vida em comum. Neste caso, é razoável que a partilha do imóvel decorra na proporção da contribuição de cada um dos conviventes.

É compreensível que divisão de imóvel financiado após a dissolução da união estável, é complexo e causa dissabores, pois são diversas situações distintas que surgem com o rompimento da vida em comum, daí a atuação de um advogado se faz necessário, a fim de ajudar as partes a resolverem a questão da forma mais harmoniosa possível, eis que, pode disponibilizar aos conviventes meios oficiosos, como por exemplo uma dissolução consensual.

A hipótese de realizar um acordo, torna a procedimento da dissolução envolvendo bens mais tranquilo, rápido e até mais eficaz e satisfatória para ambas as partes, é o que vem se praticando muito nos escritórios modelos de advocacia vinculados às universidades públicas e particulares, sem custo algum aos que procuram se preenchidos certos requisitos, como baixa renda e os respectivos bens não ultrapassem certo montante na sua totalidade.

Em consequência, a forma consensual é um acordo entre os conviventes, onde se faz um levantamento dos bens e dívidas do casal, e se estipula quem fica com o que, pode ser na presença do advogado, na qual este, ajuda as partes entrarem em um consenso acerca da divisão dos bens.

No caso de imóvel financiado, podem acordar que um permanece com o bem e o outro com os demais bens que perfazem o valor já pago sobre o imóvel (entrada e parcelas já pagas) que lhe caberia, ou pode até ultrapassar esse valor, sendo assim o outro abre mão de algo a mais em detrimento de continuar com o imóvel.

Pode acontecer também, de um dos conviventes adotar a parte do outro e assumir as parcelas ainda vincendas, destaca-se que a forma consensual deve ser formalizada como acordo extrajudicial, ou seja, tudo que for acordado entre os conviventes é descrito em uma peça inicial e discriminado os bens e como será a divisão. Posteriormente é protocolada a inicial para o juiz analisar e possivelmente

reconhecer e dissolver a união estável, bem como homologar o acordo acerca da partilha dos bens. Por isso, se faz necessária a atuação de um advogado.

Se não há acordo mútuo entre o casal, a opção é ratear a dívida e cada um assumir igualmente o valor das parcelas e os encargos do financiamento até a quitação, e caso queiram, vender o imóvel e receber a quota parte que caiba a cada um, voltando à solução discutida no início do exposto até aqui, em que, até que se liquide a dívida, um dos conviventes permaneça no imóvel, porém, pode ter que custear parte de um aluguel para o ex-companheiro ou ex-companheira, isto claro, se a dívida vier a ser rateada com demais obrigações acessórias tanto do contrato de financiamento como inerentes ao imóvel, como impostos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do discorrido, nota-se a inexistência de previsões legais que dispõem sobre partilha de bens financiados em caso de dissolução de união estável. Foi abordada algumas hipóteses de divisão dos bens e a possível solução, que podem ser diversas, contudo é preciso ampliar a discussão acerca do tema, que evolui a cada dia, uma vez que o direito de família está entrelaçado com os institutos da propriedade e que envolve a parte financeira da família.

Nesse sentido, ao analisar alguns fatores (o regime da união estável, a vontade das partes de como proceder a partilha) as possibilidades para alcançar o melhor resultado devem ser investigadas pelo jurista, ora, pode ser cômodo se pensar que a união estável está equiparada ao casamento e sujeita aos mesmos direitos e deveres, porém há inúmeras possibilidades para satisfazer o anseio das partes, que pode ser desde uma análise humanista de cada caso até a adoção de um procedimento menos moroso, isto é, a forma consensual.

O presente artigo, atenta demonstrar que apesar da união estável ser equiparada a mesma legislação do casamento, é necessária uma regulamentação própria para os casos de dissolução, com o objetivo de cuidar e proteger os interesses de cada convivente, para que não haja prejuízos a favor de um em detrimento do outro no tocante à partilha dos bens.

Defende-se que uma das melhores formas de dissolução e partilha dos bens é a consensual, onde a vontade das partes prevalecerá como melhor lhes convier.

Embora o ponto central em uma dissolução da vida em comum é o patrimônio dos conviventes, que causa disputa e dúvidas acerca da divisão desse patrimônio, deve haver uma certa sensibilidade, uma vez que os dissabores de um rompimento é sempre algo frustrante de suportar.

Assim satisfatoriamente é relevante discutir tal tema, para a melhor resolução dos conflitos que surgem do fim da vida em comum levantada no presente artigo.

REFERÊNCIAS

Tartuce, Flávio. *Manual de Direito Civil*. VL. único. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. pg. 1201-1202.

Madaleno, Rolf. *Direito de família*. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. pg 1425-1429.

STJ. *Uso exclusivo de imóvel é fator determinante para pagamento de aluguéis a ex-cônjuge*. Decisão. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Uso-exclusivo-de-im%C3%B3vel-%C3%A9-fator-determinante-para-pagamento-de-alugu%C3%A9is-a-ex%E2%80%93c%C3%B4njuge> Acessado em 31 de maio de 2019.

Gagliano, Pablo Stolze. Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Volume VI. São Paulo: Saraiva, 2011. pg. 419-423.

NOTAS:

[1] Uso exclusivo de imóvel é fator determinante para pagamento de aluguéis a ex-cônjuge. *STJ*, 18 de outubro de 2017. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Uso-exclusivo-de-im%C3%B3vel-%C3%A9-fator-determinante-para-pagamento-de-alugu%C3%A9is-a-ex%E2%80%93c%C3%B4njuge> Acessado em 31 de mai2019.

PODE O AGENTE POLICIAL ATENDER O CELULAR DA PESSOA DETIDA? – PARTE 2

**LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO
HENRIQUE DA SILVA JUNIOR:**
Universidade Cândido Mendes

Em ocasião pretérita tivemos a oportunidade de apresentar e analisar decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça, no HC nº 446.102/SC, proferida em junho de 2019, na qual o Tribunal Superior decidiu que, no contexto de operações policiais, havendo “escorrito procedimento policial apto a legitimar a ação”, o agente policial operador poderá atender ligações telefônicas dirigidas ao telefone celular da pessoa detida.

O caso tratado perfazia-se em operação policial procedida em ponto no qual estaria se dando a venda de drogas e, chegando até certa localidade, determinado sujeito teria empreendido fuga, tendo os policiais obtido êxito em captura-lo, atendendo chamada telefônica veiculada a seu celular, razão pela qual conseguiram capturar também outra agente criminosa e apreender vasto material entorpecente.

Superadas as recordações necessárias, imperioso se faz mencionar que, na ocasião da explanação anterior acerca do mencionado, discordamos da posição adotada pela Corte Cidadã no sentido de permitir a invasão de privacidade e quebra do sigilo telefônico perpetrada no atendimento de ligações telefônicas dirigidas a sujeito que se encontra em situação de flagrância.

Invocamos, a título de aprofundamento lógico, a comparação entre o meio de comunicação por cartas e as ligações telefônicas, questionando a razão pela qual as Cortes Superiores protegem o primeiro a título quase absoluto, protegendo o sigilo daquelas, e abrem exceções quando a estas, sobretudo na situação que se extrai da decisão comentada, em que criou-se uma espécie de “estado de sítio” no território em que está ocorrendo operações policiais, afastando-se postulados normativos e constitucionais em prol da perseguição de criminosos.

À vista disso, a mesma Corte Superior, em 15/08/19, no Habeas Corpus nº 511.484/RS, apreciou matéria semelhante, a qual segue ementada:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. ILICITUDE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PESSOAL OU JUDICIAL PARA ACESSAR DADOS DO APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO OU PARA ATENDER LIGAÇÃO. POLICIAL PASSOU-SE PELO DONO DA LINHA E FEZ NEGOCIAÇÃO PARA PROVOCAR PRISÃO EM FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA DE PROVA AUTÔNOMA E INDEPENDENTE SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO.

1. Não tendo a autoridade policial permissão, do titular da linha telefônica ou mesmo da Justiça, para ler mensagens nem para atender ao telefone móvel da pessoa sob investigação e travar conversa por meio do aparelho com qualquer interlocutor que seja se passando por seu dono, a prova obtida dessa maneira arbitrária é ilícita.

2. Tal conduta não merece o endosso do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que se tenha em mira a persecução penal de pessoa supostamente envolvida com tráfico de drogas. **Cabe ao magistrado abstrair a prova daí originada do conjunto probatório porque alcançada sem observância das regras de Direito que disciplinam a execução do jus puniendi.**

3. No caso, a condenação do paciente está totalmente respaldada em provas ilícitas, uma vez que, **no momento da abordagem ao veículo em que estavam o paciente, o corréu e sua namorada, o policial atendeu ao telefone do condutor, sem autorização para tanto, e passou-se por ele para fazer a negociação de drogas e provocar o flagrante. Esse policial também obteve acesso, sem autorização pessoal nem judicial, aos dados do aparelho de telefonia móvel em questão, lendo mensagem que não lhe era dirigida.**

4. O vício ocorrido na fase investigativa atinge o desenvolvimento da ação penal, pois não há prova produzida por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável. Até o testemunho dos policiais em juízo está contaminado, não havendo prova autônoma para dar base à condenação. Além da apreensão, na hora da abordagem policial, de cocaína (2,8 g), de maconha (1,26 g), de celulares e de R\$ 642,00 (seiscentos e quarenta e dois reais) trocados, nada mais havia no carro, nenhum petrecho comumente usado na traficância (caderno de anotações, balança de precisão, material para embalar droga, etc.). Somente a partir da leitura da mensagem enviada a um dos telefones e da primeira ligação telefônica atendida pelo policial é que as coisas se desencadearam e deram ensejo à prisão em flagrante por tráfico de drogas e, depois, à denúncia e culminaram com a condenação.

5. Ordem concedida para anular toda a ação penal.” (grifo nosso)

Conforme se extrai da ementa da decisão, o *distinguishing* encontrado no embate entre esta decisão recente e a anteriormente por nós apreciada está na ação do agente policial em, no presente caso, atender a ligação telefônica do celular da pessoa detida, se passando por esta, passando a preparar a situação de flagrância que culminou na prisão deste por tráfico ilícito de entorpecentes.

Portanto, tendo em vista a conduta invasiva do agente de segurança pública, a Corte Superior decidiu pela ilicitude das provas e anulação de toda a ação penal, considerando que as provas obtidas o foram por meio da infração de postulados constitucionais, eis que mediante invasão de privacidade e quebra de sigilo, além de preparar uma situação de flagrante, em desacordo com o verbete sumular nº 45 do Excelso Pretório.

Neste contexto, o STJ entendeu, acertadamente, que até o momento do flagrante preparado pelos policiais não havia provas que poderiam ser obtidas por fontes independentes e aptas a corroborar a condenação dos acusados, bem como a contaminação do depoimento dos policiais, que não poderia ser renovado em caso de anulação apenas do ato instrutório no curso do processo.

Ante os argumentos expostos no acórdão proferido e considerando a aplicação de todos os princípios normativos e constitucionais, a decisão mostra-se acertada, portanto.

Entretanto, a título de provocação, oportunizaremos um debate entre a situação fática apreciada no artigo e a presente.

Na situação anterior, decidida no HC 446.102/SC, o agente teria sido capturado no curso de operação policial em comunidade dominada pelo tráfico de drogas, em ponto no qual estaria ocorrendo a venda de drogas, trazendo junto a si vasto material entorpecente. No momento de sua imobilização, seu celular toca e o agente policial atende, ocasião em que teria escutado uma mulher dizer para o dono do celular se “livrar” do “bagulho” e que a encontrasse em outra localidade, próxima daquela.

Chegando ao local indicado, os policiais teriam encontrado a mencionada mulher, que levou a equipe até sua casa, onde estaria depositada grande quantidade de material entorpecente.

No caso em tela, a Corte Superior entendeu que a conduta de atender o telefone celular do agente detido é lícita, visto que no curso de “escorreito procedimento policial”, apto a legitimar a ação, conforme alhures mencionado, mesmo que esta conduta tenha promovido a prisão em flagrante de mais um suspeito de tráfico bem como a descoberta de vasto material probatório.

Ante isto, consideramos que a situação fática discutida no HC nº 511.484/RS mostra-se consideravelmente diferente pois, na ocasião, até o momento da invasão de privacidade promovida pelo agente policial, não haviam elementos aptos a corroborar o flagrante por tráfico de drogas, visto que sujeito teria sido surpreendido numa abordagem de rotina, com pouca quantidade de entorpecentes e sem apetrechos que indicassem a traficância, apesar de ter consigo quantidade de dinheiro em pequenas cédulas, o que poderia caracterizar a mencionada conduta delituosa.

Destarte, a descoberta de provas se desencadeou após o atendimento de ligação telefônica no celular do sujeito abordado sem a autorização deste, o que acarretou a ilicitude probatória dos elementos colhidos.

Conquanto, encontramos situação semelhante no caso pretérito, em que a segunda agente abordada, sob a qual foi encontrado vasto material entorpecente em depósito, só foi

localizada e capturada, bem como o material apreendido, após o policial atender o celular do agente detido que, apesar de, este sim, estar em situação de flagrância por tráfico de drogas, não justificaria a invasão de sua privacidade sem autorização, independentemente de a situação caracterizar ou não interceptação telefônica ou conduta correlata.

Diante disso, concluímos pelo acerto da recente decisão emanada da Corte Cidadã, considerando a ilicitude das provas obtidas após o acesso a dados telefônicos e atendimento de ligações sem a autorização do proprietário e em desacordo com determinação legal ou jurídica, cabendo ressaltar que o sigilo das comunicações telefônicas é garantia valiosa do Estado Democrático de Direito, não devendo ser flexibilizado por motivos de “perseguição de criminosos”, sob pena de flagela dos institutos constitucionais pátrios.

ALTERAÇÃO DO NOME VEXATÓRIO: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEGURANÇA JURÍDICA

LUCAS FAGGIONATO: Graduando em Direito na Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP).

FABIANE PARENTE TEIXEIRA MARTINS

(Orientadora)

RESUMO: O nome, como elemento identificador do ser humano, nasce com o homem e o acompanha até sua morte. Nesse sentido, sobrepõe a necessidade de estudo do nome vexatório, bem como de suas implicações práticas. Não é concebível que alguém tenha de portar esse signo distintivo como se um fardo fosse, a pretexto de ser ele imutável. A rigor, o nome, para além de um simples meio de identificação das pessoas, traduz e se integra à personalidade do indivíduo, cujo fundamento se encontra na dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, é fundamental compreender os aspectos doutrinários e jurisprudenciais do nome constrangedor para interpretar esse fenômeno à luz da nova toada civilística, na qual não pode haver distanciamento, em qualquer hipótese, da Constituição.

Palavras-chave: Nome vexatório; Dignidade humana; Imutabilidade; Registro civil; Direito civil.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CAPÍTULO 1 – BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS A RESPEITO DO NOME. 3. CAPÍTULO 2 – NOME CIVIL. 3.1. CONCEITO. 3.2. TEORIAS E NATUREZA JURÍDICA. 3.2.1. Teoria negativista. 3.2.2. Teoria do direito de propriedade. 3.2.3. Teoria da polícia civil. 3.2.4. Teoria do direito da personalidade. 3.3. ELEMENTOS. 3.4. CARACTERÍSTICAS. 4. CAPÍTULO 3 – PROTEÇÃO DO NOME NO DIREITO BRASILEIRO. 4.1. PROTEÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. 4.1.1. Princípio da imutabilidade do nome e segurança jurídica. 4.2. PROTEÇÃO INTERNACIONAL. 4.3. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. 4.3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana. 5. CAPÍTULO 4 – POSSIBILIDADES DE ALTERAÇÃO DO NOME NO DIREITO BRASILEIRO. 5.1. MODIFICAÇÃO DO PRENOME. 5.1.1. Erro material. 5.1.2. Apelidos públicos notórios. 5.1.3. Declaração do nome por agente que não tinha o direito de registrá-lo. 5.1.4. Proteção de vítima ou testemunha. 5.1.5. Nome vexatório, ridículo ou imoral. 5.1.6. Alteração pelo uso. 5.1.7. Descoberta do nome verdadeiro. 5.1.8. Declaração que não coincide com o assento. 5.1.9. Adoção. 5.1.10. Transgêneros e constatação de sexo diverso. 5.1.11. Mudança no primeiro ano após a maioridade. 5.1.12. Nome do estrangeiro. 5.2. MODIFICAÇÃO DO PATRONÍMICO. 5.2.1. Casamento. 5.2.2. União estável. 5.2.3. Invalidez do casamento, separação e divórcio. 5.2.4. Homonímia. 5.2.5. Adoção. 5.2.6. Alteração por abandono dos pais e filiação socioafetiva. 5.2.7. Em decorrência da alteração do apelido familiar do cônjuge ou dos ascendentes. 5.2.8.

Reconhecimento ou negatória de filiação. 5.2.9. Viuvez. 6. CAPÍTULO 5 – NOME VEXATÓRIO. 6.1. CONCEITO E ASPECTO DOUTRINÁRIO. 6.2. ASPECTO JURISPRUDENCIAL. 6.2.1. Análise de jurisprudência: nome não vexatório. 6.2.2. Análise de jurisprudência: nome vexatório. 7. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. Introdução

O que é um nome vexatório, ridículo ou constrangedor? Há consenso em tais conceitos? Quando é possível amparar uma pretensão judicial objetivando a alteração de um nome vexatório?

O presente trabalho tem o objetivo de, para além de responder as dúvidas suscitadas no parágrafo anterior, explorar as nuances e as controvérsias que envolvem o nome vexatório na doutrina e jurisprudência pátrias.

Mais: o tema será abordado sob o enfoque de dois princípios fundamentais na análise do nome civil, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a imutabilidade do nome (segurança jurídica).

Conforme se verá, no que se refere ao nome vexatório, há sério conflito entre os aludidos princípios na praxe forense, com decisões frontalmente divergentes e antagônicas coexistindo na maioria dos Tribunais.

Ademais, o conceito de nome vexatório é bastante subjetivista, sendo que, a depender da ótica que se examine a questão à luz da lei, completamente diversa será a resposta jurídica à pretensão da parte.

Inobstante, para uma análise completa, o tema será tratado em cinco capítulos, nos termos seguintes.

De início, serão vistos os aspectos históricos do nome, tais como sua origem e desenvolvimento nas sociedades ocidentais.

Em seguida, será estudado o nome civil propriamente, com enfoque em seu conceito, suas teorias e natureza jurídica, suas características, bem como seus elementos.

Depois, analisadas serão as esferas de proteção do nome: infraconstitucional; internacional; e constitucional. Aqui serão enfrentados os princípios da dignidade da pessoa humana e da imutabilidade do nome, emanação da segurança jurídica.

Serão, então, exauridas as possibilidades de alteração/retificação do nome aduzidas na legislação e jurisprudência pátrias.

Finalmente, será examinado o nome vexatório, ridículo ou constrangedor, conceituando-se e verificando-se os aspectos doutrinários e jurisprudenciais desta possibilidade de modificação do nome. Neste momento, alguns acórdãos serão colacionados e comentados, a fim de analisar-se as implicações práticas e os limites relativos à sua alteração.

2. Capítulo 1 – Breves considerações históricas a respeito do nome

A origem do nome, enquanto elemento de individualização do ser humano, confunde-se com os primeiros contatos do homem com seus semelhantes. Mesmo nas mais remotas e primitivas sociedades o nome já existia como meio de identificação de seus integrantes, não havendo comprovação histórica de que alguma sociedade não se utilizasse tal elemento designativo (FRANÇA, 1975).

Inicialmente, entre essas primeiras sociedades, o nome se traduzia em apenas um vocábulo, que era singular e não transmissível aos descendentes (BRANDELLI, 2012). Entretanto, à medida que os agrupamentos humanos cresciam, afirma Rubens Limongi França (1975, p. 27), “necessária se veio tornar a complementação do nome individual por restritivos que melhor particularizassem o sujeito, relacionando-o com o lugar ou a família de origem”.

Entre os ocidentais, podemos citar os hebreus, que utilizavam somente um nome. Era, porém, frequente a complementação deste único vocábulo com elementos relativos à origem, à filiação ou à profissão do indivíduo, a exemplo de Jesus de Nazaré e Ruth Moabita, relacionados à origem, bem como Matheus publicanus, relacionado à profissão (FRANÇA, 1975).

Os gregos também dispunham, nos primórdios, de apenas um nome. Todavia, com o avanço da civilização, naturalmente ocorreu a mudança desse panorama (FRANÇA, 1975). Nesse sentido, afirma Fustel de Coulanges (1975, p. 87) que os gregos que pertenciam a famílias antigas e bem constituídas tinham o nome composto por três elementos, quais sejam, o nome individual, o nome de família (nome do pai) e o designativo de toda a gens.

Os romanos, por sua vez, organizavam o nome de maneira mais complexa (BRANDELLI, 2012). Pontes de Miranda (2000, p. 301) utiliza a expressão “luxo de nomes” para designar o sistema romano de composição do nome. Eram quatro os elementos o constituíam: praenomen, nomen gentilicium, cognomen e agnomen. O primeiro traduzia-se no nome pessoal, com as características do prenome contemporâneo. O segundo tinha a função de identificar os componentes das gens. O terceiro especificava os diversos ramos das gens. Por fim, o quarto era utilizado para fazer integrar ao nome do indivíduo uma conquista ou fato notável de sua vida (BRANDELLI, 2012).

Observe-se, porém, que tal forma de construção do nome era exclusiva dos cidadãos romanos que eram homens. As mulheres, os demais indivíduos e os escravos tinham o nome composto de maneira diversa (BRANDELLI, 2012; FRANÇA, 1975).

Limongi França (1975, p. 31 e 32) faz interessantíssima ponderação ao observar que nem sempre houve rigidez nas normas relativas ao nome no Direito Romano. Aponta o autor que existiu uma constituição, à época dos imperadores Maximiano e Diocleciano, que permitia ao homem livre alterar seu prenome, nome ou cognome, se não fosse cometida qualquer fraude para tanto.

Completamente diferente, contudo, foi a composição do nome na Idade Média, entre as sociedades cristãs. Após a queda do Império Romano, voltou-se a adotar um único vocábulo para a identificação dos indivíduos (FRANÇA, 1975; FUSTEL DE COULANGES, 1975). É nesse contexto que Pontes de Miranda (2000, p. 301) caracteriza essa época da história, em contraposição ao sistema romano, como um período de “pobreza de nomes”.

Fustel de Coulanges (1975, p. 87 e 88) afirma que os patronímicos somente passaram a ser integrados aos nomes em período bem posterior, seja na forma de sobrenomes, seja na forma de nomes de terras. O historiador observa, ainda, que essa diferença no desenvolvimento do nome entre os povos antigos e as sociedades cristãs da Idade Média estava, justamente, na religião. Assevera o autor:

Para a antiga religião doméstica, a família era o verdadeiro corpo, o verdadeiro ser vivo, do qual o indivíduo se tornava tão-somente membro inseparável: assim o nome patronímico foi o primeiro em data e o primeiro em importância. A nova religião, pelo contrário, reconheceu no indivíduo vida própria, liberdade completa, independência inteiramente pessoal e não lhe repugnou de modo algum isolá-lo da família: assim sendo, o nome de batismo foi o primeiro e, durante muito tempo, o único nome do homem (FUSTEL DE COULANGES, 1975, p. 88).

É de se observar, ademais, que a Igreja teve forte influência sobre a escolha dos nomes no período medieval, vez que eram baseados, em sua maioria, em nomes de santos (FRANÇA, 1975).

Limongi França (1975, p. 33 e 34) destaca que a adoção de um único nome na Idade Média, limitado aos nomes de santos, causava sérios problemas na identificação das pessoas, motivo pelo qual se fazia necessária sistemática mais eficaz para esse fim. Nesse contexto, aduz o autor, surge o nome duplo, que passou a ser utilizado por todos entre os séculos XII e XIII.

Este é o germe do nome hodierno, que se caracteriza por ser hereditário e pela aposição de apelidos com significações diversas, ora exprimindo uma profissão, a exemplo de “Ferreiro”, ora referindo-se ao local de moradia, a exemplo de “do Monte”, etc. (FRANÇA, 1975).

Não foi diversa a formação dos apelidos de família, que se originaram da adoção do nome paterno logo após o nome pessoal, por exemplo, “Esteves”, cujo significado é filho de Estêvão. Em verdade, essa é a significação de “patronímico”, que é a utilização do nome do pai (FRANÇA, 1975).

Atualmente, nas sociedades ocidentais, o nome, basicamente, possui dois elementos: nome individual e nome de família. Entretanto, não há restrição a estes dois únicos designativos, verificando-se, muitas vezes, o emprego de pseudônimos ou alcunhas, por exemplo (FRANÇA, 1975).

Para compreender melhor seus elementos e as suas características, passemos a analisar o conceito de nome, seus componentes, bem como suas teorias.

3 Capítulo 2 – Nome civil

3.1 Conceito

Para a compreensão e elucidação do instituto jurídico do nome civil, necessário conceitua-lo. Vejamos os posicionamentos de alguns dos principais doutrinadores pátrios.

Pablo Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 171) conceituam o nome civil da pessoa natural como “[...] o sinal exterior mais visível de sua individualidade, sendo através dele que a identificamos no seu âmbito familiar e no meio social”.

Para Sílvio de Salvo Venosa (2017, p. 196), nome é:

[...] uma forma de individualização do ser humano na sociedade, mesmo após a morte. Sua utilidade é tão notória que há a exigência para que sejam atribuídos nomes a firmas, navios, aeronaves, ruas, praças, acidentes geográficos, cidades etc. O nome, afinal, é o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com os outros atributos da personalidade, dentro da sociedade. É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade.

Washington de Barros Monteiro e França Pinto (2012, p. 117 e 118) definem o nome como:

[...] o sinal exterior pelo qual se designa, se identifica e se reconhece a pessoa no seio da família e da comunidade. É a expressão mais característica da personalidade, elemento inalienável e imprescritível da individualidade da pessoa. Não se concebe, na vida social, ser humano que não traga um nome.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2017, p. 294), nome civil “[...] é o sinal exterior pelo qual são reconhecidas e designadas as pessoas, no seio familiar e social. [...] Enfim, é o elemento designativo da pessoa”.

Limongi França (1975, p. 22) identifica o nome civil como “[...] a designação pela qual se identificam e distinguem as pessoas naturais, nas relações concernentes ao aspecto civil da sua vida jurídica”.

Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 204) o define como:

Elemento designativo do indivíduo e fator de sua identificação na sociedade, o nome integra a personalidade, individualiza a pessoa e indica grosso modo a sua procedência familiar.

Maria Helena Diniz (2018, p. 239 e 240), por seu turno, defende que “o nome integra a personalidade por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio da família e da sociedade [...]”.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 148), “nome é a designação ou sinal exterior pelo qual a pessoa identifica-se no seio da família e da sociedade”.

Pontes de Miranda (2000, p. 299) afirma que:

[...] os nomes foram criações da vida [...]; são elementos fáticos, de grande importância nas relações inter-humanas, ainda quando o direito os ignore, e.g., antes do registro do nascimento da criança, o nome, que se lhe dá e ainda é mudável, a designa e distingue das outras crianças, tal como a designa e distingue o seu número na casa de maternidade.

Para Silvio Rodrigues (2003, p. 72), “o nome representa, sem dúvida, um direito inerente à pessoa humana, portanto um direito da personalidade”.

Assim, em síntese, é possível conceituar o nome civil como um direito da personalidade da pessoa natural, que a identifica no meio social e no âmbito de sua família, distinguindo-a das demais pessoas (BRANDELLI, 2012).

3.2 Teorias e natureza jurídica

Diversas foram as teorias que, durante a história, tentaram explicar e precisar a natureza jurídica do nome civil, as quais oscilam ao identificar características de direito público e de direito privado nesse instituto jurídico (BRANDELLI, 2012).

Leonardo Brandelli (2012) afirma que o nome civil comporta conotações de direito público e privado. O nome, portanto, seria um dever, não podendo ser alterado sem justificativa (direito público), bem como um direito, que deve ser protegido em face das demais pessoas (direito privado).

Dentre as aludidas teorias, serão abordadas quatro, as quais obtiveram grande importância no universo jurídico: teoria negativista; teoria do direito de propriedade; teoria da polícia civil; e teoria do direito da personalidade.

3.2.1 Teoria negativista

A teoria negativista preceitua que não há um direito ao nome. Seu principal defensor foi Rudolph von Ihering. No Brasil, Clóvis Beviláqua foi adepto (BRANDELLI, 2012).

Para essa corrente, o nome é apenas um meio de designar as pessoas, não havendo que se falar em direito exclusivo sobre o nome e, conseqüentemente, em sua proteção jurídica (BRANDELLI, 2012; FRANÇA, 1975).

Nessa perspectiva, o nome integraria a personalidade da pessoa, porém a personalidade não seria um direito, mas um complexo de direitos. Assim, seria possível tão somente a defesa dos interesses que estão relacionados ao nome, não se afigurando necessária a criação de um direito ao nome para o alcance desse objetivo (BRANDELLI, 2012; FRANÇA, 1975).

França (1975, p. 125) observa que o Código Civil de 1916 não teve previsão sobre o nome civil em seu corpo justamente por ser Clóvis Beviláqua, defensor desta teoria, autor do projeto.

3.2.2 Teoria do direito de propriedade

Por essa teoria, o nome civil seria um direito de propriedade imaterial, ao lado dos direitos de propriedade materiais tradicionais (BRANDELLI, 2012).

Assim, todo o sistema jurídico de proteção à propriedade seria aplicável, também, ao nome, sendo este um direito absoluto e oponível erga omnes, a ser fruído pelo proprietário com exclusão das demais pessoas (BRANDELLI, 2012).

A teoria em questão teve forte inspiração no individualismo que reinou sobre o direito privado no início do século XIX. A propriedade e o contrato eram os principais pilares do direito civil, motivo pelo qual tentou-se, nesse período da história, enquadrar o nome como um direito que integraria a propriedade (BRANDELLI, 2012).

Três são os seus desdobramentos, quais sejam: teoria radical da propriedade do nome, pela qual todos são proprietários de um nome, sendo o nome uma propriedade; teoria da propriedade sui generis, de cunho mais jurisprudencial, segundo a qual o nome seria uma propriedade, mas amparado por regras especiais; e teoria da propriedade imaterial, que explica o nome como uma extensão do direito de propriedade (FRANÇA, 1975).

Ocorre, porém, que a teoria em tela foi muito criticada, em razão, principalmente, de o nome não se amoldar ao conceito de direito de propriedade, bem como por não ser possível enquadrá-lo dentro dos elementos desse direito de propriedade, quais sejam, uso, gozo e fruição (BRANDELLI, 2012).

Como bem observa Brandelli (2012), o direito de propriedade tem característica de exclusivismo, isto é, duas ou mais pessoas não podem ter propriedade ilimitada sobre um mesmo bem. Isso não se verifica no nome. Ainda, o nome não pode ser onerado ou alienado, vez que se encontra fora do comércio, mas, em sentido contrário, o direito de propriedade tem como características marcantes tais possibilidades. Por fim, não seria concebível uma propriedade imposta, outro ponto que afasta os institutos jurídicos, tendo em vista que o nome tem forte influência do direito público (é obrigatório), sendo que a aquisição do direito de propriedade não é compulsória.

3.2.3 Teoria da polícia civil

Esta teoria, criada em contraposição à teoria da propriedade, explica o nome como uma obrigação, não como um direito, ou seja, não reconhece a existência de um direito ao nome (BRANDELLI, 2012; FRANÇA, 1975).

A designação desta teoria explica a sua orientação: teoria da polícia civil. Significa que, segundo essa corrente, o nome tem um caráter de compulsoriedade, de obrigatoriedade, porquanto a lei determina a sua adoção para a individualização das pessoas. Nessa perspectiva, não seria concebível um direito ao nome (FRANÇA, 1975).

Tal teoria recebeu diversas críticas, mormente porque o nome não surgiu após a existência do Estado, mas antes dele, como uma forma voluntária de identificação e individualização das pessoas (BRANDELLI, 2012).

3.2.4 Teoria do direito da personalidade

Para compreender a teoria em análise, deve-se, antes, definir o que são os direitos da personalidade. Veja-se.

Direitos da personalidade são, segundo Brandelli (2012), direitos relacionados ao próprio ser humano, isto é, a ele inerentes, consistentes em um mínimo necessário para o desenvolvimento completo do indivíduo.

Segundo França (1975, p. 155), "os Direitos da Personalidade são portanto, em princípio, direitos inatos no sentido de que, por natureza, constituem atributos inerentes à condição de pessoa humana".

Para Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 184), "[...] são direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio, e que merecem a proteção legal".

Tais direitos abrangem os mais diversos interesses do ser humano, a exemplo da vida, da honra, da identidade e, em especial, do nome, o qual identifica a personalidade do indivíduo. Na visão desses direitos, portanto, o ser humano é entendido na sua mais profunda extensão, com interesses, anseios e necessidades. Observe-se, porém, que os direitos da personalidade são mais abrangentes que o direito ao nome, sendo que este faz parte daqueles. Significa que o nome não se confunde com a personalidade, mas é um de seus elementos (BRANDELLI, 2012).

Saliente-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não se confundem com a personalidade. Enquanto esta é uma capacidade para titular direitos e obrigações de natureza civil, não podendo ser objeto de direitos, tendo em vista que trata-se de mera qualidade jurídica, os direitos da personalidade podem ser objeto de direitos, uma vez que nascem com o ser humano e são caracteres indispensáveis para o desenvolvimento pleno do indivíduo em todos os aspectos da vida em sociedade (BRANDELLI, 2012).

Posto isso, segundo a teoria em tela, o nome é um direito da personalidade, inato ao ser humano (FRANÇA, 1975; BRANDELLI, 2012).

A teoria em questão surgiu no direito alemão, tendo como base a noção de que nem todos os direitos subjetivos estariam inseridos na dicotomia entre direitos reais e direitos pessoais, ou seja, o nome integraria os chamados direitos da personalidade (FRANÇA, 1975).

Basicamente, os defensores desta teoria compreendem que o nome não pode ser enquadrado como um direito de propriedade, vez que não está fora do indivíduo, mas integra e representa a sua personalidade, bem como não possui valor patrimonial. E, aliás, sendo um direito da personalidade, possui proteção jurídica oponível erga omnes, não mais se sustentando afirmar-se que o nome seria

uma propriedade, substancialmente porque, embora se aproxime dos direitos de propriedade por sua característica de ser oponível a todos, a proteção almejada com essa classificação pode ser igualmente lograda com o enquadramento do nome enquanto um direito da personalidade. Ademais, entendem que não seria o nome mera “etiqueta”, segundo explica a teoria da polícia civil, pois o nome, ao passo que é obrigação imposta pelo Estado, é, também, um direito do indivíduo (FRANÇA, 1975).

Para Limongi França (1975), não há um direito ao nome enquanto mero vocábulo, enquanto uma simples palavra, mas um direito ao nome como expressão da identidade de um indivíduo. É justamente o fato de o nome ser uma expressão da identidade que faz surgir um interesse jurídico em sua tutela. E por estar essa identidade na própria pessoa, e não fora dela, como nos direitos de propriedade, o nome é um direito da personalidade.

Esta foi a teoria adotada pelo atual Código Civil pátrio, que trata do nome em capítulo específico dos direitos da personalidade (GONÇALVES, 2014).

É, inclusive, a teoria mais aceita na doutrina, defendida, no Brasil, por Gonçalves (2014), Farias e Rosenvald (2017), Limongi França (1975), Venosa (2017), Brandelli (2012), dentre outros.

3.3 Elementos

Diversos são os elementos que compõem o nome civil, os quais serão abordados neste tópico. Porém, importante destacar que a doutrina não é uníssona a respeito de tais componentes (VENOSA, 2017).

Nessa senda, veja-se, primeiramente, o que prescreve a lei a esse respeito.

Dispõe o artigo 16 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002b) que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

A Lei de Registros Públicos (BRASIL, 1973), por seu turno, estatui no artigo 54, 4º, que é obrigatório que o assento de nascimento contenha “o nome e o prenome, que forem postos à criança”.

Dois elementos emergem dos dispositivos legais mencionados, os quais são denominados como “obrigatórios” pela doutrina (FRANÇA, 1975; VENOSA, 2017). São eles: prenome e sobrenome (ou nome).

O prenome, também designado como “nome individual” ou “nome próprio”, e vulgarmente conhecido como “nome de batismo” ou “primeiro nome”, é o elemento que antecede o sobrenome e que é utilizado para individualizar as pessoas, podendo ser simples, por exemplo, João, ou composto, por exemplo, João Gabriel. Aliás, em caso de gêmeos de nome idêntico, deverá o prenome ser composto, conforme previsão do artigo 63 da Lei de Registros Públicos (FARIAS e ROSENVALD, 2017).

Já o sobrenome, denominado também como “apelido familiar”, “nome de família”, “nome”, “patronímico” e, até mesmo, por alguns, “cognome” (VENOSA,

2017), é o elemento responsável por identificar a família a que pertence o indivíduo, sendo, assim, um elemento que não pode ser livremente escolhido, devendo-se respeitar o nome de família dos pais (GONÇALVES, 2014).

Ao lado dos elementos ditos “obrigatórios”, existem, também, os elementos secundários do nome, porém a lei não os aborda (VENOSA, 2017). Todavia, é importante mencioná-los e conceitua-los.

Dentre eles, há o agnome, que é um vocábulo empregado para distinguir nomes iguais de parentes próximos, a exemplo de “Segundo”, “Filho”, “Neto”, etc. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2017).

Não se pode olvidar, ademais, o agnome epítetico, que é a atribuição de uma qualidade ao portador do nome, acrescentada por uma terceira pessoa, por exemplo, “Paulo José Santiago, o moço”. Contudo, tal designação não tem importância jurídica (DINIZ, 2018).

O pseudônimo ou codinome, bastante comum entre artistas, é o nome escolhido pelo próprio portador para o exercício de suas atividades, desde que lícitas, utilizando-se como exemplo “Tristão de Ataíde”, cujo nome era Alceu Amoroso Lima (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017; DINIZ, 2018).

Heterônimo é a utilização de diversos nomes por um mesmo indivíduo. Pode-se citar, exemplificativamente, o grande poeta Fernando Pessoa, que publicava obras literárias em nome de “Ricardo Reis”, “Álvaro de Campos”, etc. (DINIZ, 2018).

Hipocorístico é uma expressão utilizada para demonstrar intimidade ou carinho, a exemplo de “Zezinho” (José), “Tião” (Sebastião), “Tônico” (Antônio), etc. (DINIZ, 2018; GONÇALVES, 2014).

As partículas (“de”, “do”, “das”, por exemplo) integram igualmente o nome, bem como seus sinônimos em língua estrangeira (MONTEIRO e PINTO, 2012).

Ainda, a alcunha ou epíteto, conhecidos vulgarmente como apelido, é um vocábulo empregado em razão de certas características que o indivíduo porta. Como exemplo, pode-se citar “Pelé” (VENOSA, 2017). Alguns tratam a alcunha como sinônima de cognome (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017; GONÇALVES, 2014).

Nome vocatório é, ademais, uma denominação pela qual alguém é conhecido, sendo abreviação do nome original. Por exemplo, cite-se “Olavo Bilac”, abreviação de Olavo Braz Martins dos Guimarães Bilac (DINIZ, 2018).

Sílvio de Salvo Venosa (2017) lembra, também, de outros vocábulos que se agregam ao nome, a saber: títulos honoríficos ou nobiliárquicos (conde, por exemplo), os quais chama de axiônimos; títulos eclesiásticos (cardeal, por exemplo); títulos que designam identidades oficiais (senador, por exemplo); e títulos acadêmicos (mestre e doutor).

Carlos Roberto Gonçalves (2014), em sentido contrário, define o axiônimo como um designativo empregado como uma forma de reverência, por exemplo, “Excelentíssimo Senhor”, “Vossa Santidade”, dentre outros.

3.4 Características

O nome civil possui, ainda, características que lhe são ínsitas, as quais serão abordadas neste tópico.

Primeiramente, o nome é imprescritível, vez que não pode ser perdido pela sua não utilização (FARIAS; ROSENVALD, 2017). Ademais, não pode, igualmente, ser adquirido pelo transcurso do tempo (FRANÇA, 1975).

Não é concebível imaginar-se que alguém, pelo uso prolongado, adquira o nome de outrem, o que é completamente defeso pelo ordenamento jurídico, uma vez que o nome integra os direitos da personalidade. Da mesma forma, o simples fato de um indivíduo não utilizar o próprio nome não lhe restringe desse direito, mesmo que ocorra o transcurso de tempo considerável. Isto é, não se aplicam, em relação ao nome, os institutos da prescrição aquisitiva e da prescrição extintiva (BRANDELLI, 2012).

O nome é, também, inalienável, tendo em vista que se trata de direito da personalidade, além de ser representação desta, sendo impossível a alienação da própria personalidade. E, sendo inalienável, disso decorre diretamente que o nome é incessível, está fora do comércio (extracomercialidade) e, a princípio, não pode ser estimado em pecúnia, ressalvando-se a possibilidade de reparação de eventual dano moral (FARIAS; ROSENVALD, 2017; FRANÇA, 1975).

De mais a mais, é intransmissível aos herdeiros, substancialmente porque o descendente adquire por título próprio o sobrenome do ascendente, ou seja, pelo simples fato de participar da própria família, não havendo que se falar em transmissão (por herança) do nome do pai ao filho (MARX NETO, 2013).

É irrenunciável, em regra, vez que o portador não pode dispor de seu nome arbitrariamente. Entretanto, em situações específicas, é possível a alteração total ou parcial do nome (BRANDELLI, 2012), o que será abordado mais adiante.

É, também, inexpropriável, haja vista que o Estado não pode, ingerindo na vida privada dos indivíduos, retirar o nome de quaisquer pessoas (MARX NETO, 2013).

Outrossim, é um direito exclusivo (ou absoluto), que possui oponibilidade erga omnes. Embora exista a homonímia (multiplicidade de nomes iguais), isso não retira a exclusividade do nome enquanto identificador da personalidade de alguém. Isso significa que, ainda que duas ou mais pessoas tenham nomes idênticos, nenhum indivíduo pode se passar por outro (FRANÇA, 1975).

Outra característica importante do direito ao nome é a obrigatoriedade. Significa que todos os indivíduos (os nascidos vivos e, inclusive, os natimortos)

devem ser levados a registro, conforme preleciona o artigo 50 da Lei de Registros Públicos (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Por fim, é relativamente imutável, o que constitui a característica mais marcante do nome no ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido é o artigo 58 da Lei de Registros Públicos. Essa inalterabilidade está intimamente ligada com a segurança jurídica, uma vez que o nome se liga diretamente à personalidade do indivíduo, sendo fundamental para a sua identificação no meio social (FARIAS; ROSENVALD, 2017). Porém, a inalterabilidade não é absoluta, sendo possível a alteração do nome em determinadas situações, conforme já mencionado anteriormente, o que será objeto de análise posterior.

4. Capítulo 3 – Proteção do nome no direito brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro trata do nome civil no âmbito constitucional, de modo mais genérico, e, também, no âmbito infraconstitucional, de modo mais específico, notadamente na Lei de Registros Públicos e no Código Civil (SCHMIDT, 2016).

O nome também possui amparo em Convenções e Pactos internacionais (internalizados pelo Brasil), o que evidencia a importância internacional do instituto.

Neste capítulo serão abordadas as esferas de proteção do nome civil, bem como os princípios que norteiam a sua aplicação na legislação pátria.

4.1 Proteção infraconstitucional

Conforme exposto alhures, o atual Código Civil trata do direito ao nome em seu artigo 16, onde prevê que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome” (BRASIL, 2002b).

Tais elementos, considerados obrigatórios, foram devidamente abordados acima.

Porém, em termos de proteção infraconstitucional, o referido artigo consagra expressamente o direito ao nome na legislação brasileira (BRANDELLI, 2012).

Já o artigo 17 do mesmo diploma estatui que “o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória” (BRASIL, 2002b).

Este artigo visa proteger o indivíduo de ser exposto a situações constrangedoras e indesejáveis, por exemplo, em matérias jornalísticas. O nome deve ser protegido mesmo que a exposição à situação constrangedora não seja a intenção direta de quem publica ou representa. Assim, a referência ao nome de uma pessoa deve ser sempre respeitosa e discreta, a fim de que não ocorra a violação ao dispositivo em comento (MONTEIRO; PINTO, 2012).

Por seu turno, o artigo 18 do Código Civil prevê que “sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial” (BRASIL, 2002b).

O desrespeito a este artigo, por meio da utilização indevida do nome, sem a permissão do portador, com finalidade comercial, está sujeita à responsabilização civil do causador do dano (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Sílvio de Salvo Venosa (2017) faz interessante ponderação ao afirmar que a proteção inculpada no artigo 18 deve se dar mesmo se inexistisse lei, vez que se trata de direito da personalidade.

Aliás, em caso de inobservância dos artigos 18 e 19, é possível o manejo das ações de proibição de uso de nome, de reclamação pelo indevido uso do nome e de reparação de danos. Ocorrendo prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais, é possível o ajuizamento de ação indenizatória, que dispensa a comprovação de culpa subjetiva, sendo o caso de responsabilização objetiva (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Ainda, prescreve o artigo 19 do Código Civil que “o pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome” (BRASIL, 2002b).

O pseudônimo também já foi abordado anteriormente. Trata-se do nome escolhido pelo portador para o exercício de atividades lícitas, o que é muito comum entre artistas e literatos.

Em razão de tais pessoas serem, muitas vezes, conhecidas apenas pelo pseudônimo, a legislação atribui a tal elemento a mesma proteção conferida ao nome (MONTEIRO; PINTO, 2012).

Vistos os artigos do Código Civil que tutelam o nome, passemos à análise da Lei de Registros Públicos.

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) é minuciosa ao tratar do nome civil, abordando o instituto em diversos artigos. Em suma, são disciplinados os aspectos registrais do direito ao nome, bem como algumas possibilidades de sua alteração/modificação.

Dentre as diversas disposições contidas na Lei 6.015/73, citem-se as seguintes: a) artigo 54, que preceitua a necessidade de lavratura do assento de nascimento com o nome e o prenome do registrando e de seus avós maternos e paternos; b) artigo 55, que prescreve que, quando quem declarar o nome não o indicar em sua completude, o oficial (do registro civil) registrará o prenome escolhido acrescido do nome do pai e, na falta, do nome da mãe, quando conhecidos; c) parágrafo único do artigo 55, que estabelece que os oficiais não registrarão prenomes que possam expor o portador ao ridículo, sendo que o juiz deverá decidir eventual discordância dos pais com a recusa do oficial; d) artigo 56, que estatui que é possível a alteração do nome no primeiro ano após atingida a maioridade, contanto que não haja prejuízo aos apelidos de família; e) artigo 57, o qual permite a alteração do nome após o prazo fixado no artigo 56, mas somente por meio de processo; f) § 8º do artigo 57, que permite ao enteado ou à enteada a averbação, no registro de nascimento, do nome do padrasto ou da madrasta, desde que estes concordem e que os apelidos de família não sofram prejuízo; g) artigo 58, que determina que o

prenome é definitivo, mas permite que ele seja substituído por apelidos públicos notórios; h) parágrafo único do artigo 58, o qual admite a alteração do nome de pessoas que colaboraram com a apuração de crime, quando ameaçadas ou coagidas (PEREIRA, 2012).

Estes são alguns dos dispositivos da Lei de Registros Públicos (relacionados à tutela infraconstitucional do nome) que sobrelevam por ora. Os aspectos relacionados à imutabilidade do nome e às possibilidades de sua alteração serão abordados mais detidamente no decorrer deste trabalho.

Na esfera criminal, é interessante mencionar que havia tipo penal, previsto no artigo 185 do Código Penal pátrio, que tipificava a “usurpação de nome ou pseudônimo alheio”, com a seguinte redação: “atribuir falsamente a alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística” (BRASIL, 1940).

A essa conduta era atribuída a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além de multa. Entretanto, esse crime foi revogado pela Lei 10.695, de 1 de julho de 2003, que reestruturou a tutela penal dos direitos do autor (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017).

4.1.1 Princípio da imutabilidade do nome e segurança jurídica

A redação original do artigo 58 da Lei dos Registros Públicos estatua categoricamente: “o prenome será imutável” (BRASIL, 1973).

Atualmente, porém, prevê o mesmo artigo: “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios” (BRASIL, 1973).

Inicialmente, observe-se que o princípio em comento abrange todo o nome, e não apenas o prenome, conforme consta no citado artigo, já que há interesse em sua preservação por completo (SILVA, 2017).

É importante, ademais, observar que o nome civil possui características de direito privado e de direito público. De um lado, a proteção do nome no interesse particular do portador, a fim de preservar sua inviolabilidade, é evidente caractere do aspecto privatístico deste instituto. Por outro lado, a imutabilidade do nome é a mais importante particularidade atribuída pela natureza pública do nome civil (FRANÇA, 1975).

Tal rigorosidade possui justificativa, uma vez que o nome é a principal forma de singularização das pessoas em sociedade, e sua alteração pode comprometer esse objetivo, causando perigosa confusão na diferenciação dos indivíduos (SCHMIDT, 2016).

Disso deflui que a alteração será sempre excepcional e devidamente justificada, não podendo pautar-se em mera vaidade ou simples dissabor em relação ao nome (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

A mutabilidade deliberada vai de encontro aos interesses sociais, pelo que seria impossível identificar corretamente os indivíduos. Mais: admitir-se a mudança constante do nome conflitaria com a própria natureza do instituto, que, para além de particularizar as pessoas, está ligado intimamente à personalidade. Se não há estabilidade e permanência no nome, não é possível vinculá-lo à personalidade de alguém (BRANDELLI, 2012). Se assim fosse, o nome não teria importância alguma.

Em verdade, o pilar desse princípio é a segurança jurídica (SILVA, 2017).

De modo genérico, a segurança jurídica é um princípio que, embora não previsto expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está implicitamente abarcado na atual Carta Constitucional pátria. É considerado direito e garantia fundamental (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Em uma conceituação breve, é considerado um subprincípio do Estado de Direito e possui dois aspectos: o objetivo, que se refere à proteção do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, ou seja, visa proteger situações já consolidadas da retroatividade de atos do Estado; e o subjetivo, que se traduz na proteção à confiança, isto é, preservar a confiabilidade das pessoas em relação aos atos emanados do Estado (COUTO E SILVA, 2004).

O fundamento, portanto, da imutabilidade do nome é a segurança jurídica, vez que o Estado e a sociedade, nas relações jurídicas, devem identificar precisamente os indivíduos (SILVA, 2017).

Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorre uma espécie de reestruturação dos direitos individuais, onde a dignidade da pessoa humana é elevada ao patamar de princípio fundamental e sustentáculo da República. O Estado, por sua vez, passa a ter o papel de promover a dignidade dos indivíduos. Por consequência, há a relativização do princípio da imutabilidade do nome, vez que este instituto, atualmente, não pode afastar-se da dignidade da pessoa humana (CAMARGO, 2013).

Nessa perspectiva, a legislação passou a sofrer flexibilizações a fim de admitir mais hipóteses de mudança do nome. Os tribunais, por seu turno, também vêm admitindo a alteração do nome em diversas situações. Em ambos os casos, a dignidade da pessoa humana é o fundamento primordial (CAMARGO, 2013).

Se não se podia considerar o princípio da imutabilidade do nome como absoluto no regime anterior à Carta de 1988, levando em consideração as exceções admitidas pela própria lei (redação original do parágrafo único do artigo 59 da Lei de Registros Públicos, por exemplo), com menos razão se admitiria que atualmente ele o é, uma vez que a Constituição vigente propõe modelo incompatível com tal rigidez. Assim, sempre haverá a prevalência da dignidade da pessoa humana.

Aliás, alguns autores, atualmente, passaram a tratar o princípio em questão como “princípio da imutabilidade relativa do nome”, a exemplo de Farias e Rosenvald (2017), Venosa (2017) e Gagliano e Pamplona Filho (2017).

Mais comentários no tocante à dignidade da pessoa humana serão tecidos no tópico de mesmo nome localizado mais adiante.

4.2 Proteção internacional

Alguns Pactos e Convenções, assinados pelo Brasil, protegem expressamente o nome civil, o que demonstra a importância deste instituto. Veja-se.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Brasil por meio do Decreto 592/92, dispõe em seu artigo 24, 2: “toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome” (BRASIL, 1992a).

O Pacto de São José da Costa Rica, ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporado pelo Brasil por meio do Decreto 678/92, em seu artigo 18 estatui: “toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário” (BRASIL, 1992b).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, incorporada pelo Brasil por meio do Decreto 99.710/90, prescreve em seu artigo 7, 1, que:

A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles (BRASIL, 1990).

Ainda, o artigo 8, 1, da mesma Convenção, prevê que:

Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas (BRASIL, 1990).

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada pelo Brasil por meio do Decreto 6.949/09, determina em seu artigo 18, 2: “as crianças com deficiência serão registradas imediatamente após o nascimento e terão, desde o nascimento, o direito a um nome, o direito de adquirir nacionalidade e, tanto quanto possível, o direito de conhecer seus pais e de ser cuidadas por eles” (BRASIL, 2009).

Tal Convenção possui, inclusive, equivalência de Emenda Constitucional, ante a aprovação no Congresso Nacional com o quórum determinado pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal (MENDES; BRANCO, 2017).

Por fim, mencione-se interessante dispositivo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, incorporada pelo Brasil por meio do Decreto 4.377/02, que estabelece em seu artigo 16, 1, que:

Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão (BRASIL, 2002a).

A alínea “g” do mesmo artigo o complementa, assegurando: “os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação” (BRASIL, 2002a).

Os instrumentos internacionais acima mencionados protegem direitos humanos, garantindo, cada qual em sua esfera de proteção, o direito ao nome em diversos aspectos.

Isso evidencia a importância do nome para a garantia da dignidade do homem, tendo em vista o destaque que recebe no âmbito internacional.

Nesse sentido, até mesmo a aludida Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, no artigo 16, 1, alínea “g”, garante, no matrimônio, a escolha do sobrenome por parte da mulher, em igualdade de direitos com o homem.

O destaque de tal instituto não é mera coincidência, já que o nome, enquanto direito da personalidade, compõe o conjunto de direitos mínimos para o pleno desenvolvimento do ser humano em sociedade.

Dessa maneira, independentemente do âmbito de proteção do nome (seja em relação às crianças, com deficiência ou não, seja em relação a todos, mediante, inclusive, o uso de nomes fictícios), é ele um meio indispensável para a satisfação plena do princípio da dignidade da pessoa humana. É o que se conclui após analisar os instrumentos internacionais acima, que tratam, como já delineado, sobre direitos humanos e, conseqüentemente, sobre a dignidade do homem.

4.3 Proteção constitucional

A Constituição de 1988 não possui norma expressa que disponha sobre o nome civil das pessoas naturais (SCHMIDT, 2016).

Considerando, porém, o conceito de “bloco de constitucionalidade”, que é o complexo de normas de caráter materialmente constitucional, somado à Constituição escrita, que implica na formação da totalidade das normas de hierarquia constitucional (LOPES; CHEHAB, 2016), é plenamente admissível afirmar-se que, atualmente, o nome civil (pelo menos enquanto direito das crianças com deficiência) possui amparo constitucional, tendo em vista que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi elevada ao patamar de Emenda Constitucional, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Carta Mãe (MENDES; BRANCO, 2017).

Não obstante, mesmo que inexistisse norma expressa nesse sentido, é possível concluir que o direito ao nome está implicitamente previsto na Carta Constitucional de 1988. É o que se verifica ao considerar o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à inviolabilidade da honra e da imagem da pessoa, previsto no artigo 5º, inciso X, da Lei Fundamental (SCHMIDT, 2016).

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana merece especial destaque, conforme se segue.

4.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Embora não previsto no rol dos direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso III, da Lei Maior), conforme já exposto (TAVARES, 2017).

Há discussão, aliás, no sentido de ser a dignidade humana um direito fundamental autônomo ou a fonte dos demais direitos fundamentais. Alguns se posicionam conforme a primeira corrente, a exemplo de Janice Silveira Borges (2018), enquanto outros adotam a segunda corrente, a exemplo de Daniel Sarmiento (2016) e Luís Roberto Barroso (2010).

Sem embargo, sua conceituação é imprecisa e nebulosa, com intermináveis tentativas doutrinárias de defini-la.

A esse respeito, importante mencionar o entendimento de Luís Roberto Barroso (2018), que define a dignidade humana sob três aspectos (minimamente necessários em relação ao seu conteúdo), quais sejam: a) valor intrínseco da pessoa humana; b) autonomia individual; e c) valor comunitário. Pelo primeiro, entende-se que o ser humano está em uma posição singular no mundo e é dotado de um valor inestimável, pelo que se conclui que é ele um fim em si próprio (não podendo ser utilizado como meio para objetivos diversos) e que o Estado existe em função do homem (e não o homem em função do Estado). Pelo segundo, compreende-se que a dignidade se efetiva por meio da liberdade de fazer escolhas e de tomar decisões sem ingerências externas ao indivíduo, tendo três aspectos jurídicos, que são a autonomia privada (ligada aos direitos individuais), a autonomia pública (ligada aos direitos políticos) e o mínimo existencial (que é a condição para que a autonomia pública e a autonomia privada sejam exercidas, tendo em vista que se trata do mínimo necessário para a existência digna). E pelo terceiro, entende-se que há uma dimensão social na dignidade da pessoa humana, pela qual a autonomia privada não é ilimitada, ou seja, a comunidade determina restrições à liberdade privada, possuindo três objetivos, a proteção do direito de terceiros, a proteção do indivíduo contra si mesmo e a proteção dos valores sociais.

Para Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 512), o princípio ora analisado:

[...] agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.) [...] A dignidade

humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. Abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria.

A despeito da imprecisão conceitual, é certo que a consagração do princípio em tela como um dos fundamentos da República tem o objetivo de evidenciar que o Estado está a serviço da pessoa, e não o oposto. Isso significa que o ser humano nunca deve ser um meio para que o Estado atinja suas finalidades, mas o próprio Estado é um meio para a promoção da dignidade das pessoas (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

A dignidade da pessoa humana é, ademais, um importante critério hermenêutico, conduzindo a aplicação e a interpretação dos direitos fundamentais, além de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais do direito brasileiro. É, ainda, um método de ponderação de interesses, de nível constitucional, em conflito, devendo prevalecer sempre o que mais se aproxime da dignidade humana. Contudo, é de se observar que não se trata de um valor absoluto e intransponível no que toca à ponderação (SARMENTO, 2016).

De mais a mais, segundo Daniel Sarmento (2016), é a dignidade da pessoa humana um critério para controle dos atos do Estado, sejam eles normativos, jurisdicionais ou, até mesmo, administrativos. Os indivíduos, aliás, devem, no âmbito privado de suas relações, respeitar igualmente a dignidade humana.

Delineados os conceitos principais do princípio em questão, é de rigor reconhecê-lo como fundamento do direito ao nome. Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos (2014) e André Ramos Tavares (2012), citando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 248.869-1/SP, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa), afirmam que o direito ao nome, embora não tenha previsão literal na Constituição, possui amparo no princípio da dignidade da pessoa humana.

Sob outro aspecto, considere-se que o nome é (inequivocamente e ao lado de outros) um direito da personalidade. Hodiernamente, há o fenômeno chamado "direito civil-constitucional", ou "constitucionalização do direito civil", onde não mais se concebe a separação absoluta entre o direito civil e o direito constitucional, existindo institutos que interagem entre os dois ramos. Os direitos da personalidade são, justamente, exemplo disso, possuindo amparo direto no Texto Constitucional, sob a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana (BORCAT; ALVES, 2013; MELLO, 2017; TARTUCE, 2018). Nesse prisma, colacione-se o Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que afirma o mesmo:

Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007, p. 35).

Além disso, há corrente que considera os direitos da personalidade como autênticos direitos fundamentais, recebendo proteção privatística, no âmbito do direito civil, e publicística, no âmbito do direito constitucional (BORCAT; ALVES, 2013; KUNRATH, 2016). Não obstante, ainda que exista certa hesitação na adoção dessa corrente, é possível considerar o nome (enquanto direito da personalidade) como verdadeiro direito fundamental, ante o seu perfeito enquadramento nesse segmento de direitos (KUNRATH, 2016).

A propósito, os direitos da personalidade e os direitos fundamentais têm sua gênese entrelaçada, não sendo possível separá-los em compartimentos estanques, mas, antes, suas origens se confundem (BORCAT; ALVES, 2013).

Nessa sequência de ideias, os direitos fundamentais, por sua vez, têm como fundamento, também, a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2018; MELLO, 2017).

Assim, de um ou outro modo, chega-se, invariavelmente, à mesma conclusão: a dignidade da pessoa humana é a fonte do direito ao nome.

5. Capítulo 4 – possibilidades de alteração do nome no direito brasileiro

Pelo princípio da imutabilidade do nome, este somente pode ser alterado em situações excepcionais, expressamente previstas em lei. Algumas possibilidades, entretanto, são admitidas pela jurisprudência, conforme se discorrerá, pelo que não são taxativas as hipóteses legais. Porém, não é qualquer situação fática que enseja a modificação do nome civil, devendo estar amparada pela lei ou permitida pela praxe dos Tribunais, ante o princípio da segurança jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Para uma abordagem mais clara do tema, foram divididas as possibilidades de alteração do nome em dois tópicos, inspirados na obra de Leonardo Brandelli (2012): modificação do prenome; e modificação do patronímico.

5.1 Modificação do prenome

5.1.1 Erro material

Quando, por erro humano no momento do registro civil, a grafia do nome for escrita de maneira incorreta (trocando-se algumas letras do nome, por exemplo, por outras), é possível a sua alteração para que corresponda à verdadeira intenção de quem tinha o direito de registrar o nome. São erros, portanto, evidentes, relacionados a equívocos cometidos pelo Oficial de Registro Civil, cuja verificação ocorre de plano, sem maiores indagações ou questionamentos, dependendo,

apenas, de comprovação por meio de documentos. A correção da grafia, assim, não prejudica a vontade de quem dispunha do direito de registrar o nome, mas apenas converge com a verdadeira intenção deste (CAMARGO, 2013).

Embora tratada neste tópico, a situação ora abordada pode ensejar a alteração tanto do prenome quanto do patronímico. Ademais, tal hipótese dispensa a via jurisdicional para a sua efetivação, procedendo-se conforme o artigo 110 da Lei dos Registros Públicos (CAMARGO, 2013).

Não se olvide o posicionamento de Maria Helena Diniz (2018), a qual afirma que a possibilidade em comento se trata de retificação do nome, e não de alteração dele.

5.1.2 Apelidos públicos notórios

Prevista no caput do artigo 58 da Lei dos Registros Públicos, essa possibilidade de alteração é a consagração da relativização do princípio da imutabilidade do nome, já que o mesmo artigo, na redação anterior, previa, apenas e tão somente, que o prenome era imutável (VENOSA, 2017).

Dessa forma, é possível a alteração do prenome para a inclusão de apelidos públicos notórios, citando-se, por exemplo, o caso da apresentadora televisiva conhecida como “Xuxa”, que incluiu em seu nome (Maria da Graça Meneghel) tal vocábulo, passando a se chamar Maria da Graça Xuxa Meneghel (GONÇALVES, 2014).

Adverte Carlos Roberto Gonçalves (2014), entretanto, que, na sistemática anterior, costumava-se apenas incluir, entre o prenome e o patronímico, o apelido público notório, conforme o exemplo acima citado. Porém, segundo tal autor, no sistema vigente é admissível a efetiva substituição do prenome pelo apelido.

5.1.3 Declaração do nome por agente que não tinha o direito de registrá-lo

Via de regra, compete aos pais registrar o nome dos filhos, nos termos do artigo 52 da Lei dos Registros Públicos. Dessa maneira, caso pessoa diversa (e que não tenha competência para fazê-lo) registre o nome da criança, é inequívoco que esse registro é inválido, podendo ocorrer a alteração do prenome para que ele esteja em conformidade com a vontade dos pais, que são os autênticos titulares do direito de pôr o nome (BRANDELLI, 2012; FRANÇA, 1975).

5.1.4 Proteção de vítima ou testemunha

Esta possibilidade, prevista nos artigos 57, § 7º, e 58, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos (com a redação conferida pela Lei 9.807/99), permite a alteração do nome quando uma vítima ou testemunha que colaborar com a apuração de um crime for ameaçada ou coagida em virtude de tal colaboração. É, ainda, possível a alteração dos nomes do cônjuge, do companheiro, dos ascendentes, dos descendentes e dos dependentes da vítima ou testemunha. No caso, concedida a alteração, os órgãos competentes deverão emitir os documentos já com o novo nome (DINIZ, 2018).

Trata-se de hipótese de alteração do nome, e não de retificação. Além disso, se cessada a situação que deu causa à alteração, é possível o restabelecimento do nome original (CAMARGO, 2013).

5.1.5 Nome vexatório, ridículo ou imoral

Esta hipótese é o cerne deste trabalho, cujas minúcias serão exploradas mais adiante. Porém, desde logo, é necessário observar alguns pontos importantes.

É admissível a alteração do nome quando ele é passível de expor quem o detém ao escárnio, prevalecendo, nesta situação, o princípio da dignidade da pessoa humana. Por vezes, o Oficial do Registro Civil não impede que nomes com essa potencialidade (de expor ao ridículo) sejam registrados, gerando direito à modificação (MONTEIRO; PINTO, 2012).

Nesse sentido, prevê o parágrafo único do artigo 55 da Lei dos Registros Públicos que é dever do Oficial não registrar nomes dessa natureza:

Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente (BRASIL, 1973).

Conforme se verifica na redação do artigo, caberá ao juiz decidir em caso de discordância por parte dos pais.

Embora a lei preveja que o prenome ridículo não deverá ser registrado, Sílvio de Salvo Venosa (2017) entende que o Oficial do Registro Civil deverá, também, se recusar a registrar nomes cuja combinação exponha o portador ao vexame. Isto é, se o nome completo for vexatório (e não apenas o prenome), não deverá ele ser registrado.

“Nome vexatório”, “nome ridículo” e “nome imoral” são termos muito aproximados, porém é interessante destacar, prontamente, o que seria um “nome imoral”, uma vez que há definição por parte do insigne jurista Serpa Lopes:

O conceito de prenome imoral deve ser entendido em sentido amplo, compreensivo não só daqueles nomes que traduzam a lubricidade, o sentido dúbio, como se indicar qualquer ato infamante ou pessoas reconhecidamente criminosas, expostas à execração pública (SERPA LOPES, 1960, p. 195).

Seria o caso, por exemplo, de registrar-se alguém com o prenome “Lúcifer” ou “Lampeão” (SERPA LOPES, 1960).

Inobstante, independentemente da denominação que se dê, os três termos se relacionam ao vexame causado pelo nome ao seu respectivo portador, por isso, dizem respeito à mesma hipótese de alteração. Outrossim, para os fins deste trabalho, serão utilizados os três termos como sinônimos.

Além disso, é interessante notar que as expressões “vexatório”, “ridículo” e “imoral” são revestidas de alta carga subjetivista, ou seja, há situações em que o nome é grotesco para quem o porta e absolutamente comum para terceiros.

Isso é facilmente perceptível na prática, ante a enormidade de decisões divergentes na jurisprudência dos Tribunais, em que o juiz considera o nome como sendo trivial e disseminado na sociedade (portanto, não vexatório), enquanto o portador, evidentemente, o considera aviltante, pretendendo a sua modificação.

Conforme já informado, tais ideias serão melhor abordadas no tópico destinado à possibilidade de alteração do nome vexatório, porém, para exemplificar o acima exposto, pertinente citar o intrigante caso lembrado por Maria Helena Diniz (2018, p. 248), onde Oficial do Registro Civil se recusara a registrar o nome “Titílolá”, recusa esta afastada posteriormente, porque tal nome não teria o condão de expor a portadora à zombaria, já que seu significado, proveniente da língua “iorubá”, é continuamente (“Tití”) honorável (“Lolá”). Assim, pelo fato de estar ligado às origens dos seus pais, bem como por terem estes o direito de escolher o nome, não haveria motivo para negar-se o registro, podendo a criança, futuramente, caso deseje, buscar a alteração do nome se o considerar humilhante.

Posto isso, para finalizar esta tratativa preliminar, mencione-se alguns nomes deveras curiosos (os quais podem ser considerados ridículos ou vexatórios), que foram registrados em solo nacional, retirados de pesquisa publicada no sítio eletrônico da Fundação Joaquim Nabuco: Antonio Querido Fracasso; Boaventura Torrada; Cafiaspirina Cruz; Chevrolet da Silva Ford; Dolores Fuertes de Barriga; Evaldo Perfeito; Felicidade do Lar Brasileiro; Frankstein Junior (o nome do pai era “João da Silva”); Graciosa Rodela; Haroldo Batman; Isabel Ignorada Campos; Joaquim Contente; Kung Fu José e Kung Fu João (irmãos gêmeos); Leidi Dai; Liberalino Liberal Brandão; Maria da Segunda Distração; Nostradamus Brasileiro Do Acre; Ótima Átila Dantas; Pacífico Armando Guerra; Paulo Carneiro Bravo; Rolando Caio da Rocha; Sincero Borges; Tranquilino Viana; Ubiratan Palestino Oriente; Victor Hugo da Incarnação; Washington Luis Moço; Xilderico Alarico de Freitas; Yale Bica; e Ziuon Oliveira (ANDRADE, 2013).

5.1.6 Alteração pelo uso

Sem embargo das considerações esboçadas no tópico relacionado às características do nome, no sentido de que tal instituto não se adquire pelo uso, a jurisprudência tem permitido a sua alteração para que corresponda à realidade fática, ou seja, não deve prevalecer o prenome formalmente registrado quando o indivíduo é conhecido por outro prenome no meio social. Este prenome (pelo qual alguém é conhecido), portanto, deverá compor o registro civil (VENOSA, 2017). Nada mais é que permitir-se a alteração pelo uso.

A propósito, cite-se interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL - DIREITO CIVIL - REGISTROS PÚBLICOS - RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - PRENOME UTILIZADO PELA REQUERENTE DESDE CRIANÇA NO MEIO SOCIAL EM QUE VIVE DIVERSO DAQUELE CONSTANTE DO REGISTRO DE NASCIMENTO - POSSE PROLONGADA DO NOME - CONHECIMENTO PÚBLICO E NOTÓRIO - SUBSTITUIÇÃO - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO.

Hipótese: Trata-se de ação de retificação de registro civil de nascimento, pela qual a autora pretende a alteração de seu prenome (Raimunda), ao argumento de que é conhecida por Danielle desde criança e a divergência entre o nome pelo qual é tratada daquele que consta do seu registro tem lhe causado constrangimentos.

1. O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro. 2. O nome civil, conforme as regras dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado: a) no primeiro ano após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família; ou b) ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público. 3. Caso concreto no qual se identifica justo motivo no pleito da recorrente de alteração do prenome, pois é conhecida no meio social em que vive, desde criança, por nome diverso daquele constante do registro de nascimento, circunstância que tem lhe causado constrangimentos.

4. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 2017a).

5.1.7 Descoberta do nome verdadeiro

Limongi França (1975) aduz essa possibilidade de alteração do nome que, em verdade, é atípica, mas diz respeito, por exemplo, aos menores abandonados, que desconhecem a sua filiação. Caso um menor nessas condições for registrado, é indubitável que tal registro não tem caráter definitivo, o qual será afastado quando descoberto o nome verdadeiro.

5.1.8 Declaração que não coincide com o assento

Trata-se de situação em que o interessado declara determinado nome ao Oficial do Registro Civil e este faz constar outro no respectivo assento, o que, evidentemente, torna o ato inválido, já que não corresponde à verdadeira intenção do detentor do direito de registrar, sendo que, uma vez comprovado o fato, é perfeitamente possível a alteração do nome para que ele se coadune com a vontade do declarante (BRANDELLI, 2012).

5.1.9 Adoção

Com a sentença judicial que efetiva a adoção, há o cancelamento do registro civil do adotado, sendo realizado um novo registro, onde constará os nomes dos pais (que serão os que adotaram) e os nomes dos pais destes (avós do adotado), enquanto ascendentes. Nesta ocasião, permite-se que, mediante requerimento, altere-se o prenome do adotado, o que é, entretanto, facultativo, conforme o artigo 47, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Observe-se que será necessário

o consentimento do adotado se este for maior de 12 (doze) anos. Se, porém, a alteração for pleiteada pelo adotante, será necessária a oitiva do adotado (NEVES, 2013).

5.1.10 Transgêneros e constatação de sexo diverso

Duas hipóteses, bastante diversas, estão englobadas aqui. Veja-se.

Primeiramente, há a situação dos hermafroditas e dos casos em que, por algum motivo, ocorrer o predomínio de um sexo sobre o outro, em contrariedade ao registro de nascimento. Para que exista consonância entre o registro civil e a situação fática, é necessária a mudança do prenome das pessoas em tais condições, contanto que haja comprovação por perícia (SERPA LOPES, 1960).

Modernamente, porém, surgiu a situação da alteração do nome dos transgêneros, que são os indivíduos que não se identificam com o sexo imposto socialmente, independentemente da orientação sexual (CAMBI; NICOLAU, 2019).

Embora tenha existido grande impasse a respeito de tal hipótese, com imprecisão sobre a exigência ou não da cirurgia de redesignação sexual para a alteração do nome, atualmente tal possibilidade foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que, atendendo ao clamor social, passaram a permitir a modificação do prenome e, inclusive, do sexo no registro civil, não sendo obrigatória a cirurgia de transgenitalização. Ademais, conforme o entendimento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, sequer é necessária ação judicial para a efetivação da alteração do nome, bastando a modificação administrativa no Cartório competente. Não obstante, importante mencionar que o Conselho Nacional de Justiça, por meio do Provimento 73/2018, regulamentou a alteração administrativa do nome dos transgêneros, exigindo apenas que o interessado seja maior de 18 (dezoito) anos e que requeira a modificação em Cartório, desde que não haja ação judicial em curso com o mesmo objetivo (CAMBI; NICOLAU, 2019).

A propósito, citem-se dois importantes julgados (de tais Tribunais) que contribuíram para a pacificação do tema. Em primeiro, segue jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO.

PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.

1. À luz do disposto nos artigos 55, 57 e 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público.

2. Nessa perspectiva, observada a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, admite-se a mudança do nome ensejador de situação vexatória ou degradação social ao indivíduo, como ocorre com aqueles cujos prenomes são notoriamente enquadrados como pertencentes ao gênero masculino ou ao gênero feminino, mas que possuem aparência física e fenótipo comportamental em total desconformidade com o disposto no ato registral.

3. Contudo, em se tratando de pessoas transexuais, a mera alteração do prenome não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, além de descurar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que traduz a máxima antiutilitarista segundo a qual cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas.

4. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade.

5. Assim, a segurança jurídica pretendida com a individualização da pessoa perante a família e a sociedade - ratio essendi do registro público, norteados pelos princípios da publicidade e da veracidade registral - deve ser compatibilizada com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que constitui vetor interpretativo de toda a ordem jurídico-constitucional.

6. Nessa compreensão, o STJ, ao apreciar casos de transexuais submetidos a cirurgias de transgenitalização, já vinha permitindo a alteração do nome e do sexo/gênero no registro civil (REsp 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009).

7. A citada jurisprudência deve evoluir para alcançar também os transexuais não operados, conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade, a qual, hodiernamente, é concebida como valor fundamental do ordenamento jurídico, o que implica o dever inarredável de respeito às diferenças.

8. Tal valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições

existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais).

9. Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral).

10. Conseqüentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico.

11. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a ratio essendi dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade.

12. Exegese contrária revela-se incoerente diante da consagração jurisprudencial do direito de retificação do sexo registral conferido aos transexuais operados, que, nada obstante, continuam vinculados ao sexo biológico/cromossômico repudiado. Ou seja, independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito.

13. Recurso especial provido a fim de julgar integralmente procedente a pretensão deduzida na inicial, autorizando a retificação do registro civil da autora, no qual deve ser averbado, além do prenome indicado, o sexo/gênero feminino, assinalada a existência de determinação judicial, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se a publicidade dos registros e a intimidade da autora (STJ, 2017b).

Abaixo, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 4.275):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO

REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente (STF, 2019).

5.1.11 Mudança no primeiro ano após a maioridade

É uma possibilidade de alteração imotivada do nome, ocorrendo logo que atingida a maioridade civil, seja a partir dos 18 (dezoito) anos, seja a partir da emancipação. Sua existência, aliás, está ligada à natureza do instituto do nome, podendo o indivíduo alterá-lo para que possa exercer tal direito da personalidade em sua plenitude e dentro de seu interesse. De mais a mais, importante observar que o interessado pode modificar tanto o prenome quanto incluir um sobrenome familiar, sem prejuízo, porém, do apelido de família que já conste de seu nome. Saliente-se, ainda, que o prazo para a realização da mudança é decadencial e de um ano, pelo que a alteração posterior deverá ser justificada e realizada judicialmente (FARIAS; ROSENVALD, 2017; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Outrossim, é hipótese que dispensa o ajuizamento de ação para a sua efetivação, sendo suficiente a via administrativa. Todavia, há autores que entendem ser necessária a judicialização do pedido, a exemplo de Gagliano e Pamplona Filho (2017).

5.1.12 Nome do estrangeiro

Para Maria Helena Diniz (2018), o estrangeiro pode alterar o prenome quando a sua pronúncia for difícil, desde que utilize outro para se identificar e que não exista o objetivo de fraudar a legislação. A autora cita, ainda, ser admissível, por exemplo, alguém chamado “Yoshiaki” alterar tal nome para “Cláudio”, se assim for individualizado e conhecido.

Carlos Roberto Gonçalves (2014) entende, por sua vez, que o estrangeiro somente pode alterar seu prenome, já que o apelido de família, cuja importância é ainda mais acentuada, tem a finalidade de identificar a origem familiar do indivíduo.

5.2 Modificação do patronímico

Algumas possibilidades de alteração do prenome, abordadas acima, aplicam-se também ao patronímico, quais sejam: erro material; declaração do nome por agente que não tinha o direito de registrá-lo; proteção de vítima ou testemunha; alteração pelo uso; descoberta do nome verdadeiro; e declaração que não coincide com o assento (BRANDELLI, 2012).

Ademais, igualmente admite-se a alteração do patronímico nos casos de mudança no primeiro ano após a maioridade e de nome vexatório, ridículo ou imoral, conforme já abordado nos respectivos tópicos.

Portanto, embora tenham sido tratadas anteriormente, são hipóteses inteiramente cabíveis no que toca ao sobrenome.

Outras hipóteses, porém, são exclusivamente relacionadas ao patronímico, as quais serão a seguir explanadas.

5.2.1 Casamento

Prevista no artigo 1.565, § 1º, do Código Civil vigente, esta possibilidade é bastante usual em relação à alteração do sobrenome. Em síntese, é a adição que se promove do patronímico de qualquer dos nubentes ao nome do outro. Assim, não mais subsiste a sistemática anterior (Código Civil de 1916), onde apenas a mulher poderia acrescentar ao seu nome o patronímico do marido, pelo que, no sistema atual, é plenamente possível que o marido inclua o sobrenome da esposa ao seu (CAMARGO, 2013).

Note-se que o caso em comento abrange tanto o casamento heteroafetivo quanto o casamento homoafetivo (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

5.2.2 União estável

Esta hipótese está prevista no artigo 57, § 2º, da Lei de Registros Públicos, que estatui:

A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas (BRASIL, 1973).

Os parágrafos subsequentes impõem, também, que haja concordância do companheiro, somada ao transcurso de, ao menos, cinco anos de convivência ou com a existência de filhos (§ 3º), exigindo, ainda, que a ex-mulher do companheiro, se for ele desquitado, tenha sido condenada ou tenha renunciado ao uso dos seus apelidos, mesmo que receba pensão alimentícia dele (§ 4º).

Estabelece-se, assim, a possibilidade de a companheira adotar o sobrenome do companheiro. A redação do dispositivo, porém, é obsoleta, por não prever o inverso, bem como por fazer alusão ao desquite, que hoje deve ser compreendido como a separação judicial, enquanto um empecilho à celebração do casamento,

tendo em vista que, atualmente, houve a regulamentação do divórcio (GONÇALVES, 2014).

Carlos Roberto Gonçalves (2014) entende que a possibilidade em tela não mais subsiste diante da Constituição de 1988, que passou a permitir do divórcio, porque o referido dispositivo se baseava na indissolubilidade do matrimônio (o que impediria a celebração de novo casamento), indissolubilidade esta que foi extirpada do ordenamento jurídico.

Maria Berenice Dias (2016), por sua vez, afirma que, para a jurisprudência atual, é suficiente a comprovação da união estável para pleitear-se a inclusão do patronímico, ante a necessária releitura do dispositivo vertente em consonância com a Constituição. Acrescenta a autora, ademais, que o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo já permitiu que qualquer companheiro inclua, diretamente na escritura de união estável, o nome de família do outro ao seu, pelo que não somente a mulher pode, hodiernamente, fazê-lo.

Também é cabível, saliente-se, todo o exposto em relação à união estável homoafetiva (BRANDELLI, 2012).

5.2.3 Invalidade do casamento, separação e divórcio

De início, necessário observar que, em face da Emenda Constitucional 66/2010, alguns autores entendem que o instituto da separação não mais subsiste no ordenamento jurídico brasileiro (TARTUCE, 2018).

Porém, outros defendem que a separação permanece vigente na sistemática atual. No caso de divórcio, se existente a separação, existe a faculdade de o cônjuge optar pela preservação ou não do sobrenome do outro, excepcionando-se o divórcio por conversão, onde a sentença judicial que decretar a separação pode dispor de maneira diversa. No tocante, propriamente, à separação, é importante asseverar que existem duas situações distintas que influenciam no direito ao nome: a separação consensual; e a separação litigiosa. Ocorrendo a primeira, há liberdade por parte do cônjuge na escolha de manter ou retirar de seu nome o sobrenome do outro. No entanto, na litigiosa, o artigo 1.578 (e parágrafos) do Código Civil deve ser observado (GONÇALVES, 2017). Aduz tal artigo:

O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

- I - evidente prejuízo para a sua identificação;
- II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;
- III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

§ 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

§ 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado (BRASIL, 2002b).

Da análise do dispositivo, percebe-se que a manutenção do sobrenome do cônjuge culpado depende da anuência do cônjuge inocente, não sendo necessária, todavia, tal anuência (mantendo-se o nome) se um dos casos previstos nos incisos estiver presente. Já o inocente, por sua vez, terá a faculdade de renunciar, a qualquer momento, ao patronímico do outro. Não obstante, é opcional a conservação nos demais casos (GONÇALVES, 2017).

Há, porém, quem entenda que, por conta da Emenda Constitucional 66/2010, o instituto da separação não mais existe no ordenamento jurídico nacional (com a revogação de todos os dispositivos a ele relacionados). Assim, após o divórcio, compete ao próprio cônjuge a escolha do nome que utilizará, quer seja o de casado, quer seja o de solteiro. Pode, até mesmo, voltar a utilizar o nome de casado mesmo depois da efetivação do divórcio com o retorno ao nome de solteiro, se houver consenso entre os divorciados. Ainda, qualquer deles, decidindo manter o nome logo que ocorrer o divórcio, pode optar pelo nome de solteiro em momento posterior, se assim desejar. Em suma, tais decisões estão no âmbito do interesse exclusivo dos cônjuges (DIAS, 2016).

Sem embargo, situação diversa é a da invalidade do casamento (nulidade ou anulabilidade).

Em geral, a invalidade do casamento põe fim ao vínculo matrimonial, interrompendo seus efeitos e fazendo com que os casados retornem ao status anterior à sua celebração, ressalvados os interesses dos filhos e a putatividade, onde se preserva a boa-fé (MADALENO, 2018). Nessa perspectiva, caso efetivamente ocorra o retorno ao estado anterior, evidentemente o patronímico, via de regra, não se mantém.

Entretanto, é sempre necessária a análise casuística para verificar se, após decretada a invalidade do casamento, retornando-se ao estado anterior, haverá mácula na identificação dos ex-cônjuges ou prejuízo aos filhos dessa relação (SCHMIDT, 2016).

5.2.4 Homonímia

A homonímia ocorre quando duas ou mais pessoas possuem nomes idênticos. É, nesse sentido, facilmente perceptível a potencialidade de tal situação causar sérios problemas na vida civil das pessoas. Para, então, que isso não aconteça, deve-se acrescentar mais um apelido de família ao nome do indivíduo, ao qual tenha, evidentemente, direito (CAMARGO, 2013).

5.2.5 Adoção

Diferentemente da alteração do prenome do adotado, que é facultativa, conforme já foi devidamente abordado, esta hipótese é obrigatória, alterando-se o seu patronímico, mesmo porque a própria natureza da adoção o exige, já que há a

formação de novo parentesco. Tal obrigatoriedade está prevista no artigo 47, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (NEVES, 2013).

5.2.6 Alteração por abandono dos pais e filiação socioafetiva

Tem permitido a jurisprudência a alteração do nome do filho quando houver abandono por parte do pai (ou mãe) constante do registro civil (DIAS, 2016). Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. REGISTRO CIVIL. NOME. ALTERAÇÃO. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO. ABANDONO PELO PAI NA INFÂNCIA. JUSTO MOTIVO. RETIFICAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 56 E 57 DA LEI N.º 6.015/73. PRECEDENTES.

1. O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro.

2. O nome civil, conforme as regras dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado no primeiro ano após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família, ou, ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público.

3. Caso concreto no qual se identifica justo motivo no pleito do recorrente de supressão do patronímico paterno do seu nome, pois, abandonado pelo pai desde tenra idade, foi criado exclusivamente pela mãe e pela avó materna.

4. Precedentes específicos do STJ, inclusive da Corte Especial.

5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO (STJ, 2015).

Dessa maneira, o nome deve preservar a dignidade do indivíduo, de modo que quaisquer situações que violem tal direito da personalidade devem ser repelidas. O abandono paterno ou materno, enquanto trauma carregado pelo indivíduo, não deve ser, com a mera pronúncia do nome, obrigatória e perpetuamente lembrado por quem sofreu essa situação, a pretexto de ser tal instituto imutável. Este princípio deve ser relativizado em face do interesse do abandonado.

Sob outra ótica, é possível, também, que haja reconhecimento da paternidade socioafetiva, onde os pais que criam vínculos de afeto com o filho (socioafetivo) são reconhecidos no registro civil, acrescentando-se o sobrenome daqueles.

Aliás, foi, nessa lógica, editada a Lei 11.924/09, que incluiu o § 8º no artigo 57 da Lei dos Registros Públicos, permitindo que o enteado (ou enteada) acrescente o sobrenome do padrasto ou da madrasta, desde que haja motivo justificado e que exista anuência destes, não sendo suprimido, contudo, o patronímico que já fizer parte de seu nome. A inclusão do apelido familiar, porém, não gera direito alimentar ou sucessório, sendo apenas um reconhecimento de vínculo afetivo no registro civil, já que, aqui, o filho não perde a paternidade dos próprios pais (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

A jurisprudência, por seu turno, tem estendido a previsão legal, de sorte a abarcar, no registro civil, quem não for padrasto ou madrasta. Colacione-se julgado a esse respeito:

ALTERAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO - Menor que pretende, sem supressão do patronímico dos genitores, o acréscimo do sobrenome de seu guardião – Reflexos psicológicos que recomendam o deferimento - Formação da família moderna não-consanguínea que tem sua base na afetividade - As relações familiares deitam raízes na Constituição da República, que tem como um dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) - Recurso provido (TJSP, 2014b).

De mais a mais, houve regulamentação, em 2017, por meio do Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça, do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva. Assim, hodiernamente, sequer é necessária ação judicial para a verificação do vínculo e a alteração do registro civil, bastando a modificação diretamente em Cartório, incluindo-se o patronímico do pai socioafetivo ao nome do filho (socioafetivo) que for reconhecido (CALDERÓN; TOAZZA, 2019).

5.2.7 Em decorrência da alteração do apelido familiar do cônjuge ou dos ascendentes

Se uma pessoa, por algum motivo, alterar o sobrenome, seu cônjuge e seus descendentes também terão, via de consequência, direito à respectiva alteração, vez que o patronímico é elemento que distingue a estirpe familiar, não havendo razão para permitir-se que indivíduos de uma mesma família o possuam, por exemplo, em grafias diferentes (BRANDELLI, 2012), o que, evidentemente, causaria sério risco à segurança jurídica.

5.2.8 Reconhecimento ou negatória de filiação

Reconhecido o vínculo biológico de filiação, o filho terá direito de acrescer ao seu nome o apelido familiar do genitor. A contrario sensu, a menos que seja reconhecida a socioafetividade (ocasião em que não será possível a retirada do nome do genitor), pode ocorrer a supressão do patronímico paterno se constatado que não há vínculo biológico na filiação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017; SCHMIDT, 2016).

5.2.9 Viuvez

Da mesma maneira que se admite o retorno ao nome de solteiro após o divórcio, a jurisprudência permite que seja excluído o patronímico do cônjuge após a viuvez, tendo em vista a atual conjuntura social, bem como que a manutenção do nome de casado pode gerar sérios problemas de ordem psicológica/emocional ao cônjuge sobrevivente, em desacordo com os direitos da personalidade. É o que entende o Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE NOME DE SOLTEIRO. DIREITO AO NOME. ATRIBUTO DA PERSONALIDADE E VETOR DE

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RETORNO AO NOME DE SOLTEIRO APÓS O FALECIMENTO DO CÔNJUGE. POSSIBILIDADE. QUESTÃO SOCIALMENTE MENOS RELEVANTE NA ATUALIDADE. AUTONOMIA DA VONTADE E DA LIBERDADE. PROTEÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE DE ABALOS EMOCIONAIS, PSICOLÓGICOS OU PROFISSIONAIS. PLAUSIBILIDADE DA JUSTIFICATIVA APRESENTADA. REPARO DE DÍVIDA MORAL COM O PATRIARCA CUJO PATRONÍMICO FOI SUBSTITUÍDO POR OCASIÃO DO CASAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1- Ação distribuída em 10/07/2012. Recurso especial interposto em 22/07/2013 e atribuídos à Relatora em 25/08/2016.

2- O propósito recursal é definir se o restabelecimento do nome de solteiro apenas é admissível na hipótese de dissolução do vínculo conjugal por divórcio ou se também seria admissível o restabelecimento na hipótese de dissolução do vínculo conjugal pelo falecimento do cônjuge.

3- O direito ao nome é um dos elementos estruturantes dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, pois diz respeito à propriedade identidade pessoal do indivíduo, não apenas em relação a si, como também em ambiente familiar e perante a sociedade.

4- Impedir a retomada do nome de solteiro na hipótese de falecimento do cônjuge implicaria em grave violação aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana após a viuvez, especialmente no momento em que a substituição do patronímico é cada vez menos relevante no âmbito social, quando a questão está, cada dia mais, no âmbito da autonomia da vontade e da liberdade e, ainda, quando a manutenção do nome pode, em tese, acarretar ao cônjuge sobrevivente abalo de natureza emocional, psicológica ou profissional, em descompasso, inclusive, com o que preveem as mais contemporâneas legislações civis.

5- Na hipótese, a justificativa apresentada pela parte - reparação de uma dívida moral com o genitor, que foi contrário à assunção do patronímico do cônjuge, e com isso atingir a sua paz interior - é mais do que suficiente para autorizar a retomada do nome de solteiro pelo cônjuge sobrevivente.

6- Não se conhece do recurso especial interposto ao fundamento de dissídio jurisprudencial se ausente o cotejo analítico dos julgados supostamente divergentes.

7- Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido (STJ, 2018).

6. Capítulo 5 – Nome vexatório

Analisadas as causas de alteração do nome permitidas pelo direito brasileiro, é necessário abordar, com mais profundidade, a possibilidade de modificação do nome vexatório, que constitui o núcleo deste trabalho.

6.1 Conceito e aspecto doutrinário

O dicionário define “vexatório” como aquilo “[...] que vexa ou provoca vexame; vexador, vexante, vexativo” (FERREIRA, 2010, p. 2153).

“Ridículo”, por seu turno, é assim conceituado:

[...] 1. Que provoca riso ou escárnio; grotesco. 2. Diz-se de pessoa, atitude ou circunstância que se torna risível por levar ao exagero aquilo que é natural ou apropriado a determinada condição. 3. Cômico, risível [...] (FERREIRA, 2010, p. 1843).

Conforme já aduzido anteriormente, para os fins deste trabalho, os termos “vexatório”, “ridículo”, “constrangedor”, “imoral”, bem como quaisquer outros que designem o vexame ou o constrangimento operado pelo nome, serão tratados como sinônimos, mesmo porque a doutrina e a jurisprudência não se utilizam de rigor metodológico ao empregá-los. Aliás, não há diferença substancial entre os vocábulos, cujos significados são muito aproximados. É o que se percebe pelas duas conceituações acima transcritas, citadas justamente para exemplificar o exposto.

Por outro lado, de um modo geral, a doutrina não se preocupa com a definição de “nome vexatório” (ou ridículo, constrangedor, etc.), apenas apontando, com base na lei e por meio de casos concretos, que é possível a sua alteração.

Serpa Lopes (1960, p. 196), porém, faz uma diferenciação entre “prenome imoral” e “prenome ridículo”. A primeira conceituação já foi abordada e colacionada neste trabalho, quando do enfrentamento das possibilidades de alteração do prenome. Em relação, contudo, ao “prenome ridículo”, não traz tal autor uma definição precisa, somente afirmando que “injusto seria se a lei obrigasse o indivíduo a manter, como sinal de sua individualidade, um prenome capaz de despertar o sarcasmo, gerar a galhofa, a surriada constante”.

E prossegue o jurista:

É necessário, porém, que o prenome efetivamente desperte o ridículo, não circunscrito a um dado grupo, mas com o caráter generalizado, onde quer que seja pronunciado, seja qual for o meio, uma provocação constante e coletiva (SERPA LOPES, 1960, p. 196).

Cita, ainda, o renomado autor, no âmbito do prenome ridículo, dois julgados que tiveram diferentes resoluções, embora, faticamente, muito parecidos. No primeiro, proveniente do extinto Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, objetivava-se a retirada do prenome “Mussolini”, o que foi deferido, sob a alegação de que a ridiculez pode ocorrer após o registro (no caso, após a Segunda Guerra Mundial). Já no segundo, proveniente do antigo Tribunal de Apelação de São Paulo, pleiteava-se a alteração do prenome “Hitler”, que foi, contudo, negada, sustentando-se a imutabilidade do prenome, ainda que ele não gere afeição popular (SERPA LOPES, 1960).

Pontes de Miranda (2000, p. 306), por sua vez, afirma que “a ridiculez é *quaestio facti*”.

Já Leonardo Brandelli (2012) assevera que o nome pode ser alterado se sobrevém situação que o macula pelo constrangimento, mesmo se quando do registro não existir tal capacidade vexaminosa. A propósito, se é previsível que poderá o nome expor seu portador ao escárnio, não se exige, sequer, o advento dessa situação para a modificação. O autor também pontua que é necessário, para a alteração, que o detentor do nome seja exposto ao ridículo, não sendo suficiente que seus pais o sejam.

No mais, a doutrina não discute, com maior profundidade, as nuances e os limites da alteração do nome vexatório ou constrangedor, verificando-se tal impasse na prática, sobretudo em razão da diversidade de casos concretos e da enormidade de decisões judiciais que apontam para sentidos distintos, ora priorizando o princípio da dignidade da pessoa humana, ora priorizando o princípio da imutabilidade do nome (segurança jurídica).

A mera pesquisa jurisprudencial (em qualquer Tribunal pátrio) a respeito da possibilidade de alteração do nome vexatório aponta um sem-fim de decisões que conflitam frontalmente. Em alguns casos, aliás, existem situações muito semelhantes tratadas de maneira díspar.

Passemos, então, a tratar do aspecto jurisprudencial da alteração do nome vexatório.

6.2 Aspecto jurisprudencial

A dúvida, em grande parte, repousa na caracterização do nome vexatório na prática (se um determinado nome é considerado ridículo ou não), o que é bastante subjetivo. Ademais, o confronto entre a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica é outra faceta da problemática, causando sérias divergências nas decisões.

Para que ocorra uma análise clara da jurisprudência, serão examinados, primeiramente, alguns julgados em que não se reconheceu o nome como sendo vexatório e, após, alguns em que houve tal reconhecimento.

6.2.1 Análise de jurisprudência: nome não vexatório

A princípio, cite-se julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA - REGISTRO DE NASCIMENTO - PRENOME "DOM" - VIABILIDADE - SENTENÇA REFORMADA. Tornando-se crescente a utilização de "Dom" como nome próprio, verificando-se cada vez mais aceito na sociedade como tal, inclusive sendo o nome de filho de artista conhecida nacionalmente e que influencia a geração, impertinente a recusa da Oficiala de Registro Civil no registrá-lo em assentamento de nascimento, sob o fundamento de ser suscetível de expor ao ridículo seu portador (TJMG, 2019).

Conforme se verifica da leitura do "inteiro teor" do acórdão supra, trata-se de caso em que a Oficiala do Registro Civil, no momento da lavratura do assento de nascimento, se negou a registrar o prenome "Dom" (cujo nome completo seria

“Dom Guilherme Rodrigues Julião”). Entendeu a Oficiala que se tratava de nome vexatório, suscitando dúvida, o que, no Tribunal, não prevaleceu (TJMG, 2019).

O Tribunal, por sua vez, aduziu que não haveria prenome ridículo, porque seu significado está ligado à nobreza, bem como por conta de atriz famosa ter nomeado seu filho com ele (TJMG, 2019).

Pois bem. Este caso evidencia a subjetividade no momento da aferição do que é um “nome vexatório”. Não fosse assim, divergências não teriam ocorrido e a Oficiala haveria registrado o nome da criança.

Segundo, inclusive, o que já foi abordado neste trabalho, o que é ridículo para o portador pode não o ser para o juiz, ou mesmo para terceiros.

Por cuidar-se, porém, de situação em que ocorreu recusa extrajudicial ao registro do nome (com base no artigo 55, parágrafo único, da Lei dos Registros Públicos), não é possível, por óbvio, verificar se o seu detentor será efetivamente exposto ao ridículo, nem mesmo se tal nome lhe causará abalos psicológicos em razão de possível constrangimento.

Entretanto, é interessante examinar a imprecisão da extensão do “nome ridículo”, existindo milhares de situações em que, a depender da ótica que se analise, poderá ou não haver ridiculez.

É o caso do prenome “Dom”. Como bem aponta Tribunal mineiro, “Dom” é um título de origens nobiliárquicas, embora, hodiernamente, não seja mais utilizado. Outro argumento da Corte, ainda mais interessante, é a disseminação do aludido prenome na sociedade, havendo atriz que deu esse nome ao filho.

Todavia, com a devida vênia ao posicionamento do Egrégio Tribunal, se verificado o fato de outra maneira, há um tom pejorativo/jocoso no emprego do aludido prenome, que tem clara e inegável potencialidade de expor o portador ao escárnio no futuro. Assim, embora suas origens estejam atreladas à nobreza, na atualidade é um vocábulo utilizado, muitas vezes, com o caráter de zombaria.

No entanto, em face da crescente utilização de “Dom” enquanto prenome, conforme defendido pela Corte, quiçá será ele cada vez mais usual futuramente, pelo que não mais haverá motivos para indagar-se sobre ser ele vexatório ou não.

Cite-se, ademais, outro acórdão, este do Tribunal de Justiça de São Paulo:

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. MENOR REPRESENTADO. NOME EXTENSO. SUPRESSÃO DE PATRONÍMICO, A FIM DE EVITAR CONSTRANGIMENTOS COM OS COLEGAS DE ESCOLA. IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. APELO DO AUTOR NÃO PROVIDO. 1.Sentença indeferiu pedido de supressão de um dos patronímicos do autor (com 12 anos de idade à época da propositura da ação, em outubro/2013). 2.O autor alega que seu nome é extenso, e que, em razão disso, estaria sendo vítima de chacotas (“bullying”), em especial perante os colegas da escola. 3.Nome comum, e cuja extensão não extrapola a normalidade. Ausência de justificativa para a modificação, à luz do art. 57, caput, da Lei n. 6.015/1973. 4.Tais situações de conflito

são muito comuns na faixa etária do autor, podendo a família e a escola trabalhar para que isso seja superado ou minimizado. 5 Apelação do autor não provido (TJSP, 2016).

O caso se refere a menor que sofria chacotas no ambiente escolar em função de portar nome extenso, qual seja, "Lucas Rafael Alves Dias de Barros". Pretendia ele retirar o apelido familiar "Alves" (TJSP, 2016).

Segundo consta do "inteiro teor" do julgado, foi realizada perícia psicológica no menor, concluindo-se que ele efetivamente sofria bullying em razão do nome, opinando-se, ainda, no sentido de que deveria este ser alterado. Contudo, entendeu o Tribunal que o referido nome não seria extenso, mas comum, bem como que situações como a vivenciada pelo autor são usuais, competindo aos pais e à escola o contorno do problema. Não existiriam, assim (e considerando-se, ainda, a idade dele à época da propositura da ação, que era de doze anos), razões para a procedência do pedido (TJSP, 2016).

O caso vertente é diverso, onde há suposto constrangimento em decorrência da extensão do nome, e não por conta da extravagância de algum dos seus elementos. Entretanto, o que se discute está relacionado, ainda assim, ao nome vexatório, vez que se liga ao escárnio a que o portador é exposto.

Data venia, embora pertinentes as considerações do Tribunal, parece ter faltado sensibilidade quando da ocorrência deste julgamento, especialmente em função da violação de sérios interesses do menor.

O nome, enquanto direito da personalidade, intimamente relacionado aos mais importantes aspectos da vida humana, é, também, direito fundamental, conforme já exposto neste trabalho. Não pode ser ele um fardo, mas jamais perder a característica de um direito, dos mais íntimos, a ser exercido em consonância com a dignidade da pessoa humana.

Se há perícia comprovando a situação alegada pelo menor, não seria justificável impedi-lo de ter seu direito satisfeito. A opinião do julgador, baseada exclusivamente na frieza da lei, não pode limitar a promoção da dignidade humana.

Sob outra ótica, não parece haver prejuízo à identificação do menor a mera supressão do elemento "Alves" de seu nome, o que torna ainda mais insustentável a negativa de alteração. A pretensão, dessa forma, deveria ter sido acolhida.

Posto isso, colacione-se outro julgado do Tribunal de Justiça paulista:

REGISTRO CIVIL Retificação de nome Prenome que designa tanto gênero feminino (predominantemente), quanto o masculino Potencial vexatório que não se presume Constrangimento não comprovado Existência de apelido público e notório a substituir o prenome registrado também não comprovado Exceção à imutabilidade do nome não verificada no caso - Pedido indeferido Recurso desprovido (TJSP, 2014a).

No caso acima, um indivíduo chamado “Edione” pretendia a alteração de seu nome para “Jhone”, tendo em vista que tal prenome possui estreita relação com a nomeação de mulheres, e pouco com a nomeação masculina, o que lhe causaria constrangimentos. A Corte, entretanto, negou provimento ao recurso, sob a alegação de que não se presume a potencialidade vexatória do prenome, ainda que for predominantemente feminino, porque o autor não comprovou o constrangimento causado por ele, nem a utilização de apelido público notório, neste caso, “Jhone” (TJSP, 2014a).

Trata-se de situação bastante interessante, vez que o prenome em questão (“Edione”), a despeito de também ser utilizado para nomeações masculinas, é substancialmente adotado por mulheres.

O constrangimento, evidentemente, se presume, com a devida vênia ao entendimento exarado no acórdão. Isso porque o indivíduo acaba por ter de suportar situações vexaminosas cotidianamente, já que, ao pronunciar-se seu nome, sempre haverá imprecisão a respeito do gênero.

A prova (seja testemunhal ou documental), apesar de absolutamente útil e pertinente, não seria imprescindível em uma situação tão patente. Ademais, é indiscutível a dificuldade em se provar o vexame causado por um nome, o que torna de difícil alcance (ou, até mesmo, impraticável) a “comprovação” exigida pela Corte.

Por outro ângulo, a preservação do princípio da imutabilidade do nome (segurança jurídica) é plenamente justificável, mas deve ser relativizado em face do princípio maior da dignidade da pessoa humana, bem como em face da proteção ao nome como direito da personalidade.

Assim, se comprovada a ausência de intuito fraudulento ou criminoso, não há motivo para negar-se a alteração do nome, motivo pelo qual o pleito, neste caso, não poderia ter sido desacolhido.

Destarte, comente-se, abaixo, intrigante julgado do Tribunal de Justiça de Tocantins:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DE PRENOME. EXCEPCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA. SENTENÇA MANTIDA. 1- A alteração do nome só pode ser permitida de forma excepcional e justificada. 2- Conquanto o direito à identidade seja direito de personalidade, isso não implica em poder escolher, a qualquer tempo, uma denominação, por ferir a segurança na identificação das pessoas e a estabilidade jurídica nas relações intersubjetivas. 3- Vigem em nosso sistema o princípio da imutabilidade do nome, não enquadrando o pedido veiculado pelo autor nas exceções previstas da Lei dos Registros Públicos. 4- Apelação conhecida e não provida (TJTO, 2016).

Trata-se de acórdão em que indivíduo chamado “Irapuan Pereira Viturino” buscava a alteração de seu prenome para “Jhone Henrique”, vez que “Irapuan” lhe causava constrangimentos pessoais e profissionais. A Corte, contudo, não

reconheceu tal prenome como vexatório, defendendo, ainda, que o direito à identidade, embora direito da personalidade, não implica na possibilidade de escolha arbitrária do nome, sob pena de afronta à segurança jurídica (TJTO, 2016).

Não obstante, o Tribunal também considerou que, na perspectiva do “homem médio”, o prenome “Irapuan” não teria potencialidade vexatória, sendo um designativo usual na sociedade. Foi, assim, negado provimento ao recurso (TJTO, 2016).

Com o devido respeito ao posicionamento da Corte tocantinense, não parece ser a melhor decisão para o caso concreto.

A despeito de não ser completamente singular ou inusitado, é evidente que o prenome “Irapuan” não é de utilização irrestrita, disseminada ou difundida em sociedade. Deste fato pode decorrer o constrangimento alegado pela parte autora.

Mesmo considerando-se o “homem médio”, é de se concluir que não há como estabelecer, de maneira contundente, a ausência de caráter constrangedor no referido prenome, mormente diante de ser ele pouco comum.

Além disso, o cunho vexatório não deve ser perquirido apenas objetivamente, mas, principalmente, subjetivamente (em relação ao seu portador).

No caso, o autor demonstrou possuir repulsa ao próprio nome, afirmando que este lhe causava situações de vexame no âmbito pessoal e profissional (TJTO, 2016).

Levando em conta que o nome é um direito fundamental (integrando e representado a personalidade de alguém), não existem razões para preterir o exame psicológico da relação entre o portador e seu respectivo nome.

Portanto, uma vez demonstrado que o nome é ridículo e vexatório para quem o detém, causando abalos de ordem psíquica, não é razoável impedir a sua modificação para a exclusiva proteção da segurança das relações jurídicas.

Aliás, neste ponto, é importante questionar: diante das diversas formas de identificação das pessoas na sociedade (em razão dos avanços tecnológicos e sociais), é coerente revestir o nome de imutabilidade para a proteção da própria identificação dos indivíduos?

Em uma interpretação racional do sistema, nota-se que é justamente a preservação da identificação das pessoas que legitima o princípio da imutabilidade do nome.

Contudo, em uma sociedade cada vez mais integrada, em todos os sentidos, a imutabilidade do nome perde parte de sua razão de ser, especialmente porque há outras maneiras de individualizar as pessoas (por meios documentais ou, até mesmo, por meios digitais).

Sob essa ótica, é ainda mais relevante o amparo à pretensão do autor, a fim de se garantir a efetiva primazia da dignidade humana quando devidamente demonstrada a necessidade de mudança do nome.

6.2.2 Análise de jurisprudência: nome vexatório

De início, cite-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Civil. Recurso especial. Retificação de registro civil. Alteração do prenome. Presença de motivos bastantes. Possibilidade. Peculiaridades do caso concreto.

- Admite-se a alteração do nome civil após o decurso do prazo de um ano, contado da maioridade civil, somente por exceção e motivadamente, nos termos do art. 57, caput, da Lei 6.015/73.

Recurso especial conhecido e provido (STJ, 2005).

Cuida-se de caso em que uma mulher chamada “Maria Raimunda” objetivava a alteração do nome para “Maria Isabela”, alegando que era vítima de brincadeiras por conta de seu nome “Raimunda”, o que lhe causava constrangimentos. Foi dado provimento ao recurso, considerando suficientes os motivos alegados pela autora (STJ, 2005).

Em verdade, o presente acórdão é salutar. Apesar de não ser “Raimunda” um elemento, em si, vexatório, extravagante ou constrangedor, a Corte levou em consideração a situação fática vivenciada pela autora, onde era vítima de chacota e de brincadeiras, causando-lhe, efetivamente, vexame.

Mais importante que a preservação da segurança jurídica é a preservação da dignidade dos indivíduos, não sendo sustentável a manutenção de um nome que expõe seu portador ao menoscabo.

O Superior Tribunal de Justiça, nessa lógica, demonstrou notável sensibilidade no julgamento do caso, ampliando a noção de “vexatório” para um conceito a ser aferido, também, subjetivamente, e não só objetivamente (se um nome é ridículo perante a sociedade).

Nesse liame, é essencial que a orientação da Corte seja seguida, de sorte que não sejam descuradas situações verdadeiramente vexaminosas, ainda que não verificáveis pelo significado ou pela natureza excêntrica do nome.

Preservando-se, então, a dignidade da autora, bem como seus direitos da personalidade, com acerto o nome foi modificado no caso vertente.

Não obstante, colacione-se, abaixo, julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - ALTERAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO - RETIFICAÇÃO DE PATRONÍMICO - EXPOSIÇÃO AO RIDÍCULO - SENTENÇA REFORMADA. 1. É possível a retificação do patronímico quando comprovado nos autos que expõe a autora ao ridículo, bem como não prejudica os apelidos de família. 2. Recurso provido (TJMG, 2014).

No acórdão acima, admitiu-se que “Isabela Luiz Pinto” alterasse seu nome para “Isabela Leles Pereira”. Considerou o Tribunal que “Luiz Pinto” expunha a portadora ao ridículo, pelo que se admitiu que modicasse seu sobrenome para “Leles Pereira”, preservando a identificação familiar (TJMG, 2014).

Trata-se de caso raro na jurisprudência, tendo em vista que geralmente se preserva o patronímico, especialmente em relação ao apelido familiar "Pinto" (havendo diversos precedentes nos Tribunais brasileiros impedindo a modificação).

Assim, este é outro caso em que a Corte, interpretando corretamente a lógica do sistema jurídico, permitiu a alteração do nome (especificamente, aqui, do patronímico) para salvaguardar a dignidade humana.

Importante ressaltar a esmerada lógica do julgado: não existindo prejuízo à identificação familiar, é possível a alteração.

Na espécie, foi autorizada a mudança porque não haveria dano à singularização da estirpe familiar, já que trocou-se a parte final do nome por outros dois sobrenomes provenientes da ascendência da autora. Desse modo, irrepreensível o julgado.

Sem embargo, abaixo, julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PRENOME. DESCONFORTO. O sentimento de desconforto e constrangimento com o próprio nome, incomum, pouco usual, e com clara conotação religiosa, e que comprovadamente gera situações vexatórias, justifica a pretendida retificação, em especial por inexistir qualquer potencialidade de prejuízos a terceiros. Precedentes jurisprudenciais. De resto, ficou provado que a apelante não é conhecida e chamada pelos amigos pelo prenome que deseja retirar, mas sim pelo segundo prenome (que deseja manter). Também isso autoriza a retificação, a teor do que determina o art. 58, "caput", da Lei dos Registros Públicos. Precedentes jurisprudenciais. **DERAM PROVIMENTO (TJRS, 2013).**

O acórdão supra permitiu que a autora, chamada "Santa Letícia da Silva", retirasse o prenome "Santa", uma vez que, além ser conhecida apenas por "Letícia", o elemento que pretendia suprimir causava-lhe muitos constrangimentos no cotidiano (TJRS, 2013).

É, outrossim, mais um exemplo da prevalência da dignidade humana face à inalterabilidade do nome, sendo patente a verificação do constrangimento se se levar em consideração o reduzido (talvez inexistente) número de pessoas com esse mesmo prenome.

O cunho religioso decorrente desse elemento poderia, também, causar diversas situações de vexame à autora, a depender a religião a que pertencesse (ou mesmo se não possuísse nenhuma).

Ademais, não haveria motivos para a manutenção do prenome "Santa", mesmo porque outro era o nome pelo qual era conhecida a requerente, o que, inclusive, é muito comum em casos de pessoas que portam nomes constrangedores.

Assim, absolutamente acertada a decisão.

Por fim, interessante mencionar o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. RETIFICAÇÃO DO ASSENTAMENTO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO PRENOME GENI. ARTIGO 57 DA LEI Nº 6.015/73. ADMITE-SE A ALTERAÇÃO DE NOME CIVIL APÓS O DECURSO DO PRAZO DE UM ANO CONTADO DA MAIORIDADE CIVIL, DESDE QUE SE FAÇA, POR MEIO DE EXCEÇÃO E MOTIVADAMENTE, COM A DEVIDA APRECIACÃO JUDICIAL. NOME CIVIL QUE É O PRINCIPAL ELEMENTO DE IDENTIFICAÇÃO DA PESSOA NATURAL. PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO PRENOME QUE NÃO PODE PREVALECER SOBRE DIREITOS DA PERSONALIDADE, TAIS COMO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O BEM ESTAR PSICOLÓGICO E O AJUSTE SOCIAL E AFETIVO. PARTE AUTORA QUE COMPROVOU SOFRER INTENSO ABALO PSICOLÓGICO PELO FATO DE SE CHAMAR GENI, SENDO ALVO DE HUMILHAÇÕES E CHACOTAS. REFORMA DA SENTENÇA. SUBSTITUIÇÃO DO PRENOME PARA ALEXANDRA. PROVIMENTO DO RECURSO. MAIORIA (TJRJ, 2014).

Trata-se de caso em que a autora, chamada “Geni Duarte Benfica”, pretendia a alteração de seu prenome para “Alexandra”, por considerar o nome “Geni” vexatório, em função de sua constante associação à composição de Chico Buarque de Holanda, denominada “Geni e o Zepelim”. A alteração foi permitida pelo Tribunal, que considerou o abalo psicológico que o referido prenome causava à autora (TJRJ, 2014).

O presente acórdão, corretamente, levou em conta os constrangimentos causados pelo nome à sua portadora.

Ao invés de relegar o interesse da requerente ao esquecimento (baseando-se na proteção absoluta à segurança jurídica), a irretocável decisão da Corte deu preferência aos direitos da personalidade, primando pela dignidade humana.

De fato, o prenome “Geni” não possui, em si, caráter vexaminoso ou constrangedor, não portando significação que seja imoral ou ridícula.

Mas, para além do significado do prenome, há que se analisar o contexto fático, de modo a verificar se, no caso concreto, seu portador sofre situações de vexame ou constrangimento, mesmo que em função da associação a fatos tidos como banais, a exemplo da ligação do nome com composição da música popular brasileira.

A propósito, a banalidade de uma associação somente o será se aferida por terceiros, tendo em vista que o portador do referido nome nunca considerará a situação como sendo “banal”.

Inclusive, a autora, no âmbito deste processo, comprovou sofrer situações de absoluta humilhação por conta de seu nome, onde crianças a xingavam e lançavam pedras contra ela (TJRJ, 2014).

Não é admissível que, para a pretensa proteção da segurança jurídica e da imutabilidade do nome, seja um direito da personalidade (diga-se, do mais alto escalão) negligenciado, sob pena de afronta ao mais basilar e comezinho princípio jurídico que fundamenta a ordem constitucional vigente, que é a dignidade da pessoa humana.

É, nesse sentido, urgente que os operadores do direito realizem uma releitura do sistema jurídico nacional, uma vez que a Constituição Federal e o atual Código Civil (tendo em vista os direitos da personalidade e o conceito de “direito civil-constitucional”) não mais permitem uma hermenêutica que se afaste da dignidade das pessoas. Como já afirmado neste trabalho, o ser humano não é mais um meio para que o Estado alcance seus objetivos, mas é um fim em si mesmo.

Assim, embora indiscutivelmente importante e fundamental a qualquer Estado democrático, a segurança jurídica deverá ceder quando se verificar o interesse maior de proteção à dignidade dos indivíduos. Nessa perspectiva, é brilhante o acórdão em tela.

7. Conclusão

Buscou-se, por meio deste trabalho, a conceituação, caracterização e apontamento dos aspectos doutrinários e jurisprudenciais da alteração do nome vexatório.

Para isso, inicialmente foram tecidas algumas considerações históricas a respeito do nome.

Após, foi explorado o conceito de nome civil das pessoas naturais, bem como suas principais teorias e natureza jurídica, sendo abordados, ainda, seus elementos e suas características.

Em seguida, discorreu-se sobre a proteção jurídica conferida ao nome no direito brasileiro. Nesse ponto, tratou-se de três âmbitos de proteção: infraconstitucional (abordando-se o princípio da imutabilidade do nome); internacional; e constitucional (abordando-se o princípio da dignidade da pessoa humana).

Logo depois, todas as possibilidades de alteração do nome (tanto do prenome quanto do patronímico) no direito brasileiro foram esmiuçadas.

Por fim, enfrentou-se a problemática do nome vexatório, sua conceituação, aspectos doutrinários e aspectos jurisprudenciais, com a análise de acórdãos pertinentes ao tema.

É certo, por todo o exposto neste trabalho, que não há consenso (seja na doutrina, seja na jurisprudência) sobre o que é um nome considerado vexatório, ridículo, imoral ou constrangedor, cuja caracterização é de cunho altamente subjetivo, isto é, o que é vexatório para alguém pode não o ser para outrem.

Porém, é largamente reconhecida, na doutrina e na jurisprudência, a possibilidade de alteração do nome com base nesse fundamento, verificando-se na prática a maioria das controvérsias e impasses a esse respeito.

Nesse sentido, é possível notar, substancialmente após a análise jurisprudencial, que a aferição da ridiculez é casuística, sendo que cada caso possui peculiaridades que deverão ser ali valoradas.

Entretanto, embora não se desconheça a indispensabilidade do princípio da segurança jurídica (de onde emana a imutabilidade do nome), é de rigor o respeito à dignidade da pessoa humana, fonte e fundamento do direito ao nome.

Sempre, portanto, que houver devida justificação (a ser examinada faticamente), deverá a imutabilidade do nome ser relativizada para garantir o pleno exercício da personalidade do indivíduo, com base em sua dignidade.

Nessa perspectiva, para que a frieza da lei não macule a interpretação do operador do direito, necessário é, para além de uma correta análise da situação fática, realizar-se uma releitura dos dispositivos da Lei de Registros Públicos em consonância com a Constituição e com o Código Civil de 2002 (lei aquela anterior a estes diplomas), uma vez que a sistemática atual elevou o ser humano ao epicentro do ordenamento jurídico pátrio, abandonando a noção individualista reinante na vigência do Código Civil de 1916.

Em suma, deve-se primar pela dignidade da pessoa humana (sustentáculo dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais), de modo que o formalismo legislativo não impeça a consecução dos mais íntimos e fundamentais interesses do ser humano.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. D. C. Nomes Próprios Bizarros. Fundação Joaquim Nabuco, Recife, 2013. Disponível em:

http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/index.php?option=com_content&id=943:nomes-proprios-bizarros. Acesso em: 22 maio 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 10520: informação e documentação: apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro. 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6024: informações e documentação - numeração progressiva das seções de um documento - apresentação. Rio de Janeiro. 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6028: resumos. Rio de Janeiro. 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 10719: informação e documentação - relatório técnico e/ou científico - apresentação. Rio de Janeiro. 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 14724: informações e documentação - trabalhos acadêmicos - apresentação. Rio de Janeiro. 2011.

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 15287: informações e documentação - projeto de pesquisa - apresentação. Rio de Janeiro. 2011.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6027: informações e documentação - sumário - apresentação. Rio de Janeiro. 2013.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: referências: elaboração. Rio de Janeiro. 2018.
- BARROSO, L. R. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação, dez 2010. Versão provisória para o debate público.
- BARROSO, L. R. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BORCAT, J. C.; ALVES, A. C. Os direitos da personalidade como direitos fundamentais e manifestação da dignidade. II Simpósio Regional Sobre Direitos Humanos e Fundamentais. Marília: [s.n.]. 2013. p. 2-17.
- BORGES, J. S. Direito fundamental ao nome. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, Salvador, 4, jan/jun 2018. 23-34. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/4195/pdf>. Acesso em: 16 maio 2019.
- BRANDELLI, L. Nome civil da pessoa natural. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, dez 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 09 maio 2019.
- BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dez. 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências, dez 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 03 abr. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança, nov 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 13 maio 2019.
- BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação, jul 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 13 maio 2019.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, nov 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 13 maio 2019.

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984, set 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 13 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. Código Civil, jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, ago 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 13 maio 2019.

BULOS, U. L. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALDERÓN, R.; TOAZZA, G. B. Filiação socioafetiva: repercussões a partir do provimento 63 do CNJ. IBDFAM, 2019. Disponível em: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Filia%C3%A7%C3%A3o%20Socioafetiva%20-%20repercuss%C3%B5es%20a%20partir%20do%20prov%2063%20do%20CNJ%20-%20Calderon%20e%20Toazza%20\(1\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Filia%C3%A7%C3%A3o%20Socioafetiva%20-%20repercuss%C3%B5es%20a%20partir%20do%20prov%2063%20do%20CNJ%20-%20Calderon%20e%20Toazza%20(1).pdf). Acesso em: 29 maio 2019.

CAMARGO, M. T. O princípio da imutabilidade do nome civil e sua flexibilização na sociedade contemporânea. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, 10, 2013. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/4790/4074>. Acesso em: 09 maio 2019.

CAMBI, E.; NICOLAU, C. C. R. Direito ao nome e à sua alteração (e a do gênero) no registro civil da pessoa transgênero. Revista dos Tribunais, 1000, fevereiro 2019. 87-98.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. IV Jornada de Direito Civil. Brasília. 2007. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.

COUTO E SILVA, A. D. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 271-315, Jul./Set. 2004.

DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, M. H. Curso de direito civil brasileiro. 35. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2018.

FARIAS, C. C. D.; ROSENVALD, N. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 15. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2017.

- FERREIRA, A. B. D. H. Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. Coordenação Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos.
- FRANÇA, R. L. Do nome civil das pessoas naturais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- FUSTEL DE COULANGES, N. D. A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. Novo curso de direito civil: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.
- GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2014.
- GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro: direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2017.
- KUNRATH, Y. C. Os direitos da personalidade enquanto direitos fundamentais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ago 2016. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17637#_ftn61. Acesso em: 19 maio 2019.
- LOPES, A. M. D.; CHEHAB, I. M. C. V. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, 12, dez 2016. 82-94. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1053>. Acesso em: 13 maio 2019.
- MADALENO, R. Direito de família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MARX NETO, E. A. Os usos do nome: identidade, estado civil e ordem pública. Tese (doutorado em direito) - Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2013.
- MELLO, C. D. M. Direito civil: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MIRANDA, P. D. Tratado de direito privado. 2. ed. Campinas: Bookseller, v. 1, 2000. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves.
- MONTEIRO, W. D. B.; PINTO, A. C. D. B. M. F. Curso de direito civil. 44. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.
- NEVES, R. S. A tutela jurídica do nome. *Revista dos Tribunais*, 931, maio 2013. 91-114.
- PEREIRA, C. M. D. S. Instituições de direito civil. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2012.
- RODRIGUES, S. Direito civil. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, D. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHMIDT, G. D. P. As possibilidades de alteração do nome civil das pessoas naturais. Monografia (bacharelado em direito) - Centro Universitário UNIVATES. Lajeado. 2016.

SERPA LOPES, M. M. D. Tratado dos Registros Públicos. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., v. I, 1960. Disponível em: <https://arisp.files.wordpress.com/2008/03/serpalopes-voli.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

SILVA, C. G. D. O direito ao nome como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana e da justiça social. Dissertação (mestrado em direito) - Universidade Federal do Rio Grande. Rio Grande. 2017.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4275 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 01/03/2018. Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2E SCLA%2E+E+4275%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4275% 2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aju5rhv>. Acesso em: 26 maio 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 538187 RJ 2003/0049906-9. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 02/12/2004. Superior Tribunal de Justiça, 2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300499069&dt_publicacao=21/02/2005. Acesso em: 31 maio 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1304718 SP 2011/0304875-5. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 18/12/2014. Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201103048755&dt_publicacao=05/02/2015. Acesso em: 29 maio 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1217166 MA 2010/0175173-1. Relator: Ministro Marco Buzzi. DJ: 14/02/2017. Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001751731&dt_publicacao=24/03/2017. Acesso em: 23 maio 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1626739 RS 2016/0245586-9. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 09/05/2017. Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201602455869. Acesso em: 26 maio 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1724718 MG 2014/0033417-7. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 22/05/2018. Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400334177&dt_publicacao=29/05/2018. Acesso em: 29 maio 2019.

TARTUCE, F. Manual de direito civil: volume único. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.
TAVARES, A. R. Princípios Constitucionais. In: MARTINS, I. G. D. S.; MENDES, G. F.; NASCIMENTO, C. V. D. Tratado de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170126-02.pdf>. Acesso em: 16 maio 2019.

TAVARES, A. R. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
TJMG. APELAÇÃO CÍVEL: 1.0686.12.000293-2/001. Relator: Desembargador Edgard Penna Amorim. DJ: 06/02/2014. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2014. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0002932-83.2012.8.13.0686&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 31 maio 2019.

TJMG. APELAÇÃO CÍVEL: 1.0701.15.005002-2/001. Relator: Desembargador Peixoto Henriques. DJ: 12/02/2019. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2019. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?sessionId=9A93E2174DDBE240F894051CD937DD1B.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0701.15.005002-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 30 maio 2019.

TJRJ. APELAÇÃO CÍVEL: 0004315-79.2011.8.19.0067. Relatora: Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira. DJ: 12/03/2014. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C740EE1827ACE582AED8FA60964EE124C50264453B3A>. Acesso em: 03 jun. 2019.

TJRS. APELAÇÃO CÍVEL: 70055044549. Relator: Desembargador Rui Portanova. DJ: 01/08/2013. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfield. Acesso em: 31 maio 2019.

TJSP. APELAÇÃO CÍVEL: 0000792-84.2011.8.26.0125. Relator: Desembargador Luiz Antonio de Godoy. DJ: 05/08/2014. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=7740666>

&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_074c3b38b318489ead84029bf46b16fc&vICaptcha=zwnsb&novoVICaptcha=. Acesso em: 31 maio 2019.

TJSP. APELAÇÃO CÍVEL: 0008447-16.2009.8.26.0081. Relator: Desembargador Alcides Leopoldo. DJ: 09/09/2014. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2014. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7835353&cdForo=0>. Acesso em: 29 maio 2019.

TJSP. APELAÇÃO CÍVEL: 3001439-69.2013.8.26.0218. Relator: Desembargador Alexandre Lazzarini. DJ: 17/05/2016. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2016. Disponível em:

[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9438447&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_ae83602065c149d69c11489d6949739c&vICaptcha=wcjcs&novoVICaptcha=.](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9438447&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_ae83602065c149d69c11489d6949739c&vICaptcha=wcjcs&novoVICaptcha=) Acesso em: 30 maio 2019.

TJTO. APELAÇÃO CÍVEL: 0010686-68.2016.827.0000. Relatora: Juíza Célia Regina Regis. DJ: 23/11/2016. Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, 2016. Disponível em:

<http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uid=e171365e479b125c0e556daea7dedad2&options=%23page%3D1>. Acesso em: 03 jun. 2019.

VENOSA, S. D. S. Direito civil: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2017.

ABANDONO AFETIVO INVERSO. ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

SIDMARA DE JESUS LEOCÁDIO:

Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Teófilo Otoni-MG. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Legale.

CLEIDILENE FREIRE SOUZ

(Orientadora)

Resumo: O presente artigo objetiva analisar as questões atinentes ao instituto do Abandono Afetivo Inverso e as possíveis consequências jurídicas face a violação do dever de cuidado por parte dos filhos. Consoante dita a doutrina civilista, a Responsabilidade Civil cuida em obrigar o causador do dano, desde que presentes os seus requisitos, quais sejam: dano, nexó de causalidade e culpa, a indenizar ou reparar prejuízo de ordem material ou moral ao ofendido. Em que pese o Direito de Família ter como premissa a organização da família como um todo, seja ela ligada pelo vínculo consanguíneo, afetivo ou de afinidade, elencando inclusive direitos e deveres entre pais e filhos, o que se percebe é que o abandono dos pais pelos filhos é matéria tormentosa e não pacificada na doutrina e jurisprudência pátrias. O arcabouço legal brasileiro que trata de assuntos relativos a família e proteção ao idoso é extremamente vasto, entretanto, o direito de ser cuidado e de conviver com seus familiares, bem como outros que deveriam ser garantidos à pessoa idosa pelos filhos, em muitas situações são violados no seio familiar, ocorrendo o abandono afetivo inverso. Desta forma, este trabalho tem como objeto de estudo a análise da possibilidade da Responsabilidade Civil e o Dever de Reparação do Dano no Âmbito do Direito de Família e Estatuto do Idoso pelo Abandono Afetivo Inverso. A pesquisa desenvolveu-se pelo método hipotético-dedutivo, elegendo um conjunto de proposições hipotéticas, as quais foram adequadas para analisar o objeto da mesma, sendo esta qualitativa, tendo o pesquisador se valido de diplomas legais, doutrinas como as de Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno, dentre outras, bem como artigos e matérias indexadas em sites de internet. Após análises dos dispositivos legais e doutrinas do tema em foco, os achados desta pesquisa permitem afirmar que estão presentes todos os requisitos autorizadores para aplicação da responsabilidade civil por abandono afetivo inverso, tendo como consequente a reparação pelo dano

causado. Considera-se, que embora o ato de abandono em análise não seja fato contemporâneo, requer amplo debate, novas análises e discussões por parte do Estado, doutrina, juristas e profissionais de várias áreas, bem como a busca incessante para que o tema objeto de estudo seja refletido por toda a sociedade como forma minimizadora do abandono afetivo inverso.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Estatuto do Idoso.

ABSTRACT: The present article aimed to analyze the issues related to the institute of abandonment and economic needs in relation to the violation of the duty of care on the part of the children. According to civilian doctrine, Civil Liability must be liable for the damage, which presents its requirements, such as: damage, causation and fault, indemnify or repair the material or moral damage to the offended. In spite of family law as a premise, the organization of the family as a whole, whether linked by the bond of affection or affinity, attaches rights and duties between parents and children, which is perceived as the abandonment of parents. It is a child which is not held accountable and is not controlled by country doctrine and jurisprudence. The Brazilian legal framework that deals with matters related to a family and health protection is extremely broad, thus the right to care and coexistence with family members, as well as others who are guaranteed to an elderly person by their children, in large numbers violated in the family, and the reverse affective abandonment occurs. In this way, this work has as object of study an analysis of the possibility of Civil Responsibility and the Duty to Repair Damage in the Scope of Family Law and Statute of the Elderly by Affective Abandonment Inverse. The search arose by the hypothetical-decadent method, since a set of hypothetical propositions were chosen, as they were complete for the subject of the same one, being this qualitative one, having, besides, the investigator like source of instructions like of Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno, among others. After the analysis of the legal images and bibliography of the subject in the focus, the findings of the and the review of the human subject in the human support for abandonment affective invero. Therefore, when an act of abandonment is present, the successor must be legitimated by a civil action for the regularization of constitutional norms and other legal diplomas, without legal order. It is considered, that the following at the abandono in analyze is even date the issue, the subject required debate the possible, multiple analytics and discussions for the state of the dictators, existencies and several actions are incidents in the quest the subject of study be reflected by society as a minimizing instrument of this act.

Keywords: Affective abandonment. Civil responsibility. Statute of the Elderly.

Sumário: 1. Introdução – 2 Evolução legislativa para a proteção de idosos no Brasil ; 3 Abandono e afetividade; 4 Abandono afetivo Inverso. Estatuto do Idoso. Normas Constitucionais.; 4.1 Circunstâncias caracterizadoras do abandono afetivo inverso; 4.2 Princípios constitucionais do direito de família como reflexão para minimização do abandono afetivo inverso; 4.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 4.4 Princípio da Solidariedade; 4.5 Princípio da Afetividade; 5 Situação de Abandono de Idosos no Brasil; 6 Abandono afetivo inverso ante a ausência de previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro como garantidor da responsabilidade civil; 7 Considerações Finais; REFERÊNCIAS

1 Introdução

O presente trabalho tem por escopo discutir e analisar a hipótese de responsabilização civil dos filhos pelo abandono afetivo de seus pais com base no estudo das regras de Direito de Família, do instituto da Responsabilidade Civil e demais normas constitucionais.

Os tribunais têm construído jurisprudências e esposado entendimento acerca do que se convencionou chamar abandono afetivo, assim considerado como a falta de afeto dos pais com relação aos filhos. Essa abordagem foi feita na primeira parte do trabalho, eis que grande parte dos precedentes tratam somente dessa modalidade de abandono.

Já no estudo quanto ao abandono afetivo inverso, - quando praticado pelos filhos em relação aos seus pais, geralmente em condições de avançada idade se observou o ditado na Constituição Federal, no art. 229, o qual prevê um dever de assistência mútuo, dos pais com relação aos filhos, mas também dos filhos com relação aos pais, o que ocorre normalmente quando aquele tem a idade avançada ou encontra-se enfermo. Ademais disso, seria possível também a aplicação e consequente ponderação de princípios como o da isonomia e da solidariedade aos casos de abandono afetivo inverso.

Lado outro, discussão não menos importante se fundou nas questões acerca da valoração das indenizações ou reparações quando comprovado o abandono afetivo inverso, vez que a quantificação de tal espécie de dano se mostra tarefa árdua, ante a falta de parâmetros de quantificação da indenização dessa natureza.

Os requisitos do ato ilícito passíveis de ressarcimento também foram analisados no presente trabalho, bem como houve um aprofundamento da discussão sobre a viabilidade de reconstrução do vínculo afetivo como solução primeira a ser adotada nos casos de abandono, de forma a privilegiar os princípios constitucionais que protegem e permeiam o seio familiar.

O objetivo, pois, do presente trabalho é discutir acerca de toda a problemática que envolve o abandono afetivo inverso, verificando a premissa para precificar bens imateriais para fins de responsabilidade civil e a necessidade de reflexão social do tema, tendo sido analisados os diplomas legais anteriores a atual legislação e construções jurídicas aplicáveis como as de Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno, dentre outras, bem como artigos e matérias indexadas em sites de internet.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que pretende-se eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais são adequadas para analisar o objeto da mesma. Assim, o objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, tendo-se valido da bibliografia pertinente à temática em foco, utilizando-se os descritores: Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Estatuto do Idoso.

2 Evolução legislativa para a proteção de idosos no Brasil

Consoante se observa da evolução legislativa acerca do tema em comento, tem-se que até a promulgação da Constituição de 1988, nenhuma Constituição Brasileira anterior contemplou como garantia fundamental os direitos da pessoa idosa. As constituições de 1934 a 1969 apenas instituíram uma garantia de assistência médica e sanitária para as pessoas idosas que fossem contribuintes da previdência social, a qual se afigurava como uma garantia condicionada à contribuição, sem o condão de garantir ao idoso uma proteção efetiva.

Diante do incontestado processo de envelhecimento e conseqüente aumento da expectativa de vida, o legislador buscou salvaguardar os direitos dos idosos e criou mecanismos de responsabilização aos responsáveis por aqueles que, ao final de suas vidas, carecem de cuidados especiais.

O ano de 1982 é considerado um marco histórico tendo em vista a realização em Viena da primeira Assembleia das Nações Unidas a fim de se elaborar planos de

ação e medidas a nível mundial para a proteção das pessoas idosas, tendo o Brasil ratificado o compromisso de seguir uma agenda global na adoção de medidas protetivas aos idosos, dentre elas saúde e nutrição, proteção ao consumidor idoso, moradia e meio ambiente, família, bem-estar social, trabalho, educação e previdência social.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a pessoa idosa passou a ter garantias mais específicas, estampadas nos artigos 229 e 230, também nos artigos 1º, III e 2º os quais trazem como garantia a não discriminação em virtude da idade.

Também nas décadas de 80 e 90, diante dos fortes debates internacionais acerca do envelhecimento populacional e da crescente pressão da sociedade brasileira representada por entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, a Associação Nacional de Gerontologia, a Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia, houve a sanção a Lei 8.842/94, intitulada de Política Nacional do Idoso, sendo regulamentada em 1996 mediante decreto de número 1.948/96.

Tal lei tem como premissa várias ações governamentais a fim de garantir os direitos sociais da pessoa idosa, de forma que o idoso tenha autonomia, integração e uma participação efetiva na sociedade, além de trazer uma série de garantias quanto à dignidade da pessoa humana. A Política Nacional do Idoso, seguindo a orientação da Organização Mundial de Saúde, estabeleceu o critério cronológico e etário a fim de definir quem é o idoso no Brasil, sendo a pioneira a definir tal critério.

Ocorre que diante da ausência de efetividade da lei de Política Nacional do Idoso e de grandes protestos de movimentos sociais em favor dos idosos, após dois anos de tramitação no congresso nacional, foi sancionada a Lei 10.741 de 1º de Outubro de 2003, intitulada Estatuto do Idoso com objetivo de efetivar a garantia dos direitos à pessoa idosa não observada pela Lei de Política Nacional do Idoso.

O Código Civil de 2002 também elencou algumas prerrogativas para a proteção da pessoa idosa no Brasil, dentre elas o dever dos filhos em pagar alimentos em decorrência do princípio da solidariedade familiar, os critérios

específicos acerca do regime de bens no caso de casamento, dentre outras com o escopo de proteger a pessoa idosa.

3 Abandono e afetividade

Observa-se que a palavra abandono, ao ser analisada conforme o senso comum pode ser substituída como um ato de desistir, renunciar, afastar, desleixo, relaxamento ou qualquer outra palavra que faça alusão a distanciamento ou descuido.

Do ponto de vista jurídico, conforme SANTOS (2001), o abandono seria a interrupção espontânea de uma relação de natureza jurídica que se dá por uma abstenção ou renúncia ao exercício do direito desta relação ou ainda o ato pelo qual uma pessoa nega a outrem o direito de amparo ou apoio moral ou material renegando o exercício deste dever.

No que toca a palavra afeto, partindo do senso comum pode ser substituída por amizade, amor, estima ou outra palavra que remeta a um sentimento de cuidado e querer bem.

Já na seara jurídica, a palavra afeto tem sido motivo de uma grande discussão, controvérsias e tumulto, uma vez que a causa de tamanha repercussão se dá pelo fato de não ser objeto subjetivo, imaterial, algo que se torna inalcançável e intangível pelo direito, pois neste caso o afeto não se colaciona como no senso comum, estando ligado a sentimentos e emoções, mas relaciona-se com um dever jurídico.

Existe uma linha que separa o abandono afetivo, do abandono material, pois o abandono material encontra-se pacificado no âmbito jurídico, estando tipificado no Código Penal em seu art.244:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo. (BRASIL, 1940)

É claro o dispositivo do art. 224, Código Penal o que evita repercussões por ausência de polêmicas.

Ao contrário, o termo abandono afetivo não se vê em uma norma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, como afirma (STOLZE E PAMPLONA, 2017): o afeto pode ser visto de forma implícita através do princípio da afetividade, decorrente de outros dois princípios expressos no texto constitucional brasileiro, tais sejam o da solidariedade familiar e o da valorização da dignidade da pessoa humana, sendo provável ser o afeto, fundamento principal das relações familiares.

Importante destacar que para a doutrina e decisões de tribunais superiores o abandono afetivo se caracteriza pela ausência do dever de cuidado dos pais para com seus filhos.

Observa-se que o dever de cuidado aqui elencado, não está relacionado à ausência de amor ou qualquer sentimento inalcançável ou intangível pelo direito como já mencionado, tão pouco está relacionado com o cuidado simples e puramente material, mas relaciona-se com um cumprimento de um dever jurídico, como previstos tanto no Código Civil de 2002, como no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ao instituir aos pais o dever de guarda, educação, convivência familiar, entre outros.

De acordo com ANDRIGHI, (Resp. nº 1.159.242/SP), não se pode ofender o dever de cuidado, já que este possui um valor jurídico ao ponto de estar integrado no ordenamento jurídico Brasileiro.

Destarte percebe-se que o dever de cuidado deve ser observado como uma norma jurídica a ser seguida e que uma vez violada, deve o infrator responder pelo ilícito civil praticado.

4 Abandono afetivo Inverso. Estatuto do Idoso. Normas Constitucionais.

É incontestado que diante de um novo cenário no âmbito do Direito de Família, muitos são os casos de ações cíveis nos tribunais em razão de abandono afetivo, entretanto pouco ainda se discute pela doutrina situação não menos gravosa que diz respeito ao Abandono Afetivo Inverso, que se dá diante da ocorrência do abandono afetivo dos filhos em relação aos pais idosos.

Ressalta-se que a doutrina clássica e majoritária de Direito Civil ainda não voltou o olhar para este tema e tal assertiva se justifica ao se verificar na parte de Direito de Família a ausência de referencial teórico sobre a temática.

Preceitua LÔBO (2011):

Portanto, a pluridisciplinaridade e o foco nas pessoas humanas da criança e do idoso, que marcam esses grandes estatutos, recomendam seu estudo destacado, como matérias autônomas, com diálogo normativo permanente com o direito material de família, nos pontos comuns. (LOBO, 2011, p. 40)

É pacífico que quando se discute direitos do idoso, por ser um tema interdisciplinar este contempla uma pluralidade de áreas desde saúde mental e física à políticas públicas, porém não se pode olvidar ser urgente o debate da questão que trata do abandono afetivo inverso no direito de família, tendo em vista ser uma situação latente nos dias atuais.

A Lei 10.741/2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, classifica a pessoa idosa, como aquela que possui idade igual ou superior a sessenta anos.

Não se pode contestar a ciência quanto ao processo de envelhecimento ser um acontecimento natural da vida humana, fazendo parte deste as limitações físicas, psíquicas e intelectuais, entretanto observa-se que o cenário brasileiro é composto por atores sociais que em sua grande maioria comungam de uma cultura que ainda não aprendeu a valorizar o dever de cuidado para com os mais velhos, considerando que a sociedade Brasileira ainda custa a reconhecer e aceitar que os idosos são componentes essenciais de uma parte fragilizada que a incorpora.

Diante de tantas limitações ocorridas em virtude da idade, faz-se necessária proteção especial ao idoso, porém nem sempre a família se digna a dispor de elementos essenciais e indispensáveis para o cumprimento do dever jurídico de cuidado, ao invés disso, transferem tal dever a pessoas estranhas, como cuidadores de idosos ou instituições de longa permanência, asilos, dentre outras.

Para DIAS (2016), o abandono afetivo inverso, é o descumprimento de deveres dos filhos para com seus pais idosos no que diz respeito ao cuidado e ao afeto.

Desta forma, percebe-se que a inobservância do dever de cuidado ao idoso está intimamente relacionada ao abandono.

Conforme preceitua o art. 229 da Constituição Federal de 1988, de onde advém o Princípio da Solidariedade Familiar, os filhos maiores possuem o dever de auxílio e amparo aos pais quando estes estiverem enfermos, carentes ou idosos. Percebe-se que o legislador em 1988, ciente das limitações inerentes enfrentadas pela pessoa idosa, não hesitou em delegar aos filhos maiores o dever de amparo e ajuda aos pais em sua velhice, o que pode ser traduzido como o dever de cuidado.

Destaca-se que o dever de amparo elencado na Constituição Federal de 1988, é um dever jurídico constitucional, onde não cabe refutabilidade, não cabe transgressão ou qualquer outro meio de esquivar-se com a transferência deste dever a outrem, seja a pessoa física ou jurídica, ou a ninguém, exercendo o fiel descumprimento desta norma, já que existem muitos casos de abandono afetivo inverso dentro do “seio familiar”.

O Estatuto do Idoso não destoia em seu art. 3º, ao delegar prioritariamente à família a garantia de direitos básicos ao idoso:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2012)

Destarte, percebe-se a importância da família no processo de envelhecimento da pessoa idosa, garantindo a esta, a oportunidade do envelhecimento com dignidade no convívio do seio familiar e da sociedade.

4.1 Circunstâncias caracterizadoras do abandono afetivo inverso.

O abandono afetivo inverso ocorre quando o filho tendo condições de manter o idoso em seio familiar o coloca em uma instituição de maneira não excepcional, em várias situações o prometendo que irá retornar para visitas, mas nunca o faz e quando o visita, esta se concretiza de maneira esporádica, ocasionando a privação do idoso ao convívio familiar. (DIAS, 2016).

Observa-se que tal ato, é totalmente contrário ao ditado no art. 3º do Estatuto do Idoso que prevê ser obrigação da família prioritariamente assegurar-lhe o direito à convivência familiar.

Por outro lado, não se pode olvidar de idosos que são abandonados por seus filhos dentro do próprio seio familiar. É o idoso que reside com a família, mas não convive. Não está abandonado materialmente, mas afetivamente.

Este idoso dispõe da contratação de um cuidador, muitas vezes desqualificado para a função, onde o idoso até possui a assistência material, como medicamentos, vestimentas, calçados e comida, mas que já não se lembra de qual foi a última vez que recebeu a visita de um ente familiar, e quando a recebe ocorre também de forma esporádica. (FRAIMAN, 2016).

Já se usa atualmente o termo “Idosos Órfãos de Filhos Vivos” sendo os idosos considerados “Os novos desvalidos do século XXI”, expressões intituladas pela psicóloga Ana Fraiman (2016), ao fazer duras críticas à nova geração de filhos que substituem o carinho e atenção aos pais idosos por tecnologias, compromissos, etc.

De acordo com FRAIMAN (2016), tal comportamento praticado pelos filhos em relação aos seus pais idosos, transferem-se aos netos, dando a esses uma noção equivocada do que seja o cumprimento de um dever.

Destarte, percebe-se que a sociedade brasileira de forma geracional não foi e não tem sido preparada para lidar com o envelhecimento dos pais.

Observa-se a vivência de um processo de involução cultural e social, embora o abandono afetivo inverso não seja fato contemporâneo, mas intensifica-se com o novo modelo de vida da família, que na busca de cumprir compromissos sociais, profissionais e na busca pela conquista da estabilidade financeira ou manutenção da mesma, deixa de herança a cada geração o esquecimento do dever jurídico do cuidado às pessoas idosas.

As novas gerações herdaram a falta de senso de dever jurídico do cuidado com os mais velhos, sendo urgente a desconstrução de velhos costumes culturais que só será possível à partir da educação ao se dar visibilidade ao tema em questão, através da disseminação da importante observação aos princípios do direito de família não apenas por estudiosos do direito mas por todos os indivíduos nas mais variadas classes sociais, independente de grau de instrução, desde a infância até a vida adulta.

4.2 Princípios constitucionais do direito de família como reflexão para minimização do abandono afetivo inverso

Conforme DIAS (2016), os princípios constitucionais perderam seu papel de apenas orientadores ao sistema jurídico infraconstitucional quando estes eram desprovidos de forma normativa e passaram a ser considerados, leis das leis, sendo que ao se ofender um princípio se ofende todo um sistema jurídico mandamental.

Desta forma, percebe-se a importância à observância aos princípios de direito, considerando sua força dentro de um sistema jurídico.

4.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Vários são os títulos dados ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pela doutrina, sendo superprincípio, princípio máximo, macroprincípio, princípio dos princípios, dentre outros, vez que a Dignidade da Pessoa Humana é sem dúvida um direito fundamental que deve ser assegurado a todo o indivíduo.

Assim Preceitua MÁRIO (2017):

Em verdade, cuida – se de princípio cuja conceituação, de tão extensa, deve ser evitada, sob pena de se limitar o seu campo de incidência, sendo certo, contudo, que, como macroprincípio, nunca poderá sofrer qualquer tipo de relativização, mas apenas a dos subprincípios que compõem o seu conteúdo.

(MÁRIO 2017, p.83)

Verifica-se que o princípio da Dignidade da pessoa humana, torna-se muitas vezes difícil de ser conceituado, pois a dignidade abarca toda a existência da vida em sociedade em suas mais variadas áreas, devendo tal princípio ser observado de acordo com a realidade vivida pelo indivíduo, já que esta deve acompanhar a pessoa desde o seu nascimento até a sua morte.

Segundo LÔBO (2011, p.61) “A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”.

Destaca-se que conforme prevê o texto constitucional da carta maior, a família é a base da sociedade, logo, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana base do direito de família, tal princípio é aquele que sustenta não só a família, mas a vida do ser humano em sociedade.

4.4 Princípio da Solidariedade

A CF de 1988 por meio do seu art. 3º, inciso I expressa o princípio da solidariedade ao constituir como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O Princípio da Solidariedade novamente no art. 226, CF se repete ao garantir a proteção à família, no art. 227, CF reafirmando a proteção às crianças e adolescentes e em seu art. 230, CF ao proteger os idosos, de quaisquer formas de criminalidade, bem como garantir o zelo por seus direitos fundamentais.

Para MÁRIO (2017) quando o art. 226 em seu inciso I se refere à sociedade solidária, tal artigo inclui a base da sociedade, no caso a família, sendo esta composta pelas crianças, adultos e idosos.

Verifica-se que o princípio da solidariedade é um princípio não egoísta, mas que tem liame fraterno mútuo e que de forma altruísta é capaz de transcender qualquer tipo de egoísmo e individualismo.

4.5 Princípio da Afetividade

Entendimento pacificado pela doutrina é que o princípio da afetividade não está previsto no texto constitucional, mas decorre de dois princípios, sendo da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade, estando entrelaçado com o princípio da convivência familiar. De comum acordo o entendimento doutrinário é que a afetividade não se restringe a liames consanguíneos, sendo estendida a outras pessoas que convivam entre si.

Porém tal princípio embora pacificado que não esteja no texto constitucional, por outro lado gera de certa forma uma instabilidade no entendimento doutrinário quanto ao seu conceito.

De acordo com (MADALENO 2016), o princípio da afetividade é movido pelo sentimento e pelo amor que dá sentido e dignidade à existência humana, servindo de mola propulsora dos laços familiares e interpessoais que movem tais sentimentos.

De forma diferente entende LÔBO (2011):

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar. (LÔBO 2011, p.72)

Muito se discute sobre a afetividade, porém já é entendimento de uma parte da doutrina e de tribunais superiores que a afetividade tem valor jurídico.

De forma lapidar a Ministra Nancy Andrighi em sede de recurso especial proferiu seu voto em caso de abandono afetivo ao expressar que "Amar é faculdade, cuidar é dever". (STJ, REsp 1.026.981/RJ, 2010).

Desta forma percebe-se no princípio da afetividade a íntima relação com o dever de cuidado, estando a afetividade alheia a qualquer tipo de sentimento.

Para ANDRIGHI (2010) não cabe ao direito discutir ou não o amor, mas sim a imposição biológica e legal do cuidado sendo um dever jurídico, que dá a liberdade às pessoas de gerarem ou adotarem seus filhos.

Conforme destacado anteriormente, o dever jurídico de cuidado é um dever ao qual não se pode eximir, não cabendo refutabilidade, já que este estando incorporado ao ordenamento jurídico tem eficácia de norma que deve ser observada e de aplicação imediata.

5 Situação de Abandono de Idosos no Brasil

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que entre os anos de 2012 e 2017, o número de idosos no Brasil cresceu 18%, ou seja, de 25,4 milhões para mais de 30,2 milhões.

Informação do site ISTOÉ, aponta que segundo o IBGE neste mesmo período, o número de idosos entre homens e mulheres cresceu 33% nos albergues públicos, passando de 45,8 mil para 60,8 mil.

O número total de idosos fora do seio familiar que se encontra em albergues públicos e privados em 2017 somou uma população de 100 mil, o que de acordo com a pesquisa, é crescente em maior velocidade o número de abandono e desamparo familiar no país que a própria expectativa de vida.

Segundo informações do site G1, os registros efetuados pelo Disque 100, (serviço de denúncia do governo federal), revelaram que o percentual de abandono e violência contra a pessoa idosa somente nos primeiros semestres de 2014 e 2015 cresceu 16,4% no Brasil em apenas um ano. Sendo que no primeiro semestre de 2014 os registros de denúncia de violência contra a pessoa idosa somaram 13.752, ao passo que no primeiro semestre de 2015 os mesmos registros somaram 16.014.

Segundo ainda o site G1, dentre os registros do Disque 100, a maior parte das denúncias é de abandono ou negligência contra o idoso, alcançando um percentual de 77,6% enquanto as denúncias registradas de violência psicológica, abuso financeiro e violência física correspondem a percentual de 51,7%, 38,9% e 26,5% respectivamente. De acordo com a Secretaria dos Direitos Humanos, responsável por apoiar e monitorar tal serviço, os percentuais alarmantes decorrem do fato de em algumas situações, serem as vítimas objeto de mais de uma forma de agressão.

6 Abandono afetivo inverso ante a ausência de previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro como garantidor da responsabilidade civil

Nas palavras de NADER (2016), a responsabilidade civil ocorre quando em uma situação jurídica houver o descumprimento de um determinado dever jurídico causando dano moral ou material a ser reparado.

Destaca-se que a responsabilidade civil pode ocorrer de forma objetiva ou subjetiva, sendo que na objetiva, o indivíduo que causou o dano deverá ressarcir a outrem em virtude do prejuízo causado, como em casos de dano contratual.

Já a responsabilidade civil subjetiva depende de elementos indispensáveis para sua configuração, quais sejam, o ato ilícito e o abuso do direito decorrentes da conduta do agente; o dano, o nexo causal e a culpa.

No caso do ato ilícito e do abuso do direito, prevê os artigos 186 e 187 do código civil de 2002 que decorre de uma ação ou omissão voluntária

(conduta), por negligência ou imprudência capaz de violar o direito de outrem a ponto de causar-lhe um dano ainda que exclusivamente moral.

Quanto ao elemento do dano, o artigo 927, CC discorre que aquele que causar a outrem um dano por ato ilícito será obrigado a indenizar.

É pacífica na doutrina a conceituação de dano, entendendo-se pela ofensa, perda, lesão a um bem jurídico protegido.

Existe no âmbito do direito de família grande polêmica e controvérsia por parte da doutrina e nas decisões judiciais no que toca a responsabilidade civil e o dever de indenizar nas questões de família que abarca a Indenização por Abandono Afetivo Inverso, vez que o instituto da responsabilidade civil não é um instituto do direito de família, não havendo previsão normativa expressa para a questão.

Assim assevera NADER (2016)

A reparação civil no âmbito familiar, em nosso país, ainda é incipiente. Os autores, de um modo geral, pouco se dedicam à matéria. Não se formou, ainda, a noção de que a quebra de deveres familiares geradora de danos morais ou materiais é suscetível de indenização... Não há, sequer, uma orientação jurisprudencial sobre a matéria. (NADER 2016, p.431).

Destarte, percebe-se que o abandono afetivo inverso sendo instituto do direito de família não encontra respaldo em previsão expressa, entretanto com a evolução da família, muito se discute os princípios constitucionais basilares de Direito de Família, vez que a ofensa a esses princípios, é violação da lei, geram danos e necessitam de reparação.

Para (CARDIN 2012), a negação de reparação de danos morais e materiais decorrentes das relações familiares, estimula-se a sua reiteração, ocasionando o processo de desintegração familiar, vez que o dano moral causado pelo membro de uma família a outrem é em sua maioria causa de destruição da mesma, servindo a reparabilidade de tal dano como forma de fortalecimento dos valores atinentes à dignidade e ao respeito humano para aquele que jamais recebeu afeto.

Para (NADER 2016) o fato de se haver uma despatrimonialização dos vínculos familiares não há impedimento do reconhecimento de danos morais nas relações entre cônjuges e pais e filhos.

Percebe-se que há inclinação de parte da doutrina quanto a possibilidade de reparação, bem como a inibição para que condutas geradoras de danos de cunho moral não se alastrem ainda mais nas relações familiares, vez que a família é a base da sociedade conforme previsão constitucional, não podendo esta ficar à mercê de tamanha vulnerabilidade.

Assim ensina de forma brilhante MADALENO (2016):

O Direito de Família não se basta por si mesmo, pertence a todo um sistema legal, sendo aplicado e interpretado em conjunto com as demais ramificações do Direito em afinada sintonia com a teoria geral do Direito Civil. (MADALENO 2016, p.528).

Entende-se que não se pode levar a cabo o fato de o direito de família não ser instituto de responsabilidade civil e por tal motivo, não ser objeto de reparação por danos morais, pois entendimento contrário não observa os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e solidariedade como garantias fundamentais àquele que se viu lesado dentro do seio familiar.

Ocorre que como destacou-se anteriormente, não existe previsão normativa para que os danos ocasionados ainda que moralmente dentro do seio familiar sejam reparados, servindo-se de inibidor e garantidor para qualquer tipo de violação de dever jurídico que ligam os membros de uma família, em específico no caso de dano por abandono afetivo inverso.

Observa-se que não se objetiva a monetização ou patrimonialização no direito de família, nem se discutir a obrigação ao amor diante do abandono afetivo inverso, porém busca-se amenizar a dor sofrida à vítima da ausência do dever jurídico de cuidado.

Sendo assim, faz-se urgente a pacificação do entendimento doutrinário e jurisprudencial através de normas que regulem tal instituto, com o fim de garantir à pessoa idosa, a reparação do dano causado frente ao abandono afetivo inverso.

Destarte, refutar a existência de violação de um dever jurídico de cuidado que ocasione um dano ainda que de cunho moral no âmbito familiar é descrever que

o ser humano seja propenso e a qualquer tipo de negligência ou imprudência, estando imune a sentimentos de ódio, rancor, mágoa e ressentimentos, inexistindo neste qualquer tipo de mácula capaz de o elevar à perfeição.

7 Considerações Finais

O estudo em tela possui como principal objeto a discussão e análise da possibilidade da responsabilização civil dos filhos por abandono afetivo inverso, tendo como base as normas constitucionais, direito do idoso e direito de família, bem como as diretrizes do instituto da responsabilidade civil, considerando a ausência de previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio.

Após análise dos dispositivos legais que tratam do objeto em discussão, bem como análises doutrinárias e jurisprudenciais, os achados desta pesquisa permitem afirmar que estão presentes todos os requisitos autorizadores para aplicação da responsabilidade civil por abandono afetivo inverso e consequências jurídicas, tendo em vista que o abandono afetivo não é objeto de discussão na seara jurídica quanto ao amor ou afeto que deve ser dispensado pelos pais aos filhos e vice-versa conforme o senso comum, mas trata-se pura e simplesmente de um dever jurídico de cuidado constitucional, devendo então ser observado como uma norma jurídica de aplicação imediata, o contrário a isso, causa lesão a um bem jurídico que deve ser tutelado, cabendo ao infrator responder pelo ilícito civil praticado.

Ademais, embora o abandono afetivo inverso não seja fato contemporâneo, requer amplo debate, novas análises e discussões por parte do Estado, doutrina, pesquisadores e profissionais de várias áreas, tendo em vista que os cuidados com a pessoa idosa é um tema interdisciplinar, tornando-se imprescindível a busca incessante para que o tema objeto de estudo seja refletido por toda a sociedade como instrumento minimizador deste ato, ao passo que onde se fizer presente o abandono afetivo inverso, deve o estado, o idoso ou demais legitimados pleitear a reparação civil para a efetivação das normas constitucionais e demais diplomas legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da

União, Brasília, 05 jan. 1994. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>. Acesso em: 30/01/2019

BRASIL. Código Civil. Lei 10. 406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Estatuto do Idoso. Lei nº 10.741 de de 1º de Outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 1.159.242 – SP, 3ª Turma, Rel.: Nancy Andrighi. 24.04.2012.

ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira; CAMARANO, Ana Amélia e GIACOMIN, Karla Cristina. Política Nacional do Idoso: Velhas e Novas Questões. Rio de Janeiro: Ipea, 2016.

BOAS, Marco Antônio Vilas. Estatuto do Idoso Comentado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

CARDIN, Galdino Silva, Valéria. Dano moral no direito de família. 1ª. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

DIAS, Berenice.Maria. Manual de direito das famílias. 11ª.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de Direito Civil. Vol. Único. 1ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 14ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. Direito Civil – Famílias. 4ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Direito de família.. 7ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NADER, Paulo. Curso de Direito Cvil: Responsabilidade Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2016.

PEREIRA Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família.Vol. V. 25ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2017.

RAMOS, Paulo Roberto. Curso de Direito do Idoso. 1ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2014.

SANTOS, Washington dos. Dicionário Jurídico Brasileiro. 1ª ed. Belo Horizonte. Ed. Livraria Del Rey, 2001.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017.

TOMASI, Carolina; MEDEIROS, João Bosco. Redação de Artigos Científicos: métodos de realização, seleção de periódicos, publicação. 1ª ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Família. Vol.5. 17ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Obrigações e Responsabilidade Civil. Vol.2. 17ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2017

BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e Responsabilidade Civil: Duas Hipóteses de Danos Morais Compensáveis. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 117-139, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48534. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/312243686_Descumprimento_do_art_229_da_Constituicao_Federal_e_responsabilidade_civil_duas_hipoteses_de_danos_morais_compensaveis> Acesso em 25/01/2019

FRAIMAN, Ana. Idosos Órfãos de Filhos Vivos – Os Novos Desvalidos. Disponível em <<http://anafraiman.com.br/wp-content/uploads/2016/05/IDOSOS-%C3%B3s-de-filhos-vivos-os-novos-desvalidos.pdf>> Acesso em 25/01/2019

NEVES, Antonela; SPEISS, Larissa. A Responsabilidade Civil dos Filhos pelo Abandono Afetivo de Pais Idosos em Asilos e a Possibilidade de Reparação. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.975.08.PDF> acesso em 23/01/2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; Barros, Marília Ferreira de. Abandono Afetivo Inverso: O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado Por Parte da Prole. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFGS**, Porto Alegre, v.11, n.3,p.170-200,2016. DOI:10.224456/2317-

8558.66610. Disponível em
<<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/66610/40474>> acesso em
29/01/2019

Maus Tratos Contra Idosos no Brasil têm Números Impressionantes. Disponível em
< <http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/06/maus-tratos-contra-idosos-no-brasil-tem-numeros-impressionantes.html>> acesso em 26/03/2019

Negligência Ainda é a Principal Forma de Violência Contra o Idoso. Disponível em
< <https://noticias.ne10.uol.com.br/brasil/noticia/2015/06/15/negligencia-ainda-e-a-principal-forma-de-violencia-contra-o-idoso-552027.php>> acesso em
26/03/2019.

Registro de Abandono e Violência Contra Idosos no País Crescem 16,4%. Disponível em
em < https://noticias.ne10.uol.com.br/brasil/noticia/2015/07/21/registros-de-abandono-e-violencia-contra-idosos-no-pais-crescem-164_porcento-557846.php> e < [http://www.gaz.com.br/conteudos/geral/2015/07/21/53304-registros de abandono e violencia contra idosos no pais crescem 164.html.php](http://www.gaz.com.br/conteudos/geral/2015/07/21/53304-registros-de-abandono-e-violencia-contra-idosos-no-pais-crescem-164.html.php)
> acesso em 26/03/2019.

O Abandono dos Idosos No Brasil. Disponível em < <https://istoe.com.br/o-abandono-dos-idosos-no-brasil/>> acesso em 26/03/2019.

Número de Idosos Cresce 18% em 5 Anos e Ultrapassa 30 Milhões em 2017. Disponível em
< <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>> acesso em 26/03/2019.

DIREITOS HUMANOS E DE COLONIALIDADE: UMA NOVA ANÁLISE SOB OS DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS

LAURA GALVAO MARQUES: Bacharela em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã, Advogada, e Mestranda em Historicidade dos Direitos Fundamentais pela Faculdade Damas da Instrução Cristã.

RESUMO: Os deveres vinculados pelos tratados internacionais de direitos humanos dos refugiados frequentemente são descumpridos em virtude da falta de apoio dos Estados soberanos no cumprimento das políticas de acolhimento. Na tentativa de compreender esta atitude, é necessário realizar uma análise histórica a respeito da formação dos direitos humanos e da representação da figura do refugiado. A busca decolonial é pelo desencobrimento da lógica de exclusão permitindo entender que os direitos humanos se fundamentam em princípios de igual dignidade e não discriminatórios. No âmbito dos direitos humanos dos refugiados esta afirmação significaria superar a estigmatização histórica do estrangeiro, desmistificando os preconceitos étnicos e sociais de modo a permitir uma transformação na política internacional de refúgio e garantir a efetivação dos direitos humanos destes indivíduos. A desconstrução do pensamento colonial pela crítica decolonial, possibilita o desencobrimento da lógica de exclusão inserida nas bases dos direitos humanos de modo a alterar os paradigmas históricos, desconstruindo as discriminações nele enraizadas. Fato que permitirá que o estrangeiro seja observado a partir de uma nova perspectiva, uma perspectiva mais garantista.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Refugiados. Decolonialidade.

ABSTRACT: The obligations under the international human rights treaties of refugees are often breached due to the lack of support from sovereign States in the implementation of the host policies. To understand this attitude, it is necessary to carry out a historical analysis regarding the formation of human rights and the representation of the refugee figure. The colonial search is for the discovery of the logic of exclusion allowing to understand that human rights are based on principles of equal dignity and non-discriminatory. In the context of the human rights of

refugees, this affirmation would mean overcoming the historical stigmatization of the foreigner, demystifying ethnic and social prejudices in order to allow a transformation in the international politics of refuge and guarantee the realization of the human rights of these individuals. The deconstruction of colonial thinking by decolonial criticism makes it possible to uncover the logic of exclusion inserted in the bases of human rights in order to alter historical paradigms, deconstructing the discrimination that is rooted in it. A fact that will allow the foreigner to be observed from a new perspective, a more guaranteeing perspective.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos dos refugiados, assim como os tratados internacionais, frequentemente são descumpridos em virtude da falta de apoio dos Estados soberanos no cumprimento das políticas de acolhimento. Na busca pela compreensão desta atitude, é necessário realizar uma análise histórica a respeito da formação dos direitos humanos e da representação da figura do refugiado.

Considerando que os direitos humanos se fundamentam em lógicas de exclusão e não de igual dignidade, bem como que o refugiado é a representação do estrangeiro, possuindo toda estigmatização histórica do mesmo, o presente trabalho busca compreender, em linhas gerais, porque isto ocorre. Para tanto, é preciso entender em um primeiro momento o que é a figura do refugiado e porque este carrega uma estigmatização histórica. Posteriormente, é necessário compreender como superar, através da decolonialidade, estes paradigmas que estão presentes no direito internacional e afeta os direitos humanos dos refugiados.

A ideia é abordar a decolonidade, desconstrução do pensamento colonial, como uma possibilidade de mudança dos paradigmas internacionais, por meio de uma crítica a atual fundamentação majoritária dos direitos humanos. Dessa forma, será possível compreender que se a lógica moderna de exclusão for

repensada, os preconceitos enraizados na mesma podem ser substituídos por novos paradigmas, que considerem os indivíduos em igual importância.

Tal feito, resultaria em uma nova perspectiva sob os povos inferiorizados ao longo da história, abrindo espaço, voz e visibilidade no cenário global. No âmbito dos direitos humanos dos refugiados representaria a superação da estigmatização histórica do estrangeiro, desmistificando os preconceitos étnicos e sociais, de forma a permitir uma transformação na política internacional de refúgio e garantir assim os direitos humanos destes povos. Além disso, resultaria em um direito humano fundamentado na igual dignidade.

2. CONCEITO DE REFÚGIO DE ACORDO COM A CONVENÇÃO DE GENEBRA DE 1951 E O PROTOCOLO DE 1967

Foram quatro os elementos definidores da condição de refugiado previstos na Convenção: estar fora do país de origem; falta de vontade ou incapacidade do Estado de origem de proporcionar proteção ou de facilitar o retorno; incapacidade ou falta de vontade de voltar fundada em um temor de perseguição que provoca o deslocamento e a perseguição em razão de raça, religião, nacionalidade ou pertencimento a determinado grupo social ou político.

Deste modo, a Convenção estabeleceu o Estatuto Pessoal do Refugiado, os padrões de tratamento e instituiu direitos básicos, entre eles: emprego remunerado; assistência social; documentos de identidade e passaporte, bem como a possibilidade de transferir seus bens para o local de assentamento. Além do mais, apoiou-se o direito à naturalização e à assimilação, ao acesso à justiça, à educação, à seguridade social, à habitação e à livre circulação (BARICHELO, 2015, p. 127).

Os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos refugiados foram especialmente garantidos pela convenção, mas já haviam aparecido expressamente como direitos inerentes ao homem, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo II, que assim dispõe:

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção

de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, p. 5).

A Convenção garantiu boa parte dos direitos aos refugiados, todavia possuía uma limitação temporal que só protegia os refugiados em decorrência de eventos ocorridos até 1º de janeiro de 1951. Sendo assim era inapta para proteger os novos solicitantes de refúgio.

Além disso, a Convenção possuía outra limitação: a geográfica. A concessão do refúgio somente seria fornecida àqueles que se deslocaram por acontecimentos no âmbito da Europa até 1º de janeiro de 1951.

Assim era determinado,

2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. No caso de uma pessoa que tem mais de uma nacionalidade, a expressão "do país de sua nacionalidade" se refere a cada um dos países dos quais ela é nacional. Uma pessoa que, sem razão válida fundada sobre um temor justificado, não se houver valido da proteção de um dos países de que é nacional, não será considerada privada da proteção do país de sua nacionalidade.

B. 1) Para os fins da presente Convenção, as palavras "acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951", do art. 1º, seção A, poderão ser compreendidas no sentido de ou

a) "acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa". (CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS, 1951).

Na tentativa de solucionar este problema, no ano de 1967 foi criado o Protocolo que ampliou a Convenção de 1951. Ele teve o condão de eliminar a limitação temporal ao não considerar aplicação desta ao conceito de refúgio. Assim, o direito foi estendido a todos que se enquadrassem nos requisitos do artigo 1º da Convenção, independentemente de data e local. A exclusão das limitações geográficas foi uma importante decisão para amplificação do direito ao refúgio, pois qualquer indivíduo que se enquadre nas situações previstas no protocolo deve ser considerado refugiado. Isto demonstra a evolução na concessão do direito.

O protocolo de 1967, apesar de estar vinculado a Convenção de 1951, é um instrumento jurídico independente, com caráter próprio. Apenas a adesão do primeiro já seria quase que suficiente para aplicar os instrumentos do segundo, entretanto a maioria dos Estados ratificaram ambos. Sendo assim, estes dois instrumentos do Direito Internacional dos Refugiados são de caráter único e universal (BARICHELO, 2015, p. 129).

A constituição do status de refugiado, bem como a sua evolução histórica e legislativa é baseada em um contexto de guerra e desamparo social ao longo dos anos. A Convenção de 1951, bem como o protocolo de 1967 são instrumentos atualmente em vigor. Além destes, existem os instrumentos regionais e nacionais, como a Lei 9.474/1997, no Brasil.

3. DIREITOS HUMANOS, DECOLONIALIDADE E REFÚGIO

Os direitos humanos se apoiam em duas concepções centrais. A primeira delas, político-geográfica, é a de que eles são consequências de lutas políticas europeias. Já a segunda, filosófico-antropológica, é que eles são produto de um indivíduo autossuficiente e racional. Uma das principais críticas a este entendimento é o pensamento decolonial (BRAGATO, 2014, p. 202).

Diante da crítica decolonial é possível compreender que a concepção político- geográfica sustenta uma ideia de humanidade baseada apenas na modernidade burguesa. Entretanto, encobre a construção de um sujeito racional que possibilitou a produção de um antagonismo, os outros não humanos, que são historicamente subalternizados e hoje representam grupos oprimidos, discriminados e vulneráveis (BRAGATO, 2014, p. 202). Os refugiados se enquadram nestes grupos, principalmente os pertencentes aos fluxos migratórios que ocorreram após a guerra fria.

No período pós-guerra fria, ocorreu a transformação do "outro" do discurso colonizador e homogeneizante, firmando ainda mais o refugiado como o sucessor histórico dos povos discriminados e inferiorizados. Isto ocorreu porque o perfil do refugiado mudou, tornando-se mais heterogêneo, fato que gerou desconfiança e um sentimento de invasão que obteve como resposta o retorno da lógica de raça (TAVARES, 2017). Um fenômeno que ocorria quase que restritivamente dentro do continente Europeu passou a se expandir aos demais continentes.

Tais concepções possuem raízes históricas anteriores ao período colonial, sendo este o auge. Historicamente, a conceituação de humanidade foi vinculada a existência ou não de direitos políticos. O estrangeiro, não sendo considerado cidadão, não os possuía e, por conseguinte, não era considerado humano. O refugiado é a representação atual do estrangeiro, o que justifica a sua estigmatização negativa e as políticas anti-acolhimento.

A compreensão deste estigma repousa na construção histórica do conceito de humanidade. Inicialmente, ser considerado humano não significava pertencer a espécie humana, mas sim, estar do lado certo da fronteira. Em Roma,

no período republicano, a palavra 'humanitas' era utilizada para distinguir o homo humanus, o romano educado, do homo barbarus, aquele que não era um cidadão romano (DOUZINAS, 2011, p. 4). Ou seja, somente eram considerados humanos aqueles que pertenciam a Roma, do contrário, eram bárbaros.

O crescimento da igreja Católica levou a transformação deste conceito, pois ao entender que todos seriam iguais perante Deus, um universalismo embrionário, foi possível concluir que todos os povos fariam parte da humanidade. Entretanto, os pagãos só poderiam estar inclusos neste grupo se aceitassem a religião e aqueles que eram assumidamente de outra religião, os não católicos, jamais fariam parte dele.

A separação clássica entre grego (ou humano) e bárbaro era baseada em fronteiras territoriais claramente demarcadas. No império cristão, a fronteira foi internalizada e dividiu o globo conhecido diagonalmente entre o fiel e o pagão (DOUZINAS, 2011, p. 4). Percebe-se então a existência de separações territoriais e ideológicas a respeito da humanidade.

Na idade moderna, ápice do continente Europeu e período de expedições colonizadoras estas separações territoriais e ideológicas estavam claras. Os povos da África e das Américas tornaram-se a representação dos outros não humanos, pois não pertenciam a modernidade burguesa e não se enquadravam no conceito deles de seres racionais e autossuficientes. Ou seja, possuíam o mesmo estigma de um bárbaro no Império Romano ou um pagão no Império Cristão.

A crítica decolonial surge em oposição ao pensamento moderno colonial. Segundo

Mignolo:

El pensamiento des-colonial emergió en la fundación misma de la modernidad/colonialidad, como su contrapartida. Y eso ocurrió en las Américas, en el pensamiento indígena y en el pensamiento afro- caribeño. Continuó luego en Asia y África, no relacionados con el

pensamiento des-colonial en las Américas, pero sí como contrapartida a la re-organización de la modernidad colonial con el imperio británico y el colonialismo francés. Un tercer momento de reformulaciones ocurrieron en las intersecciones de los movimientos de descolonización en Asia y África, concurrentes con la guerra fría y el liderazgo ascendente de Estados Unidos. Desde el fin de la guerra fría entre Estados Unidos y la Unión Soviética, el pensamiento des-colonial comienza a trazar su propia genealogia (MIGNOLO, 2005).

Deste modo, a descolonialidade nasce como uma consequência da formação das estruturas de dominação da colonialidade, especialmente de conhecimento. Ou seja, o que se propõe é a criação de um novo paradigma ou uma desobediência epistêmica. Trata-se de considerar as possibilidades encobertas pelo racionalismo moderno.

Dussel aborda, para corroborar com este pensamento, a noção de transmodernidade. Tal conceito se sustenta em um sentido mundial. Segundo o autor, não existe história mundial

até 1492. Após as colonizações o mundo passa a ter uma única história, possuindo a Europa como o centro dela e todo o resto do mundo como sua periferia. O argumento é de que a modernidade não é um fenômeno intraeuropeu, mas sim constituído pela colonialidade, que criou “vítimas” irracionais da modernidade (DUSSEL, 2005, p. 59). Os bárbaros marginalizados não são considerados pelo autor, embora igualmente não integrem o conceito de racionais modernos.

Em um primeiro momento a modernidade foi composta pela ideia de primitividade, que seria a junção do passado com os recém-descobertos, que deveriam ser superados. O momento de “evolução” ou busca pela racionalidade é o que gerou as condições para a hegemonia epistêmica europeia (MIGNOLO, 2010). A partir disto, alguns foram considerados sujeitos e outros objetos de conhecimento.

A expansão colonial europeia conseqüentemente alastrou suas formas de pensar pelo mundo. O que se incorporou como história global, era apenas a história local da europeia, ~~e que a~~ colocando-a em um patamar de superioridade. Os direitos humanos se baseiam em uma teoria que considera apenas uma pequena parte da humanidade, que não pode ser considerada universal. Uma vez que ignora a trajetória de espaços invisíveis da humanidade.

A busca decolonial é pelo desencobrimento da lógica de exclusão possibilitando compreender que os direitos humanos se fundamentam em princípios de igual dignidade e não de discriminação. No âmbito dos direitos humanos dos refugiados significa superar a estigmatização histórica do estrangeiro, desmistificando os preconceitos étnicos e sociais de modo que permita uma transformação na política internacional de refúgio e garanta os direitos humanos destes povos.

4. CONCLUSÃO

De acordo com a convenção de Genebra de 1951, bem como o protocolo de 1967, refugiado é aquele que se enquadra nos critérios definidos pelo artigo 1º da convenção. Ou seja, estar fora do país de origem; falta de vontade ou incapacidade do Estado de origem de proporcionar proteção ou de facilitar o retorno; incapacidade ou falta de vontade de voltar fundada em um temor de perseguição que provoca o deslocamento e a perseguição em razão de raça, religião, nacionalidade ou pertencimento a determinado grupo social ou político. Dessa forma, qualquer indivíduo que se identifique estes elementos, deve ser protegido pelo estatuto pessoal do refugiado.

Entretanto, o problema da estigmatização histórica que advém de um processo de criação de um "outro" subalternizado, excluído e desumanizado que possui sua característica como ser portador de cultura, racionalidade e sujeito de direito negada, ocultada por representar a ausência de tudo aquilo que a modernidade definiu como necessário para existência, fundamenta a não aplicabilidade do estatuto e as políticas anti-acolhimento dos países.

Ademais, o refugiado como indivíduo desprovido de cidadania, não possui a tutela seus direitos constitucionalmente fundamentais, restando apenas o apelo internacional aos direitos humanos, que não vem atingindo êxito para resolver as questões das migrações massivas e esta inaptidão repousa em sua origem que considera processos históricos regionalizados e populações específicas. A possibilidade de repensar os direitos humanos dos refugiados, de modo que supere os estigmas históricos do estrangeiro e reafirme um direito humano baseado em paradigmas de igualdade está na crítica decolonial.

Desse modo, a desconstrução do pensamento colonial, voltando-se para o passado de modo a compreendê-lo de um modo diverso, através da decolonialidade, que propõe o desencobrimento da lógica racional moderna de exclusão possibilitando a compreensão de que os direitos humanos se baseiam em princípios de igual dignidade e não de discriminação pode transformar os paradigmas históricos, desconstruindo as discriminações nele enraizadas. Fato que permitirá que o estrangeiro seja observado a partir de novas perspectivas, possibilitando uma maior abertura no cenário da política internacional de acolhimento aos refugiados, o que resultará em uma maior efetivação dos direitos humanos destes indivíduos.

5. REFERÊNCIAS

BARICHELLO, Stefania. Aspectos Históricos da Evolução e do Reconhecimento Internacional Do Status De Refugiado. **Revista do Direito da UNISC**, v.2, n. 46. Santa Cruz do Sul: 2015.

BRAGATO, Fernanda. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da decolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Revista Eletrônica, V. 19, n. 1, jan-abr 2014.

CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS, 1951. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 03 de outubro de 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 03 de outubro de 2017.

DOUZINAS, Costas. Os Paradoxos Dos Direitos Humanos. Traduzido por Caius Brandão. **Pensar Os Direitos Humanos**: desafios à educação nas sociedades democráticas. V.1, N. 1, 2011.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.

Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, setembro 2005.

LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, setembro 2005.

MIGNOLO, Walter D. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo (Org). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, setembro 2005.

PROTOCOLO DE 1967 RELATIVO AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS. Disponível em: [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo de 1967 Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf) . Acesso em: 03 de Outubro de 2017.

TAVARES, Natália. Onde as Fronteiras Terminam? Aspectos da securitização das migrações no Brasil. **Caderndo de Relações Internacionais**, v. 8, n. 15, jul-dez. 2017.

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

HYNGRA LAURA DREYER CARNEIRO:

Bacharelada no Curso em Direito do Centro
Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

CALPOLICAN

(Orientador)

"Todas as vitórias, ocultam uma abdicação".

Simone de Beauvoir.

RESUMO: O presente trabalho objetiva tratar sobre o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e o princípio da dignidade da pessoa humana. Tem como objetivos: Analisar o Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro, descrever os regimes de cumprimento de pena no Brasil, destacar a situação do sistema penal brasileiro e apresentar o princípio da dignidade da pessoa humana que rege a pena. Esse regime foi introduzido no ordenamento pátrio pela Lei n. 10.792/03, que modificou a redação do art. 52 da Lei de Execução Penal. A pesquisa tem como problema a seguinte questão: A aplicação do RDD fere o princípio da dignidade da pessoa humana?. A situação do sistema penitenciário nacional é péssima, uma vez que os presídios se encontram em condições precárias e superlotados. São essas condições terríveis que permitem que os presos perigosos continuem comandando suas quadrilhas mesmo de dentro dos presídios, aterrorizando toda a sociedade. Nesse contexto foi aprovada a Lei n.10.792/03, que instituiu o RDD objetivando retirar ou diminuir o poder das grandes organizações criminosas, aumentando, assim, a segurança da coletividade e dos presos encarcerados nos presídios, e também servindo como uma espécie de punição aqueles presos que não obedecessem às regras.

PALAVRAS CHAVE: Regime; Disciplinar; Dignidade.

ABSTRACT: This paper aims to deal with the Differential Disciplinary Regime (RDD) and the principle of human dignity. It aims to: Analyze the Disciplinary Regime Differentiated in the Brazilian legal system, describe the regimes of punishment in Brazil, highlight the situation of the Brazilian criminal system and present the principle of dignity of the human person who governs the penalty. This regime was

introduced into the country order by Law no. 10.792 / 03, which modified the wording of art. 52 of the Penal Execution Law. The research has as a problem the following question: Does the application of RDD violate the principle of human dignity? The situation of the national penitentiary system is terrible, since the prisons are in precarious and overcrowded conditions. It is these terrible conditions that allow dangerous prisoners to continue commanding their gangs even from within prisons, terrorizing the whole of society. In this context, Law No. 10,792 / 03, which established the RDD, aimed at removing or diminishing the power of large criminal organizations, thus increasing the security of the collective and prisoners imprisoned, and also serving as a kind of punishment. those prisoners who did not obey the rules.

KEY WORDS: Regime; Disciplinary; Dignity.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 SISTEMA DE CUMPRIMENTO DE PENA. 2 ATUAL SITUAÇÃO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO. 3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA QUE REGE A PENA. 4. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva tratar do tema do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) quanto a análise do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo regime foi introduzido no ordenamento pátrio pela Lei n. 10.792/03, que modificou a redação do art. 52 da Lei de Execução Penal, dentre outros, que consiste numa sanção disciplinar aplicada aqueles que cometeram as infrações descritas no art. 52, da LEP, ou representam risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, bem como para aqueles que participam de organizações criminosas.

O tema em questão tem grande relevância, uma vez que é notória a falência do sistema carcerário brasileiro, pois o sistema atual não tem a capacidade de ressocializar nenhum preso, já que as penitenciárias estão cada vez mais cheias e em condições precárias. Devido a este caos, muitos prisioneiros continuam

comandando as suas quadrilhas de dentro das penitenciárias, agravando ainda mais a violência no país.

Assim, tendo em vista a situação do sistema penitenciário brasileiro, o legislador entendeu necessário um regime que endurecesse o sistema de cumprimento de pena, trazendo regras mais rígidas para os presos, como por exemplo o encarceramento individual. Com isso, pretende-se anular ou diminuir o poder que os "grandes criminosos" exercem sobre seus subordinados, diminuindo, portanto, a violência tanto dentro dos presídios quanto fora deles.

Todavia, o Regime Disciplinar Diferenciado passou a receber severas críticas, tendo em vista a forma rigorosa como são tratados os presos sujeitos a ele. Portanto, passou-se a questionar a constitucionalidade desse regime, uma vez que se começou a argumentar que o regime viola uma série de princípios elencados na Constituição Federal de 1988, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

É nesse contexto, que reside a importância jurídica e social do tema, já que se faz necessário analisar se, de fato, o Regime Disciplinar Diferenciado viola esse direito fundamental. Para tanto, será realizada uma ponderação de interesses entre os princípios em discussão, ou seja, um sopesamento entre os direitos dos presos e o direito à segurança da coletividade.

Dessa forma, o trabalho em questão, procura demonstrar se o referido regime viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, tenta-se vislumbrar uma saída para o caos do sistema penitenciário brasileiro.

1. SISTEMA DE CUMPRIMENTO DE PENA.

O Código Penal brasileiro prevê três regimes para a execução da pena privativa de liberdade: fechado, semiaberto e aberto.

De acordo com Andreuci (2018, p. 125): "(...) há diminuição do direito à liberdade do criminoso, fazendo com que seja ele recolhido à estabelecimento prisional adequado, de acordo com a espécie e quantidade de pena fixada."

No Regime Fechado, a execução da pena deve ser em estabelecimento de segurança máxima ou média, e 1/6 da pena deve ser cumprida sem sair do

estabelecimento, e em caso de penitenciárias femininas, gestantes e mães com recém-nascidos devem ter uma área especial.

Conforme o artigo 33, §2º, letra a, do Código Penal, estabelece que o condenado, reincidente ou não, a uma pena de reclusão superior a oito anos deverá iniciar a sua execução em regime fechado.

E de acordo com o art. 188 da LEP, o condenado que tenha se revelado incompatível com outro regime menos severo poderá ser transferido por regressão ao regime fechado. E o condenado que revelar bom comportamento prisional poderá progredir para o regime semiaberto, basta que tenha cumprido, no mínimo, um sexto de sua pena em regime fechado (BRASIL, 1940).

De acordo com Gomes (2007, p. 84):

As regras gerais do regime fechado (art. 34, do Código Penal) consistem, basicamente em: a) o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para a individualização da execução, esse exame é obrigatório e é realizado pela Comissão Técnica de Classificação; b) o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno; c) o trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena; e d) o trabalho externo é admissível, em serviços ou obras públicas. Excepcionalmente é possível também em obras privadas, mas em qualquer hipótese com vigilância.

No regime semiaberto, o condenado não cumpre mais regras tão severas quanto ao regime fechado, nesse momento, o condenado tem a oportunidade de trabalhar, com o objetivo de reintegrá-lo à sociedade com uma profissão, podendo cumprir a execução de sua pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

O sujeito gozará do semiaberto quando sua pena superar quatro anos e progride para este regime após cumprir parte da pena e ter bom comportamento carcerário, não se analisando neste caso o seu grau de periculosidade.

Conforme o artigo 91 da Lei de Execuções Penais, o condenado do regime semiaberto deve cumprir sua pena em uma colônia agrícola, industrial ou similar (BRASIL, 1940).

O cumprimento da pena nesse regime, inicia-se com os indivíduos que foram condenados a pena de detenção, bem como os condenados não reincidentes à pena superior a 4 (quatro) anos e, ainda, os condenados à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos que tiverem as circunstâncias judiciais desfavoráveis. Além disso, o condenado a pena em regime inicialmente fechado que cumprir 1/6 (um sexto) da mesma, com mérito que indique a possibilidade de progressão, também deverá ser transferido ao Regime Semiaberto.

Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: visita à família, frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instituição do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução, participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, conforme dispõe o artigo 122 da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1940).

A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena. Sendo revogada tal autorização, se o preso vier a praticar fato definido como crime, e punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos na Lei de Execuções Penais, assim como descreve seu artigo 37.

Prado (2012, p. 655) acrescenta:

“Aqui, no regime semiaberto, o trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada, ao contrário do que ocorre no regime fechado. Este, o serviço externo, pode ser o penúltimo estágio de preparação para o retorno do apenado ao convívio

social. O próximo e derradeiro passo será o livramento condicional.”

De acordo com os artigos 92 e 88, em seu parágrafo único da LEP, o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados a seleção adequada dos presos.

O condenado a este regime terá oportunidade de trabalhar durante o dia, ajudando dessa forma em uma futura ressocialização, além do que tem a possibilidade de ser concedida a saída temporária, inserindo-o gradativamente ao convívio familiar.

Quanto as saídas temporárias, Prado (2012, p. 651) dispõe:

“Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto podem obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta para visitar à família, podendo o juiz da execução determinar a utilização de equipamento de monitoração eletrônica(...). A autorização é concedida pelo juiz da execução, por ato motivado, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e satisfeitos os requisitos previstos no art. 123 da LEP. O prazo é no máximo de sete dias e pode ser renovada por mais quatro vezes durante o ano.”

Neste caso de saída temporária e o trabalho externo, para obter este benefício, é considerado o tempo de cumprimento da pena no regime fechado, de acordo com a Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça.

O Regime Semiaberto objetiva estimular a capacidade de responsabilidade do condenado, através de trabalho realizado e sua disciplina, porém em visitas aos locais onde esses apenados cumprem esse regime, verifica-se que a realidade ainda não é a desejada como descreve a letra da lei.

No regime aberto, o condenado cumpre sua pena em casa de albergado ou em instituição similar, que esteja localizada em um centro urbano, de modo a

facilitar a saída para trabalhar, e, neste caso, os condenados trabalham durante o dia e retornam até as 22 horas.

De acordo com o artigo 95 da LEP, em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras, além do que, deverá conter instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados (BRASIL, 1984).

A grande vantagem do sistema é representada na obrigatoriedade de o preso trabalhar, preparando-o para o momento em que deixe a prisão definitivamente.

A legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, artigo 119 da LEP (MIRABETE, 2012, p. 67).

Para o regime aberto podem progredir os que se encontram no semiaberto, após o cumprimento dos requisitos previstos na legislação penal brasileira, como tempo de cumprimento de pena e bom comportamento.

Com relação à regressão de regime, é possível que o condenado salte do regime aberto direito para o fechado, desde que seja comprovado que houve a impossibilidade de reintegração social do indivíduo. Porém, é inadmissível a revogação na hipótese do sujeito já ter cumprido a pena do regime aberto.

Segundo o artigo 36 da LEP, o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, devendo o mesmo, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. E se o condenado praticar fato definido como crime doloso se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada, será transferido do regime aberto (BRASIL, 1984).

O artigo 42 do Código Penal trata da detração penal, que é o desconto do tempo de prisão provisória ou internação provisória na pena privativa de liberdade, a remição tem o mesmo sentido, entretanto, torna-se diferente por ser condicional,

podendo a qualquer momento ser revogada em caso de falta grave cometida pelo beneficiário. Se recusar a trabalhar já caracteriza falta grave.

Por exemplo, se o acusado cumpriu 1 ano em prisão preventiva, quando iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade equivalente a 5 anos, deverá cumprir apenas mais 4 anos. A competência para essa análise, em regra, é do juízo da execução penal (art. 66, III, "c", LEP) (BRASIL, 1984).

De acordo com Dotti (2013, p. 747), pode citar como algumas hipóteses de aplicação da detração penal, devido ao seu caráter não penal, mas cautelar e processual, as quais seriam: a) Prisão provisória: caracteriza-se pela privação da liberdade antes da sentença condenatória transitada em julgado; Após a sentença, sem o trânsito em julgado ainda considera-se provisória; b) Prisão por infração penal diversa: A prisão por fato diverso ao que resultou na condenação deverá ser descontado, com base no art. 111, da Lei de Execução Penal, que com a unificação da pena será observada a detração; c) Prisão civil: a prisão civil, decretada contra devedor de alimentos ou depositário infiel (art. 5.º, LXVII, CF) deve ser considerada para fins de detração, conforme entendimento majoritário da doutrina; d) Pena restritiva de direitos: é aplicável a detração, mesmo que haja omissão na legislação, com relação às penas restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana; e) Prisão administrativa: revogada.

Segundo Delmanto (2012, p. 66):

"O trabalho é direito e dever dos presos. Será sempre remunerado (em valor não inferior a três quartos do salário mínimo), mas devendo a remuneração atender à reparação do dano do crime, assistência à família etc. (LEP, art. 29). Garante-lhe, ainda, este art. 9 do CP, os benefícios da Previdência Social. Assim, embora o trabalho do preso não fique sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (LEP, art. 28, § 2º), ele tem direito aos benefícios previdenciários."

Em seu artigo 126, apresenta que garantir o acesso do condenado ao trabalho, é um dever social e condição de dignidade humana, onde, o condenado

que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir parte do tempo de sua execução. Para cada três dias de trabalho, abate-se um dia da pena.

Vale ressaltar que no artigo 8º da LEP, além de prever a obrigação de trabalhar para o condenado, leva em conta suas aptidões e capacidade, sendo elas intelectuais, físicas, mentais e profissionais, para que não atrapalhe a vida daquele que está cumprindo, já que o trabalho deve ajudar e não atrapalhar, tendo como finalidade sua ressocialização, e isto se verifica através de exames (BRASIL, 1984).

Dessa forma o instituto da remição se torna um incentivo para a prática de determinada atividade, tendo assim um resultado duplamente positivo, tanto para a sociedade como para o detento.

Segundo o artigo 126 da LEP, como supramencionado, o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir um dia da pena para cada doze horas de frequência escolar. Essas doze horas devem ser divididas, no mínimo, em três dias. É preciso combinar três dias (no mínimo) com 12 horas (para se ganhar um dia de pena). Já a remição por trabalho se dá a cada três dias trabalhados, um dia a menos de pena (BRASIL, 1984).

O Instituto da remição também torna produtivo o tempo na prisão, muitas revoltas são motivadas pelo confinamento sem perspectiva de melhora, já a remição proporciona um novo horizonte nesse sentido.

Destaca-se ainda que em busca de uma efetiva resposta dada pelo Estado, foi criada a Medida de Segurança, que são sanções penais com caráter preventivo e curativo, cuja finalidade é a reincidência de um agente criminal quando o mesmo houver cometido uma infração penal inimputável ou semi-imputável (NUCCI, 2016, p. 67).

A finalidade das medidas de segurança é diversa da pena, porém as duas, são espécies de sanção penal. A pena tem caráter repressivo, enquanto a medida de segurança tem caráter preventivo, com intuito de que tratar esse agente que praticou a conduta delituosa, de forma que não venha mais cometê-la.

A situação do sistema penitenciário no Brasil é alarmante, dificilmente alguém vai sair da mesma forma que entrou, por isso, deve ser analisado a situação

de cada acusado ao entrar, pois, verifica-se que este setor não contribui para a melhoria social, intelectual e pessoal destas pessoas.

2. ATUAL SITUAÇÃO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.

O sistema prisional brasileiro, contudo, é historicamente marcado por episódios que revelam e apontam para o descaso com relação às políticas públicas na área penal, é notório que o sistema prisional brasileiro está falido, a deterioração o sistema vem ocorrendo cotidianamente, e nos últimos anos chegou a um ponto insustentável, pois infelizmente a ociosidade e a superlotação, resultantes da falta de uma política prisional séria e eficiente fazem parte desta triste realidade.

Com isso o sistema prisional não consegue atingir seu objetivo que é o de recuperar e reintegrar os detentos à sociedade, dos egressos do sistema a grande maioria voltam a cometer novos delitos e retornam ao cárcere, este é um ciclo vicioso que parece não ter fim (GOMES, 2010, p. 24).

Além dos maus tratos, violência sexual, doenças, motins, rebeliões e tantas outras afrontas aos direitos humanos, uma das graves violações sofridas pelos presos brasileiros advém da superlotação carcerária a que são submetidos, em que celas pequenas são ocupadas por diversas pessoas, num flagrante desrespeito às condições mínimas estabelecidas, tanto na Lei de Execução Penal Brasileira, quanto nos documentos internacionais relativos à matéria (RANGEL, 2014, p. 1).

Se o Estado quer que o sistema penitenciário brasileiro alcance sua finalidade, precisa não apenas criar mais presídios, mas, necessita criar alternativas e meios para combater a violência na comunidade, através de uma educação efetiva.

Não basta apenas criar mais presídios para servir de depósito de detentos, necessita sim, um olhar mais cauteloso por parte dos órgãos do Estado para trabalhar a educação base.

De acordo com o Mapa de Encarceramento do Brasil, ocorreu um crescimento de 74% na população prisional brasileira durante o período de 2005 a 2012. Se em 2005 o número absoluto de presos no país era 296.919, sete anos depois, em 2012, este número passou para 515.482 presos (BRASIL, 2014).

Infelizmente, o que se vê nos últimos anos é o aumento da criminalidade, os cidadãos não andam pelas ruas das cidades tranquilos, muitos entram nas penitenciárias e saem pior do que entraram, por isso, algo precisa ser feito, para que os objetivos das penas sejam alcançadas.

Conforme o mapa de encarceramento no Brasil: o atual perfil da população encarceraria brasileira é composta por 94% de homens, mais da metade (55,07%) tem até 29 anos de idade e, ainda, 61,67% é de negros/pardos, com baixa ou nenhuma escolaridade. Destaca-se ainda, que 40% do total (quase 250 mil) é de presos provisórios, ou seja, pessoas que se encontram cerceadas em sua liberdade sem sequer terem sido julgadas.

A partir dos dados foi possível aferir que, em todos os anos da série histórica de 2005 a 2012, a maioria da população prisional do país era composta por jovens entre 18 e 24 anos. Em 2005, dentre os presos para os quais havia essa informação disponível, 53.599 tinham entre 18 e 24 anos e 42.689, entre 25 e 29 anos. Já em 2012, 143.501 tinham de 18 a 24 anos e 266.356 destes tinham entre 25 e 29 anos. Olhando somente os dados de 2012 e considerando apenas a parcela para qual a informação sobre idade estava disponível, verificou-se que 54,8% da população encarcerada no Brasil era formada por jovens, segundo o Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013), ou seja, tinha menos que 29 anos (BRASIL, 2014).

Considerando-se os dados do InfoPen sobre a população no período de 2005 a 2012 e as estimativas para a população brasileira acima de 18 anos no mesmo período, segundo brancos e negros, é possível observar que o encarceramento de negros aumentou mais do que o encarceramento de brancos. Em 2012, para cada grupo de 100 mil habitantes brancos acima de 18 anos havia 191 brancos encarcerados, enquanto para cada grupo de 100 mil habitantes negros acima de 18 anos havia 292 negros encarcerados, ou seja, proporcionalmente o encarceramento de negros foi 1,5 vez maior do que o de brancos em 2012 (BRASIL, 2014).

Sobre a análise da variação percentual nacional, indicou que a população feminina encarcerada cresceu 67%, enquanto a masculina cresceu 39%. Dezessete

estados brasileiros tiveram crescimento acima da média nacional no que diz respeito ao encarceramento feminino, enquanto 14 estados tiveram crescimento acima da média nacional no que diz respeito ao encarceramento masculino. A região Norte teve o maior crescimento da população encarcerada feminina (105%), enquanto a masculina cresceu 52% (BRASIL, 2014).

O ordenamento jurídico brasileiro tutela os direitos e as garantias dos presidiários de modo a resguardar a dignidade humana. No que tange à dignidade, Rocha (2011, p. 149) cita que:

“Em condições normais, ninguém deseja abrir mão da sua própria dignidade. No entanto, o indivíduo pode não saber o que está fazendo, por não ter discernimento ou conhecimento suficiente para compreender as consequências do ato, ou simplesmente estar fragilizado pelas circunstâncias ou por uma condição pessoal desfavorável. Esse seria o caso dos menores, dos deficientes, dos detentos e dos doentes terminais”.

Quando se restringe demasiadamente os direitos individuais, como no tratamento dado aos presidiários, o próprio Estado retira a capacidade desses indivíduos ao passo que ignora os direitos subjetivos da pessoa humana, violando os direitos da personalidade, que são direitos humanos e fundamentais.

A realidade dos presídios é diferente daquilo estabelecido na LEP, os direitos dos apenados não são garantidos, e os princípios fundamentais, como, a dignidade da pessoa humana, são violados diariamente.

Rangel (2014, p. 1) ainda complementa, afirmando que a instituição prisão, estabelecida para punir e ressocializar, está legitimando as violações perpetradas contra os encarcerados:

É a instituição (prisão) na qual se garantem as violações de direitos básicos da pessoa. Então, tudo o que vai a favor do direito de alguém é quebrado. A regra está ali para quebrar os direitos básicos da pessoa. A pessoa é presa para lhe ser

retirada a liberdade de ir e vir. Todos os demais direitos são garantidos pela lei, porém todos acabam violados por essa instituição.

Onde deveria ser protegido os direitos que seria dentro das penitenciárias, são ali, todos os dias violados, onde o Estado deveria garantir a proteção e proporcionar meios para que estas pessoas analisassem suas situações e condições, para a partir disso, voltarem ao convívio social com vontade de recomeçar.

Segundo Larrauri (2007, apud CARVALHO, 2010, p. 10): O aumento de pessoas que estão na prisão não reproduz o aumento da delinquência, mas multiplicidade de outros fatores, como decisões legislativas, sensibilidade judicial e capacidade e limites do próprio sistema para processar os diversos atos delitivos.

É o que se refere a pré análise dos crimes que foram cometidos, como o sistema está um colapso, e não tem atingido suas metas, é necessário analisar se os indiciados ou apenados precisam ir cumprir suas penas nestes locais, ou se existem outros meios cabíveis para a imputação das penas.

Pimentel (2003, p. 96) ao se referir à superpopulação carcerária afirma que:[...] a prisão, em vez de ser uma solução está se constituindo um problema, pois, além de não colaborar na recuperação dos presos concorre para degenerá-los [...].

A quantidade de presos é muito maior do que a capacidade que essas penitenciárias comportam, trazendo o problema de superpopulação, onde os detentos não tem nada para fazer, não ocupando suas mentes e estando mais propícios a cometer mais crimes.

A superpopulação impede que a seja realizada um trabalho efetivo à ressocialização, pois dentro dos presídios, não existem as devidas condições de higiene, saúde, conforto, alimentação, assistência jurídica a toda a população carcerária. Falta investimento por parte do Estado, e falta o cumprimento de fato dos princípios fundamentais descritos em nossa constituição Federal, pois a superlotação dos presídios, não proporcionam aos presos a dignidade da pessoa humana e garantias básicas para que possam viver em sociedade futuramente.

A realidade do sistema penitenciário no Brasil é a clara aplicação do Direito Penal do inimigo, onde presos e presas são destituídos de seus direitos fundamentais básicos e não se veem respeitados os diversos acordos e tratados internacionais de direitos humanos.

A justiça existe para que o indivíduo que cometeu o crime possa ser penalizado por sua conduta ilícita, e o principal objetivo da pena é a ressocialização do indivíduo, que retorne para a sociedade e que não venha mais cometer crime, porém, como a realidade carcerária é a da superlotação, tem sido desvirtuado este objetivo.

Portanto, a superpopulação impede que a seja realizada um trabalho efetivo à ressocialização, pois dentro dos presídios, não existem as devidas condições de higiene, saúde, conforto, alimentação, assistência jurídica a toda a população carcerária.

Falta investimento por parte do Estado, e falta o cumprimento de fato dos princípios fundamentais descritos em nossa constituição Federal, pois a superlotação dos presídios, não proporcionam aos presos a dignidade da pessoa humana e garantias básicas para que possam viver em sociedade futuramente.

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA QUE REGE A PENA.

Conforme entendimento de Aristóteles (2001, p. 45), a palavra princípio significa começo, início, razão, base, preceito e norma. Significa ponto de partida. Para as ciências são as preposições básicas que condicionam as demais, são os alicerces do conhecimento humano.

Os princípios fundamentais são referentes a um conjunto de dispositivos contidos em nossa Constituição Federal, que dará a razão da existência e manutenção do Estado Brasileiro, devendo ser respeitados e mantidos em nosso território nacional.

A dignidade é uma qualidade ou atributo fundamentada na própria origem do homem como pessoa humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes.

De acordo com o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.60) a dignidade da pessoa humana é definida como:

“a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

O ser humano como pessoa está em constante processo de relacionamento não apenas consigo, mas também com o ambiente em que vive. Para que exista uma melhor convivência social e encontre-se um eixo próximo da perfeição nessa relação entre a individualidade e sociabilidade esta inteiração deve estar pautada na dignidade, respeitando-se os diversos aspectos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º o seguinte: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana é um valor ético, inseparável da condição humana.

Chaves Camargo (2011, p.35) afirma que:

“[...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda

pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.”

A Constituição Federal de 1988, foi a primeira constituição que reconheceu expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, como determina em seu artigo 1º, inciso III, com o intuito de que não houvesse diferença entre o ser humano, que todos fossem tratados iguais independentes de qualquer grupo ou classe social.

Desse modo, Dallari (2012, p. 8) descreve:

Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades socioculturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais.

Todos os direitos sociais, ou seja, aqueles que visam a garantir aos ser humano, o exercício dos direitos fundamentais em condições de igualdade, como os descritos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, estão intimamente ligados a dignidade da pessoa humana.

Conforme entendimento de Farias (1996, p. 54), esclarece que:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. É o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício

dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2010, p. 78).

Salienta-se dessa forma que a dignidade da pessoa humana é o que fundamenta a própria criação dos direitos humanos fundamentais, por isso, qualquer toda norma criada deve respeitar o supra princípio.

O princípio da dignidade da pessoa humana garante essencialmente o reconhecimento do homem como ser superior, criador e medida de todas as coisas. A sua liberdade como valor prioritário é instância fundadora do direito, e a preservação dos direitos humanos, naturais e inatos é condição imprescindível da instituição da sociedade e do Estado democrático. Há, pois, um fato, entre outros tantos, que não se pode olvidar no tocante a essa matéria.

Assim, respeitar a dignidade da pessoa humana, traz quatro importantes consequências, como descreve Nobre, Edilson (2012, p. 143):

[...] Igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; Garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação e desrespeito à sua condição de pessoa, tal como se verifica nas hipóteses de risco de vida; Não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou imposição de condições sub humanas de vida. Adverte, com carradas de acerto, que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelos particulares.

A dignidade é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.

Assim o entendimento de Sarlet, Ingo (2002, p. 143) acrescenta que:

[...] qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

É necessário, assim, ter em conta que a questão da proteção e defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual se reporta a ideia democrática, como um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático, torna-se o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. O ser humano não pode ser tratado como simples objeto, principalmente na condição de trabalhador, muitas vezes visto apenas como uma peça da engrenagem para fazer girar a economia.

4. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.

Analisando brevemente historicamente, o Regime Disciplinar Diferenciado surgiu através da resolução n. 26, editada pela Secretaria Penitenciária de São Paulo, em 04 de maio de 2001, regulamentou a inclusão, permanência e exclusão de presos no Regime Disciplinar Diferenciado, destinado aos líderes e integrantes de facções criminosas ou àqueles cujo comportamento exigia tratamento específico. Nesse período, o país estava diante da grande rebelião no presídio que fora comandada pela facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) que protestava contra a transferência de alguns de seus líderes da Casa de Detenção do Carandiru para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté.

O objetivo desse regime é afastar os presidiários mais violentos dos demais, pois questiona-se que juntar aqueles que cometeram crimes mais cruéis com os outros de menor potencial ofensivo pode prejudicar na efetivação da ressocialização.

Mirabete (2012, p. 149) explica que:

O RDD não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um novo regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior.

Portanto, o Regime Disciplinar Diferenciado se constitui em uma sanção mais rígida, a qual é aplicada a determinados presos por terem praticado fato previsto como crime, possuindo suas hipóteses de cabimento taxativamente previstas no art. 52, I a IV da Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984 Lei de Execução Penal (LEP), e características de aplicação de penas mais rigorosas em comparação ao regime comum. A Lei nº. 10.792 de 1º de dezembro de 2003 deu vida ao Regime Disciplinar Diferenciado. (NUCCI, 2012. p. 1011).

De acordo com o artigo 52 da Lei de Execução Penal, o Regime Disciplinar Diferenciado abarca as seguintes características:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º

Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984).

Para Barros (2011, p. 474), o RDD é na verdade uma forma diferenciada de cumprimento da pena no regime fechado. Reveste-se da natureza jurídica de sanção disciplinar, conforme se extrai da análise do art. 53 da LEP. Faz parte do direito penitenciário, e não propriamente do direito penal, razão pela qual, conquanto mais severa, a nova lei tem aplicação imediata, abrangendo também fatos anteriores a sua vigência.

Nos últimos anos o aumento da violência fora e principalmente dentro dos presídios tem gerado questionamentos em relação a forma de aplicação das penas e se o sistema implantado no código penal brasileiro tem sido de fato o melhor a ser aplicado.

Assim, o Estado, frente a esse cenário, viu a necessidade de adoção de medidas de repressão e contenção especializadas, medidas consideradas duras, severas, com o propósito de neutralizar o poder de articulação dessas facções. Então numa tentativa de minimizar a sensação de insegurança pública surge o RDD.

Diante desse crescimento da violência e da organização das facções criminosas que estão cada vez mais organizadas e cruéis, pode-se dizer que o RDD foi um avanço no sistema penal brasileiro, refletindo diretamente na repressão das atividades criminosas que atingem a sociedade como um todo (GONÇALVES, 2010, p. 21).

Destaca-se ainda, o posicionamento de Gilmar Bortolotto (2010, p. 79), que afirma que “se não for assim, para efeito da criminalidade cotidiana, estar preso ou solto passará a ter o mesmo significado dentro de pouco tempo”.

Apesar de muitos doutrinadores defenderem que o referido sistema seja inconstitucional, os Tribunais tem o posicionamento de que trata-se de um sistema constitucional, em que diversos julgados apontam no sentido que deve ser aplicado

um regime diferenciado àqueles presos que são de facções criminosas que por esse motivo podem coordenar ações ilícitas dentro dos presídios.

5. CONCLUSÃO

Diante do aumento da criminalidade que é observado durante os últimos anos no país, e o elevado índice de reincidência, demonstram que o sistema prisional brasileiro tem sido ineficaz e sua proposta de ressocialização destes detentos não tem sido alcançada.

O período de reclusão do apenado é de grande relevância para que sejam transmitidos valores e propostas para um posterior convívio na sociedade.

O ordenamento jurídico pátrio prevê diversas formas de proteção e auxílio ao detento, assegurando os seus direitos fundamentais, como o respeito à dignidade da pessoa humana, e também estabelece formas de incentivo a sua reintegração a sociedade após o cumprimento da sua pena, com políticas educacionais, assistência social e de trabalho. Se neste contexto, o Estado falha, a função ressocializadora não será atingida e, isso poderá acarreta o aumento da violência nas cidades.

No entanto, o que se verifica nos últimos anos é o crescimento das facções criminosas e da crueldade desses presos, assim, como resposta do Estado para esses tipos de situações, criou-se o Regime Disciplinar Diferenciado.

A criação do RDD foi, de fato, um grande avanço na luta contra o crime organizado, posto que ficou devidamente comprovado que o isolamento de presos que participam de organizações criminosas faz com que referidas organizações percam sua força.

Apesar de posicionamentos sobre a inconstitucionalidade do regime por desrespeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, conclui-se que ele não viola, uma vez que é aplicado somente em casos excepcionais, para atender as necessidades do contexto e pauta-se na proporcionalidade, garantindo, assim, à coletividade o desfrute dos seus direitos constitucionalmente garantidos.

REFERÊNCIAS

ANDREUCI, Ricardo Antônio. Manual de Direito Penal. 2018. 12 ed. Saraiva Jur.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco Livro V. São Paulo: Editora Claret, 2001.

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de, Direito Penal: v 1 parte geral – 9 Ed- São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código de Processo Penal.

BRASIL. Código Penal 1940.

BRASIL. Código Penal de 1940. Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940. Disponível em < https://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf>. Acesso em 25 Set. 2019.

BRASIL. Lei n. 7210/84. Lei de Execuções Penais. Disponível em

< <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao->

[penal-lei-7210-84](https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84)>. Acesso em 25 Set. 2019.

BRASIL. Mapa do Encarceramento do Brasil. 2014. Disponível em < <http://juventude.gov.br/articles/0009/3230/mapa-encarceramento-jovens.pdf>>. Acesso em 25 Set. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BORTOLOTTI, Gilmar apud HASHMOTO, Larissa Mieko Shult. A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado e a sua eficácia. 2010.

CAMARGO, A. L. Chaves. Culpabilidade e Reprovação Penal. São Paulo: Sugestões Literárias, 2011.

CARVALHO, Salo de. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania, 2012.

DELMANTO, Celso et al. Código Penal comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre/RS: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

GOMES, Jorge Roberto. O Sistema Prisional e a Lei de Execução Penal: Uma análise do Ser ao dever ser. Faculdade Estácio de Sá de Juiz de Fora – MG, 2010.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Direito Penal: Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Milena Teixeira. O regime disciplinar diferenciado em face dos princípios constitucionais da humanidade, proporcionalidade e individualização da pena. 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: Comentários à Lei 7.210, de 11-7-1984, 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Juris Síntese, 2012.

NUCCI, Guilherme de Sousa, Manual de Processo Penal e Execução Penal. Ed. São Paulo, RT, 2012.

PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo: RT, 2013.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.v. 1.

RANGEL, Anna Judith. Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil: perspectiva humanitária e tratados internacionais, 2014. Disponível em < <https://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais> > Acesso em 26 Set. 2019.

ROCHA, Rafael da Silva. Autonomia Privada e direitos da personalidade. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

A LEGÍTIMA E A LIBERDADE DE TESTAR

GILDÁSIO PEDROSA DE LIMA: advogado, especialista em Direito dos Contratos (ICAT/UDF) e em Direito Empresarial (FGV). Mestrando em Direito pelo UniCEUB. Vogal da JCDF, Professor de Direito Empresarial da UniProjeção. Presidente da Associação Brasileira de Administradores Judiciais. Sócio da Veloso de Melo Advogados S/S.

RESUMO: O artigo traz reflexões sobre a obrigatoriedade da legítima no direito sucessório e como essa indisponibilidade patrimonial por intervenção legal interfere no pleno exercício do direito de propriedade e nas liberdades individuais constitucionais. A partir da origem histórica do direito à legítima e da sua introdução em nosso ordenamento o artigo analisa a pertinência de sua manutenção no direito pátrio atual.

Palavras-chave: intervenção, legítima, sucessão, testamento, propriedade, autonomia privada

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA - 2.1 A LEGÍTIMA E O CENÁRIO FAMILIAR ATUAL - 3. A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO DE PROPRIEDADE. - 4. CONCLUSÃO - 5 - REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Na tradição jurídica germano-romana o Estado intervém na liberdade dos indivíduos de livremente destinar sua herança, impondo a reserva de determinada parcela dos bens a uma categoria de sucessores definida em lei e, mais recentemente, pela jurisprudência^[1].

No Brasil a regra da legítima remonta às Ordenações Filipinas^[2] e é mantida a restrição ao direito de testar e doar bens desde então, com pouquíssimas modificações. A questão é que a sociedade se transformou bastante, em especial a organização dos núcleos familiares e o pensar/agir dos cidadãos, que passaram a gozar de maior liberdade em todos os sentidos.

Nesse contexto, este artigo busca refletir sobre se já foi ou ainda é justificável a intervenção do Estado na escolha do indivíduo, impondo a destinação de parte significativa dos bens a determinados parentes, mesmo que não seja esta a sua vontade.

2. SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA

Com a morte termina a existência física de uma pessoa e os bens e obrigações do falecido se transmitem aos seus herdeiros e legatários. A transmissão dos bens aos familiares mais próximos, em especial aos filhos, é uma construção antiga, que remonta à própria ideia de família e de mútua assistência.

Rolf Madaleno^[3] cita a encíclica *Rerum novarum* do papa Leão XII ao tratar da origem do direito sucessório e destaca o debate que ela trazia sobre direito à herança: *“A natureza impõe ao pai de família o sagrado dever de alimentar e cuidar de seus filhos. Porém, vai mais longe, com os filhos refletem a fisionomia de seu pai e são como a felicidade de prolongamento e sua pessoa, a natureza lhe impõe preocupar-se pelo porvir de sua prole e criar-lhe um patrimônio. Porém, poderá criá-lo sem a aquisição e posse permanente de bens, que produtivos possa transmiti-los via herança?”*

Defende Madaleno^[4] que seria inconcebível não reconhecer o direito à herança, pois não teria qualquer sentido a pessoa se esforçar ao longo da vida para amearhar bens e estes não serem transmitidos ao seus familiares após o seu falecimento.

Destaca ainda que essa concepção, de não transmissão da herança aos parentes, foi defendida na experiência comunista e nos pensamentos de Montesquieu e Augusto Comte. Porém, na prática, se revelaram verdadeiro desestimo-lo à produção, pois ninguém se via motivado a produzir riquezas se estas não pudessem ser transmitidas aos seus entes queridos.

Portanto, desde os tempos mais remotos, a sucessão dos bens do morto é tema relevante para o meio social e as regras variam conforme contexto religioso, familiar e cultural de cada época. No direito Romano^[5], a transmissão dos bens se dava ao herdeiro Varão, como continuidade da personalidade do pai.

No sistema feudal^[6] a transmissão aos súditos dos bens deixados pelo morto só poderia ocorrer com a anuência direta do Senhor Feudal, que cobrava impostos sobre a transmissão e o juramento de fidelidade e serviços pelos herdeiros. Intervenção típica daquele período.

Em geral, atualmente, prevalece a sucessão dos herdeiros, assim definidos conforme as regras de vocação hereditária dos Códigos Civis de cada país. Os herdeiros, assim definidos na lei, ficam com o encargo de liquidar as dívidas do morto e partilhar o saldo entre os coerdeiros.

Na Constituição Federal de 1988^[7] a família foi considerada a base da sociedade (art. 226) e a propriedade (art. 5º, XXII) e a herança (art. 5º XXX) foram arrolados como direitos fundamentais. Complementa a base constitucional para o regramento da sucessão o princípio da livre iniciativa (art. 170), que pela valorização do trabalho, legitima a acumulação de capital e, por consequência, a sua transmissão aos herdeiros.

As definições pormenorizadas do direito de herança no nosso ordenamento jurídico ficaram a cargo do Código Civil^[8], que estabeleceu duas modalidades de sucessão (art. 1.786), a legítima e a testamentária. Na sucessão legítima os bens serão transmitidos aos herdeiros, conforme a ordem de vocação hereditária da lei, já que foi registrada a disposição de última vontade do falecido.

A vocação hereditária fixada pela Lei é uma presunção da ordem de preferência do morto para a sucessão dos seus bens e leva em conta os aspectos históricos da formação do núcleo familiar, mas, por óbvio, não atende as especificidades de cada pessoa.

Na ordem legal, sucedem os descendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro; na falta dos herdeiros, os ascendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro; na falta de descendentes e ascendentes, sucede o cônjuge ou companheiro; e, na falta deste, os parentes na linha colateral.

Na sucessão testamentária ou por disposição de última vontade, deve prevalecer a vontade do morto quanto ao destino dos bens e direitos que adquiriu

ao longo da vida, mas há restrições. Para que seja levado a efeito, é necessário um testamento elaborado conforme critérios legais.

A sucessão testamentária pode ser parcial, de modo que a pessoa pode destinar apenas uma parte do seu patrimônio via testamento, deixando o remanescente para a ser partilhado via sucessão legítima, sob os critérios da lei. Não deixando testamento ou se este não for considerado válido, aplica-se a sucessão legítima. Em inúmeras circunstâncias é comum a convivência da sucessão testamentária com a sucessão legítima.

Por outro lado, a sucessão total dos bens pela via testamentária, atendendo integralmente a vontade do morto, só é possível em nosso ordenamento jurídico na hipótese de não existirem herdeiros necessários, pois estes são destinatários da legítima ou da porção indisponível da herança.

Para que fique claro, parafraseando Flávio Tartuce^[9], herdeiros necessários são aqueles que têm a seu favor a proteção da legítima, composta por metade do patrimônio do autor da herança, que, necessariamente, deve destinar-se aos herdeiros necessários. Enquadram-se nessa condição os descendentes, os ascendentes e o cônjuge/companheiro (STF - informativo 864^[10]).

De outro lado, encontram-se os herdeiros facultativos ou não obrigatórios, que são justamente aqueles que não têm a proteção da legítima, podendo ser preteridos do testamento ou excluídos da herança por doação antecipada dos bens pelo autor da herança. Enquadram-se nessa categoria os parentes colaterais até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avós e sobrinho-netos).

Portanto, a sucessão por disposição de última vontade do morto, pode ter uma limitação severa se existirem herdeiros necessários. Nesse caso, a pessoa só poderá dispor em testamento da metade dos bens que adquiriu em vida.

Os herdeiros necessários terão, portanto, garantido ao menos metade da herança e só poderão ser excluídos da sucessão por decisão judicial em virtude de ato de indignidade ou deserdação, taxativamente expressos na lei.

Segundo Madaleno^[11], essa reserva de metade do *monte-mor* aos herdeiros necessários “encontra sua raiz na proteção dos interesses da família”, cita Caio Mário da Silva Pereira^[12]:

para assegurar a certos herdeiros proteção contra as influências da idade, das afeições mal dirigidas, e até paixões impuras que assaltam o disponente na quadra avançada de sua vida

Complementa o autor a reserva da legítima protege os herdeiros contra eventual arbítrio do testador e que o instituto se apoia no dever de alimentar (*officium pietatis* da legítima romana) e na solidariedade que deve existir entre os membros de uma família. Independente qual seja o grau de dependência, convivência e afeto entre os sucessores e o sucedido.

Madaleno, reiteradamente citado aqui, esclarece que a legítima hereditária não existe em todos os países e, mesmo nos locais onde está prevista, tem regras diferentes. No quadro abaixo a trago a síntese dessas diferenças:

PAÍS	ADOTA A LEGÍTIMA	PARTE INDISPONÍVEL
Brasil	Sim	1/2
Direito Islâmico	Sim	2/3
Inglaterra	Não	0
EUA	Não	0
Finlândia	SIM, mas apenas para os filhos e seus descendentes	2/3
França Holanda Luxemburgo	Sim, mas apenas para os filhos e seus descendentes	1/2

Cuba	Sim, mas só herdeiros com	1/2
China	dependência econômica	
Rússia		

Resta patente que a restrição na liberdade de testar em razão da legítima é uma tradição cultural e jurídica muito forte, existente em praticamente todos os países, em especial naqueles de tradição romano-germânica.

Talvez por isso, não é comum observar questionamentos ou movimentos no sentido de flexibilizar ou excluir a proteção da legítima em nossa legislação. Essa dívida do espólio para com os herdeiros necessários se sobrepõe com autoridade à autonomia da vontade e ao próprio direito de propriedade.

Também se revela inabalável frente às inúmeras transformações recentes no direito de família, tais como o reconhecimento da união homoafetiva, a equiparação de companheiro ao cônjuge, a multiparentalidade, paternidade socioafetiva e tantas outras novidades. Também não parece ser confrontado pelo individualismo cada vez mais crescente e a busca incessante pela ampliação das liberdades individuais.

É este cenário que motiva as reflexões deste texto. Sem qualquer pretensão de trazer respostas definitivas, questiona se em um sociedade que tanto avançou em aspectos culturais e sociais ainda subsistem os fundamentos da intangibilidade da legítima? Se o rigor da indisponibilidade dos bens do falecido ainda se justifica de forma tão genérica e abrangente?

2.1 A LEGÍTIMA E O CENÁRIO FAMILIAR ATUAL

É inegável que restrição à liberdade de testar e doar consagrada pelo instituto da legítima parte de uma presunção genérica e intervencionista do Estado segundo a qual o cidadão não sabe o que é melhor para si e para os seus familiares no que toca a distinção da sua propriedade após o seu padecimento.

Essa presunção também ignora aspectos individuais personalíssimos de cada entidade familiar, que assumem facetas cada vez mais variadas pelo estilo moderno de vida e pela nova dinâmica dos relacionamentos. A família tradicional não é mais

a mesma, ganhou contornos mais amplos, com a possibilidade de criação de vínculos de parentesco não biológicos, com o reconhecimento das uniões homoafetivas e com a chamada multiparentalidade.

Em um cenário tão diverso, a simplicidade com que é tratado o regramento da legítima limita muito o instituto, que se torna uma fonte inesgotável de conflitos judiciais. Sua generalidade também é muito questionável, pois reservar uma cota-parte dos bens do falecido a herdeiros que dele são dependentes faz algum sentido, atende ao esforço da criação do instituto, o *officium pietatis* (dever de prestar alimentos), mas perde toda a razão de ser quando os herdeiros são maiores e auto-suficientes.

A título de exemplo, uma pessoa afortunada, com herdeiros necessários, mas sem nenhum grau de dependência, não pode doar ou destinar em testamento mais de cinquenta por cento dos seus bens a uma causa social ou a outra pessoa, a quem julgue ser merecedora da sua fortuna.

Há um nítido preconceito velado, no sentido de que aquele que se aproxima da morte, não tem condições de reger o destino dos seus bens, que pode a qualquer momento ser vítima de circunstâncias que lhe façam abandonar os seus vínculos familiares.

Trata-se de uma limitação ao direito de propriedade injustificável que nos leva a questionar se de fato a norma atende ao seu propósito original. Se atinge, ocorre de forma muito restrita, pois, em geral, no Brasil ainda é raro a utilização do testamento para destinação da herança.

Na maioria absoluta dos inventários realizados no país, a sucessão legítima é utilizada e os bens do morto são partilhados conforme a vocação hereditária da lei, existindo ou não herdeiros necessários. Nessas hipóteses, a discussão sobre a legítima e a indisponibilidade parcial dos bens perde relevância.

Apesar de não existirem dados estáticos sobre essa questão, a experiência prática demonstra que são justamente as pessoas que não constituíram família, e que não possuem ascendentes vivos, as que se utilizam do testamento para legar

sua herança. Quanto existem herdeiros necessários, a opção mais frequente é o sucessões legítimas conforme os critérios da Lei.

Não por isso o tema perde relevância, a restrição à disposição do patrimônio imposta pela legítima induz à prática de fraudes e ou planejamentos sucessórios que visam para superar a indisponibilidade da lei. Boa parte dessas práticas acaba sendo objeto de batalhas judiciais intermináveis.

O público atingido é justamente aquele mais abastado, que utiliza do testamento para organizar a sua sucessão, mas encontra no instituto da legítima uma limitação intransponível sobre a disposição dos seus bens.

Mesmo que seus herdeiros necessários sejam capazes e independentes, a lei impõe que a eles seja reservada metade da herança, pouco importando se esta é a vontade do testador e se no seu conceito daquele que adquiriu os bens, os herdeiros fazem jus à herança.

Numa situação como a do exemplo acima, de que modo a família está sendo protegida pelo instituto da legítima/herdeiros necessários? Que pessoas ou bens estão sendo tutelados? Parece-me que não há qualquer fundamento nesse sentido, mas mera intervenção anacrônica do Estado na autonomia individual e no direito de propriedade.

O artigo 1.846 do Código Civil, que reserva aos herdeiros necessários metade da herança, não alcança o seu propósito teleológico de proteção da entidade familiar se não existe relação de dependência dos herdeiros necessários para com o autor da herança.

3. A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Não há como dissociar o direito de testar seus bens com a direito de propriedade e com a autonomia da vontade privada. O artigo 5º da Constituição Federal assegura como direito fundamental e inviolável a liberdade e a propriedade. Ao permitir que o cidadão destine seus bens para depois de sua morte, a legislação está tão somente consagrando a liberdade do indivíduo e o pleno exercício do direito de propriedade.

Anda na contramão destes preceitos a regra que limita a liberdade do indivíduo sobre a disposição dos seus bens, sobretudo por força de suas convicções pessoais, à pretexto de proteger a entidade familiar. Essa proteção não pode ser genérica, assim como não é o dever de prestar alimentos aos parentes.

A obrigação de prestar alimentos aos parentes existe, mas para sua consecução, exige-se o preenchimento do binômio possibilidade-necessidade, o que é totalmente ignorado no caso da legítima, que se impõe independente do fator necessidade do herdeiro.

A legítima não mais se justifica e representa uma violação à autodeterminação dos indivíduos e ao seu direito de propriedade, pois os seus fundamentos originais se perderam no transcorrer da história. A Raphael Furtado Carminate narra o contexto histórico da adoção da legítima em nosso ordenamento^[13]:

No Brasil Colônia, em que vigiam as Ordenações, a limitação à liberdade de dispor para depois da morte também era o único modo eficaz de se garantir aos familiares condições mínimas de sobrevivência após a morte de seu provedor, pois o país era essencialmente agrário, dependendo todos da terra para prover seu próprio sustento. A família brasileira do início da colonização se assemelhava, em muito, à família romana primitiva, até mesmo em termos religiosos, tendo o chefe de família no Brasil poder semelhante ao conferido ao pater romano.

No Brasil atual a terra deixou de ser a fonte única de sustento, as mulheres alcançaram o mercado de trabalho e a entidade familiar ganhou novos contornos. Nessa linha, o Estado cada vez mais vem reduzindo sua intervenção na relações familiares, acabou com instituto da separação judicial, reduziu a atuação do Ministério Público nas causas de família, permitiu a realização de inventários e divórcios em cartórios extrajudiciais entre outras medidas.

Porém, o instituto da legítima resiste incólume e confronta direitos e garantias fundamentais de liberdade e de propriedade à pretexto de proteção à família. Ignora, nesse contexto, a evolução social, o desenvolvimento da seguridade social, o aumento da expectativa de vida das pessoas e o dever de prestar alimentos, que deve suprir as necessidades básicas do alimentado e não a perpetuação do patrimônio como pretende a legítima em prol dos herdeiros necessários.

As situações especiais, em que os herdeiros em geral, por serem menores, incapazes ou idosos, dependem financeiramente do testador, deverão ser tratadas como tal, reservando o necessário a sua subsistência, ainda que não seja essa a vontade do testador, como já ocorre no direito Anglo-Saxão. Nesses casos, a legítima pode ser reconhecida, mas em razão da excepcionalidade do caso e na medida das necessidades, e não como regra geral com percentual fixo.

Não há razão plausível para limitar a liberdade dos indivíduos sobre o seu patrimônio em prol de pessoas plenamente capazes e não dependam da solidariedade dos parentes.

Por isso a defesa neste trabalho da não intervenção estatal gratuita e genérica sobre as liberdades individuais e patrimoniais dos indivíduos.

4. CONCLUSÃO

A intervenção da atual legislação sucessória na liberalidade individual do testador, não encontra espaço em nosso sistema constitucional. Em verdade, confronta-se com as garantias fundamentais de liberdade e da propriedade por impor aos indivíduos uma reserva do seu legado patrimonial. O pior, essa reserva é feita por mera presunção de que o Estado sabe como melhor gerir a herança que foi formada pelo esforço do particular do indivíduo.

Há um claro descompasso do regramento das sucessões com as normas constitucionais vigentes no que se refere ao instituto da legítima. A sociedade brasileira e suas famílias evoluíram, mas continua sendo aplicado o mesmo fundamento do direito romano para a sucessão dos herdeiros necessários, o que estimula a prática de fraudes ou, pior, a violação da vontade do morto.

Por tabu ou inconveniência política do debate, o tema é pouco abordado, por isso este trabalho se dedica a ele, com a humilde pretensão de despertar para sua irracionalidade no contexto atual. Não faz mais sentido a reserva de metade do patrimônio do testador a determinados herdeiros vocacionados por força de lei se esta não é a vontade daquele que amealhou.

Admite-se o debate se seria o caso de manter a reserva da legítima para os descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro incapazes, com a possibilidade dos demais de provar a condição de dependência financeira e pleitear a participar da herança ou alguma espécie de pensionamento.

Porém, em absoluto, é admissível conviver com o regime geral atual, pois presume a necessidade de todos os herdeiros necessários e com base nessa mera presunção, suplanta a garantias da liberdade individual e patrimonial do autor da herança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARMINATE, Raphael Furtado. Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo. Belo Horizonte, 2011.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL, Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de **1988**. BRASIL

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 878.694/MG. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, j. 10.05.217, informativo 864)

FILHO, Renato Giovanini. Limitações contemporâneas da legítima: acessado em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/limitacoes-contemporaneas-da-legitima-19072017>

GOMES, Frederico Barbosa. As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o estudo da autonomia no âmbito do Direito. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coordenadores) Direito Civil: Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: direito das sucessões. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. IV. p.22.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: v.6. Direito das Sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017; 11. ed. 2018.

NOTAS:

^[1] Recurso Extraordinário nº. 878.694/MG. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, j. 10.05.217, informativo 864)

^[2] <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/limitacoes-contemporaneas-da-legitima-19072017>

^[3] MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

^[4] MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

^[5] MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

^[6] MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

^[7] Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de **1988**. BRASIL

^[8] Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. BRASIL

^[9] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: v.6. Direito das Sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017; 11. ed. 2018.

^[10] Recurso Extraordinário nº. 878.694/MG. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, j. 10.05.217, informativo 864).

^[11] MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019.página 70.

^[12] citado por Madaleno: extraído da obra PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: direito das sucessões. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. IV. p.22.

^[13] CARMINATE, Raphael Furtado. Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo. Belo Horizonte, 2011.

DA AUTONOMIA FUNCIONAL, ADMINISTRATIVA E ORÇAMENTÁRIA ATRIBUÍDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 AOS PODERES E ÓRGÃOS/ENTES ESTATAIS, DESTITUÍDOS DE PERSONALIDADE JURÍDICA: RESPONSABILIDADE ATRELADA AO SEU PRÓPRIO ORÇAMENTO

PABLO HENRIQUE GARCETE SCHRADER:

Bacharel em Direito pela União da Associação Educacional Sul-Mato-Grossense Faculdades Integradas de Campo Grande (FIC-UNAES). Pós-graduado em Direito do Estado e das Relações Sociais pela UCDB/ESMAGIS (lato sensu). Pós-graduado (especialista) em Advocacia Pública pelo Instituto Para o Desenvolvimento Democrático – IDDE. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE-MS).

Introdução

Em prolegômenos, o presente artigo científico, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica, buscará abordar tema alusivo à autonomia (funcional, administrativa e orçamentária) atribuída pela Constituição Federal de 1988 aos órgãos/entes estatais destituídos de personalidade jurídica, tais como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, a Defensoria Pública, e aos Poderes Legislativo e Judiciário, especialmente no que toca à ampla responsabilidade (civil) pela prática de atos danosos ou ilícitos, cuja eventual condenação deva ser suportada pelos seus próprios e respectivos orçamentos.

Com efeito, ainda que eventual demanda judicial – nas hipóteses em que se discutir responsabilidade civil do Estado - tenha que ser aforada em face da União, Estados, DF ou Municípios, posto que estes possuem personalidade jurídica de direito público interno, restará demonstrado que - caso o ato ou o fato (danoso ou ilícito) pelo qual motivou eventual indenização ou condenação em juízo de um daqueles - o orçamento dos precitados órgãos/entes autônomos e Poderes estatais é que deverá arcar com tais pagamentos, sob pena de transformar o Tesouro Estadual ou Federal em um verdadeiro e inadmissível segurador universal, além de atribuir a obrigação (pagamento) a um ente que não praticou o dano, ou seja, sem o nexo causal imprescindível para tal mister, isentando erroneamente o ente/órgão que causou o dano de uma forma nada pedagógica, pois quem tem o bônus

(autonomia orçamentária) também deve ter o ônus (responsabilidade) para com seus próprios atos.

Assim sendo, apesar da brevidade exigida para o presente artigo, além de conceitos teóricos acerca de algumas questões (*v. g.*, funções ou poderes do Estado; responsabilidade civil do Estado; dano ou ato ilícito, Fazenda Pública, orçamento e autonomia, etc.), serão colacionados alguns casos práticos e concretos que ocorrem em ações judiciais que bem ilustram que o Tesouro Estadual ou Federal revela-se como um verdadeiro “segurador universal” para o pagamento de indenizações advindas de danos ou atos perpetrados por entidades que estão fora das funções do Executivo, cuja situação traduz – a mais não poder – uma total contradição ante a figura da autonomia constitucional.

Por derradeiro, serão sugeridas algumas soluções visando equacionar e afastar a precitada contradição, que afeta todo o sistema constitucional, porquanto a imputação de arcar-se com o pagamento de eventual condenação judicial ao orçamento do próprio órgão ou ente que causou o ato ou dano (ilícito) terá um efeito pedagógico vital para o restabelecimento da verdadeira autonomia, sobretudo se levar em consideração que o Tesouro – seja na esfera federal, seja no âmbito estadual – é destinado a fazer frente às políticas públicas escolhidas pelos governantes em áreas constitucionalmente delimitadas pela Carta Magna (tais como saúde, educação, segurança pública etc.), mas não para arcar com prejuízos ou danos perpetrados por órgãos ou entes autônomos que não integram o Executivo.

1 **Conceito de Estado**

É ressabido que o termo “Estado” alude a um povo situado em determinado território e sujeito a um governo, em cujo conceito despontam 3 (três) elementos[1], a saber:

“a) *povo* é a dimensão pessoal do Estado, o conjunto de indivíduos unidos para formação da vontade geral do Estado.

Povo não se confunde com *população*, conceito demográfico que significa contingente de pessoas que, em determinado momento, estão no território do Estado. É diferente também de *nação*, conceito que pressupõe uma ligação cultural entre os indivíduos;

b) *território* é a base geográfica do Estado, sua dimensão espacial; e

c) *governo* é a cúpula diretiva do Estado. Indispensável, também, realçar que o Estado organiza-se sob uma *ordem jurídica* que consiste no complexo de regras de direito cujo fundamento maior de validade é a Constituição”.

Já a “soberania” refere-se ao atributo estatal de não conhecer entidade superior na ordem externa, nem igual na ordem interna (Jean Bodin).

Antigamente muitos consideravam que governo era sinônimo de Estado, ou seja, a somatória dos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Todavia, hodiernamente, *governo*, em sentido subjetivo, é a cúpula diretiva do Estado, responsável pela condução dos altos interesses estatais e pelo poder político, e cuja composição pode ser modificada mediante eleições. No aspecto objetivo, governo é a atividade diretiva do Estado.

Ademais, ao aludir ao conceito de *Poder Público* em sentido orgânico ou subjetivo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto disse ser “o complexo de órgãos e funções, caracterizado pela coerção, destinado a assegurar uma ordem jurídica, em certa organização política considerada”[2]. Portanto, pode-se afirmar que o mencionado autor considera Poder Público, em sentido subjetivo, como sinônimo de Estado.

No caso do Brasil, foi adotada a forma federativa de Estado[3], bem como a forma republicana de governo e o sistema presidencialista de governo.

O artigo 1º, cabeça, da Constituição da República de 1988, preceitua que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, sendo que o *caput* de seu artigo 18 complementa, estabelecendo que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Cabe, ainda, ressaltar, consoante escólio de Alexandre de Moraes[4], que a atual Constituição Federal, objetivando evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito, cujos aspectos relevantes serão a seguir abordados.

2 Executivo, Legislativo e Judiciário: poderes ou funções do Estado?

Segundo Nuno Piçarra[5], em estudo detalhado sobre a falência da ideia de tripartição de poderes e sua substituição por uma teoria geral das funções estatais, tem-se que:

“A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “*Política*”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força público no interno,

para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estado, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal[6].”

O grande avanço trazido por Montesquieu à “tripartição de Poderes” foi no sentido de que tais funções do Estado (executiva, legislativa e judiciária) estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Ou seja, cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano, e cuja teoria surgiu em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americanas e francesas.

Tais atividades passaram a ser realizadas, independentemente, por cada órgão, surgindo, assim, o que se denominou teoria dos freios e contrapesos[7].

Nesse sentido, o E. Supremo Tribunal Federal tem avalizado a *teoria dos freios e contrapesos*, nos seguintes termos:

“Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado-Membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os ‘freios e contrapesos’ admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estrita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes (...).” (ADI 1.905-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.11.98, DJ, 05.11.2004).

“Os dispositivos impugnados contemplam a possibilidade de a Assembleia Legislativa capixaba convocar o Presidente do Tribunal de Justiça para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importante crime de responsabilidade a ausência injustificada desse Chefe de Poder. Ao fazê-lo, porém, o art. 57 da Constituição capixaba não seguiu o paradigma da Constituição Federal, extrapolando as fronteiras do esquema de freios e contrapesos – cuja aplicabilidade é sempre estrita ou materialmente inelástica – e maculando o Princípio da Separação de Poderes (...)” (ADI 2.911, rel. Min. Carlos Britto, j. 10.08.2006, DJ, 02.02.2007).

Ademais, não obstante o *Legislativo* tenha como função típica legislar; o *Executivo*, a prática de atos de chefia de Estado e de governo e atos de administração; e o *Judiciário*, a de julgar, dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei, ante as realidades sociais e históricas, passou-se a existir uma maior interpenetração entre os Poderes, de maneira que houve uma atenuação à teoria que pregava uma separação pura e absoluta deles.

Dessarte, além do exercício das precitadas funções típicas (predominantes), inerentes à sua natureza, cada órgão exerce, igualmente, outras duas funções atípicas (de natureza atípica dos outros dois órgãos). Assim, o Executivo, por exemplo, além de exercer uma função típica, ínsita à sua estrutura, exerce, também, uma função atípica de natureza legislativa e outra função atípica de natureza jurisdicional, não havendo se falar, no entanto, em ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário.

Lado outro, deve-se ter como imprecisa a utilização da expressão “tripartição de Poderes”, uma vez que o poder é uno e indivisível, ou seja, não se

triparte, e, apesar de um só, manifesta-se por meio de órgãos que exercem funções, como acima aludido.

E, consoante lição de Pedro Lenza[8]:

“(...) todos os atos praticados pelo Estado decorrem de um só Poder, uno e indivisível. Esses atos adquirem diversas formas, através do exercício das diversas funções pelos diferentes órgãos. Assim, o órgão legislativo exerce uma função típica, inerente à sua natureza, além de funções atípicas (...), ocorrendo o mesmo com os órgãos executivo e jurisdicional.”

Portanto, a fim de se fazer um uso técnico e adequado, o termo “separação de Poderes” deve ser evitado, bem como substituído pela expressão “funções de Estado”, a qual mais bem define as funções estatais originadas de um Poder uno e indivisível.

3 Da autonomia atribuída a determinados entes estatais pela CF/88

A Constituição de República de 1988, em seu Título IV, denominado de “Da Organização dos Poderes”, expressamente delimitou a estrutura, as competências e as atribuições concernentes ao Poder Legislativo (leia-se: função legislativa), nos artigos 44 a 75, ao Poder Executivo (leia-se: função executiva), nos artigos 76 a 91, e ao Poder Judiciário (leia-se: função jurisdicional), nos artigos 92 a 126.

Além do mais, dentro do mesmo título IV, inseriu o Capítulo IV, denominado “Das funções essenciais à justiça”, dentre as quais se inserem o Ministério Público (artigos 127 a 135), a Advocacia Pública (artigos 131 e 132), a Advocacia (art. 133) e a Defensoria Pública (artigos 134 e 135).

Como visto alhures, o artigo 2º da Constituição Federal apregoa que os Poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si. E, para tanto, lhes são asseguradas a respectiva autonomia administrativa, técnica, orçamentária e financeira, de maneira que para cada uma das funções é

estabelecido um orçamento dentro do qual cada uma delas irá exercer as atribuições definidas constitucionalmente.

Nos termos do artigo 165, incisos I, II e III, da CF/88[9], leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, não só dele próprio (Executivo), mas, também, dos demais poderes (Legislativo e Judiciário), cujos projetos de lei serão apreciados pelo Legislativo (CF, art. 166).

No mesmo sentido - além dos órgãos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, a Constituição Federal, no que toca ao Ministério Público e à Defensoria Pública, lhes atribuiu a autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de suas respectivas propostas orçamentárias, nos termos do disposto no art. 127, §§ 2º a 6º[10] e artigo 135, § 2º[11].

Sendo que o art. 168 da CF/88, dispondo acerca do repasse mensal dos respectivos orçamentos, determina que:

“Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º. **Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004**”

De tais dispositivos constitucionais, infere-se que o Ministério Público e a Defensoria Pública, conquanto não integrem nenhum dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), são consideradas instituições constitucionalmente autônomas, sobretudo para bem exercer e desempenhar com a devida independência as atribuições que a própria Lei Maior lhes incumbiu.

Ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, tem-se os Tribunais de Contas (vide artigos 71, *caput*[12], 73, *caput*[13], e 75[14]), cujas 3 (três)

instituições podem ser caracterizadas como órgãos públicos primários bastante peculiares dentro da estrutura organizacional brasileira, tal como bem definido por Alexandre Mazza[15]. Podem ser destacadas as seguintes características comuns a tais órgãos:

a) são *órgãos primários ou independentes*: a própria Constituição de 1998 disciplina a estrutura e atribuições das referidas instituições, não sujeitando a qualquer subordinação hierárquica ou funcional;

b) *não integram a Tripartição de Poderes*: os Tribunais de Contas, o Ministério Público e as Defensorias Públicas não pertencem à estrutura do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário;

c) são *destituídos de personalidade jurídica*: como todo órgão público, tais instituições não são pessoas jurídicas, mas integram a estrutura da Administração Direta da respectiva entidade federativa;

d) *gozam de capacidade processual*: embora desprovidos de personalidade jurídica autônoma, os referidos órgãos públicos possuem capacidade processual especial para atuar em mandado de segurança e *habeas data*. No caso do Ministério Público e das Defensorias Públicas, a capacidade processual é geral e irrestrita;

e) *mantêm relação jurídica direta com a entidade federativa*[16]: os Tribunais de Contas, o Ministério Público e as Defensorias Públicas vinculam-se diretamente com a respectiva entidade federativa, sem passar pelo filtro da Tripartição dos Poderes.

Por corolário lógico, observa-se que, além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (insertos os respectivos órgãos que os compõem), a própria Constituição Federal de 1988 erigiu como instituições autônomas e independentes daqueles os Tribunais de Contas, o Ministério Público e as Defensorias Públicas.

4 O significado da expressão Fazenda Pública

A expressão *Fazenda Pública* normalmente é utilizada para designar o Estado em juízo, isto é, as pessoas jurídicas governamentais quando figuram no polo ativo ou passivo de ações judiciais, assim como órgãos despersonalizados dotados de capacidade processual especial, segundo Mazza[17].

Outrossim, diante do (proto)princípio da *supremacia do interesse público sobre o privado*, a Lei (Federal) n.º 9.494/97 reconhece determinadas “prerrogativas especiais para a Fazenda Pública”, as quais somente são aplicadas às pessoas jurídicas de direito público.

Segundo anota Hely Lopes Meirelles:

“A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.”[18]

A expressão *Fazenda Pública* representa a *personificação* do Estado[19], abarcando as pessoas jurídicas de direito público.

Quando a legislação processual lança mão do termo *Fazenda Pública* está a referir-se à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e a suas respectivas autarquias e fundações, porquanto dita expressão identifica-se com as pessoas jurídicas de direito público.

Segundo o Decreto-lei n.º 200/67, em cujo diploma se teve a organização da Administração Pública no Brasil, extrai-se a divisão da Administração em direta e indireta. Integram a Administração direta os órgãos componentes dos entes federativos, a saber: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A par de tais pessoas jurídicas e dos órgãos que as integram, permite-se o surgimento de outras entidades administrativas, que compõem a Administração indireta: são as

autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Estas duas últimas – empresas públicas e sociedades de economia mista – revestem-se da natureza de pessoas jurídicas de direito privado, não integrando o conceito de Fazenda Pública. Já a autarquia constitui em pessoa jurídica de direito público, com personalidade jurídica própria e atribuições específicas da Administração Pública.

Também, segundo a jurisprudência atual[20], as fundações, conquanto detenham tal denominação, aquelas tidas como de direito público são criadas por lei para exercer atividades próprias do Estado, desincumbindo-se de atribuições descentralizadas dos serviços públicos e sendo geridas por recursos orçamentários, cuja situação as tornam equiparadas a autarquias, conforme entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha.[21]

Ao precitado rol de pessoas jurídicas de direito público, acrescem as *agências*, às quais se tem atribuído a natureza jurídica de *autarquias especiais*, significando dizer que tais agências se constituem de pessoas jurídicas de direito público, destinadas a desempenhar atividade pública.[22]

Consoante Leonardo Carneiro da Cunha[23], o conceito de Fazenda Pública abrange:

“(...) a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, sendo certo que as agências executivas ou reguladoras, sobre ostentarem o matiz de autarquias especiais, integram igualmente o conceito de Fazenda Pública.

Também, se revestem da natureza de pessoas jurídicas de direito público, integrando, portanto, o conceito de Fazenda Pública, as associações públicas (Código Civil, art. 41, IV), constituídas na forma da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005,

em razão da formação de consórcio público. Realmente, o consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. Constituído como associação pública, adquire personalidade jurídica de direito público, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções, integrando a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados.”

Por seu turno, embora integrem a Administração Pública indireta, por revestirem-se da condição de pessoas jurídicas de direito privado, a cujo regime estão subordinadas, as sociedades de economia mista e as empresas pública estão excluídas do conceito de Fazenda Pública.

Por arremate, o conceito de Fazenda Pública engloba:

- a) entidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios);
- b) órgãos públicos com capacidade processual especial (Ministério Público, Defensorias Públicas, Tribunais de Contas etc.);
- c) autarquias, fundações públicas, agências reguladoras, agências executivas e demais espécies do gênero autárquico;
- d) empresas estatais prestadoras de serviços públicos (exemplo: Correios e Metrô).

5 Responsabilidade civil do Estado prevista na Lei Maior de 1988

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 37, § 6º, disciplina a responsabilidade do Estado, nos seguintes termos:

“Art. 37. (...)

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a

terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Pode-se notar, inicialmente, que a Constituição de 1988 adotou, como regra, a *teoria objetiva* na modalidade do *risco administrativo*. Ou seja, significa que o pagamento da indenização prescinde de comprovação, pelo lesado ou ofendido, de culpa ou dolo (objetiva) e que existem exceções aos dever de indenizar (risco administrativo).

Desse modo, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos lastreia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Essa responsabilidade objetiva exige a concorrência dos seguintes requisitos: (i) ocorrência do dano; (ii) ação ou omissão administrativa; (iii) existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e (iv) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Quanto à responsabilidade civil do Poder Público, o Supremo Tribunal Federal afirma:

“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 houverem dado causa, por ação ou omissão. 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. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder

Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (*RTJ* 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (*RTJ* 55/503 – *RTJ* 71/99 – *RTJ* 91/377 – *RTJ* 99/1155 – *RTJ* 131/417).”

Na medida em que inexistem direitos absolutos, ainda que assegurados constitucionalmente, no mesmo diapasão, o princípio da responsabilidade objetiva do Poder Público não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (*RDA* 137/233 – *RTJ* 55/50).[24]

O constitucionalista Alexandre de Moraes, ao se debruçar a respeito da responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, § 6º do art. 37), apresentou as suas características básicas[25], senão vejamos:

“(i) as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa;

(ii) a obrigação de reparar danos patrimoniais decorre de responsabilidade civil objetiva. Se o Estado, por suas pessoas

jurídicas de direito público ou pelas de direito privado prestadoras de serviços públicos, causar danos ou prejuízos aos indivíduos, deverá reparar esse danos, indenizando-os independentemente de ter agido com dolo ou culpa;

(iii) os requisitos configuradores da responsabilidade civil do Estado são: ocorrência do dano;nexo causal entre o *eventus damni* e a ação ou omissão do agente público ou do prestador de serviço público; oficialidade da conduta lesiva; inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do Estado;

(iv) no Direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima;

(v) havendo culpa exclusiva da vítima, ficará excluída a responsabilidade do Estado. Entretanto, se a culpa for concorrente, a responsabilidade civil do Estado deverá ser mitigada, repartindo-se o *quantum* da indenização;

(vi) a responsabilidade civil do Estado não se confunde com as responsabilidades criminal e administrativa dos agentes públicos, por tratar-se de instancias independentes. Assim, a absolvição do servidor público no juízo criminal não afastará a responsabilidade civil do Estado se não ficar comprovada culpa exclusiva da vítima;

(vii) a indenização deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, o que deixou de ganhar em

consequência direta e imediata do ato lesivo do Poder Público, ou seja, deverá ser indenizada nos danos emergentes e nos lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária

e juros de mora, se houver atraso no pagamento. Além disso, nos termos do art. 5º, V, da Constituição Federal, será possível a indenização por danos morais;

(viii) a Constituição Federal prevê ação regressiva contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Demais, de acordo com a doutrina, para que o dano seja indenizável, necessário que sejam reunidas duas características: ser anormal e específico, excedente o limite do razoável.

Dano anormal é aquele que excede os inconvenientes naturais e esperados da vida em sociedade. Ou seja, vai além do mero aborrecimento. *Dano específico* é aquele que alcança destinatários determinados, isto é, atinge um indivíduo ou uma classe delimitada de indivíduos. Assim, presentes os 2 (dois) atributos, considera-se que o *dano é antijurídico*, produzindo-se o dever de pagamento de indenização pela Fazenda Pública.

Outrossim, para a configuração da responsabilidade estatal, *é irrelevante a licitude ou ilicitude do ato lesivo*, bastando que haja um prejuízo anormal e específico decorrente de ação ou omissão de agente público para que surja o dever de indenizar.

Em regra, os danos indenizáveis originam-se de condutas contrárias ao ordenamento jurídico. No entanto, existem situações em que a Administração Pública atua em conformidade com direito e, ainda assim, causa prejuízo indenizável, sendo estes últimos nominados de *danos decorrentes de atos lícitos* e que também produzem dever de indenizar.

Já com relação aos *danos por omissão do Estado*, Celso Antônio Bandeira de Mello[26] entende que, em casos tais, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, *verbis*:

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor da dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por *ilícito*, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.”

Dessarte, mostra-se correta a posição sustentada por Bandeira de Mello e pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, segundo os quais a responsabilidade do Estado é objetiva no caso de comportamento danoso comissivo e subjetiva no caso de comportamento omissivo.

Igualmente, cabível se mostra a responsabilidade civil do Estado, seja nas hipóteses nas quais foi produzido algum tipo de dano ou prejuízo a outrem, seja naquelas oriundas de ato ilícito ou lícito, os quais, de qualquer modo, ao contrariarem o ordenamento jurídico, ultrapassaram o campo da legalidade, passando, a partir de então, a ser passível de indenização estatal, desde que comprovado o nexo causal entre a ação ou omissão de agente público e o evento danoso/lesivo, bem assim não haja nenhuma excludente de ilicitude.

Nesse rumo, novamente esclarecedoras as lições de Bandeira de Mello:

"a) No caso de comportamentos *ilícitos* comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a *contrapartida do princípio da legalidade*. Porém, no caso de comportamentos ilícitos *comissivos*, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade*.

b) No caso de comportamentos *lícitos*, assim como na hipótese de danos *ligados a situação criada pelo Poder Público* – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso -, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito." [27]

Por conseguinte, *a responsabilidade civil do Estado* – tal como lançada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal – é *objetiva no que alude à conduta comissiva* - ou seja, prescinde da comprovação de culpa ou dolo do agente público causador do evento danoso - e *subjetiva no que toca a danos por omissão* - além do nexo causal entre a conduta ilícita ou danosa e o resultado, forçoso demonstrar-se a

culpa ou o dolo do agente público causador do dano. Ainda, a responsabilidade civil estatal *só restará afastada na hipótese na qual restar demonstrada a presença de uma das excludentes de responsabilidade*, tais como a culpa exclusiva da vítima, a força maior, o caso fortuito e o fato provocado por terceiro.

Lado outro, quanto à ação indenizatória, esta pode ser proposta pela vítima contra a pessoa jurídica a qual o agente público causador do dano pertence.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 327.904/SP, aos 15.8.2006, o Supremo Tribunal Federal passou a rejeitar a propositura de ação indenizatória *per saltum* diretamente contra o agente público. Desde então, o Supremo Tribunal Federal considera que a ação regressiva do Estado contra o agente público causador do dano constitui dupla garantia: a) em favor do Estado, que poderá recuperar o valor pago à vítima; b) em favor do agente público, no sentido de ele não poder ser acionado diretamente pela vítima para ressarcimento de prejuízo causado no exercício de função pública.

Esse novo entendimento da Suprema Corte afasta a possibilidade, anteriormente existente, de a vítima escolher se a ação indenizatória deve ser proposta contra o agente público, contra o Estado ou contra ambos em litisconsórcio passivo. Com isso, o agente público responde somente administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a que se vincula.

6 Repasse do duodécimo do Executivo para os Poderes Legislativo e Judiciário e para os entes/órgãos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas). Orçamento fiscal e vedações

Consoante visto acima, a Constituição Federal prevê, no artigo 168, que os recursos relativos às dotações orçamentárias destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 (vinte) de cada mês, em duodécimos.

Esta disposição reveste-se de significativa relevância em razão da garantia que propicia para a autonomia financeira dos Poderes (leia-se: funções) Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Com efeito, é fundamental que, para além da iniciativa na elaboração de sua própria proposta orçamentária, tenham aqueles órgãos a certeza de que os recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias lhes sejam entregues pelo Executivo.

Também prescreve a Lei Maior – artigo 169, § 1º, incisos I e II - que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreira, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (i) se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; e (ii) se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

O artigo 74 da CF/88 dispõe que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União.

O parágrafo quinto, incisos I a III, do art. 165, da CF/88 reza que a lei orçamentária anual compreenderá: (i) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; (ii) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e (iii) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta

ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

O parágrafo terceiro do artigo 166 apregoa que as emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem só podem ser aprovadas caso:

“I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) dotações para pessoal e seus encargos;

b) **serviço da dívida**;

c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III - sejam relacionadas:

a) com a correção de erros ou omissões; ou

b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.” [grifou-se]

Já o artigo 167, da CF, estabelece diversas vedações, destacando-se as alusivas à: (i) *realização de despesas* ou a assunção de obrigações diretas *que excedam os créditos orçamentários* ou adicionais (inciso II); (ii) *transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa* (inciso VI); (iii) *utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos*, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º (inciso VIII); e (iv) *transferência voluntária de recursos* e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, *pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista*,

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (inciso X).

Infere-se, dos dispositivos supratranscritos, que cada Poder/função do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e entes/órgãos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) detêm orçamento próprio, sendo, a todos eles, atribuída a iniciativa de lei para tal mister, de maneira que todas as receitas e despesas sejam englobadas na lei orçamentária anual de cada ente federado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Assim, cada um dos Poderes e cada entidade autônoma possuem orçamento próprio e independente para fazer frente a todas as atribuições e deveres que lhes foram impingidos pela Constituição Federal, razão pela qual é vedado a quaisquer dos Poderes, por meio de repasse de seu próprio orçamento, utilizar-se ou depender-se de verba que seja originada de orçamento estranho àquele que foi incorporado na lei orçamentária por outro Poder.

As obrigações e despesas de cada um (funções do Estado e órgãos autônomos) não podem exceder os créditos constantes do orçamento aprovado mediante lei, sob pena de quebra do princípio harmônico e independente que há de existir no sistema constitucional brasileiro, conforme assegurado no art. 2º, da CF/88.

Com efeito, a iniciativa do projeto de lei orçamentária a cada uma das funções estatais e órgãos autônomos assegurada pela Lei Maior visa justamente a salvaguardar possíveis e indevidas interferências que possam haver entre todos eles, fazendo com que cada ente elabore e cuide de seu próprio orçamento, dentro dos ônus e responsabilidades a eles atribuídos constitucionalmente.

Portanto, a despeito de o Executivo ser aquele poder que cuida de efetuar, mensalmente, em duodécimos, o repasse dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do

Ministério Público e da Defensoria Pública, não pode ser àquele atribuído a pecha de “segurador universal”.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 732/RJ, Relator o Min. Celso de Mello, DJ 21.8.92, ressaltou em sua ementa o seguinte:

“ [...] - O comando emergente da norma inscrita no art. 168 da Constituição Federal tem por destinatário específico o Poder Executivo, que está juridicamente obrigado a entregar, em consequência desse encargo constitucional, até o dia 20 de cada mês, ao Legislativo, ao Judiciário e ao Ministério Público, os recursos orçamentários, inclusive aqueles correspondentes aos créditos adicionais, que foram afetados, mediante lei, a esses órgãos estatais.

- A prerrogativa deferida ao Legislativo, ao Judiciário e ao Ministério Público pela regra consubstanciada no art. 168 da Lei Fundamental da República objetiva assegurar-lhes, em grau necessário, o essencial coeficiente de autonomia institucional.

-A “ratio” subjacente a essa norma de garantia radica-se no compromisso assumido pelo legislador constituinte de conferir às Instituições destinatárias do “favor constitutionis” o efetivo exercício do poder de autogoverno que irrecusavelmente lhes compete.”

A norma contida no precitado artigo 168 da CF/88 confere máxima expressão ao postulado que assegura a independência e a harmonia entre os Poderes do Estado, instituindo uma típica garantia assecuratória da autonomia financeira dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo e dos órgãos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas).

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, ao julgar o Mandado de Segurança n.º 21.291/AgRg, de que foi Relator, acentuou que:

“[...] a norma inscrita no art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público[28], um estado de subordinação financeira que comprometesse, pela gestão arbitrária do orçamento – ou, até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados –, a própria independência político-jurídica daquelas Instituições”.

Portanto, sem dispor de capacidade para livremente gerir e aplicar os recursos orçamentários vinculados ao custeio e à execução de suas atividades, os Poderes Legislativo e Judiciário e os órgãos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) nada poderão realizar.

Ante o exposto, levando em consideração tal quadro, não cabe ao Executivo, por meio de seu próprio orçamento, fazer frente às obrigações e responsabilidades que são devidas exclusivamente pelos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como pelo Ministério Público, Tribunal de Contas e Defensoria Pública, sob pena de ofensa ao sistema constitucional-orçamentário ora vigente.

Nesse tanto, o § 2º do art. 19 da Lei Complementar n.º 101/2000, que trata sobre a responsabilidade fiscal de todos os Poderes e órgãos autônomos brasileiros, apregoa que “observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20”, ou seja, sinaliza tal instrumento legal que cada Poder ou órgão autônomo deverá se responsabilizar pelo pagamento com despesas de pessoal decorrentes de sentenças judiciais, observado o limite de cada um deles previsto no precitado art. 20[29], a demonstrar a autonomia e independência dos respectivos orçamentos.

Infere-se, pois, de tal preceito legal, que, se dentro do orçamento do Estado há destinação específica de verba que deve ser encaminhada ao Legislativo, ao Judiciário, ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, nada mais justo e ético, aliado a uma interpretação sistemática, que, em caso de condenação judicial oriunda de atos ou danos que tenham sido causados por algum deles e prejudicados terceiros, os ônus da sucumbência sejam carreados ao orçamento do Poder ou órgão autônomo causador do evento danoso ou lesivo.

Desse modo, em respeito ao contribuinte – pagador de impostos –, escorreito seria que o juiz, na parte dispositiva da sentença, condene o Estado, porém especifique que a verba, para o referido pagamento, seja retirada da parte orçamentária destinado ao Poder ou órgão autônomo causador do dano, em respeito aos ditames da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 (artigos 19 e 20).

Por conseguinte, não se mostra justo que o Estado (na função executiva), por meio do Tesouro, tenha de retirar verbas de setores essenciais para a sociedade, tais como: educação, construção de creches e escolas, saneamento básico, transporte, segurança pública, habitação, iluminação pública, etc., a fim de responder por condenação judicial a qual não deu causa.

Pois, se a própria Constituição de 1988 atribuiu a todos os Poderes e a cada um dos órgãos despersonalizados (tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas) a devida autonomia técnica, financeira e orçamentária - incluindo a iniciativa de lei orçamentária -, descabe ao Poder Executivo responder por eventuais danos, erros e/ou atos ilícitos cometidos pelos demais poderes e órgãos autônomos a particulares, socorrendo-se de seu próprio orçamento, ou, ainda, o que seria muito pior, com verbas oriundas do Tesouro (Federal, Estadual ou Municipal), as quais não de ser destinadas, exclusivamente, para o custeio das políticas públicas estabelecidas constitucionalmente.

7 Responsabilidade civil que deve recair sobre o orçamento do ente estatal que praticou o ato considerado ilícito ou do qual advenha alguma responsabilidade civil

Em primeiro lugar, foi visto que a República Federativa do Brasil, como um Estado Federado, possui funções independentes e harmônicas entre si, quais sejam, executiva, legislativa e jurisdicional.

Segundo, a própria Lei Maior criou alguns entes/órgãos, que não integram nenhum das funções ou Poderes acima arrolados, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas.

Terceiro, tanto no primeiro grupo (das funções executiva, legislativa e jurisdicional) quanto no segundo (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) foi-lhes atribuída, pela CF/88, a autonomia técnica, financeira e orçamentária, incluindo, ainda, a competência para iniciativa de lei que regule o orçamento de cada função/poder ou ente/órgão despersonalizado.

Quarto, tem-se que os órgãos públicos com capacidade processual especial (Ministério Público, Defensorias Públicas e Tribunais de Contas) integram o conceito de Fazenda Pública.

Quinto, a responsabilidade civil do Estado é derivada de uma conduta (ilícita ou lícita) comissiva ou omissiva perpetrada por agente público, de um evento danoso e de um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, inexistente, ainda, qualquer hipótese de excludente de responsabilidade. No caso da responsabilidade comissiva, ela é de natureza objetiva (a vítima não necessita comprovar o dolo ou a culpa do agente público causador do dano); já, na óptica da responsabilidade omissiva, esta é subjetiva, isto é, além da conduta, do resultado e do nexo causal entre ambos, a vítima deve provar a ocorrência de dolo ou culpa do agente público provocador do evento danoso.

Sexto, cada função/poder estatal e cada órgão despersonalizado autônomo detêm competência para apresentar seu próprio orçamento, não podendo haver

ingerência de um sobre o outro, cuja situação torna descabida a figura do Executivo como *segurador universal* dos demais poderes e órgãos autônomos.

Pois bem. Assentadas tais premissas, tal como muito bem pontuado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer acerca da responsabilidade civil do Estado[30], tem-se que o Estado - mais precisamente na figura do Poder ou função Executivo(a) - não pode ser erigido em segurador universal dos demais poderes (Legislativo e Judiciário) e órgãos despersonalizados autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas), sob pena de quebra do princípio da separação e harmonia entre os poderes insculpido no art. 2º da CF/88.

Como é ressabido, qualquer pessoa que se sinta prejudicada ou vítima de algum ato danoso ou ilícito perpetrado por agente público pode ingressar em juízo com ação indenizatória em desfavor da pessoa jurídica de direito público à qual aquele pertença.

Por exemplo: na hipótese de um policial militar ser flagrado ao espancar uma pessoa que estava sendo por ele abordada, dando-lhe golpes violentos e provocando-lhes lesões e danos morais, caberá à vítima ingressar com ação indenizatória em juízo em face da pessoa jurídica de direito público a cujo quadro ele pertence (se for policial militar, a ação deve ser dirigida contra o Estado-membro onde esteja lotado o agressor; se for policial federal, a ação indenizatória é veiculada em face da União).

Lado outro, caso o dano ou ato ilícito ou lícito, mas que provoque prejuízo (material e/ou moral) a outrem, seja perpetrado ou pelo Legislativo, ou Judiciário, ou Ministério Público, ou Defensoria Pública ou, ainda, Tribunal de Contas, eventual demanda continua a ser aforada em face ou da União ou do Estado Membro ou Município respectivo, donde se originou a conduta lesiva.

No entanto, o pagamento de indenização, que demande dispêndio de verba pública, e cujo ato não tenha sido perpetrado pelo Executivo, deve ser arcado e imputado ao orçamento da função ou do órgão autônomo provocador do dano,

a afastar o pagamento pelo orçamento do Executivo, sob pena de transformar este último em *segurador universal* de todo o sistema constitucional.

Para tanto, seguem abaixo alguns casos concretos demandados em juízo para melhor esclarecer a questão posta no presente estudo, senão vejamos.

Por exemplo: um servidor do Poder Judiciário, titular de um determinado cargo público, devidamente aprovado em concurso público, que tenha suas atribuições arroladas na lei da carreira e que exija escolaridade de nível médio, ao depois, lhe é determinado que passe a executar funções distintas e estranhas (de nível superior) para o cargo que ele disponha, sob ordem de um magistrado/juiz, a atuar em verdadeiro desvio de função, sem, contudo, perceber a devida diferença remuneratória. Irresignado com tal situação, o servidor ingressa em juízo com uma ação declaratória de desvio de função c/c cobrança em face da União (no caso de Justiça Federal) ou do Estado (Justiça Estadual). Contestado o feito e produzidas as provas, sobrevém sentença condenatória, determinando que o ente estatal pague as devidas diferenças salariais dos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da demanda. Transitada em julgado a sentença, o pagamento far-se-á mediante expedição de precatório (CF, art. 100), cujo montante sairá do Tesouro Federal ou Estadual, e não do orçamento do Judiciário, apesar de o dano ter sido perpetrado por este último.

Em outro exemplo, o Ministério Público Estadual intenta uma ação civil pública em face de uma empresa privada, imputando-lhe dano ambiental ante um empreendimento, que, ainda que tenha recebido o devido licenciamento ambiental do órgão ambiental competente, segundo o *Parquet*, não observou a legislação ambiental e provocou danos de grande monta aos moradores localizado no entorno da área ocupada pela referida empresa. Pleiteia o embargo da obra, a paralisação do empreendimento e a condenação da empresa ao pagamento de indenização em favor do Fundo previsto na Lei n.º 7.347/85 (art. 13)[31]. Contestado o feito, tanto a empresa quanto o MP pugnaram pela realização de prova pericial para que fosse analisado, pelo *expert*, se houve, ou não, o dano ambiental e se o

empreendimento prejudica a população situada em seu entorno. Ao final da demanda, o magistrado julga improcedente o pedido veiculado pelo órgão ministerial, contudo, condena o Estado-membro (pessoa jurídica de direito público) do local onde o empreendimento está localizado para que efetue o pagamento dos honorários devidos ao perito judicial, após o trânsito em julgado da sentença, mediante expedição de precatório (CF, art. 100), de sorte que o orçamento do Ministério Público fica imune a tal condenação, não obstante o Estado – na sua função executiva - não tenha participado da lide, bem como não tendo dado causa a tal dano material.

N'outra hipótese, o Tribunal de Contas de um determinado Estado, ao alterar o sistema remuneratório de seus servidores, encaminha projeto de lei para aprovação do Legislativo, ante a autonomia que lhe foi conferida pela CF/88, incluindo, aí, iniciativa legislativa para alteração de remuneração de seus membros e servidores. Aprovado o projeto de lei, inúmeros servidores entendem haver sofrido indevida diminuição em sua remuneração, cuja situação mostra-se inconstitucional, ante a irredutibilidade de vencimentos prevista na própria Carta Magna. Assim, ingressam em juízo com ação declaratória c/c cobrança em face do Estado onde encontra-se sediado o Tribunal de Contas. Citado, o Estado, por meio de seus Procuradores, oferta defesa, pugnando pela improcedência da demanda. Sobrevinda sentença, a pretensão é acolhida pelo Judiciário, e, na parte dispositiva, o Estado é condenado ao pagamento das diferenças salariais a todos os autores que ingressaram em juízo, cujo adimplemento far-se-á mediante a expedição de precatório. Novamente, o orçamento do Tribunal de Contas não responderá por tal pagamento.

Em outro caso, especificamente no que toca à intimação do Estado quanto ao pagamento dos honorários advocatícios de defensor dativo, em casos nos quais o Juízo nomeia advogado particular ante a ausência de defensor público, tem-se que o art. 22, do Estatuto da OAB (Lei n.º 8.904/94), prevê que o advogado dativo, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade ou da inexistência de Defensoria Pública no local da prestação do

serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela da OAB, sendo pagos pelo Estado. Porém, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional de n.º 45/2004, a Defensoria Pública Estadual passou a ter assegurada sua autonomia funcional, administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º, da CF/88, conforme estabelece o § 2º do art. 135, da Lei Maior. Ademais, com a novel Emenda Constitucional n.º 80/2014, o art. 98, do Ato das Disposições Constitucional e Transitórias, passou a exigir a existência de Defensores Públicos Estaduais em todas as unidades jurisdicionais, no prazo de 8 anos, priorizando as regiões com maiores índices de exclusão social. Levando em consideração os fatos acima arrolados, tem-se que deva ser feita uma releitura do art. 22, da Lei n.º 8.906/94, principalmente com a entrada em vigor da EC n. 45/2004, que, ao acrescentar o § 2º ao art. 134, da CF/88, assegurou à Defensoria Pública Estadual a sua autonomia funcional, administrativa e de iniciativa de sua proposta orçamentária. Nesse norte, como a partir de tal marco constitucional, o Estado repassa mensalmente à Defensoria Pública Estadual o montante alusivo ao duodécimo, aprovado pelo Legislativo, e, ainda, considerando que o pagamento dos honorários de advogado dativo somente pode ser custeado caso inexista defensor público no local da prestação do serviço ou mediante a impossibilidade de comparecimento do mesmo, o pagamento dos honorários advocatícios dos advogados dativos nomeados em juízo deve ser feito pela própria Defensoria Pública, por meio de seu orçamento, visto que a obrigação constitucional de lotar defensores públicos é dirigida a tal instituição, e não mais ao Executivo.

Portanto, com relação à Defensoria Pública, conclui-se que o ônus alusivo ao pagamento dos defensores dativos deve a ela própria ser imputado, e não mais ao Estado, ante a autonomia daquela instituição, do orçamento que lhe é próprio e da sua obrigação de prover cargo de defensor público em todas as comarcas do Estado.

No mesmo sentido, com relação ao desvio funcional de servidores do Judiciário, o pagamento das diferenças salariais há de ser adimplido pelo próprio Judiciário, por meio de seu orçamento, ante a sua autonomia e diante de o dano haver sido perpetrado pelo próprio Poder (função).

Outrossim, no que concerne ao Ministério Público Estadual, o ônus referente ao pagamento dos honorários periciais deve ser dirigido ao próprio órgão ministerial, cuja verba sairá de seu próprio orçamento, diante de sua autonomia e, sobretudo, pelo fato de o Estado não ter sido parte na demanda, ajuizada unicamente pelo *Parquet*.

Com efeito, verifica-se, atualmente, que o Tesouro do Estado, seja no âmbito federal, seja na esfera estadual, tem sido utilizado para pagamentos de indenizações, valores, despesas processuais, reposições salariais etc., cujos danos ou atos (ilícitos) foram causados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, ou, ainda, pelos órgãos despersonalizados autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas), sem que o Executivo, contudo, tivesse dado causa a tais condenações.

Assim sendo, para afastar-se de vez a figura de segurador universal atrelada ao Executivo, forçoso se mostra que cada um dos Poderes e órgãos despersonalizados autônomos, tendo em vista a autonomia técnica, financeira e orçamentária a eles constitucionalmente atribuída, responda com seus próprios e respectivos orçamentos, quando em juízo restar comprovado que o dano ou o ato do qual se originou algum prejuízo a particular tenha sido por eles perpetrados, a despeito de a ação judicial haver sido aforada em face da União, ou do Estado ou do Município, consoante acima demonstrado.

Se o Executivo não pode ser erigido como segurador universal da sociedade, com muito mais razão também não o pode ser com relação aos demais poderes e órgãos autônomos, sob pena de a sociedade ser duplamente apenada. Ou seja, o Tesouro Estadual ou Federal é destinado para a manutenção da sociedade e das políticas públicas previstas na CF/88, tais como as áreas de saúde,

educação, segurança pública, direitos sociais etc., incumbindo ao Executivo administrá-lo dentro de suas possibilidades.

Dessa forma, a verba inserta no Tesouro não pode ter outra destinação senão para o que ora se aludiu, sob pena de a sociedade – por meio do orçamento destinado ao Executivo – ter que arcar com um novo pagamento, não em seu favor, mas para fazer frente a danos provocados por outros poderes e órgãos autônomos, não obstante estes já tenham orçamento próprio para tal mister.

Ao se manter o quadro atual, o sistema orçamentário-constitucional não “fecha”, porquanto os demais poderes e órgãos autônomos sempre terão como segurador universal o Poder Executivo, isto é, lhes serão dados “cheques em branco”, na medida em que, ainda que provoquem algum dano ou prejuízo a terceiros por atos praticados por seus próprios membros, seus orçamentos ficarão ilesos para adimplir condenações, pois cientes de que o Tesouro (estadual ou federal) “pagará a conta”.

Por corolário lógico, ainda que se tenha como certo que a União, o Estado ou o Município são as pessoas jurídicas de direito público a serem acionadas em juízo por particulares que se sintam prejudicados diante de dano ou ato ilícito causado ou pelo Judiciário, ou Legislativo, ou Ministério Público, ou Defensoria Pública, ou Tribunal de Contas – valendo ressaltar, nesse ponto, que estes últimos fazem parte do conceito de Fazenda Pública -, e o pagamento determinado pelo Judiciário seja realizado mediante a expedição de precatório, chega-se à conclusão que o montante a ser destinado para tal adimplemento deve ser retirado do orçamento do Poder ou do órgão autônomo causador do dano que originou a condenação estatal.

Nesse rumo de pensamento, o doutrinador Matos de Vasconcelos, citado por José Cretella Júnior[32], ao discorrer acerca da ação regressiva do Estado contra o agente, asseverou o seguinte:

“Infelizmente, não se tem levado a efeito esta *ação*, como fora de esperar. Temos ciência, apenas, da ação promovida pelo Ministério Público contra o ex-chefe de polícia do Distrito Federal, Marechal Fontoura, pela demissão ilegal de um comissário reintegrado, nada sabendo sobre a eficácia de seus resultados. No dia em que tal reparação se der, os direitos individuais serão melhor respeitados e o Tesouro deixará de sofrer prejuízos, as mais das vezes, perfeitamente evitáveis. Por essa forma, não se verá a avalanche de créditos votados pelo Poder Legislativo para pagamento, por força de sentença judiciária, assecuratória de direitos violados e em boa hora reparados pela Justiça. Personalize-se a *culpa*, faça-se por ela responder quem dela foi o causador e um novo estado de coisas se implantará com grande proveito para a moral pública. (Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo*, 1937, vol. 2, p. 510-511)”

Como se observa, a figura esdrúxula de segurador universal imputada ao Executivo provoca para o Estado como um todo a descompensação patrimonial negativa pelo pagamento do indevido, visto que o orçamento daquele serve de fonte para o adimplemento de condenações advindas de prejuízos causados pelos outros Poderes (Legislativo e Judiciário) e/ou pelos órgãos autônomos despersonalizados (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas), a despeito destes 2 (dois) últimos disporem de orçamento próprio.

Dessarte, quando do pagamento de tais condenações, o Executivo poderá, por ocasião do repasse dos duodécimos, compensar/descontar o montante alusivo ao respectivo pagamento, passando, a partir de então, a se ter um efeito pedagógico para com os demais Poderes e órgãos autônomos, livrando, de uma vez por todas, o Executivo da pecha indevida e inconstitucional de segurador universal.

Com efeito, visando evitar-se ato ilegal que possa ser eventualmente perpetrado pelo Executivo em dita ocasião, tem-se que tal desconto ou compensação deve estar determinado (a) na parte dispositiva de uma decisão judicial (sentença ou acórdão), na qual a autoridade judiciária, ao condenar a pessoa jurídica de direito público (União, Estado, Distrito Federal ou Município) ao pagamento de uma indenização ou montante em dinheiro, declare que o devido adimplemento, por meio da expedição de precatório, deve ser retirado do orçamento do Poder (função) ou órgão autônomo causador da condenação estatal.

Caso, porém, não seja feito tal desconto, onerar-se-á sobremaneira um Poder em detrimento do outro, em clara ingerência indireta dos Poderes Legislativo e Judiciário e órgãos autônomos no Poder Executivo, o qual também está adstrito aos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não se pode, assim, condenar o Estado (por meio do orçamento destinado ao Executivo) a ter que pagar eventual verba devida a um particular que deveria ser adimplida pelo Poder ou órgão autônomo causador do dano ou ato lesivo. Nada mais justo, portanto, que, no caso de hipotética condenação do Estado ou da União ou do Município em juízo, seja o valor desta descontado do repasse do duodécimo do Poder ou órgão autônomo causador do evento danoso, como previsto na mencionada Lei de responsabilidade fiscal, sob pena de afronta ao postulado da separação e harmonia entre os poderes, esculpido no art. 2º da Lei Maior.

A divisão orgânica dos Poderes é princípio fundamental estatuído na Constituição Federal, de maneira que, da mesma forma que é vedado ao Executivo exercer ingerência sobre os demais Poderes e órgãos autônomos, obrigando-os a cumprir as determinações previstas na legislação de direito orçamentário, não pode esse mesmo ente suportar os ônus decorrentes de eventual descumprimento dessas normas por essas instituições.

Essa independência e harmonia, estabelecidas pela Carta Magna, estariam sendo feridas, caso o valor a ser pago à vítima do dano em juízo tivesse que ser arcado pelo Poder Executivo – na hipótese o dano ou ato lesivo ter sido perpetrado pelos outros Poderes ou órgãos autônomos -, porque seria repassado o valor integral do duodécimo a estes últimos, sem que arcassem com a condenação a que deram causa, utilizando-se indevidamente do Tesouro para tal desiderato.

Considerações Finais

1. A República Federativa do Brasil, como um Estado Federado, possui funções independentes e harmônicas entre si, quais sejam, executiva, legislativa e jurisdicional.

2. A própria Lei Maior criou alguns entes/órgãos, que não integram nenhum das funções ou Poderes acima arrolados, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas.

3. Tanto no primeiro grupo (das funções executiva, legislativa e jurisdicional) quanto no segundo (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) foi-lhes atribuída, pela CF/88, a autonomia técnica, financeira e orçamentária, incluindo, ainda, a competência para iniciativa de lei que regule o orçamento de cada função/poder ou ente/órgão despersonalizado.

4. Tem-se que os órgãos públicos com capacidade processual especial (Ministério Público, Defensorias Públicas e Tribunais de Contas) integram o conceito de Fazenda Pública.

5. A responsabilidade civil do Estado é derivada de uma conduta (ilícita ou lícita) comissiva ou omissiva perpetrada por agente público, de um evento danoso e de um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, inexistente, ainda, qualquer hipótese de excludente de responsabilidade. No caso da responsabilidade comissiva, ela é de natureza objetiva (a vítima não necessita comprovar o dolo ou a culpa do agente público causador do dano); já, na óptica da responsabilidade omissiva, esta é subjetiva, isto é, além da conduta, do resultado e do nexo causal

entre ambos, a vítima deve provar a ocorrência de dolo ou culpa do agente público provocador do evento danoso.

6. Cada função/poder estatal e cada órgão despersonalizado autônomo detêm competência para apresentar seu próprio orçamento, não podendo haver ingerência de um sobre o outro, cuja situação torna descabida a figura do Executivo como segurador universal dos demais poderes e órgãos autônomos.

7. A fim de afastar-se de vez a figura de segurador universal atrelada ao Executivo, forçoso se mostra que cada um dos Poderes (Legislativo e Judiciário) e órgãos despersonalizados autônomos (Ministério Público Estadual, Defensoria Pública e Tribunal de Contas), tendo em vista a autonomia técnica, financeira e orçamentária a eles constitucionalmente atribuída, responda com seus próprios e respectivos orçamentos, quando em juízo restar comprovado que o dano ou o ato do qual se originou algum prejuízo a particular tenha sido por eles perpetrados, a despeito de a ação judicial haver sido aforada em face da União, ou do Estado ou do Município.

8. A verba inserta no Tesouro do Estado não pode ter outra destinação senão para o custeio das políticas públicas eleitas pelos governantes e cumprimento das obrigações e mandamentos constitucionais, sob pena de a sociedade – por meio do orçamento destinado ao Executivo – ter que arcar com um novo pagamento, não em seu favor, mas para fazer frente a danos provocados por outros poderes e órgãos autônomos, não obstante estes já tenham orçamento próprio para tal mister.

9. Ainda que se tenha como certo que a União, o Estado ou o Município são as pessoas jurídicas de direito público a serem acionadas em juízo por particulares que se sintam prejudicados diante de dano ou ato ilícito causado ou pelo Judiciário, ou Legislativo, ou Ministério Público, ou Defensoria Pública, ou Tribunal de Contas – valendo ressaltar, nesse ponto, que estes últimos fazem parte do conceito de Fazenda Pública -, e o pagamento determinado pelo Judiciário seja realizado

mediante a expedição de precatório, chega-se à conclusão que o montante a ser destinado para tal adimplemento deve ser retirado do orçamento do Poder ou do órgão autônomo causador do dano que originou a condenação estatal.

10. Quando do pagamento de tais condenações, o Executivo poderá, por ocasião do repasse dos duodécimos, compensar/descontar, do Poder (função) ou órgão autônomo causador do dano ou prejuízo, o montante alusivo ao respectivo pagamento, passando, a partir de então, a se ter um efeito pedagógico para com os demais Poderes e órgãos autônomos, sob pena de afronta ao postulado da separação e harmonia entre os poderes, esculpido no art. 2º da Lei Maior.

11. Visando evitar-se ato ilegal que possa ser eventualmente perpetrado pelo Executivo em dita ocasião, tem-se que tal desconto ou compensação deve estar determinado (a) na parte dispositiva de uma decisão judicial (sentença ou acórdão), na qual a autoridade judiciária, ao condenar a pessoa jurídica de direito público (União, Estado, Distrito Federal ou Município) ao pagamento de uma indenização ou montante em dinheiro, declare que o devido adimplemento, por meio da expedição de precatório, deve ser retirado do orçamento do Poder (função) ou órgão autônomo causador da condenação estatal, de forma a realçar a autonomia destes e o efeito pedagógico de tal medida.

Referências Bibliográficas

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed. 2ª tiragem, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Alexio e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOTAS:

[1] MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

[2] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 8.

[3] O artigo 1.º, *caput*, fala em "República Federativa do Brasil", sendo repetida tal expressão no art. 18, *caput*.

[4] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 423.

[5] *In A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 264).

[6] Art. 2.º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[7] "O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como **sistema de freios e contrapesos**. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas

espécies: ou são **atos gerais** ou são **especiais**. Os **atos gerais**, que só podem ser praticados pelo **poder legislativo**, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o **poder legislativo**, que só pratica atos gerais, **não atua concretamente na vida social**, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do **poder executivo**, por meio de **atos especiais**. O executivo dispõe de **meios concretos para agir**, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão **limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo**. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a **ação fiscalizadora do poder judiciário**, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência" (Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos da teoria geral do Estado*, p. 184-185) (o original não está "negrito").

[8] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 293.

[9] Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

[10] Art. 127 (...)

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º - O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[11] Art. 135 (...)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013)

[12] Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[13] Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

[14] Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

[15] *op. cit.*, p. 176.

[16] Trata-se de característica identificada pelo Ministro aposentado e ex-presidente do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto especificamente quanto ao Tribunal de Contas da União (*O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*, p. 3). Não há razão, contudo, para operar-se de modo diferente com o Ministério Público e as Defensorias Públicas.

[17] *op. cit.*, p. 55.

[18] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 ed. 2ª tiragem, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Alexio e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 590.

[19] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, n. 78, p. 179.

[20] "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FUNDAÇÃO DE SAÚDE INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO ATRAVÉS DE LEI. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA REGRA INSERTA NO ART. 188 DO CPC. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 16, I, DO CC. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Fundação instituída pelo poder público, através de lei, com fim de prestar assistência social à coletividade, exerce atividade eminentemente pública, pelo que não é regida pelo inciso I do art. 16 do CC. Trata-se, na verdade, de pessoa jurídica de direito público, fazendo jus às vantagens insertas no art. 188 do CPC. II - Recurso especial conhecido e provido." (REsp 148.521/PE, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/1998, DJ 14/09/1998, p. 45)

[21] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 16.

[22] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 391.

[23] *op. cit.*, p. 18.

[24] STF – 1ª T. – Rextr. Nº 109.615-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 ago. 1996, p. 25.785. No mesmo sentido: *Informativo STF* – Brasília, 15 a 19 abr. 1996 – n.º 27. RE 140.270-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 15-4-96.

[25] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 389-390.

[26] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 1002-1003.

[27] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 997. [28] Frise-se, por oportuno, que tal julgamento ocorreu anteriormente ao surgimento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que conferiu à Defensoria Pública a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, com o acréscimo do § 2º ao art. 134 da CF/88.

[29] Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional nº 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar; (Vide Decreto nº 3.917, de 2001)

d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II - na esfera estadual:

a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;

- b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
- c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;
- d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III - na esfera municipal:

a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

§ 1º Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera, os limites serão repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar.

§ 2º Para efeito deste artigo entende-se como órgão:

I - o Ministério Público;

II - no Poder Legislativo:

a) Federal, as respectivas Casas e o Tribunal de Contas da União;

b) Estadual, a Assembléia Legislativa e os Tribunais de Contas;

c) do Distrito Federal, a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal;

d) Municipal, a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

III - no Poder Judiciário:

a) Federal, os tribunais referidos no art. 92 da Constituição;

b) Estadual, o Tribunal de Justiça e outros, quando houver.

§ 3º Os limites para as despesas com pessoal do Poder Judiciário, a cargo da União por força do inciso XIII do art. 21 da Constituição, serão estabelecidos mediante aplicação da regra do § 1º.

§ 4º Nos Estados em que houver Tribunal de Contas dos Municípios, os percentuais definidos nas alíneas *a* e *c* do inciso II do *caput* serão, respectivamente, acrescidos e reduzidos em 0,4% (quatro décimos por cento).

§ 5º Para os fins previstos no art. 168 da Constituição, a entrega dos recursos financeiros correspondentes à despesa total com pessoal por Poder e órgão será a resultante da aplicação dos percentuais definidos neste artigo, ou aqueles fixados na lei de diretrizes orçamentárias.

[30] *op. cit.*, p. 1005.

[31] Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

§ 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.288, de 2010)

§ 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o **caput** e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

[32] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321.

O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO PRECEITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL À SEGURANÇA ALIMENTAR: UMA ANÁLISE DOS RÓTULOS ALIMENTÍCIOS E A NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO

ALINE APARECIDA DE MATOS: Nutricionista, Graduada nas Faculdades Integradas de Fernandópolis/SP em Dezembro de 2012. Especialista em Gestão de Serviços de Alimentação e Gastronomia pelo Centro Universitário de Rio Preto/SP em Dezembro de 2014. Nutricionista Clínica na Prefeitura Municipal de Aparecida D'Oeste/SP, desde Dezembro de 2013 até agora. Docente no curso de Nutrição do Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP, desde Agosto/2019 até agora. Graduada em Direito, pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP, com conclusão prevista para Dezembro/2019.

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA^[1]

(Orientador)

RESUMO^[2]: Nos dias atuais, as pessoas vêm sofrendo mudanças significativas no setor alimentício o qual foi impactado por diversos fatores: globalização, tecnologia e velocidade da informação. Desta forma, a tendência no padrão alimentar dos brasileiros, tem destacado o elevado consumo de ultraprocessados, acarretando crescente aumento no número de obesos, sobrepeso, doenças crônicas não transmissíveis e o sedentarismo. A questão de segurança alimentar deve ser observada por toda a coletividade, mas também o Estado deve assegurar proteção através dos princípios fundamentais elencados pela Constituição Federal. Os rótulos nutricionais atuais necessitam de uma atualização para que sejam compreendidos de forma apropriada, adequada, clara e precisa não ocasionando dúvidas ao consumidor, tendo como principal objetivo reduzir o excesso de informações técnicas propiciando mais segurança e clareza. Foi analisando esta necessidade de modo a efetivar o direito ao acesso à informação como preceito à segurança alimentar que justifica este ensaio. Para tanto, através da metodologia bibliográfica, observar-se-á os principais aspectos da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como os Órgãos responsáveis de fiscalização e controle

dos alimentos esclarecendo a importância para a população sobre estar ciente de seus direitos e ter acesso à informação, de forma adequada para efetivação do direito do consumidor.

Palavras chave: Segurança alimentar. Direito do consumidor. Rótulos nutricionais. Direito à informação.

ABSTRACT: Nowadays, people, who were affected by a number of factors, as globalization, technology and the information speed, has been undergoing significant changes in the food market. Therefore, the trend towards the Brazilians' dietary patterns has been emphasizing the high consumption of ultraprocessed, leading to a growing number of obese and overweight people, chronic non-communicable diseases and inactivity. The food safety issue must be respected by the entire community, as well as the State must ensure the protection through the fundamental principles listed in the Federal Constitution. Current nutrition labels are required updating in order to be properly, clearly and accurately understood, as well as not to cause doubts to the consumer and to have as main purpose to reduce the excess of technical information, providing more safety and clearness. Analyzing this necessity in order to accomplish the right to the access to information as a precept to food safety substantiates this essay. For this purpose, through the bibliographical methodology, we will analyze the main aspects of constitutional and infra-constitutional legislation, as well as the responsible bodies of inspection and control of food, clarifying the importance for the population about being aware of their rights and having suitable access to information for the enforcement of the consumer law.

Key words: Food safety. Consumer law. Nutritional labels. Right to information

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. Rotulagem no Brasil e impactos atuais. 3. Legislação competente. 4.Código de defesa do consumidor nas relações de consumo. 5. Princípios consagrados pelo código de defesa do consumidor: 5.1 Princípio da vulnerabilidade; 5.2 Princípio da proteção pelo estado; 5.3 Princípio da harmonização; 5.4 Princípio da precaução; 5.5Princípio da informação e transparência. 6. Influência da mídia na alimentação. 7.Atualização da rotulagem

nutricional. 8. Como outros países estão aderindo ao novo sistema de rotulagem. 9. Conclusão. 10. Referências. 11. Anexo: lista de abreviações e siglas.

1. INTRODUÇÃO

No cenário mundial atual podemos identificar que o ser humano está vivenciando mudanças complexas com relação ao fenômeno da globalização, tecnologia, alterações nos hábitos alimentares, costumes e com a velocidade da informação. Com isso os reflexos estão no crescente aumento no número de obesos, principalmente em âmbito infantil, sedentarismo e aparecimento de doenças crônicas não transmissíveis (DCNT) relacionadas ao estilo de vida.

Estudos sobre a tendência de alterações no padrão alimentar dos brasileiros nos últimos anos, tem destacado o elevado consumo de alimentos ultraprocessados, que possuem técnicas e processamentos avançados, tendo assim altos níveis de sal, açúcar, gorduras, realçadores de sabor, acentuando a palatabilidade ou aceitação pelo paladar, causando uma espécie de dependência através do paladar, diminuindo os sinais fisiológicos de fome e saciedade, gerando e provocando um consumo excessivo e despercebido de calorias, açúcar e gorduras. Além disso, esses alimentos ultraprocessados possuem níveis irrisórios de micronutrientes (vitaminas, sais minerais, fibras) atingindo negativamente ao aparecimento de DCNT.

Foi pensando e analisando todas essas pesquisas, que o Brasil foi um dos primeiros países a adotar a rotulagem nutricional obrigatória. Com ela é possível descobrir quais alimentos estamos ingerindo, suas características, seus componentes, quantidades e qualidades. Esta medida ainda possibilitou que o consumidor pudesse fazer escolhas mais saudáveis e conscientes, buscando melhorar os hábitos alimentares e conseqüentemente diminuir os números de doenças causadas por esses fatores.

Só que com o passar dos anos as expectativas e necessidades da população foram mudando, fazendo com o modelo de rotulagem dos alimentos usado nos dias de hoje precise ser atualizado e que continue oferecendo informações básicas

de segurança alimentar, saúde, livre escolha, informação de modo descomplicado, fazendo com que as pessoas tenham interesse de conhecer o que estão consumindo.

Na realidade, o interesse pela leitura e interpretação dos rótulos alimentícios é realizada por uma pequena parcela da população, sendo mais explorada por mulheres jovens, que se preocupam na saúde, alimentação saudável e dietas.

Nesta análise de atualização do modelo de informação nutricional, salienta-se que a alimentação adequada e saudável é um direito fundamental do ser humano, destacada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º e ainda na Lei 11.346/2006 que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, para assegurar o direito humano à alimentação adequada.

Uma das possibilidades de realização do direito humano à alimentação adequada é a informação ao consumidor de maneira clara e eficiente, apresentando verdadeiramente o que ele come. A rotulagem é sem dúvida, o meio recomendado para esta finalidade, mas que necessita de transformações podendo atingir todos os grupos de pessoas, tais como: crianças, jovens, adultos, idosos, obtendo assim, êxito na compra e o consumo de alimentos que podem contribuir de forma positiva na saúde dos brasileiros.

Com o objetivo de facilitar o direito ao acesso de informações nos rótulos de produtos alimentícios, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) vem coordenando o processo administrativo que almeja a regulação da matéria.

O propósito deste novo modelo de rotulagem é a transparência das informações elencada como determinantes para compreensão nos diversos grupos e ciclos da vida, de forma que apresente clareza e segurança acerca das condições e características do produto para o consumidor.

Considerando que o consumo de produtos industrializados é de milhares de toneladas por dia, o direito à informação adequada e clara sob cada produto está sendo violado, conforme assegura o Art. 6º do Código de Defesa do

Consumidor e que através deste artigo podemos explicar mais sobre este tema complexo e relevante para a população.

2. ROTULAGEM NO BRASIL E IMPACTOS ATUAIS

À medida que os anos foram avançando houve alterações no padrão alimentar do brasileiro e sobretudo na crescente oferta de produtos pela indústria alimentícia. As primeiras regulamentações de rotulagem surgiram há cerca de 15 (quinze) anos e tratavam de normas de rotulagem geral de alimentos embalados.

Neste período aumentou-se a variedade de alimentos industrializados oferecidos ao consumidor, bem como a diversidade dos componentes de cada produto com elevadas quantidades de sódio, açúcar e gorduras.

Observando ainda este período, em um Relatório Preliminar de Análise de Impacto Regulatório sobre Rotulagem Nutricional, divulgado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) no mês de maio de 2018, pesquisas populacionais indicaram que, entre 1974 e 2013 a prevalência de excesso de peso entre os adultos mais que dobrou, resultando nos homens de 18,5 para 57,3% e, entre as mulheres de 28,7 para 59,8%, atingindo 82 milhões de indivíduos. No caso da obesidade a prevalência de crescimento entre os homens aumentou seis vezes, saltando de 2,8 para 17,5% e nas mulheres a o índice triplicou, alterando-se de 8 para 25,2%, neste período. Essas condições também acometem em uma parcela significativa da população infantil que apresentou que 33,5% das crianças entre cinco e nove anos têm excesso de peso e 14,3% já estão obesos. Entre os adolescentes, os indicadores são de 20,5 e 4,9%, respectivamente.

Foi com base nestes dados que se iniciou uma discussão sobre a necessidade de alteração do sistema de rotulagem no Brasil, iniciado em 2014 com a formação de um conjunto de órgãos e instituições, através de uma portaria do Ministério da Saúde sob o nº 949 de 04 de Junho de 2014. No intervalo entre 2014 e 2016, estas entidades se reuniram para discutir e identificar falhas, trazer inovações com propostas regulatórias que podem impactar nos índices de excesso de peso e obesidade conforme já visto.

Nestes encontros foram apresentadas as dificuldades dos consumidores como: o formato da informação, a incompreensibilidade, tamanho de letra, localização inadequada de informações importantes, como o teor nutricional dos principais nutrientes, linguagem técnica e ainda sobre o formato pouco atrativo (ASBRAN, 2017).

Outro ponto que causa dúvida e confusão no leitor é na tabela de composição baseada em porções, já que assim se torna complexo e obscuro a comparação com medidas caseiras dos alimentos.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) realizou estudos do tema, se baseando em modelos internacionais que podem auxiliar na compreensão e possível preferência por alimentos saudáveis, promovendo a saúde, a promoção de uma alimentação saudável e adequada. O objetivo da mudança do sistema atual empregado nos rótulos é reduzir o excesso de informações técnicas propiciando mais segurança e clareza para os consumidores.

3. LEGISLAÇÃO COMPETENTE

No que compete a este tema, temos um importante direito a ser lembrado e que foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 em seu Art. 5º, XIV, que trata sobre o direito da coletividade ao acesso à informação resguardando, não obstante, o sigilo da fonte quando este necessário ao exercício profissional, e da mesma maneira, que todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo, informações que necessitam ser prestadas no prazo da lei, salvo as quais o sigilo seja indispensável diante da sociedade e dos Estado (art. 5º, XXXIII, CF/88).

Conforme mencionado, merece ênfase o direito à informação, conceituado com direito fundamental, abordado na Carta Magna (Art. 5º inc. XIV da CF/88). Diante disso, temos o direito à informação como fator primordial para efetivação do direito do consumidor.

Em contrapartida, encontra-se como direito constitucional fundamental, a segurança alimentar, expresso nitidamente relacionado ao direito à vida e à saúde

e também quanto aos direitos sociais, como a alimentação, mencionado no Art. 6º, *caput*, da Constituição Federal.

Na legislação infraconstitucional temos uma Lei Específica 11.346/2006, em que foi criado o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, visando assegurar o direito humano a alimentação adequada, vejamos:

Art. 2º: A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

Entende-se, portanto, que para se ter a manutenção de todos em vida, é necessário o acesso à alimentação adequada, visto como um direito inerente ao ser humano. Deste modo, para a aquisição de alimentos é imprescindível que seja completamente preservado o direito às informações apresentadas em cada produto.

No que concerne a proteção do consumidor, tendo conexão com a segurança alimentar, a Constituição Federal de 1988, reportou-se no Art. 5º, inciso XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” integrado ademais, aos princípios da ordem econômica e financeira em seu inciso V, Art. 170º, CF/88, que declara que a defesa do consumidor tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, previsto no *caput*.

Está ainda especificado na Lei 11.346/2006 em seu Art. 4º: “A segurança alimentar e nutricional abrange: V – a produção de conhecimento e o acesso à informação”, comprovando a importância para este assunto.

Tendo por função fiscalizar e inspecionar alimentos, analisando o teor nutricional, como destacado no Art. 200, CF/88, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, divulgou um Relatório Preliminar de Análise de Impacto Regulatório, sobre as mudanças nas regras para a rotulagem nutricional, tanto na

tabela nutricional como na rotulagem frontal. O relatório foi submetido a Tomada Pública de Subsídios, que é um mecanismo de consulta, aberto ao público, para coletar informações para o estudo.

O principal problema do modelo utilizado atualmente é a dificuldade de compreensão e utilização da rotulagem nutricional pelos consumidores brasileiros, foi analisado que dentre os motivos, destaca-se: a) o baixo nível de educação e conhecimento sobre tabela nutricionais; b) as confusões sobre a qualidade apresentada no rótulo; c) a dificuldade de visualização, leitura, entendimento da tabela, principalmente por idosos e crianças, e d) autenticidade das informações (ANDRADE, 2018).

Não há um consenso científico ainda, sobre qual modelo regulatório seria mais efetivo para amenizar os problemas relacionados à saúde pública, como as Doenças Crônicas Não Transmissíveis – DCNT, que tem impacto direto nas ações de segurança alimentar.

O novo modelo busca sanar as principais falhas vistas, garantindo o amplo acesso às informações sobre o produto ao consumidor, proporcionando o entendimento acerca dos componentes nutricionais para que desta forma, não haja incertezas, assegurando o direito de escolha.

4. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O conhecimento dos direitos e deveres dos cidadãos faz parte da concepção do conceito de cidadania. Para ser um cidadão é necessário conhecer e exigir seus direitos, cumprindo desta forma com suas obrigações. A definição de cidadania está atrelada à ideia de que cada pessoa pode exercer livremente suas escolhas, com a garantia de obter tratamento igualitário perante a sociedade e do Poder Público.

Na atualidade, o consumo de produtos e serviços se tornou uma necessidade básica e vital. Na sociedade moderna, boa parte dos gêneros alimentícios, fornecimento de energia elétrica, serviços de telefonia, internet, vestuário, transporte e até água, são ofertados aos consumidores mediante pagamento e sob condições impostas pelos fornecedores, de tal forma, que

impossibilite uma escolha livre, segura e consciente pelos consumidores. As empresas utilizam-se ainda de desenvolvidas técnicas de *marketing*, criando uma situação de necessidade de determinado produto/serviço salientando o consumo em massa (MOURA; BESSA, 2014).

Levando em consideração que estes produtos/serviços se tornaram necessários para a sobrevivência, o consumidor se vê como condicionado a aceitar ou não aceitar; confiar ou não, nas disposições relatadas pelos fornecedores. Nesse contexto, aquele que produz é detentor de conhecimento e informações acerca do produto que é oferecido no mercado consumerista.

Diante dos flagrantes evidenciados pela ausência de informações claras, adequadas e suficientes ao consumidor e ainda sobre os riscos que o produto/serviço pode causar à saúde da coletividade, viu-se a necessidade de abordagem de uma Lei Específica para estas situações.

No ordenamento jurídico, a Constituição Federal do Brasil constituiu em sua tutela direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano, previsto no Art. 5º, XXXII, e ainda como exposto ao princípio geral da ordem econômica demonstrado no Art. 170º, V.

Dois anos, após a publicação da Carta Magna, sentiu-se a necessidade de elaboração de uma Lei Especial, com disposições para proteção e defesa do Consumidor, através da Lei 8.078/1990, visando tutelar por imposição constitucional, o consumidor, vigente até os dias atuais.

Esta norma trata de um microsistema de proteção e defesa do consumidor, que pode ser uma pessoa física ou jurídica, ou uma coletividade determinada ou não, com regras e princípios próprios. Percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor possui um posicionamento relevante dentro do ordenamento jurídico, sendo, uma norma supralegal com uma malha principiológica própria, e que em eventual conflito de normas, sempre deve ser aplicada aquela que mais protege o vulnerável da relação de consumo (CARVALHO, 2013).

Torna-se fundamental um estudo acerca dos principais princípios essenciais que devem fazer parte da relação de consumo para que os consumidores tenham

acesso às informações pertinentes ao produto que deve oferecer segurança, qualidade, não apresentando riscos à saúde, de livre escolha, permitindo assim, um consumo consciente e protegido.

5. PRINCÍPIOS CONSAGRADOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A palavra princípio vem do latim *principium* ou *principiu* e tem como significado o início, fundamento, origem. De acordo com as normas do direito e da justiça, os princípios são preceitos inquestionáveis, que apontam como a sociedade deve se relacionar, ou seja, os princípios jurídicos são fundamentais para que haja interpretação e aplicação de leis. Através dos princípios é possível sustentar a resposta adequada para cada caso concreto.

Neste trabalho vamos analisar os mais relevantes princípios do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, para que assim possamos ter uma verdadeira relação de consumo, de modo que o consumidor, sendo a parte mais fraca da relação, não seja prejudicado.

5.1 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

Trata-se de princípio norteador do direito do consumidor, previsto no artigo 4º, I, do CDC, que reconhece a existência e aplicação do direito do consumidor nas relações de consumo, ou seja, os conflitos entre fornecedores e consumidores.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios; I- reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Neste é possível identificar que é necessário amparar o consumidor que é a parte mais frágil, pois as relações de consumo são desiguais entre detentores e

consumidores. Esta parte necessita de proteção especial para que haja o reequilíbrio do vínculo gerado entre eles.

É pertinente enfatizar que o reconhecimento do consumidor como parte mais fraca, ocorreu de acordo com a Resolução da ONU 39/248 de 1985, a qual mencionou em seu Art. 1º, ocorrendo, portanto, certificação universal (FERRARI, TAKEY, 2014).

Para Fernando Noronha (1997,p.17)

O princípio da vulnerabilidade do consumidor é o mais importante dos já referidos, até por ser ele que justifica o especial relevo daqueles, no âmbito do Direito do Consumidor. Com ele pretende-se significar que, nas relações entre fornecedores e consumidores, estes são “partes fracas” (mas não necessariamente hipossuficientes), correndo sempre risco de serem afetados jurídica e economicamente, em consequência de vários fatores. É este princípio que verdadeiramente confere características específicas ao Direito do Consumidor, podendo justificadamente ser considerado o grande princípio informador deste ramo do direito.

O consumismo cada vez mais crescente no Brasil, isso se deve ao fato de que as empresas fornecedoras e/ou detentoras de produtos influenciem a compra de forma desordenada, demonstrando que tal produto é indispensável para a vivência, fazendo com que o consumidor adquira produtos ou serviços sem a necessidade e estimulados pela ansiedade.

As compras se tornaram um meio de libertar o estresse enraizado no dia a dia da sociedade, por isso, é necessária a intervenção do Estado (Art.4º, II, CDC), para o consumidor esteja protegido das estratégias de manipulação realizadas pelas empresas.

5.2 Princípio da Proteção pelo Estado

A intervenção estatal se faz necessária a fim de haver o equilíbrio das relações de consumo, que como já comentadas acima, são desiguais. Como citado

em nossa Carta Magna através do Art. 5º, XXXII, da Constituição Federal: "...o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Deste modo, podemos compreender que o Estado tem o dever de tutelar sobre os direitos dos consumidores, que poderá ser realizada de diversas formas, de acordo com o Art. 4º, II, CDC:

- a) por iniciativa direta, como por exemplo, com a instituição do Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon), representada por uma fundação organizacional responsável por ajudar a mediar os conflitos entre os consumidores e os fornecedores de produtos e serviços.
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas, como o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec);
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo, citando como exemplo: produzindo e fornecendo medicamentos;
- d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, a título de exemplo o caso do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), que foi a primeira agência reguladora do Brasil.

Com isso, foi possível a compreensão da importância do Estado nas relações de consumo e que isto está ligada a outro princípio relevante, boa fé e equilíbrio.

5.3 Princípio da Harmonização

Este está descrito no Art. 4º, III, CDC, que trata da boa-fé objetiva e o equilíbrio no vínculo entre fornecedor e consumidor. A boa-fé baseia-se nas regras de condutas representadas por deveres, já que, o fornecedor detém o monopólio dos meios de produção e do outro lado fica o consumidor – que é a parte mais vulnerável. Desta forma, o CDC impôs deveres ao fornecedor e direitos ao consumidor, fazendo com que as cláusulas contratuais sejam interpretadas de forma mais benéfica, elencados no Art. 47º, CDC.

Ante o exposto, significa que as partes devem proceder com probidade, lealdade, solidariedade e cooperação nas relações, isso trata-se de regra de conduta, de dever permanente entre as partes (MIRANDA, 2017).

5.4 Princípio da Precaução

A precaução é com a ideia de que o fornecedor aja cautelosamente, para evitar riscos desnecessários e desconhecidos envolvendo produtos e serviços, zelando assim pela saúde, prevenção de doenças, almejando a proteção e segurança do consumidor, como mencionado no artigo 8º, *caput*, CDC.

Se de alguma forma, o produto e/ou serviço apresentar algum risco, o mesmo deve estar descrito na embalagem de forma que seja fácil a identificação. Por exemplo, um diabético precisa reconhecer se aquele produto tem quantidades de açúcar, para isso, no rótulo deve-se especificar: "Produto não indicado para diabéticos", de acordo com o Artigo 31º, CDC.

Isso também acontece com produtos perigosos e nocivos, podendo comprometer à saúde dos consumidores e/ou da coletividade, conforme explícito no artigo 6º, I, CDC.

5.5 Princípio da Informação e Transparência

No Código de Defesa do Consumidor, podemos encontrar os princípios da informação e transparência atuando de maneira conjunta nas relações de consumo.

Pelo princípio da informação e transparência positivados nos Art. 4º, *caput*, 6º, III, 8º, *caput*, 31,37, § 3º, 46 e 54, §§ 3º e 4º do Código de Defesa do Consumidor, é assegurado ao consumidor que o fornecedor informe efetivamente todas as informações fundamentais de maneira clara, correta e precisa a fim de que se possa realizar a escolha de consumir/adquirir ou não determinado produto e/ou serviço. Para isso, não basta as empresas abster-se de falsear a verdade, eles têm o papel de transmitir informações que possam impactar na decisão do consumidor e não ocasionar dúvidas sobre o produto/serviço.

De acordo com Cláudia Lima MARQUES, "Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4.º, *caput*, do CDC, o da Transparência. A ideia central é possibilitar uma

aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.”

O princípio da transparência foi considerado como uma inovação no sistema jurídico brasileiro, pois a parte mais forte da relação deve demonstrar as características completas de seus produtos, demonstrando sua idoneidade e tendo ligação direta com o princípio da boa fé.

A matéria sobre informação tornou-se vital em qualquer atividade humana, seja de matéria contratual ou não. O mercado consumerista transformou o consumidor que hoje tende a ser mais exigente e preocupado com a saúde, desejando compreender que tal produto possa trazer de riscos à saúde ou não.

O direito à informação é uma garantia constitucional, com caráter de cláusula pétrea e que todos os indivíduos têm o direito de informação perante a Constituição Federal, mencionado no Art. 5º, XIV, CF/88.

Tamanha é a importância das informações atrelada na oferta e na publicidade, que os artigos 30 e 35 do CDC esclarecem que aquilo que foi apresentado ao consumidor sobressai sobre qualquer contrato escrito, seja ainda no que concerne à qualidade ou à quantidade.

Por isso, em meio aos artigos contidos na Lei nº 8.078/1990, em especial aos relacionados com a segurança alimentar, cabe os que se destacam ao princípio da informação e transparência, conforme destacado no Art.6º, I e III, CDC.

[...] são direitos básicos do consumidor a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; **a informação adequada e clara** sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade,

tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. (grifos nossos)

E ainda em meio a esta compreensão, temos a matéria disposta no art. 8º, que assim traduz, *in verbis*:

[...] os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, **obrigando-se os fornecedores**, em qualquer hipótese, **a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito**. (grifos nossos)

Tratando-se na seara de segurança alimentar temos a concretização do citado direito a informação através da rotulagem nutricional que deve ser apropriada, clara, completa, precisa, compreensível a todos, tendo em vista que esses aspectos são indispensáveis para a escolha livre do consumidor, visto que, através da rotulagem temos as informações do produto, bem como sua publicidade, causando uma espécie de comunicação na relação de consumo.

A rotulagem tem função de proteger os consumidores de declarações abusivas ou infundadas que possam induzi-lo ao equívoco.

É por intermédio da rotulagem que podemos explorar os componentes nutricionais utilizados no campo de produção, permitindo uma decisão fundamentada e convicta dos consumidores, permitindo o seu consumo protegido, de maneira positivada neste aspecto, temos o artigo 31, *caput*, CDC, *in verbis*:

A oferta e apresentação de produtos ou serviços **devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas** e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (grifos nossos)

Com isso, é notável que o sistema atual de rotulagem nutricional é falho, pois as informações obtidas nos rótulos causam dúvidas, com letras pequenas, dificultando a leitura, com a utilização de termos técnicos empregados em local inapropriado, de modo que os componentes do produto não chamem a devida atenção de quem os consome. A falta de entendimento é um fator limitante que tem relação direta na seleção e compra dos alimentos.

No que concerne à segurança alimentar no Brasil, mostra-se necessária a reforma dos rótulos nutricionais, fazendo com as normas sejam rigorosamente respeitadas, ao passo que já vimos, que informação é poder, sendo pressuposto essencial para melhorar a segurança alimentar e saúde da população brasileira, obtendo através desta transformação a diminuição no aparecimento de Doenças Crônicas Não Transmissíveis (DCNT), que podem ser evitadas com consciência e responsabilidade do consumidor em suas escolhas.

6. INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA ALIMENTAÇÃO

A mídia tem um papel fundamental no campo da informação para a sociedade. Em meio a esta funcionalidade temos o marketing nutricional destacando a publicidade e propaganda de empresas que investem pesado neste setor.

O marketing nutricional buscar apresentar e influenciar produtos, de forma que o consumidor se sinta atraído, e isso afeta principalmente o público infantil. Os alimentos demonstrados em propaganda tendem a ser ricos em gorduras, açúcar, sal e pobre em nutrientes. Pesquisas relatam que esse ambiente “obesogênico” que torna as escolhas saudáveis mais difíceis, o que acaba evoluindo a problemática do aparecimento de doenças crônicas não transmissíveis (DCNT) (AMARAL, 2012).

Assim sendo, crianças e adolescentes acabam sendo o público mais vulnerável e não tem maturidade suficiente para distinguir o alimento saudável do não saudável, e acabam sendo seduzidos pelo mundo de produtos industrializados que nos últimos anos só vem aumentando. As indústrias investem de forma acelerada e anunciam produtos novos, trazendo praticidade, inovação, sabor, mas que são pobres em nutrientes e ricos em componentes inimigos da boa saúde.

Apesar de já haver regulamentações impostas pelo Estado (Código de Defesa do Consumidor, Art. 37º) que controlem a mídia divulgada, já que o governo não é capaz de alcançar a atenção de crianças principalmente no mesmo ritmo para o consumo de alimentos saudáveis.

7. ATUALIZAÇÃO DA ROTULAGEM NUTRICIONAL

Conforme já citado anteriormente o Brasil está passando por um processo de transformação do estilo de vida e alimentação da população. Os índices de Doenças Crônicas Não Transmissíveis (DCNT) aumentam a cada ano e isso acontece juntamente com a incidência da obesidade que já atinge 20% da população brasileira, bem como o sobrepeso que os índices chegam a 54%, de acordo com a *Pesquisa de Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico* (VIGITEL), realizada pelo Ministério da Saúde e divulgada em abril de 2017.

Governos de todo o mundo estão criando e desenvolvendo medidas para frear o aumento destes índices, que já sabemos que envolvem diversos fatores como: consumo desenfreado de alimentos industrializados, prática de atividades físicas, influência do consumo de alimentos saudáveis, restrição da publicidade de certos alimentos e ainda sobre a melhoria da informação através dos rótulos alimentícios. Principalmente idosos e crianças tem dificuldades na interpretação, pois o modelo atual causa uma série de dúvidas no consumidor.

Em meados de 2014, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), formou um grupo composto por membros do Ministério da Saúde, Aliança pela Alimentação Adequada e Saudável, Conselho Federal de Nutricionistas (CFN), associação das indústrias de alimentos e o Conselho de Segurança Alimentar (CONSEA), para discutir e criar inovações e atualizações no sistema de rotulagem nutricional. De lá pra cá, houve várias propostas, em que um consenso foi formado que há necessidade de um alerta frontal, as ideias agora estão sendo discutidas a partir deste princípio.

De acordo com uma pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) em 2013, mostrou que apesar do consumidor reconhecer a

importância da informação obtidas nos rótulos para realizar escolhas mais saudáveis, existe muita dificuldade para interpretar a tabela nutricional, e que tanto o Congresso Nacional quanto a ANVISA debatem sobre qual modelo seria mais indicado para satisfazer as necessidades de informação, pela quantidade de nutrientes e componentes e ainda sobre o nível de escolaridade da população.

Apoiado pelo Ministério da Saúde, Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional (CAISAN) e pelas organizações de defesa do consumidor, além de ONG's, acadêmicos de universidades do país e pelo CFN, o modelo proposto pela "Aliança pela Alimentação Adequada e Saudável", liderada pelo Idec, propôs um selo na parte frontal da embalagem indicando que determinado produto demonstre os excessos de alguns componentes como: açúcar, gorduras totais, saturadas e *trans*, sódio, adoçantes artificiais. Se assim aprovada, o produto que receber o selo terá restrição da publicidade direcionada a crianças. Neste sistema, a indicação terá apresentação por 100g ou 100 ml do produto, e os apoiadores sustentam que facilita a informação, tornando clara e objetiva (VIGNA, 2018).

Outro modelo em discussão é apresentado com cores, tipo semáforo nutricional, criado em 2013 no Reino Unido, mas que precisa de algumas adaptações, conforme proposto pela Rede de Rotulagem da Indústria, liderada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e pela Associação das Indústrias de Alimentação (ABIA). O propósito é que seja indicado níveis de açúcar, gorduras, sódio e calorias com as cores do semáforo, simbolizando: vermelho para altos níveis, amarelo para níveis médios e verde para níveis baixos. (VIGNA, 2018). Nesta versão é possível ter a percepção de forma compreensível, já que as cores são de fácil identificação. Mas que de certa forma, pode também causar confusão, já que um único alimento, pode ser rico em gorduras, mas ser baixo em açúcares, por exemplo.

Uma pesquisa realizada pelo IBOPE, mostrou que 67% dos entrevistados, ou seja, 07 em cada 10 brasileiros, preferem o sistema de semáforo nutricional, se comparado ao modelo de advertência nos rótulos (FRANÇA, 2018).

Existe ainda um terceiro modelo que vem ganhando destaque, que é o Nutri-Score utilizado na França, defendido pela Associação Brasileira de Nutrologia (ABRAN). O modelo apresenta uma escala de cores (do verde ao vermelho) conjuntamente com letras (do A ao E). Para melhor entendimento, para um produto ter a classificação com a letra A e cor Verde, é necessário que o alimento seja rico em nutrientes benéficos, trazendo pontos positivos, como teor de fibras, proteínas, vitaminas e minerais. Já os pontos negativos podem ser apresentados através da classificação da letra E e cor Vermelha, indicando que aquele produto tem grandes quantidades de açúcares, gorduras, sódio, enfim, ingredientes que tragam riscos à saúde.

8. COMO OUTROS PAÍSES ESTÃO ADERINDO AO NOVO SISTEMA DE ROTULAGEM

Durante uma reunião com Ministros da Saúde do Mercosul, o Brasil apresentou uma proposta para que os rótulos alimentícios sejam alterados, com o objetivo de facilitar a compreensão de maneira clara e eficiente das quantidades de nutrientes e componentes que formam o produto. Além disso, terá um alerta frontal, demonstrando o conteúdo excessivo de alguns ingredientes.

A proposta faz parte de uma estratégia de políticas públicas para redução nos níveis crescentes de obesidade, sobrepeso e Doenças Crônicas Não Transmissíveis (DCNT) que acometem não só o Brasil, como todo o mundo.

Na reunião, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ficou responsável pelo estudo e impactos no novo sistema, mas não foi especificado uma data para implementação.

O Chile foi o primeiro país das Américas a adotar o sistema de rotulagem frontal dos alimentos. Foi implantado em 2016 o uso de selos (octógonos) negros na parte frontal da embalagem, identificando os produtos cujos os componentes tenham muito açúcar, gorduras, sódio e calorias. A escolha da cor negra se dá para que se possa ter destaque sobre as outras cores da embalagem.

Os índices de obesidade no Chile, se tornaram preocupantes ao Governo e para que esta medida fosse implantada, estudos e pesquisas foram realizadas por

mais de 10 anos. Duas medidas foram atreladas ao novo modelo, a proibição na venda de produtos que contenham selos nas escolas públicas e privadas do Chile e ainda foi banido qualquer meio de publicidade que possa influenciar crianças nos produtos que apresentam selos.

Após seis meses de implantação desse tipo de rotulagem, foi realizada uma pesquisa no Chile, em que 67,8% dos entrevistados se disseram influenciados e escolhem alimentos com menos selos. Isso mudou a forma como os chilenos realizam suas compras nos supermercados (DANTAS, 2017).

No Peru, a implantação foi realizada no mês de Junho de 2018, utilizando a mesma forma de selos octógonos negros como os estabelecidos no vizinho país Chile, na parte frontal direita das embalagens. Cada ingrediente em excesso ganha um selo. No caso do Peru, não houve restrição de publicidade para os produtos que tem destaque nas embalagens, mas as empresas devem informar as advertências nos meios de comunicação (CONSEA, 2018).

Conforme declarado pela Aliança pela Alimentação Adequada e Saudável, o Canadá também vive um grande problema de saúde pública, 2 em cada 5 canadenses sofrem de doenças crônicas não transmissíveis, sendo que com isso, o governo gasta milhões com estas enfermidades. Foi a partir do exemplo bem sucedido no Chile, que o Canadá um plano de ação para a alteração nos rótulos de alimentos ultraprocessados obtendo também a rotulagem frontal de advertência. Os modelos estão sendo consultados a população canadense e que no máximo em 4 anos, todos já estarão nas prateleiras com as devidas advertências.

9. CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, foi possível compreender a importância da segurança alimentar, tanto no quesito de saúde, bem estar da população, como também nos impactos causados na economia. Um país saudável, com números reduzidos de doenças crônicas não transmissíveis (DCNT), gera impactos na saúde e na economia.

Neste sentido, uma das medidas a serem adotadas como forma de políticas públicas em saúde é a adoção de novo modelo de rotulagem nutricional, sendo

estes, fundamentais, pois visam orientar o consumidor sobre a qualidade e quantidade de produtos ultraprocessados no alimento, permitindo uma seleção de produtos a serem alienados.

Assim, diante das alterações no estilo da vida da população, baseado na falta de tempo, aumento no consumo de produtos industrializados e influência da mídia, a rotulagem nutricional é essencial para que desta forma possa permitir a escolha livre e conscientes de produtos considerados saudáveis e não-saudáveis. O objetivo é fazer que a alimentação equilibrada seja eficiente e empregada no dia a dia das pessoas, para que possa auxiliar na promoção e prevenção do aparecimento de doenças ao longo da vida.

O Estado exerce um papel crucial na formação, fiscalização dos padrões de segurança alimentar. Isto posto, o Estado se apoderou da incumbência de propiciar a defesa e representação dos interesses dos consumidores, através de leis buscam atingir o equilíbrio nas relações de consumo entre fornecedores e consumidores. No Brasil, esse amparo foi gerado com o Código de Defesa do Consumidor em 1990.

Como foi possível observar, a saúde e segurança são direitos fundamentais do ser humano e dos cidadãos, cabendo ao Estado a imposição de normas que façam garantir esses direitos.

Entende-se que em consideração aos aspectos mencionados, soluções mais adequadas para casos não previstos em lei, passaram a ter aplicação de princípios especificados nos microssistemas, logo o Código de Defesa do Consumidor, adotou esses princípios na busca de proteger o consumidor, colocando-o em posição de equilíbrio com o fornecedor.

Conclui-se então, do ponto de vista legislativo, que o Brasil vem avançando nas políticas públicas a fim de viabilizar a segurança alimentar através da mudança no modelo dos rótulos alimentícios, que somente com esforço multidisciplinar poderemos atingir níveis mais elevados de informação para que o consumidor possa realizar de forma livre e consciente, escolhas alimentares e nutricionais mais saudáveis, de acordo com suas necessidades e interesses.

10. REFERÊNCIAS

ALIANÇA PELA ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E SAUDÁVEL. **Modelo de rotulagem frontal de advertência avança no Canadá.** São Paulo/SP, 27 fev. 2018. Disponível em: <http://alimentacaosaudavel.org.br/modelo-de-rotulagem-frontal-de-advertencia-avanca-no-canada/>. Acesso em 02 dez.2018

AMARAL, Amanda Dezze. **A influência da mídia na alimentação infantil.** Artigos de Nutrição. Portal da Educação. São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/nutricao/a-influencia-da-midia-na-alimentacao-infantil/14570> Acesso em: 01 out. 2018

ANDRADE, Vitor Morais. **Rotulagem de alimentos e o direito à informação para o consumidor.** Qual é o modelo ideal de rotulagem nutricional para garantir ao consumidor seu direito de escolha? **Jornal Jota.** São Paulo/SP, 29 jun.2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/rotulagem-de-alimentos-e-o-direito-a-informacao-para-o-consumidor-29062018. Acesso em: 01 out. 2018

ANVISA. Agência nacional de vigilância sanitária. Portaria nº 949, de 4 de junho de 2014. **Institui Grupo de Trabalho na ANVISA para auxiliar na elaboração de propostas regulatórias relacionadas à rotulagem nutricional.** Brasília/DF, 04 jun.2014. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2014/prt0949_04_06_2014.html. Acesso em: 03 jan.2019

ANVISA. Agência nacional de vigilância sanitária. **“Relatório Preliminar de Análise de Impacto Regulatório sobre Rotulagem Nutricional.”** Gerência-Geral de Alimentos. Brasília/DF, maio. 2018. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/219201/219401/An%C3%A1lise+de+Impacto+Regulat%C3%B3rio+sobre+Rotulagem+Nutricional.pdf/c63f2471-4343-481d-80cb-00f4b2f72118>. Acesso em: 04 jan.2019.

ASBRAN. Associação Brasileira de Nutrição. **Brasil pode ter novo sistema de rotulagem em 2018.** São Paulo/SP, 17 nov. 2017. Disponível em: <http://www.asbran.org.br/noticias.php?dsid=1700>. Acesso em 01 out. 2018.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad. **Manual de direito do consumidor**. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. 4ª. ed. Brasília/DF, 2014. 290 p. Disponível em: <https://defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018

BRASIL. **Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional**. Peru oficializa alertas em rótulos de alimentos. Notícias. Brasília/DF, maio.2018. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2018/maio/peru-oficializa-alertas-em-rotulos-de-alimentos> Acesso em: 22 jan.2019

BRASIL. Lei 11.346, de 15 de setembro de 2006. **Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências**. Brasília/DF, 15 de set. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 03 jan.2019

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Princípios Gerais do CDC e Direitos básicos do consumidor**. Cadernos do curso de extensão de direito do consumidor. Aula 1. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro- EMERJ. Rio de Janeiro/RJ, 2013. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/cadernos_de_direito_do_consumidor/edicoes/cadernos_de_direito_do_consumidor_9.pdf Acesso em: 08 jan.2019.

DANTAS, Carolina. **Conheça os selos saudáveis colocados nos alimentos no Chile, e que o Brasil estuda adotar**. G1- o portal de notícias da Globo. Programa Bem Estar. São Paulo/SP, 11 nov.2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/conheca-os-selos-saudaveis-colocados-nos-alimentos-no-chile-e-que-o-brasil-estuda-adotar.ghtml> Acesso em: 19 jan.2019

FERRARI, Andréia; TAKEY, Daniel Goro. **O princípio da vulnerabilidade no código de defesa do consumidor**. III Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária. V.3, nº03, 2014. ISSN:2357-867X. Disponível

em: <http://ojs.santacruz.br/index.php/JICEX/article/view/642/682> Acesso em: 11 jan. 2019

FRANÇA, Lucas. **Consumidores reclamam de letras pequenas em rótulos: Difícil ler até com óculos. Jornal Tribuna Independente.** Cidades. Maceió, 21 abr.2018. Disponível

em: <https://tribunahoje.com/noticias/cidades/2018/04/21/consumidores-reclamam-de-letras-pequenas-em-rotulos-dificil-ler-ate-com-oculos/> Acesso em: 24 jun.2019

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** O novo regime das relações contratuais. 4.^a ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. P. 594-595.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Os princípios consagrados no código de proteção e defesa do consumidor.** Coluna Direito Empresarial & Defesa do Consumidor. ISSN 2446-6301. 13 jun.2017. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/os-principios-consagrados-no-codigo-de-protecao-e-defesa-consumidor1/> Acesso em: 03 jan.2019

NORONHA, Fernando. **Contratos de Consumo padronizados e de adesão: Revista de Direito do Consumidor.** Nº 20, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997. VADE MECUM SARAIVA/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 25 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VIGNA BRASIL, Grupo. **Painel sobre a rotulagem nutricional dos alimentos discute propostas de padronização para o mercado brasileiro.** Alimentos e Aditivos. Vigna Regulatory. São Paulo/SP. 12 nov 2018. Disponível em: <http://vignabrasil.com.br/regulatory/news/panel-on-nutritional-food-labeling-discuss-patternization-proposals-for-the-brazilian-market/> Acesso em: 17 jan.20

11. ANEXO: LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

DCNT - Doença Crônica não transmissível

SISAN - Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional

ASBRAN – Associação Brasileira de Nutrição
CDC – Código de Defesa do Consumidor
ONU – Organização das Nações Unidas
IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
PROCON – Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
VIGITEL - Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico
CFN – Conselho Federal de Nutricionistas
CONSEA – Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional
OPAS – Organização Pan Americana de Saúde
CAISAN – Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional
ONG – Organização Não Governamental
CNI – Portal da indústria
ABIA – Associação Brasileira da Indústria de Alimentos
IBOPE – Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística
ABRAN – Associação Brasileira de Nutrologia

^[1] Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul /SP - UNIFUNEC,

^[2] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito. Área de concentração: Direito do Consumidor. Última atualização: 31/07/2019

SOCIEDADE INTERNACIONAL: OS IMPACTOS DA SOBERANIA E DA GLOBALIZAÇÃO AO DIREITO INTERNACIONAL DE REFÚGIO

LAURA GALVAO MARQUES CAVALCANTE:

Bacharela em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã, Advogada, e Mestranda em Historicidade dos Direitos Fundamentais pela Faculdade Damas da Instrução Cristã.

RESUMO: Os direitos humanos dos refugiados são universais e promovidos independentemente de fronteiras. Compreender esta questão de modo diverso implica na ofensa aos direitos originários e no fracasso das relações interestatais, arriscando não apenas a efetividade de direitos fundamentais, mas também a paz mundial. A proteção desses direitos deve ultrapassar fronteiras e nações, não se justificando desrespeitar a dignidade humana sobre o fundamento de ofensa à soberania. Os princípios da dignidade instituídos pelos mecanismos coletivos internacionais, que representam os interesses dos povos e não apenas a economia global deve ser respeitada, pois a proteção aos direitos humanos é a garantia da existência da própria humanidade. A concepção de soberania ainda subsiste, mesmo que flexibilizada. O refugiado perdeu a cidadania por falta de proteção, guerra ou até perseguição de seu Estado. Sendo assim, deixará de ter seus direitos efetivados. A solução deveria ser a busca pela inserção em outro território, porém, na prática, não é tão simples pois, embora existam organizações interestatais para tutelar seus direitos, nenhum outro país, ainda que vinculado por tratados e convenções, o assimilará com facilidade. Sendo assim, é necessário repensar os paradigmas que fundamentam este impasse, pois, por si só, não haverá uma resolução prática e célere que respeite a dignidade humana, porque este é o lado mais vulnerável e não possui forças para efetivar seus direitos.

ABSTRACT: The human rights of refugees are universal and promoted independently of borders. Understanding this in a different way implies a copyright offensive and a failure of inter-state relations, jeopardizing not only the assertiveness of fundamental rights but also world peace. The protection of frontiers and nations is not justified by disrespecting a human dignity on the basis of the offense to sovereignty. The principles of dignity are international leaders who

represent the interests of peoples and not just as a global economy. The designation of sovereignty still exists, even if flexibilized. The refugee lost his citizenship for lack of protection, war or even the persecution of his State. As such, you will no longer have your rights enforced. The solution should be a search for insertion in another country, but in practice it is not as simple as, although there are organizations of interest to their rights, which is different, although bound by conventions and conventions, it will assimilate easily. Thus, the paradigmatic journals that underlie this impasse, since in turn, are not a practice and cyberspace that respect human dignity, because they are more vulnerable and disproportionate to protect their rights.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados; Direitos Humanos; Sociedade Internacional.

INTRODUÇÃO

O direito internacional cria relações legais recíprocas no cenário planetário. A maior consequência disso é compreender o mundo como uma sociedade. Desta forma, algumas características podem ser observadas, como a universalidade, igualdade, interestatalidade e descentralidade.

Neste contexto em que a ordem universal se institui, questiona-se a força da soberania dos Estados. Dois são os principais motivos: os direitos dos indivíduos são garantidos independentemente do crivo estatal, por tornarem-se sujeitos de direito internacional, o que desconstitui a ideia do contrato social, tornando-o desnecessário e a globalização homogeneiza os preceitos mundiais.

Todavia, críticas são tecidas frente a estes aspectos, pois os direitos individuais só são efetivados nacionalmente. A globalização possui uma ideologia homogeneizadora, porém não apoia o fracasso do Estado. Primeiro porque é uma política econômica e o Estado é a entidade que efetiva e regula os negócios territorialmente. Segundo porque a integralização não é assimilada uniformemente em todo o mundo, o que acaba aumentando as desigualdades entre as nações.

Faz-se necessário o estudo da sociedade internacional e da soberania para perceber a importância dos direitos individuais na legislação internacional, o grau

de aceitação desta, bem como a sua eficácia. Somente assim é possível mensurar como os refugiados e seus direitos são compreendidos no mundo.

1 ANÁLISE ORGANIZACIONAL DA SOCIEDADE INTERNACIONAL

O direito internacional pode ser compreendido de várias formas. Segundo Bull, o direito internacional é um conjunto de regras que conectam os Estados e outros agentes da política mundial em suas relações. Estas regras são consideradas reciprocamente obrigatórias, por isso é possível considerar a existência de uma sociedade internacional. (BULL, 2002, p. 147-149).

Raciocinando analogicamente, a sociedade internacional funcionaria do mesmo modo que as internas de cada Estado-nação. Isto porque haveria uma colaboração mútua entre os envolvidos na relação, todos viveriam em um mesmo tempo e espaço e possuiriam preceitos comuns.

Deste modo é possível deduzir que o conceito de direito internacional está intimamente ligado ao de sociedade internacional, uma vez que são as obrigações recíprocas, constituídas pelo direito internacional, que transformam as relações entre os Estados em sociedade. Esta possui algumas características. São elas: universalidade, igualdade, interestatalidade e descentralidade.

A universalidade é o entendimento de que há um mínimo ético irreduzível, como nos direitos humanos, que decorrem da dignidade humana, um valor intrínseco à condição humana (PIOVESAN, 2011, p. 44). A igualdade é a concepção de que os Estados se encontram hierarquicamente no mesmo nível. A interestatalidade é a coexistência entre os Estados. Por último, a descentralidade é a divisão do poder de coerção entre todos os membros da sociedade.

Ao comparar o direito internacional com o interno, divergências foram encontradas, o que causou controvérsia. O status das regras internacionais foram questionados. Alguns doutrinadores chegaram a compreender que não se tratava de leis e esta conclusão seria um grave problema para a efetivação do direito internacional, pois os Estados poderiam decidir por não o adotar ou não o respeitar. Em se tratando da tutela de direitos universais, tais medidas seriam um caos para a sociedade internacional.

A inexistência, na sociedade internacional, de um poder coercitivo advindo de um soberano, característica tradicional das leis internas, levantou a indagação acerca da classificação das regras de direito internacional. Caso fossem consideradas leis, deveriam estar dotadas de coerção, como originalmente sugeriu Hobbes, quando disse que não existe lei quando falta um poder comum; John Austin, quando pregou que a lei seria a ordem de um soberano e Kelsen ao explicar que a lei se distingue das outras ordens sociais por possuir um caráter coercitivo (BULL, 2002, p. 150).

Os estudiosos tradicionais entendem que a característica fundamental da lei é a existência de um poder coercitivo. Entretanto, este raciocínio no direito internacional não é tão simples. No direito nacional o poder coercitivo é observado nas mãos do soberano, porém este não existe no âmbito internacional já que todos os Estados são iguais entre si. Enquanto nacionalmente há um poder coercitivo, que obriga obediência, internacionalmente há um dever de cooperação recíproca.

Ainda que a coercitividade do direito internacional não seja compreendida com clareza, tal fato não pode afastar de suas regras o caráter legal, porque acreditar que elas têm o status de lei torna possível a realização de atividades importantes na sociedade internacional. Disto decorre a necessidade de entender que as regras de direito internacional possuem status legal.

Na busca pela melhor explicação para dar a estas regras o status legal, surgiu uma corrente doutrinária que afirma existir coercitividade no plano internacional através das sanções por meio da força ou da coerção. Para tanto não seria necessária a existência de um governo mundial, acima de todos os Estados (BULL, 2002, p. 150), pois este seria encontrado de outras formas como, por exemplo, através das sanções que usam da força ou da coerção como uma forma de punição por violação legal ou para implementar uma lei.

Segundo Hans Kelsen, a lei é uma ordem coercitiva e possui como característica principal o monopólio da força. No que tange ao âmbito internacional, esta ordem coercitiva é baseada em sanções descentralizadas. Isto ocorre porque elas são aplicadas individualmente por cada Estado que em suas ordens legais

exercem o monopólio da força (BULL, 2002, p. 151). Nacionalmente as sanções são consideradas centralizadas porque partem de uma única figura, o soberano e apenas ele é legítimo para aplicá-la. No âmbito internacional mutuamente os participantes da sociedade possuem o poder de sanção, pois a posição hierárquica é igual entre eles. Ante a igualdade, surge a descentralização.

O problema é que embora os Estados utilizem os atos de coerção para garantirem os seus direitos, não é em nome deles que o faz. Não é o desejo de aplicar e manter a lei que leva aos atos de coerção. Os Estados usam a força com objetivos políticos, para ganho material, por medo de outros Estados ou porque almejam impor um credo ou uma doutrina. Sendo assim, dizer que as regras são dotadas de coerção, porque se infringidas levam uso da força, não é totalmente correto. Afinal, não é este o único motivo.

Tal situação fragiliza o argumento de que as normas de direito internacional são dotadas de coerção. Isto porque não é em nome da lei, embora a favor dela, que tais atos são praticados. Neste caso, um modo alternativo seria desconstruir a ideia clássica de que só há lei quando houver coercitividade.

Na busca pela defesa do status legal do direito internacional, melhor seria questionar a doutrina de Hobbes e seus sucessores, que acreditavam que a lei implicaria obrigatoriamente em sanções com o uso da força ou da coerção (BULL, 2002, p. 153). Noções de regras legais baseadas em sanções derivam do direito nacional, porém não são uma característica obrigatória, o que retira a necessidade de estar presente no direito internacional. A ideia não é retirar o status legal do direito internacional, mas sim questionar a necessidade da coerção. Um exemplo é a resolução da Organização das Nações Unidas, que possui status legal, mas não é dotada de coerção.

As resoluções da Organização das Nações Unidas têm status legal, principalmente as da assembleia geral, quando aprovadas de forma reiterada pela maioria; quando revestidas de solenidade especial; quando apoiadas pelos Estados dos dois principais sistemas socioeconômicos ou dos três principais grupos políticos. Ao serem tomadas em conjunto, as resoluções da assembleia geral

proporcionam uma fonte rica de evidência do desenvolvimento da lei consuetudinária. (BULL, 2002, p. 172).

O direito internacional deve ser compreendido como uma realidade social. A obediência dos Estados ocorre em parte por hábito e outra por inércia. O respeito ao direito se dá não pelo fato de que os membros da sociedade pretendem seguir os princípios em detrimento de seus interesses, mas sim pelo fato de que estes princípios se adequam aos seus interesses. Sendo assim, a função primordial do direito internacional é identificar os princípios e proclamar as suas supremacias. Além disso, deve expressar regras básicas de coexistência entre os membros da sociedade internacional. Entretanto, quando as obrigações legais conflitarem com os interesses dos Estados correram o risco de serem desrespeitadas.

A atuação em conformidade com a norma possui três motivações. Em primeiro lugar, a obediência pode se dar porque há uma exigência legal e a ação ordenada legalmente é considerada valiosa, mandatária ou obrigatória, com um fim em si mesmo, como meio de realizar valores. Estas normas são conhecidas como direito internacional da comunidade. Em segundo lugar, a obediência pode advir da coerção ou da ameaça. Estas normas são reconhecidas como direito internacional do poder. Em terceiro lugar, a obediência pode surgir em decorrência do interesse de um Estado na reciprocidade com os outros. Estes acordos e princípios são reconhecidos como o direito internacional da reciprocidade (BULL, 2002, p. 161).

O direito internacional não é condição necessária a ordem internacional, as suas funções são essenciais mais podem ser exercidas de outras formas. Além disso, o direito internacional não é suficiente para manter a ordem internacional e algumas de suas medidas até a prejudicam como, por exemplo, a discussão sobre os direitos humanos, que é causa de tensão entre os Estados. O direito internacional é instrumento para outros objetivos que não a ordem internacional, propósitos políticos e a promoção a ordem são um deles.

Os Estados eram os únicos sujeitos de direito internacional, contemporaneamente os indivíduos também são, como é possível observar na

Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Ademais, as organizações internacionais interestatais também fazem parte desses sujeitos de direito. Esta mudança transformou o direito em mundialmente comunitário. Phillip Jessup diz que houve uma modificação do direito internacional para o transnacional e explica que este regula todos os eventos e ações que transcendem as fronteiras nacionais. De acordo com C. Wilfred trata-se de um direito comum da humanidade. Já Percy Corbertt pregou que o direito internacional se transformou em direito mundial (BULL, 2002, p.168).

Se os direitos do indivíduo são confirmados internacionalmente, ainda que contra os interesses dos seus Estados e se estes direitos são proclamados independentemente de sua situação como cidadão, então a soberania estatal sobre os cidadãos, que implica dever de obediência, é contestada e a estrutura da sociedade dos Estados soberanos é posta em perigo. Uma vez que o indivíduo não precisa da condição de cidadão para ter seus direitos efetivados, o dever de obediência torna-se desnecessário.

Tal fato quebra com a proposta de Hobbes do contrato social, que prega a mitigação da liberdade pessoal em prol do soberano para que este garanta os direitos dos cidadãos. Tal afirmação retira o Estado-nação do cenário principal do direito internacional e o substitui pela sociedade internacional, trocando assim a soberania pela universalização, que é o direito internacional pertencente a todos os povos, com preceitos comuns.

Corroborando com os preceitos de universalização está o direito cosmopolita, que se limita a hospitalidade universal e se estabelece diante do princípio de que todos tem o mesmo direito originário sobre o solo. Sendo assim, nenhum ser humano possui mais direito do que outro na terra. O direito sobre o solo é decorrente do direito à liberdade sobre o corpo, que precisa de espaço e da propriedade coletiva originária sobre o solo. Entretanto este não é um direito adquirido.

Todo cidadão da terra possui o direito de tentar a comunidade com todos, de modo que para isto visite os diversos lugares da terra e não seja tratado como

inimigo. Sendo assim, haverá uma lesão a este direito quando os que chegam não são suportados por aqueles que ali estão.

Neste sentido, critica-se a noção de “nações civilizadas”, que se refere eufemisticamente à conquista de outros povos. Os Estados civilizados são inospitais e ao visitarem os países e povos estrangeiros encaram como um ato de conquista, o que aumenta a injustiça. De acordo com Kant, este ato reduz o outro a nulidade, tornando impossíveis as relações pessoais (NOUR, 2004).

Diante disso, percebe-se que os direitos humanos dos refugiados são universais e devem ser promovidos independentemente de fronteiras. Compreender esta questão de modo diverso implica na ofensa aos direitos originários e no fracasso das relações interestatais. Tal fato não colocaria em risco apenas a efetividade de direitos fundamentais, mas também a paz mundial.

2 O ESTADO-NAÇÃO E A SUA SOBERANIA FLEXIBILIZADA

No direito romano, o instituto similar ao da soberania clássica era o poder de império. Através dele, os romanos acabavam por impor suas vontades aos povos vencidos, possuíam autoridade suprema sob a população e o território e o único limite eram as suas próprias leis (PESSÔA, 2011, p. 560).

As navegações modificaram a distribuição de poder no mundo. A criação do Estado moderno, soberano, estabeleceu relações diferentes das que ocorriam na idade média. Jean Bodin definiu a soberania como um poder estatal absoluto, perpetuo, inalienável, uno e indivisível, limitado apenas pelo direito natural e a igreja. (BARROS, 2011).

A modificação conceitual da soberania demonstra que esta não pode possuir um conceito rígido. Inicialmente foi compreendida como o domínio dos povos e a supremacia do território, posteriormente transformou-se em um poder absoluto e arbitrário, que motivou lutas sociais para sua limitação.

Na busca por critérios de delimitação e diferenciação a soberania foi dividida em duas: interna e externa. A primeira diz respeito ao domínio do Estado frente ao seu território, sua população e sua ordem jurídica interna. A segunda representa o poder do Estado de celebrar pactos e tratados internacionais.

A maior transformação da soberania ocorreu ao passo em que a política de proteção aos direitos humanos se desenvolvia. De acordo com Falk, o surgimento dos direitos humanos acentuou a diferença entre a soberania interna e a externa (FALK, 2000).

Ao passar dos anos a soberania se tornou um pilar da ordem mundial. Ao analisá-la é possível perceber as características da sociedade internacional, por trata-se de um critério medidor de envolvimento dos Estados. O poder soberano não pode mais ser atrelado apenas ao território. Contemporaneamente, ele está ligado a ideia de cooperação internacional, que age em busca de finalidades comuns. O Estado não é visto como um ente isolado, supremo e independente, mas sim como membro da sociedade internacional.

Ainda que culturalmente diferentes, socialmente os Estados se encontram atrelados por relações recíprocas, que são regidas por preceitos comuns, mínimos éticos, como os direitos humanos, intrínsecos a todos os indivíduos. Por isso, um ato de soberania internacional também será um ato de respeito aos direitos humanos, que parte da premissa de que as nações devem respeitar os direitos do homem e vigiar os atos que os transgrida (PESSÔA, 2011).

Segundo Bobbio,

[...] posta na base de uma nova concepção de Estado- que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais um fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência – a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos (BOBBIO, 1992)

Desde os primórdios os direitos humanos foram considerados uma preocupação do direito internacional. Entretanto após os horrores da segunda guerra houve uma necessidade de a sociedade internacional repensá-lo e redefini-lo. Duas grandes consequências surgiram. O conceito de soberania absoluta foi

modificado e o indivíduo foi incluído como sujeito de direito internacional, o que trouxe o fortalecimento dos direitos humanos.

Ao ser incluído como sujeito de direito internacional o indivíduo passou a possuir mecanismos processuais para garantir sua proteção. O conceito de soberania estatal absoluta – Estado como único sujeito de direito internacional - foi abandonado em prol da proteção e do amparo dos direitos fundamentais de todos os seres humanos, nacional e internacionalmente. Entre outras medidas tomadas para fortalecer os direitos do homem duas foram mais importantes: a busca pela salvaguarda de uma existência minimamente digna e a diminuição das distinções ou ofensas existentes, sejam nacionais, sociais ou raciais (FRENEDA, 2011).

Estes ideais foram aceitos com facilidade pela sociedade internacional que ainda estava sobre os efeitos dos horrores da guerra. Entretanto, apenas a declaração formal da existência desse direito não seria suficiente, por isso criou-se instrumentos de consolidação, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ao passo que os Estados assumem compromissos mútuos através de convenções e tratados, que mitigam seus poderes discricionários, reduzem a sua soberania. Internamente, esta redução é demonstrada ao reconhecer o indivíduo como sujeito de direito internacional. Externamente, a redução se mostra ao reconhecer que outros Estados também são dotados de soberania.

Quando um Estado reconhece um compromisso, impõe-se restrições e limites, pois deve respeitá-lo, não podendo, posteriormente, alegar juridicamente apenas a sua vontade para se excluir das obrigações que escolheu se impor (MAZZUOLI, 2004). O Estado, quando aceita a posição de colaborador ao lado dos demais membros da sociedade, torna pleno o conceito contemporâneo de soberania compartilhada, que nada mais é que o respeito mútuo entre os Estados em prol os objetivos comuns, respeitando as normas pactuadas e os direitos humanos (FRENEDA, 2011).

A proteção aos direitos humanos deve ultrapassar fronteiras e nações, não se justificando desrespeitar internamente a dignidade humana sobre o fundamento de que a soberania nacional estaria sendo ofendida ou suplantada. Deve-se

observar os princípios da dignidade instituídos pelos mecanismos coletivos internacionais, que representam os interesses dos povos e não apenas a economia global, pois a proteção aos direitos humanos é a garantia da existência da própria humanidade.

O novo entendimento que superou o conceito tradicional de soberania levou alguns autores a questionar o seu plano existencial. Entretanto, a concepção de soberania ainda subsiste, mesmo que flexibilizada.

3 CONSEQUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO NA SOCIEDADE INTERNACIONAL

A compreensão do mundo como sociedade, a inserção dos indivíduos como sujeitos de direito internacional, a efetivação dos seus direitos sem o crivo do Estado e o reconhecimento de uma ordem legal sem coerção, levaram ao enfraquecimento da figura do Estado-nação. Alguns doutrinadores chegaram a acreditar que este estaria fadado ao fracasso por falta de finalidade. Todavia, esta dedução é precoce, pois um outro fenômeno deve ser considerado: a globalização.

Em um contexto de globalização, dois entendimentos importantes acerca dos Estados são apresentados. O primeiro o interpreta como um soberano fragilizado, que só possui como função garantir os negócios globais. O segundo o concebe como um soberano forte, que controla os negócios internos, mas que ao assimilar os preceitos comuns de um mundo globalizado, aumenta as desigualdades internas.

A flexibilização da soberania levou a compreensão de que os Estados se encontravam fragilizados. A globalização, como fenômeno de integração social internacional, em tese, deveria contribuir para o fortalecimento desse pensamento. Entretanto, por também se tratar de um acontecimento econômico, corrobora com a função primária estatal, ou seja, com o controle dos povos e do território.

Por um lado, este controle poderá ser percebido como a única função do Estado, existente apenas como meio para manter a ordem e eficácia dos negócios globais, sem interferir neles. Por outro, como forma de selecionar quais os negócios aptos para ingressar no território nacional. Todavia, será um ponto de intercessão

nessas duas vertentes afirmar que o Estado está inserido na sociedade internacional e é por ela influenciado.

Os que são adeptos da primeira corrente explicam que os ideais de uma ordem universal vão de encontro aos negócios mundiais. A universalização transmitia a esperança, a intenção e a determinação de se produzir a ordem universal. Este termo se refere aos efeitos globais, que notadamente não são pretendidos, nem previstos pelas iniciativas empreendimento globais (BAUMAN, 1999). Isto porque o Estado funcionaria como garantidor dos negócios e a substituição dele por algum tipo de potência global prejudicaria os interesses do mercado internacional.

Historicamente é característica do Estado possuir recursos para se estabelecer e impor normas, inclusive de negociações, em um território, bem como ser uma entidade hierarquicamente organizada, dotada de soberania. Todavia, contemporaneamente não é bem assim. Diante de todas as mudanças já expostas, a soberania se tornou enfraquecida. A nova concepção apresenta, para a primeira corrente, um Estado fraco e impotente.

O Estado possui apenas a necessidade básica, ou seja, a repressão. De base material destruída, soberania e independência anuladas, classe política apagada, o Estado-nação se torna apenas um serviço de segurança. Ele seria reduzido ao papel de policial local, com a função de garantir o nível necessário de ordem para realização dos negócios (BAUMAN, 1999). Entretanto, seria fraco para impor freios às empresas globais, incapaz de ser temido. Diferentemente da ideia anterior de que a ordem global resultaria da cooperação entre os membros da sociedade internacional, nesta visão crítica ela seria a reunião de ordens locais. Cada Estado cuidaria de seus interesses locais.

Uma crítica mais branda a respeito dos efeitos da globalização é a apresentada pela segunda corrente, que parte do pressuposto de que a globalização pretende homogeneizar os membros integrantes da sociedade internacional, mas o efeito colateral disto é aumento das desigualdades internas de

cada nação, pois as assimilações dos preceitos internacionais não acontecem com igualdade no mundo.

A globalização exige a eliminação das fronteiras geográficas nacionais e difunde a modernização, expansão econômica, política, militar e territorial, fundindo e destruindo identidades nacionais pela imposição de governos e modos de produção, enquanto mundializa a cultura (GUERRA, 2004, p. 336). Porém, não ocorre desta forma. O mercado global se apresenta como capaz de homogeneizar o planeta, enquanto, na verdade, as diferenças locais são profundas. Busca-se a uniformidade, mas o mundo se torna menos unido, o que torna distante a ideia de uma cidadania universal, ao passo que o consumo é estimulado (SANTOS, 2001, p. 9).

A universalização busca um mundo igualitário, uniforme, com ideais similares. Embora a globalização esteja impregnada dessa ideologia, por ser um processo de aprofundamento internacional de integração econômica, social, cultural e política, quando é assimilada de formas diferentes dentro de cada Estado o efeito é reverso. Sendo assim, o que deveria unir as regiões do mundo as distancias.

Deste modo, o Estado é fortalecido para atender a economia e garantir os interesses internacionais, em detrimento das populações, cuja vida se torna mais difícil. A fome e o desabrigo são gerais em todos os continentes. Somente é possível pensar na construção de um novo mundo através de uma globalização mais humana. (SANTOS, 2001, p. 10). Humanizar a globalização seria buscar uma integração que respeitasse o tempo de assimilação de cada Estado e os direitos humanos, não apenas que visasse os lucros.

Não há dúvidas de que a noção de soberania foi revista. Entretanto, para esta segunda corrente, o Estado continua forte e a maior prova disso é que as empresas transnacionais e as instituições supranacionais não possuem força normativa para impor, dentro de cada território, sua vontade econômica ou política, uma vez que cabe ao Estado nacional regular o mundo financeiro e construir infraestruturas, atribuindo às empresas escolhidas a condição de viabilidade. O

mesmo ocorre com as instituições supranacionais, cujas recomendações precisam de decisões internas de cada país para que possuam efetividade (SANTOS, 2001, p. 38).

A função do Estado não será apenas de manter a ordem e de efetivar os negócios impostos pela globalização, como dito pela primeira corrente, posto que só é efetivado nacionalmente o que for aprovado por ele, através de seu poder legislativo, constitucional, que ratifica as leis internacionais e permite o funcionamento de empreendimentos estrangeiros no país. Ademais, a cessão da soberania não é natural e automática, uma vez que depende da forma como o governo de cada país decide se inserir na globalização (SANTOS, 2001, p. 38). Ou seja, o Estado regulará seu nível de inserção na globalização e na sociedade internacional, o que automaticamente determinará o grau de flexibilização da sua soberania.

Outra questão importante diz respeito aos direitos humanos individuais. Ainda que o indivíduo tenha se tornado sujeito de direito internacional e tenha garantido a sua proteção para além do Estado, seus direitos só podem ser efetivados por este e o motivo é simples: os organismos de proteção interestatais, que garantem estes direitos internacionalmente, não possuem território e os outros Estados não assimilam facilmente estrangeiros. Sendo assim, a única forma de tutela e garantia desses direitos é pelo Estado, como cidadão.

O cidadão de um lugar pretende também se tornar do mundo, porém este não regula lugares. O cidadão do mundo é uma promessa distante. Os atores globais eficazes são antihomens e anticidadãos, sendo as realidades nacionais as únicas condicionantes para a existência de um cidadão. Assim, o cidadão só o é como cidadão de um país. A cidadania plena depende de soluções locais (SANTOS, 2001, p. 55).

A história elucida porque o estrangeiro não é uma figura interpretada positivamente. Tal esclarecimento repousa na evolução do conceito de humanidade. Primordialmente, os homens não eram aqueles que pertenciam a espécie humana. Em Roma, no período republicano, a palavra 'humanitas' era

utilizada para distinguir o homo humanus, o romano educado, do homo barbarus, aquele que não era um cidadão romano (DOUZINAS, 2011, p. 4). Ou seja, só era considerado homem, correto, educado, aquele que pertencesse a Roma, caso contrário, não era tido como um.

Posteriormente, com a expansão da igreja católica, compreendeu-se que todos são iguais perante Deus, iniciando-se o universalismo, pois todos os povos seriam igualmente parte da humanidade. Entretanto, aqueles que eram considerados pagãos somente deveriam ser reconhecidos como iguais se aceitassem o catolicismo. Já aos não-católicos, assumidamente de outras religiões, não haveria possibilidade deste reconhecimento.

A separação clássica entre grego (ou humano) e bárbaro era baseada em fronteiras territoriais claramente demarcadas. No império cristão, a fronteira foi internalizada e dividiu o globo conhecido diagonalmente entre o fiel e o pagão (DOUZINAS, 2011, p. 4).

No final do século XVIII, a noção de humanidade foi revista, passando a ser empregada no sentido que conhecemos hoje. Neste período, a ideia de humanidade foi transferida de Deus para a natureza. O conceito de 'homem' foi criado e transformado em um valor absoluto e inalienável, em torno do qual todo o mundo girava. (DOUZINAS, 2011, p. 5). A inalienabilidade foi atrelada aos direitos naturais porque eles existiam independentemente de um governo para efetivá-los e eram a representação dos eternos direitos dos homens, inextinguíveis.

Ainda que o entendimento acerca dos direitos do homem tivesse mudado, possuía raízes dos entendimentos anteriores. A Declaração francesa é uma prova disso. Neste instrumento o homem era tido como universal, social, mas precisava de um ato que assim o declarasse, através da associação política nacional e estatal. Além disso, o homem particular, indivíduo, era o cidadão nacional e somente ele possuía direitos.

A humanidade era obtida através da aquisição dos direitos políticos. Desta forma, o estrangeiro, por não ser cidadão, não integrava o Estado, não possuía direitos e era considerado menos humano. Relacionando às épocas anteriores, o

estrangeiro moderno é o bárbaro ou o pagão, o inumano ou o subumano. Sendo assim, a humanidade estaria atrelada à cidadania. Hodiernamente estes conceitos ainda estão vinculados. Em um mundo globalizado, não possuir cidadania, ser um refugiado é ser um representante histórico da inumanidade. A solidariedade e a compaixão são sentimentos vinculados a empatia, porém só existe capacidade de identificação com semelhantes. Ou seja, não há uma interpretação positiva do estrangeiro, nem o desejo de amparo aos refugiados porque, historicamente, eles não são tidos como semelhantes aos nacionais, nem sequer aos “humanos”.

Deste modo, a única forma de garantir os direitos de um indivíduo será na figura de cidadão, integrante de uma nação. Trata-se de uma construção de baixo para cima e o principal é a existência de individualidades e de garantias jurídicas para elas. A base geográfica para isso será o lugar, que é considerado como espaço para o exercício da existência plena (SANTOS, 2001, p. 55).

A questão é que o refugiado perdeu a cidadania por falta de proteção, guerra ou até perseguição de seu Estado. Sendo assim, deixará de ter seus direitos efetivados. A solução seria a busca pela inserção em outro território, porém na prática esta lógica não é tão simples pois, embora existam organizações interestatais para tutelar seus direitos, nenhum outro país, ainda que obrigado por tratados e convenções, o assimilará com facilidade.

CONCLUSÃO

Os direitos humanos dos refugiados são universais e devem ser promovidos independentemente de fronteiras e ideologias nacionalistas. Compreender esta questão de modo diverso implica na ofensa aos direitos originários e no fracasso das relações interestatais, arriscando não apenas a efetividade de direitos fundamentais humanos, mas também a paz mundial.

A proteção desses direitos deve ultrapassar fronteiras e nações, não se justificando desrespeitar a dignidade humana sobre o fundamento de ofensa à soberania, a homogeneidade nacional, a segurança interna ou estabilidade econômica, pois tais argumentos possuem uma carga estigmatória e preconceituosa. O refugiado, quando acolhido, beneficia a sociedade interna com

seus predicados culturais e individuais. A violação de direitos fundamentais com base em afirmações que beiram o cego idealismo e sem comprovações práticas deve ser inadmitida no âmbito do direito internacional. Os princípios da dignidade instituídos pelos mecanismos coletivos internacionais, que representam os interesses dos povos e não apenas a economia global deve ser respeitada, uma vez que a proteção aos direitos humanos é garantia da existência da própria humanidade.

A concepção de soberania, como forma de imposição da vontade maior do Estado, ainda subsiste, mesmo que flexibilizada por organismos de direito internacional que determinaram o indivíduo como sujeito de direitos neste arcabouço protetivo. Ainda que para uma eficácia plena seja necessária uma atuação territorial.

O refugiado perdeu a cidadania por falta de proteção, guerra ou até perseguição de seu Estado. Sendo assim, deixará de ter seus direitos efetivados. A solução natural deveria ser a busca pela inserção em outro território, porém, na prática, como foi observado, não ocorre facilmente pois, embora existam organizações interestatais para tutelar seus direitos, nenhum outro país, ainda que vinculado por tratados e convenções, o assimilará rapidamente.

Sendo assim, é necessário repensar os paradigmas que fundamentam este impasse na ceara do direito internacional, pois, por si só, não haverá uma resolução prática e célere que respeite a dignidade humana, porque este é o lado mais vulnerável e não possui forças para efetivar e impor seus direitos.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alberto Ribeiro. **10 lições sobre Bodin**. São Paulo: Vozes, 2011.
- BAUMAN, Zygmund. **Globalização: As Consequências Humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BULL, Hedley. **A sociedade anárquica: ordem na política mundial**. São Paulo: universidade de Brasília, 2002

DOUZINAS, Costas. **Os Paradoxos Dos Direitos Humanos**. Traduzido por Caius Brandão. Pensar Os Direitos Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas. V.1, N. 1, 2011.

FALK, Richard A. **Human Rigths horizon**: the pursuit of justice in a globalizing world. New York/London: Routledge, 2000

FRENEDA, Eduardo Gomes. **Da Internacionalização dos Direitos Humanos e Da Soberania Compartilhada**. 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Soberania e Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2004.

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e relações internacionais. Martins Fontes, 2004.

PESSÔA, Fernando José Breda. **A Transformação da Soberania e o Tribunal Penal Internacional**. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. Saraíva, 2011.

SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização do Pensamento Único à Consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

MARCOS JOSE GARCEZ:

Bacharelado em Direito pela Universidade Estácio Fic ou Estácio do Ceará.

CRISTIANE DUPRET FILIPE PESSOA
(Orientador)

RESUMO: Fazer uma análise sobre a aplicação da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro é a proposta deste trabalho de pesquisa. O crime e a contravenção, desde sua origem tiveram a imposição de uma pena, como a retribuição do mal aplicado, configurando a chamada justiça retributiva. Entretanto, eis que surge uma nova proposta no cenário do direito penal com o olhar mais humanizado, apresentando a ideia de uma justiça restaurativa que procura reparar o mal provocado pela infração penal através de um reequilíbrio das relações entre agressor e agredido e não a imposição da pena, apresentando em seu viés uma possibilidade de conciliação entre os indivíduos com maior participação da comunidade, de uma maneira geral. Sendo assim, se faz necessário analisar sobre a aplicação da chamada justiça restaurativa.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Direito penal. Estado. Sociedade

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 JUSTIÇA RESTAURATIVA 2.1 HISTÓRICO E CONCEITO 2.2 OS PRINCÍPIOS E A JUSTIÇA RESTAURATIVA 2.3 A PARTICIPAÇÃO DO OFENSOR DO OFENDIDO E DA COMUNIDADE 3 A TUTELA LEGAL DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL 3.1 ANÁLISE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO DIREITO BRASILEIRO 3.2 JUSTIÇA RETRIBUTIVA X JUSTIÇA RESTAURATIVA. 4 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL 4.1 DIFERENÇA ENTRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E CONCILIAÇÃO 4.2 DESAFIOS NA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1-INTRODUÇÃO

Para se falar a respeito da justiça restaurativa devemos antes de tudo lembrar que o direito penal é essencialmente uma garantia que visa promover a justiça penal no âmbito da coexistência pacífica dos indivíduos enquanto cidadãos participes de uma mesma sociedade. Bem sabemos que o *jus puniendi* do estado deve incidir sobre aquele que macula o ordenamento jurídico e prejudica a paz social, sendo assim, o sistema penal retributivo apresenta a punição visando retribuir o mal causado para manter a ordem e o desenvolvimento harmônico da sociedade.

Desse modo, temos que a pena privativa de liberdade figura em nosso sistema penal atual como uma prática constante se fazendo uma resposta ao crime

no sentido de ser compreendida como uma medida eficaz para prevenir futuras condutas ilícitas e ao mesmo tempo ressocializar o infrator, o que lamentavelmente não é identificado em nosso sistema penal vigente, pois o indivíduo que comete um crime e é submetido ao cerceamento de sua liberdade como punição, sofre na realidade uma grande dessocialização que o transforma em um indivíduo passível de cometimento de novos crimes.

A violência e o castigo punitivo como uma forma de coibir a criminalidade não vem se mostrando eficaz, ao contrario, o que se verifica é a intensificação da própria violência que cada dia mais atinge a coletividade na pessoa do cidadão. Nesse contexto, temos que o modelo tradicional de justiça penal é percebido como eticamente indigesto, pois o mal é punido com outra mal, vez que, aqueles os quais deveriam ser protegidos e resguardados pelo Estado são os mais atingidos e nesse aspecto emerge um paradoxo, de um lado os cidadãos são vedados a realizar vingança privada para fazer justiça com as próprias mãos, em contra partida a aplicação da punição estatal de forma violenta não consegue conter aqueles que assumem o papel dos violadores dos direitos e garantias dos indivíduos pertencentes à coletividade.

Diante da evidente fragilidade do nosso sistema penal atual é necessário se pensar numa retificação para essas falhas em relação a uma resolução eficaz de conflito surgido com o cometimento do ilícito penal, pois os direitos constitucionais básicos não são respeitados em face de inoperância do atual sistema de justiça penal, o que o torna inaceitável eticamente e faz da ressocialização do apenado algo impossível de ser concretizado de forma eficaz. O que nos conduz a pensar que a falibilidade do nosso sistema aliado as insurgências e atrocidades, especificamente no que se refere a dignidade da pessoal humana, enquanto principio constitucional que fundamenta o direito penal brasileiro, faz da pena de prisão na verdade um fator criminógeno.

Nesse contexto, emerge a necessidade de um novo paradigma de justiça penal, para que seja possível buscarmos aplacar as discrepâncias e falhas identificadas no atual sistema penal, o que devemos compreender que não é uma tarefa simples e nem fácil, mas de extrema necessidade diante da onda de violência e criminalidade crescente que vem imperando no atual cenário da nossa sociedade. E é exatamente devido a essa contextualização fática que ocorre o surgimento de um novo modelo de solução de conflitos chamado justiça restaurativa.

Esse trabalho de pesquisa vem, portanto, apresentar, de forma sucinta, uma análise sobre a aplicação da justiça restaurativa no cenário do Direito penal brasileiro, para tanto, na primeira seção será abordado sobre os aspectos conceituais da Justiça restaurativa bem como sua configuração e histórico.

Na segunda seção, abordaremos a respeito do surgimento da Justiça restaurativa no Brasil, destacando sobre sua implantação e a relação com a justiça retributiva enquanto sistema penal existe, notabilizando também sobre o papel do ofensor, do ofendido e da participação da comunidade de forma mais efetiva.

Por fim, na terceira seção desse trabalho trataremos a respeito da aplicação da justiça restaurativa no Brasil, analisando a respeito da relação entre essa e a conciliação e pontuar os aspectos a respeito dos desafios para implantação da justiça restaurativa no Brasil. O método utilizado foi bibliográfico.

2-O QUE É A JUSTIÇA RESTAURATIVA?

(Uma idéia que move e sempre moverá as pessoas é justamente a busca de uma justiça efetiva e humanizadora como aquela que identificamos na justiça restaurativa que traz uma nova percepção para se compreender a própria justiça.)

2.1 CONCEITO E HISTÓRICO.

Segundo Vilabaldo Cardoso Neto (2018, p 28-29): "... essa idéia de justiça surge no Canadá na década de 1970. Depois, chega aos Estados Unidos e, a partir daí, quando é cunhada a expressão "Justiça Restaurativa", expande-se e passa a ser implementada em vários países, a partir de praticas diferenciadas. O impulso maior é dado quando, em 2002, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas edita a resolução 2002/12 e define orientações gerais para a utilização de procedimentos de Justiça Restaurativa em todo o mundo."

Isso significou um grande avanço para as práticas restauradoras como uma forma diferenciada de se desenvolver uma resolução de conflito buscando uma proposta que tem na participação de todos os envolvidos a base para se chegar a um consenso que se faz curador do mal advindo do crime.

Seguindo corroborando o pensamento do autor supracitado: no Brasil, a Justiça Restaurativa ganha visibilidade a partir de 2005, em razão da parceria estabelecida entre o Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), quando foi lançado o projeto "Promovendo Práticas Restaurativas". Esse projeto consistiu na realização de seminários em algumas cidades brasileiras, no lançamento de obras coletivas (coletâneas de artigos) sobre o tema e na implantação de três projetos-piloto, nas cidades de São Caetano do Sul, Porto Alegre e Brasília. A partir de então, a temática passou a ser difundida por entidades dos poderes públicos e de organizações da sociedade civil. Vilabaldo Cardoso Neto (2018, p 29)

Neste plano de compreensão se identifica na justiça restaurativa novel instrumento que vem embasado na idéia de atingir de forma efetiva e prática o cenário de resolução de crimes trazendo a responsabilidade para os envolvidos diretamente no conflito e desse modo viabilizar uma possibilidade de tratar o conflito em sua amplitude destacando a celeridade que se faz tão necessária para se conceber a justiça se personificando no direito penal.

Como afirma Silva Sánchez (2013, p 117), em muitos países, incluindo o Brasil, o expansionismo da legislação penal é uma tendência perceptível nos últimos anos. A justificativa estatal para garantir a segurança dos cidadãos, muitas vezes, é conquistada com supressão de direitos e garantias daqueles que passam a integrar o sistema penal. O Estado passa a impor, assim, o seu arsenal punitivo de forma antecipada, atuando através de relações não de necessidade, mas de probabilidade.

Eis que surge uma prática que poderia se dizer que ainda está na perspectiva de desenvolvimento de conceito definitivo. De maneira geral, temos que se trata de um processo colaborativo desenvolvido para solucionar um conflito caracterizado como delito, nesse contexto, está inserido também, uma participação expressiva do infrator, da própria vítima e da comunidade. Desse modo, o que se pretende é a oportunidade conferida ao ser humano de se fazer protagonista da resolução dos delitos

Num aspecto de ordem prática, a mediação vítima-ofensor se constitui essencialmente em colocá-los frente a frente com uma segurança jurídica e física, para que ali seja possível um acordo em que a resolução vai além da questão de haver a punição, existe um alcance maior que ultrapassa a retribuição, como no caso de se promover uma espécie de reparação dos danos emocionais.

Assim, a fundamentação de uma justiça restauradora está baseada num procedimento de consenso que envolve todos os atingidos numa infração penal, isto é, o autor, a vítima e também em determinadas circunstâncias a própria comunidade em que fazem parte. Representa de fato, por tanto uma ruptura com a tradicional absolvição do estado na relação vítima/infrator e viabiliza a possibilidade de fragmentar o dueto da função da pena restrito a retribuição e prevenção, trazendo para esse cenário a possibilidade da reparação configurando um novo enfoque de solução de uma infração penal.

Diferenciando do enfoque retribucionista a justiça restaurativa propõe um novo olhar onde o crime na verdade é um ato que atinge vítima autor e comunidade e nesse contexto a responsabilidade social pelo ocorrido é proposta concitando por tanto a comunidade para ter participação na solução do crime.

2.2 OS PRINCÍPIOS E A JUSTIÇA RESTAURATIVA.

No que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana identificamos que se guarda relação com a justiça restaurativa uma vez que o processo de restauração se baseia ou se fundamenta na pessoa como o centro de referência para resolver o conflito, isto é, a resposta para se fazer justiça reside em levar em consideração todos os aspectos que envolvem o conflito, inclusive os de ordem psicológica emocional.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um dos, senão o maior princípio, do qual se irradiam todos os demais princípios, esse princípio da ao

estado a obrigação de abster-se a todo e qualquer ato que atente contra a dignidade da pessoa humana, devendo agir por meio de condutas que garantam o seu funcionamento, para proporcionar a construção do indivíduo enquanto pessoa e ser social[1].

Seguindo na idéia de apreciarmos os princípios que estão ligados a Justiça restaurativa cabe mencionarmos também o Princípio da Voluntariedade, pois se trata de um acordo de vontades entre as partes, a escolha de participação é essencial para que seja possível dar início aos trabalhos da Justiça Restaurativa. A eficácia do acordo está fundamentada na participação voluntária.

Outro princípio que faz parte da caracterização da Justiça restaurativa é o Princípio da Informalidade, que se evidencia dentro do procedimento restaurador, pois não existem burocracias nem rituais de solenidades para as sessões restaurativas, o que permite a compreensão de que é possível realizar a efetivação do acordo de um modo mais acessível e descomplicado.

Não se identifica nesse contexto o ambiente formal do Poder Judiciário, excetuando é claro a necessidade de elaboração do acordo firmado entre os participantes que deve ser escrito em termos objetivos onde as obrigações das partes devem ser proporcionais e possíveis de serem satisfeitas e necessitam prever formas de fiscalização além de ter resguardado as garantias para o cumprimento e naturalmente ser *a posteriori* homologado.

Também temos o Princípio da Oportunidade, que indica a possibilidade da Justiça restaurativa incidir em diversos momentos do processo. No caso de ser realizada esta antes do oferecimento da denúncia, o requisito que deve ser analisado é a existência de indícios que possam fundamentar uma eventual sentença, isto é, materialidade e autoria. Convém destacar que Na Justiça Retributiva, como bem se sabe impera o Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal, restringindo a possibilidade de renúncia, desistência etc. O que torna mais complexa a efetivação da resolução do conflito.

Seguindo nesse esteio de compreensão, se faz oportuno também mencionar ainda o Princípio da Neutralidade, vez que as partes devem estar em um ambiente de neutralidade e se submeter a um procedimento sem que nenhuma das partes seja favorecida em detrimento da outra. Desse modo será possível a ambas as partes serem ouvidas sobre a ocorrência dos fatos investigados e também suas motivações e eventuais seqüelas resultantes do ocorrido.

Para que depois as partes juntas possam dialogar sobre a possibilidade de uma restauração. E junto a esses já mencionados, seguimos destacando outros mais que compõe a base de estruturação da Justiça restauradora. Assim, referenciamos o Princípio do Sigilo que confere às partes segurança de que tudo o que for pronunciado na sessão, não poderá ser usado a favor ou contra elas em qualquer

outro lugar. Tanto é assim que se o ofensor recusar a restauração com a vítima, isso não poderá ser fundamento ou causa para agravamento da pena aplicada a ele.

Em relação ao princípio da Complementariedade, se entende que nem sempre os mecanismos da Justiça Restaurativa irão evitar um processo criminal como, por exemplo, quando um crime público vai ao conhecimento da Polícia ou das autoridades judiciárias, entretanto, ainda assim um processo restaurativo poderá ser benéfico para o ofensor que poderá fazer uma reparação extrajudicialmente a vítima, sendo-lhe aplicado devido a isso, uma pena de prisão com menor duração, o que sem dúvidas é mais benéfico.

O princípio da confidencialidade permite às partes a segurança para, com franqueza, tratarem dos seus interesses sem constrangimentos, pois no caso do processo de mediação não prosperar, as declarações não devem poder ser comunicáveis em juízo, por essa razão também nos debates, as declarações não devem ser reduzidas a escrito, imperando a oralidade que torna viável a expressão dos sentimentos dos envolvidos de forma mais sincera e com maior liberdade para mostrar o que realmente habita no coração de cada um no que se refere a ofensa causada.

No que se refere ao princípio da celeridade, temos que este também permeia a Justiça Restaurativa que consegue dá ao problema jurídico uma resposta rápida, célere e eficaz, fazendo jus ao sentido de justiça. Neste sistema as partes tendem a controlar a duração do processo, consoante a natureza, o tipo e a complexidade de cada caso, o que nos conduz a concluir que, mesmo que estas necessitem de tempo maior para chegarem a um acordo, este espaço de tempo não será maior do que aquele que da chamada justiça tradicional.

E sendo assim, a Justiça Restaurativa apresenta uma redução de custos para a máquina judiciária, bem como para as partes participantes. E aliado a tudo isso, está finalmente a necessidade de respeitar a disciplina que deve atingir o agressor e a vítima no que se refere à própria execução dos acordos. A noção de disciplina está ligada a um recurso de responsabilização das pessoas implicadas no processo em causa e ademais, permite maior acreditação social desta atividade, pois desse modo é possível compreender que a restauração está configurada em bases principiológicas sólidas.

2.3 A PARTICIPAÇÃO DO OFENSOR, DO OFENDIDO E DA COMUNIDADE.

O maior interesse é reparar o dano causado ao bem jurídico e para tanto todos os personagens do crime devem estar envolvidos. Existe a predominância da disponibilidade da ação social e como o foco é reparar o dano, existe uma predominância de reparação e das penas alternativas ao invés da privativa de liberdade.

Neste plano de compreensão temos que as penas, quando forem necessárias tem por corolário a proporcionalidade e a humanidade como seu manto definidor. Além disso, se evidencia nessa proposta restaurativista o espírito de assistir a vítima, isto é fazer com que suas angustias e anseios sejam levados em consideração para que esta se sinta no manto de acolhimento da justiça de uma forma mais humanizada. Nessa proposta de cenário jurídico penal se percebe que a idéia da restauração emerge como uma possibilidade de se fazer uma justiça mais próxima do cidadão.

A Justiça Restaurativa se refere a um procedimento de consenso onde as pessoas estão envolvidas de uma forma mais próxima, a vítima, o infrator, a comunidade que se fazem atores principais com participação ativa e efetiva na idéia de se estruturar soluções para que sejam curados os traumas e as feridas que foram provocadas pelo crime, na verdade o que temos são pessoas que vivenciaram o mesmo cenário, uma mesma situação traumática e agora se propõe que elas se unam ou que estejam envolvidas dentro de um mesmo contexto para que possam buscar soluções curativas para as questões que foram prejudicadas por conta do surgimento do crime.

Na verdade o que o modelo restaurativo vem a mostrar é a proposta de se buscar uma forma mais participativa, mais democrática no cenário criminal, pois além da vítima e do infrator temos a própria comunidade que se faz participe nesse e todos estão buscando o mesmo ideário de cura e modificação por conta do crime que perpassou a vida de todos os envolvidos, não se trata de um procedimento superficial simples, pois na verdade ele vai adentrar no conflito no âmbito das subjetividades e o que temos é uma nova roupagem para a solução do crime, uma espécie de busca que envolve todos aqueles que foram atingidos isso é o diferencial maior da justiça restaurativa.

O que convém acrescentar é que, a justiça restaurativa nos coloca sobre uma nova ótica restauradora que vai muito além da idéia de retribuir o mal com o mal, estamos diante de um novo horizonte, uma nova perspectiva na efetivação da justiça. Agora o que importa é pensar sobre o reequilíbrio das relações entre agressor, agredido com envolvimento da comunidade, significa dizer que a sociedade que foi atacada em principio atingida em sua dignidade passa a desempenhar posteriormente o papel decisivo na restauração da paz social.

Nesse contexto se identifica que a responsabilidade pelo crime se dilui a todos os membros da sociedade, isto é, o fato praticado não se reputa somente ao autor, co-autor e participe, pois se entende que todos falharam na missão de viver em paz na coletividade, por isso o episódio criminoso se apresenta como uma resultante dessa falha e assim considerando que os membros da sociedade precisam resgatar a harmonia e a paz no seio da coletividade, convém aos procedimentos formais e rígidos da justiça retributiva ceder espaço na justiça

restaurativa a meios informais e flexíveis fazendo prevalecer a disponibilidade da ação penal.

Nesse aspecto cabe perceber que justiça restaurativa proporciona um encorajamento ao ofensor para que este possa se responsabilizar pela conduta danosa, fazendo uma reflexão das causas e conseqüências do seu comportamento em relação aos seus convivas, para então buscar se modificar em seu modo de agir e pensar e posteriormente se habilitar a retornar para sua comunidade e ser aceito pela mesma. Tudo isso porque a justiça restaurativa pode apresentar como resultado o acarretamento do perdão mútuo entre todos os envolvidos no conflito, além de uma reparação mais efetiva para a vítima.

A justiça restaurativa vem criar um ambiente seguro no qual o ofendido se sente encorajado a se aproximar do autor da conduta ilícita, para que, possa trabalhar também os aspectos emocionais atingidos com o crime, ademais é oferecida a comunidade a chance de promover seus valores e expectativas sobre o entendimento das causas adjacentes do crime e assim poder determinar o que poderia de fato reparar o mal que foi provocado para restaurar a paz e a tranqüilidade que existia outrora.

Dessa forma se contribui para que exista o restabelecimento do bem coletivo bem como a potencialização de uma colaboração efetiva na busca da diminuição do índice de criminalidade, pois, o dever da restauração da paz pública pertence a todos e a justiça restaurativa abre passagem para a restauração do dano e lança um olhar de enfoque para as medidas substitutivas da pena privativa de liberdade resultante de sua atividade conciliatória incessante que se faz característica da justiça restauradora.

O fulcro está na assistência a vitima de um modo mais profícuo buscando trabalhar a subjetividade que está imbuída no fato criminoso, na pessoa do ofensor e do ofendido além, é claro, da própria coletividade.

3- A TUTELA LEGAL DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL.

(Na busca de um novo horizonte para a justiça penal objetivando, sobretudo prevenir e trazer resolução aos conflitos emerge a justiça restauradora colocando as relações interpessoais com um papel de destaque n busca de reparar danos oriundos dos delitos, a proposta vem com objetivo curador das conseqüências do delito.)

3.1 JUSTIÇAS RETRIBUTIVA X JUSTIÇA RESTAURATIVA

Para aprofundar nossa análise a respeito da justiça restaurativa como uma forma diferenciada de se realizar o justo e certo para uma aplicação eficaz do direito penal se faz oportuno ressaltar que está aparece no cenário jurídico como um farol que sinaliza a necessidade urgente de se promover uma espécie de justiça efetiva

que emerge ao lado da clássica justiça retributiva para nós mostrar que é possível se promover um direito humanizado.

E tudo isso não significa que seja necessário debelar a retribuição mais sim se buscar uma espécie de diluição no sentido de identificar as semelhanças e diferenças nos dois sistemas para que seja possível a coexistência de ambas no sentido de se fazer justiça. Nessa proposta de compreensão, convêm as palavras de Howard Zehr: "a Justiça Restaurativa se assemelha à Justiça Retributiva por partir de uma concepção antiga de delito, baseada no senso comum... compreendemos o comportamento socialmente nocivo como "violação de pessoas e relacionamentos interpessoais" (2012, p. 31).

Entretanto a justiça restauradora se coloca numa espécie de limiar no que se refere às respostas necessárias de combate ao crime. A proposta restauradora segue num horizonte que aponta um caminho em que as práticas judiciais se delineiam de um modo mais compreensivo ao cidadão comum e vem menos revestida pelos rituais das formalidades da justiça, se trata de uma pretensão de oferecer para aqueles que foram diretamente afetados pelo crime meios mais condizentes para se compreender e lidar com o delito.

E assim, vem permitindo que se construa uma resposta mais satisfatória que permite pensar a situação sob uma dimensão interdisciplinar onde o fenômeno do crime e a própria noção de justiça adentra de forma mais profunda na adesão de integração entre todos os envolvidos no conflito buscando uma nova perspectiva de se obter uma justiça mais efetiva, mais participativa e verdadeiramente compreendida pelo cidadão.

Assim inserida no cenário das práticas de informalização e desjudicialização propriamente ditas, especificamente no plano de exigências necessárias para se obter uma efetiva reparação que proporcione o retorno fático da paz social, a justiça restaurativa vem buscando proporcionar desse modo uma espécie de enfrentamento da crise iminente do modelo causal do crime-sansão pertinente a justiça retributiva. Este modelo retributivo que muito embora venha ao longo dos tempos aplicando estratégias de endurecimento legislativo no intuito de coibir a violência personificada nos mais variados tipos de delito, não vem obtendo êxito[2].

E mesmo com as práticas repressivas contundentes como a expansão legislativa que trás novos tipos penais traduzindo o entendimento de que para se punir de forma efetiva é preciso criminalizar mais condutas e assim reafirmando que para que se possa punir efetivamente é necessário coibir através do encarceramento. Pois persiste a noção de que o tolhimento da liberdade pode fazer com que o delinqüente consiga se reeducar e reprimir suas práticas criminosas por medo de permanecer encarcerado e mutilado no que diz respeito a sua própria dignidade humana.

Entretanto o cárcere cada vez mais se apresenta ineficaz no ideal da ressocialização, a prisão não repara nem contém a violência pelo contrário, se verifica a cada dia que esta se faz um instrumento reprodutor da mesma e assim o sistema penal vai cada vez mais se emergindo em uma grande crise que não encontra justificativa para se explicar no que diz respeito ao dever de garantir a segurança dos cidadãos.

Assim, a justiça restaurativa se apresenta com um novo cenário, trás uma nova roupagem para lidar com a criminalidade, apresenta um novo olhar para se tratar o crime nas suas conseqüências violadoras dos direitos dos cidadãos. Sob o manto do olhar restaurador, o ponto essencial reside na violação da relação das partes que figuram como os atores principais do delito conflituoso, o reflexo causado para os envolvidos e para a comunidade de um modo geral é que precisa ser tratado em todos os seus aspectos, incluindo as seqüelas de ordem psicológica emocional, pois o rompimento do bem estar psicossocial do cidadão devido um episódio de violência do crime é ponto fundamental a ser tratado.

Nesse sentido, é interessante notar que o processo restaurativo se sobrepõe ao processo penal e rompe com a lógica retributiva, vez que entrega o conflito ao ofensor, a vítima e a comunidade para que esses encontrem um acordo que seja favorável a todos, sobretudo, através do diálogo e do distanciamento de estereotipo que inviabilizam uma efetiva reparação do dano causado pela infração delitiva. Reside na participação efetiva dos envolvidos a satisfação maior para uma realização de justiça em que as partes e a própria comunidade são os protagonistas das soluções encontradas para se resgatar a ordem e a paz social que havia sido maculada pelo crime.

Trata-se de uma nova modalidade de resolução de conflitos, por assim dizer, pois na proposta restauradora se identifica uma novidade no que se refere a idéia de crime e justiça. Isso porque o que se pretende é mostrar que é possível efetivar a restauração de tudo que foi rompido pelo crime de uma forma que se evidencie de modo prático que é possível fazer a cura do delito envolvendo quem o produziu e quem sofreu a mácula criminosa.

3.2 A ANÁLISE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO DIREITO BRASILEIRO.

No caso do Brasil, onde o princípio da indisponibilidade da ação penal pública é o que vigora, se evidencia que de fato a aplicação de medidas alternativas, como a proposta da justiça restaurativa encontra inviabilidades para se efetivar e alcançar uma expressão maior no cenário jurídico penal brasileiro. Contudo, ainda que exista certo entrave no que se refere a aplicação de métodos alternativos no âmbito processual penal, temos na nossa Constituição e na Lei 9099/95 uma trilha sólida de avanço no sentido de viabilizar a aplicação da justiça restaurativa.

Assim, se lança o entendimento de que podemos identificar nos crimes de ação penal de iniciativa privada, que é disponível e a critério do ofendido a provocação da prestação jurisdicional, a possibilidade de ser possível para as partes terem a opção de escolha pelo procedimento restaurativo, perquirindo um horizonte diferenciado para se permitirem uma resolução de conflito com maior expressão de envolvimento na participação de todos os envolvidos para que dessa forma possam buscar a construção de um caminho restaurador, que não o judicial, para que desse modo possam alcançar uma justiça que vá além da mera retribuição punitiva[3].

Ademais, nos crimes de ação penal privada e pública condicionada, existe a possibilidade de ocorrer a despenalização por extinção da punibilidade através da composição civil e, nas hipóteses de ação penal pública, pode ser referenciado o encontro para se discutir uma possibilidade de pena alternativa adequada, no ambiente de um diálogo de proposta restauradora. O que nos conduz a uma compreensão nítida que estamos diante de uma configuração resolução de conflito inserida de acordo com o contexto necessário para eficácia de sua aplicação.

Nesse cenário, emerge o entendimento de que a experiência restaurativa pode ser aplicada no âmbito da conciliação bem como na transação penal, tudo isso a partir da construção de um espaço de consenso produzido por ela que permite a existência de um diálogo restaurativo, inclusive com maior alcance para atingir outros contextos como os de aspecto emocional trazidos pelas partes e que podem ser trabalhados para evoluir na idéia de se obter uma justiça restauradora também no plano emocional.

Nesse plano de entendimento que visa apresentar um viés restaurador, o art. 94, da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), consta a hipótese de procedimento restaurativo nos crimes contra idosos, pois o referido artigo diz que o procedimento da Lei 9099/95 para os crimes contra idosos a pena privativa de liberdade não passe de quatro anos, desse modo propicia a aplicação do processo restaurativo[4].

E devido essas aberturas que estão inseridas no âmbito da nossa própria legislação, o nosso Poder Judiciário vem sendo conduzido a mudar suas concepções a fim de buscar idéias alternativas para a solução de conflitos, mas agora não priorizando apenas o método tradicional de ajuizamento de processos judiciais, e sim possibilitando a via restauradora.

A prática da justiça restaurativa, funcionando faz mais de quinze anos, tem se expandido cada vez mais e se confirma de forma efetiva por intermédio do denominado Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa, firmado em agosto de 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Nos Juizados da Violência Doméstica contra a Mulher, ou da Paz Doméstica, usualmente, crimes contra a liberdade pessoal ou individual[5].

Nos Juízos da Infância e Juventude, condutas equiparadas a lesões corporais (decorrentes de brigas em família, entre vizinhos, na escola); uso de droga, ameaças, contravenções penais, crimes contra a honra. Na Pesquisa - Relatório Analítico Propositivo Excepcionalmente, condutas consideradas graves, como atos inflacionais análogos à tentativa de homicídio, estupro, tráfico de drogas e furto simples e qualificado (São Paulo capital, Tatuí, Porto Alegre). Diante do que se identifica no relatório produzido pelo CNJ, a Justiça restaurativa está evoluindo e se inserindo efetivamente no cenário jurídico brasileiro ao lado da justiça retributiva[6].

4-APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL.

(A justiça restaurativa em si se reveste de um processo democrático e é incentivada para a sua aplicação, de modo eficaz a dar resultados reais no que concerne a resolução de conflitos.)

4.1 DIFERENÇAS ENTRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E CONCILIAÇÃO

No primeiro momento é natural que se confunda a justiça restaurativa com a conciliação, pois se tratam de fato, de métodos que procuram promover a resolução do conflito através de um acordo, de uma composição. Entretanto se faz oportuno destacar que existem expressivas diferenças nesses dois processos que tem por objetivo comum desenvolver uma restauração do que foi maculado pelo conflito[7].

Na conciliação existe a busca do acordo baseado no direito de cada um sendo que o fundamento está naquilo que expressam as normas, isto é, o conciliador vai se fundamentar na lei especificamente no que está positivado. De outra forma a justiça restaurativa tem seu fulcro nos valores das pessoas, nos seus sentimentos promovendo portando uma espécie de valorização da pessoa, na sua condição humana capaz de transformar o conflito com uma resolução curadora.

A prerrogativa é o ser que passa por uma espécie de transformação do conflito em uma resolução curadora buscando um dialogo participativo e democrático, uma via capaz de transformar a pessoa para desenvolver melhores relacionamentos no futuro e assim passar a promover efetivamente a ordem e a paz social. Sendo assim, cabe o entendimento de que é possível se criar um ambiente gregário favorável onde o diálogo propicie a restauração de uma convivência harmônica sob o manto da justiça. Não basta que existam leis para punir as injustiças, se faz necessário criar um ambiente em que se efetive o que for justo.

De todo modo, não se pode olvidar que existem filigranas de conciliação diluídas no processo restaurador, pois o propósito de conciliar se faz presente no sentido de buscar na força do diálogo o elemento eficaz para se proporcionar a sustentação de uma resolução de conflito embasada no consenso. Em comum, a conciliação é voltada para solucionar questões de ordem econômica, de maneira

que se pode perceber que, nas suas disposições da legislação civil, o seu instituto versa sempre sobre direitos que admitem transação e são de ordem privada. Pode também ser voltada somente a questões de interesse processual, como exemplo, os procedimentos criminais previstos na, já mencionada, Lei dos Juizados Especiais 9.099/1995 para os crimes de menor potencial ofensivo.

4.2 DESAFIOS NA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

No que se concerne à idéia de se pensar que é possível combater a criminalidade através de uso do diálogo se evidencia a vantagem proporcionada aos envolvidos no conflito, pois como já está evidenciado, apenas a imposição de uma pena não vai tratar dos aspectos emocionais que envolvem vítima, agressor e comunidade e também a retribuição não permite a chance da vítima expressar seus sentimentos e do agressor desenvolver uma conscientização sobre as conseqüências do crime praticado. Já dizia Cesare Beccaria “a finalidade das penas não é atormentar e afligir um ser sensível (...). O seu fim (...) é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo”. (Beccaria, 2008, p. 29).

É claro que sabemos que a criminalidade forte vem incidindo cada vez mais na sociedade e tudo isso, faz com que está exija uma resposta, seja ela qual for para debelar o crime, mesmo que isso não seja eficaz aparece o temor que ergue pilares de uma forte retribuição nas situações em que a lei se efetiva e o que nos causa terror e tremor é identificar uma pressão social para que o legislativo produza cada vez mais um endurecimento das leis aumentando suas penas no afã de conter ou de promover algum tipo de combate a criminalidade, o que lamentavelmente não conduz a uma diminuição da violência, tão pouco dos crimes.

Toda via fica evidenciado que a impunidade de fato produz criminalidade, mas está evidente que não será através do endurecimento das penas que se conseguirá garantir a segurança da sociedade, pois o que de fato deveria ser refletido era se pensar numa efetivação da aplicação da lei e não buscar seu enrijecimento nas penas, bem se ver que as milhares de pessoas infratoras que são encarceradas não voltam do cárcere melhores do que foram e muito menos capazes de promover o retorno da harmonia da paz social.

Nas palavras de Vilobaldo Cardoso Neto: “Ao se fazer uma análise prévia do sistema judicial brasileiro e projetar, a partir dele, a construção de um paradigma de justiça diferente, como propõe a Justiça Restaurativa, deparamo-nos com inúmeros desafios...” Contudo, o nosso ordenamento pátrio, atualmente está buscando evidenciar as questões de aspecto humano para proporcionar à resolução do conflito de forma mais humanizada e eficaz a todos os protagonistas do sistema jurídico trazendo assim a efetivação da justiça com viés mais digno e menos precário do que se verifica no sistema retributivo.

Ademais, convém rememorar que o sistema de Justiça Penal não se positiva como o único meio de controle que a sociedade dispõe e sua atuação é orientada e limitada pelo princípio da intervenção mínima e é do nosso conhecimento que a atuação da família, escola, religião o precede. Assim, se verifica nos ambientes comunitários a potencialidade para resolução de conflitos criminais, sem que seja necessário recorrer ao controle social formal.

No Brasil, tem havido o fortalecimento da justiça comunitária, pois a essência dos projetos de justiça comunitária é informar a população sobre seus direitos, facilitar o acesso aos meios necessários para o exercício da cidadania e, em casos de desavenças, estimular que as próprias partes as administrem. Na medida em que se transfere ao Estado toda a responsabilidade pela resolução dos conflitos, a comunidade não se fortalece nem se torna capaz de criar suas próprias soluções, o que constitui um fator de alienação.

E sendo assim, Projetos de justiça comunitária estão espalhados por quase todos os estados do país. Alguns deles contam com o apoio da Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH – da Presidência da República, através do programa Balcão de Direitos[8]. Cada vez a participação da comunidade é incentivada para que se efetivem acordos restauradores que promovam a satisfação efetiva de todos.

Desse modo, aduzimos que com a previsão contida no art. 98 da Constituição Federal de 1988, a Lei dos Juizados Especiais Criminais, como dito alhures, apresenta medidas que são compatíveis com as propostas restaurativas como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Em relação à composição civil dos danos, o juiz em audiência preliminar esclarecerá sobre a possibilidade da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, evidenciando a idéia restaurativa na composição civil dos danos.

Na transação penal as características restaurativas, aparecem na representação da vítima ou sendo o crime de ação penal pública incondicionada, o Ministério Público poderá propor medidas que se assemelham às penas restritivas de direito, não obstante a distinção quanto à natureza jurídica dos institutos. Ademais, encontramos ainda características da justiça restaurativa no instituto de suspensão condicional do processo e também é facultada ainda pelo Estatuto do Idoso[9].

O Estatuto da Criança e do Adolescente, perquirindo o mesmo objetivo das medidas não punitivas da Lei 9.099/95, traz o instituto da remissão em seu art. 126, abrindo espaço para as técnicas restaurativas. O processo, então poderá ser excluído, extinto ou suspenso, desde que a resolução do conflito tenha logrado êxito entre as partes de forma livre[10]. Convém também fazer referencia à prática restaurativa no instituto do perdão judicial, previsto no art. 107, inciso IX, e no art. 120 do Código Penal.

Sabemos que existem várias aplicações desse novo método em nosso país, pois a disseminação do processo restaurador vem se fortalecendo ao longo dos anos e configurando um instrumento eficaz favorável a resolução de conflitos de um modo humanizado e porque não dizer mais completo, pois fornece a comunidade uma possibilidade real de se fazer presente ao mesmo tempo em que se emerge como protagonista também no cenário de aplicação da justiça nesse viés restaurador. E nesse diapasão se faz oportuno mencionar a título de exemplos algumas dessas aplicações: Belo Horizonte/MG, Projeto Mediar, 2006. Campinas/SP, "Justiça e Educação – Novas Perspectivas", 2008.

Destacamos também o Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa (IBJR), se trata de uma ONG que congrega advogados, defensores públicos, membros do ministério público e da magistratura, professores, estudantes, pesquisadores, psicólogos, pedagogos, sociólogos, entre outros, objetivando a expansão das práticas restaurativas.

É interessante destacar que com o advento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e do Estatuto da Criança e do Adolescente as práticas restaurativas no Brasil têm sido aderidas ainda que não seja exatamente com sua especificidade, pois claro está que esse método vai muito além dos procedimentos dos juizados especiais, pois na sua base precípua repousa o resgate da convivência pacífica no ambiente afetado pelo crime, em especialmente naquelas situações em que o ofensor e a vítima fazem parte de um mesmo contexto social de convivência.

É certo também considerar que o sistema restaurativo e a crise do sistema carcerário estão diretamente ligados a questão da superlotação desumana, a situação da pseudo-reintegração do agente infrator à sociedade e tudo isso culmina com a noção de que a violência se propala com rapidez em detrimento ao combate efetivado pelo Estado. Assim, a Justiça Restaurativa figura no cenário de uma nova ordem humanizada para responder o crime de forma coesa com as conseqüências do delito, visando a restauração de todos os tipos de violação que tenha ocorrido com o bem jurídico tutelado pelo Estado, pertencente ao ofendido.

E sendo assim, podemos conceber que o sistema restaurativo se apresenta como uma espécie de transformação no cenário jurídico e cultural da sociedade hodierna. É um novo caminho a ser trilhado nas estradas do Estado Democrático de Direito observando com mais efetividade e veemência os direitos humanos. E considerando tudo que vem a justiça enfrentando em relação ao combate da violência e da crescente criminalidade, a vertente da proposta restauradora se faz uma luz na noite escura e fria do crime que pode ser debelada pela luz da restauração.

Portanto, devidamente delimitados os aspectos essenciais referentes à Justiça Restaurativa, bem como seus fundamentos ideológicos básicos e demais ponderações concernentes a concepção e aplicação desse novel instrumento

destinado a restaurar de uma forma mais eficaz a paz e a ordem social com um manto de harmonia, nos resta agora refletir também que a opção por um desses modelos de viés restaurador dependerá de alguns fatores de natureza política e cultural, tendo, por exemplo, a aceitação e o amparo das agências penais bem como a existência de organizações comunitárias com base social e também as diretrizes da política de segurança pública trilhada pelo governo, dentre outros.

E assim, podemos compreender de forma nítida que os programas restaurativos inseridos no sistema criminal estatal e os situados fora dele, naturalmente têm suas fragilidades e limitações, sobretudo devido a necessidade de adequações para corroborar com a efetivação da justiça sem resvalar nas raiais da ineficácia por conta da ausência de maior aparato estatal.

E com essas lentes de visão se torna compreensível perceber que os projetos incorporados ao sistema penal podem inclusive ter seus princípios desvirtuados, por exemplo, como a noção de mitigação da autonomia das partes em relação às características centralizadoras do Estado, os programas sem vínculo com o sistema penal, de outro modo, podem apresentar um déficit de legitimidade perante a uma comunidade que inviabilize o seu sucesso.

Enfim, as possibilidades são diversas, mas uma coisa não se pode olvidar: A justiça restaurativa se faz mais próxima de proporcionar ao cidadão uma sensação de vivenciar uma reparação concreta. O ambiente diferenciado do tradicional foi criado para que a justiça possa acontecer sob uma nova ótica de cores diversas que buscam refletir um colorido de efetivação de uma espécie de restauração que veio para juntar os pedaços estilhaçados pela ofensa de uma forma que fique tão cicatrizado que ninguém diz que foi restaurado diante da satisfação obtida com o envolvimento de todos os envolvidos.

CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho de pesquisa buscamos apresentar considerações a respeito da Aplicação da Justiça Restaurativa no Ordenamento Jurídico Brasileiro que se apresenta como uma nova possibilidade de realização efetiva do interesse reparatório da vítima estruturada em uma construção conjunta envolvendo todos os participantes do conflito inclusive a comunidade.

Neste sentido se evidenciou que a aplicação da justiça restaurativa emerge como uma nova possibilidade de finalidade da pena, que pode ser por meio de uma imposição judicial ou compreendida como resultado de um acordo restaurativo. Dentro deste contexto o estado não deve considerar tão somente seu caráter intimidador no âmbito da aplicação efetiva de suas normas, se limitando apenas a uma reintegração do agressor mais sim voltando seu olhar também para a vítima.

Nessa esteira de pensamentos convém pensar que estamos diante de uma configuração contemporânea do tecido social que nos remete a uma compreensão

inevitável a respeito de novos paradigmas existentes dentro da sociedade, por tanto se faz oportuno pensar que a função de manutenção da ordem e paz exercida pelo direito penal não cabe mais ficar restrita a perspectiva tradicional.

Então se faz fundamental o exercício desse controle a partir de uma reconstrução reparadora de integração, onde o foco de atenção sai da punição dos agentes e passa a reparação das vítimas com a conseqüente reintegração dos agressores na comunidade. Nesse aspecto a aplicação da justiça restauradora no ordenamento jurídico brasileiro encontra espaço possível dentro do direito penal vez que esse tem base garantista, se fundamenta na dignidade da pessoa humana e pode acrescentar a proposta restauradora em seu discurso de efetivação da justiça.

Diante da configuração das relações sociais hodiernas somos conduzidos a pensar que a reparação restauradora contribui de forma mais eficaz para o efetivo restabelecimento da paz jurídica, pois existe evidenciado uma espécie de compensação autônoma das necessidades de todos os envolvidos, se percebe que influencia de forma mais positiva a idéia de ressocialização do ofensor e ao mesmo tempo considera como algo essencial a reparação dos interesses da vítima.

Sendo assim se valoriza com maior expressividade a finalidade reparatória construída a partir da presença da vítima e sua consideração atuante em relação a formular mecanismos que se mostram eficazes no que diz respeito a solução dos crimes evidenciando por tanto respeito aos interesses da coletividade, promovendo assim a administração da justiça de modo mais completo.

Considerando que estamos vivendo em um mundo onde a violência e a criminalidade avançam imperiosamente contra a sociedade no que diz respeito ao seu desenvolvimento harmônico ao lado da paz social, nos deparando todo os dias com uma evidente ineficácia no que se refere a contenção dos crimes, pensar numa nova possibilidade de aplicação eficaz da justiça, envolvendo todos os atores inclusive a própria comunidade atuando no papel principal para efetivamente reparar o mal se faz um grande alento para todos os componentes da sociedade brasileira.

Promover uma reflexão de compreensão a respeito da aplicação da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro foi o ponto essencial desse trabalho, onde concluímos que a aplicação da justiça restauradora já se faz presente no cenário jurídico penal brasileiro e a cada dia avança mais rumo a se efetivar de forma ainda mais expressiva como um novo caminho a ser seguido para chegarmos a um vislumbamento da concretude de uma justiça que de fato seja justa para todos nós!

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Presidência da República. 5 de outubro de 1988. Brasília, DF BRASIL.

Estatuto da Criança e do Adolescente, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 2ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2008.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas; o sistema penal em questão. Trad. Maria Lucia Karan. 2ª edição. Niterói: Luam, 1997.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Justiça Restaurativa. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática? Uma abordagem baseada em valores, p. 269.

NETO CARDOSO, Vilobaldo. Justiça restaurativa no brasil: Potencialidades e Impasses. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

SCURO NETO, Pedro, 2000. Manual de Sociologia Geral e Jurídica (4ª edição) (São Paulo: Saraiva).

_____, 1999. "Justiça nas Escolas: A Função das Câmaras Restaurativas," in Leoberto N. Brancher, Maristela M. Rodrigues e Alessandra G. Vieiraeds., O Direito é Aprender (Brasília: Fundescola/Projeto Nordeste/ MEC-BIRD).

ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

NOTAS:

[1]Este princípio encontra-se configurado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Vejamos:Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: [...]III – a dignidade da pessoa humana

[2] Segundo Louk Hulsman o sistema penal também falha porque não é capaz de escutar as pessoas envolvidas no conflito. (HULSMAN,1997, pp. 80)

[3]Nesse contexto, a lei 9099/95 apresenta a composição civil em seu art.74 e parágrafo único, a transação penal no art.76 e a suspensão condicional do processo no art.89. Assim, diante da citada lei, tanto na fase preliminar quanto durante o procedimento contencioso é possível a migração para o processo restaurativo

[4]**3ª Edição da Série Justiça Pesquisa. Ano 2019.Título: Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução.**Realização: Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper).

[5]<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61987-o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski>

[6]<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes>

[7] Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, fazendo a edição da Resolução nº 125, no ano de 2010. A medida fornece uma espécie de padrão para as práticas de Conciliação e Mediação já realizadas pelos nossos tribunais, propondo a transformação de uma política pública para o Judiciário brasileiro. Contudo, o CNJ teve o critério de fazer uma espécie de unificação sem uniformização dessas práticas devido a noção de que existem certas especificidades culturais regionais que merecem ser levadas em conta.

[8] Os Balcões de Direito são mecanismos de democratização do acesso à justiça e são conduzidos por diversas entidades variando de acordo com cada estado, e podem ser: Prefeituras Municipais, Ministério Público, Judiciário, Universidades e, em vários casos, estão sob a responsabilidade da sociedade civil organizada.

[9] Pois o art. 94 da Lei 10.741/2003 determina que seu procedimento siga a Lei 9.099/95 nos delitos que tenham pena privativa de liberdade que não excedam a quatro anos.

[10] ECA- Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

A PSICOPATIA VERSUS A OBRIGATORIEDADE DE LIBERTAÇÃO: PSICOPATAS E POSSÍVEIS RISCOS SOCIAIS APÓS O CUMPRIMENTO DA PENA

INGRED SUSANA DA SILVA NASCIMENTO:

Discente do curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

RESUMO: Esta pesquisa tem como objetivo abordar a questão de como incidir não só sobre a psicopatia como uma questão social repressiva, mas também de como age um psicopata, e o fato de a doutrina majoritária entender que o psicopata é um ser semi-imputável, faz com que sua pena não seja aplicada como deveria, e diferente de indivíduos imputáveis, os psicopatas sabem o que fazem e até premeditam suas ações, o que nos faz questionar o porquê de serem considerados semi-imputável? Da mesma forma, temos a grande e difícil missão de analisar qual é a melhor maneira de puni-los, considerando que seria estritamente radical colocá-los com os outros presos. O que infelizmente é o que acontece nos dias atuais. Assim, a investigação centra-se na questão da punibilidade que, embora o psicopata, é um potencial reincidente, o magistrado deve dar-lhe uma sentença decente que atenda as disposições da Constituição e dos princípios constitucionais, o que pode confrontar o interesse social, porque como a psicopatia não tem cura ou tratamento, o psicopata que cumpriu sua sentença será reinserido à sociedade da mesma maneira que quando cometeu o crime. Além disso, o tema abordado discute a possibilidade de converter a pena em medida de segurança, uma vez que a medida de segurança no caso de internação, este psicopata só será libertado quando não mais houver riscos para a sociedade, e ademais, a questão polêmica de serem considerados "semi-imputáveis" o que se discorda totalmente. O argumento de que a medida de segurança não tem prazo para terminar é inconstitucional e pode configurar a prisão perpétua, é viável e acalora mais ainda a presente discussão. Também o fato de tal atitude perturbar o equilíbrio do direito, pondo em confronto princípios constitucionais como o da segurança pública e o princípio da dignidade da pessoa humana ou da pena digna, contudo, nesta pesquisa os argumentos e fontes utilizadas são mais do que suficientes para mostrar que a reincidência criminal do psicopata é real e certa, e como não há cura ou tratamento para este transtorno, é necessário repensar a implementação da sentença, tendo em conta que o Código penal negligenciado para discutir o assunto especificamente para o bem da sociedade.

Palavras-chave: psicopata; semi-imputabilidade; internação por tempo indeterminado; ressocialização; medida de segurança.

RESUMEN: Esta investigación tiene como objetivo abordar la cuestión de cómo incidir no sólo sobre la psicopatía como una cuestión social represiva, sino también de cómo actúa un psicópata, y el hecho de que la doctrina mayoritaria entiende que el psicópata es un ser semi-imputable, hace con que su pena no sea aplicada como debería, y diferente de individuos imputables, los psicópatas saben lo que hacen y hasta premeditan sus acciones, ¿qué nos hace cuestionar el por qué de ser considerados semi-imputable? De la misma forma, tenemos la gran y difícil misión de analizar cuál es la mejor manera de castigarlos, considerando que sería estrictamente radical colocarlos con los otros presos. Lo que desgraciadamente es lo que sucede en los días actuales. Así, la investigación se centra en la cuestión de la puntualidad que, aunque el psicópata, es un potencial reincidente, el magistrado debe darle una sentencia decente que atienda las disposiciones de la Constitución y de los principios constitucionales, lo que puede confrontar el interés social, porque como la psicopatía no tiene cura o tratamiento, el psicópata que cumplió su sentencia será reinsertado a la sociedad de la misma manera que cuando cometió el crimen. Además, el tema abordado discute la posibilidad de convertir la pena en medida de seguridad, una vez que la medida de seguridad en el caso de internación, este psicópata sólo será liberado cuando ya no hay riesgos para la sociedad, y además, la cuestión polémica de ser considerados "semi-imputables" lo que está en desacuerdo totalmente. El argumento de que la medida de seguridad no tiene plazo para terminar es inconstitucional y puede configurar la cadena perpetua, es viable y acalora aún más la presente discursión. También el hecho de tal actitud perturba el equilibrio del derecho, poniendo en confrontación principios constitucionales como el de la seguridad pública y el principio de la dignidad de la persona humana o de la pena digna, sin embargo, en esta investigación los argumentos y fuentes utilizadas son más que suficientes para que la reincidencia criminal del psicópata es real y certera, y como no hay cura o tratamiento para este trastorno, es necesario repensar la implementación de la sentencia, teniendo en cuenta que el Código penal descuidado para discutir el asunto específicamente para el bien de la sociedad.

Palabras clave: psicópata; -Responsabilidad Semi; internación por tiempo indefinido; rehabilitación; medida de seguridad.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O QUE É A PSICOPATIA? 2.1 A PSICOPATIA NO BRASIL E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO PENAL. 2.2. CRIMES COMETIDOS POR PSICOPATAS. 2.3. A PENALIDADE APLICADA AOS PSICOPATAS E A POLÊMICA DE SEREM CONSIDERADOS SEMI-IMPUTÁVEIS. 2.4. PSICOPATIA VERSUS A RESSOCIALIZAÇÃO APÓS O CUMPRIMENTO DE PENA 3. OS TRATAMENTOS PSICOSSOCIAIS E SUA INEFICIÊNCIA. 3.1. PROVÁVEL RISCO QUE CORRE A SOCIEDADE DADA A LIBERTAÇÃO DOS PSICOPATAS APÓS O CUMPRIMENTO DA

PENA. 3.2. PROBABILIDADE DE REICIDÊNCIA DO PSICOPATA CRIMINOSO. 4. A VIABILIDADE DE INTERNAÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 4.1. A APLICAÇÃO DA PENA DE INTERNAÇÃO POR TEMPO INDETERMINADO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

É comum, ao assistir um filme de terror ou suspense se perguntar o motivo pelo qual o “serial killer” mata as pessoas sem razão, porém o motivo é simples: ele é um psicopata. A psicopatia vai muito além do que a ciência pode explicar, e há grande divergência já que muitos doutrinadores entendem não ser uma doença, e sim um grande problema. E esse problema afeta diretamente o processo penal brasileiro no momento da aplicação da pena.

No presente trabalho serão abordadas as falhas ao se aplicar a pena a um psicopata, tendo em vista seu tratamento “especial” por ser ele considerado semi-imputável, o que quer dizer que sua pena é minorada pelo fato de ser ele um psicopata, isso parece certo?

Outra falha a ser abordada nesta tese é a probabilidade de o psicopata reincidir no mesmo crime, ora, sabe-se que os principais aspectos de um psicopata é a agressividade, frieza, ausência de sentimento ou arrependimento, e principalmente sua força de manipulação, e que os maiores crimes da humanidade foram cometidos por psicopatas, que ao serem condenados, não demonstraram nenhum tipo de emoção.

E como até o presente momento não foi encontrada a cura para a psicopatia, e sabendo das características de um psicopata, as perguntas chaves desta pesquisa são: um psicopata não seria reincidente após cumprir sua pena? Se a psicopatia não é considerada uma doença, porque os psicopatas são considerados semi-imputáveis? Já que não existe cura para a psicopatia, porque não considerar um cumprimento de pena diferente?

Por outro lado, se esquadrinha princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da proibição da pena perpétua, da obrigatoriedade de libertação, e em se tratando de princípios constitucionais o assunto se torna ainda mais controverso, e além de tudo, a atual situação do sistema carcerário é deplorável, o que pode impossibilitar a adoção de uma pena subsidiária a um psicopata.

A importância dessa pesquisa está em trazer a sociedade, os riscos que se corre em deixar em liberdade um psicopata. Como explanado alhures, um psicopata não é um doente mental, ele sofre de um transtorno de personalidade, ou seja, ele

discerne o certo do errado, e escolhe o errado em sua grande maioria por prazer, o que é preocupante, visto que além de não serem punidos devidamente, estes voltam para as ruas e cometem os mesmos crimes.

A pertinência do tema em questão se dá ao fato de não existir uma legislação específica que resguarde e aplique uma sanção justa, e diante de impasses a doutrina se divide em opiniões extremas e incisivas, Jorge Trindade considera que os psicopatas "são sujeitos que não internalizam a noção de lei, transgressão e culpa, eles se sentem 'além das normas' quando na verdade são sujeitos 'fora' e 'aquém' do mundo da cultura", ou seja, não são doentes, não é justificável aplicá-lhes a semi- imputabilidade.

O trabalho tem como propósito impulsionar a discussão acerca da não efetividade das penas aplicadas aos psicopatas, no entanto ressalta-se que uma pena cruel ou até mesmo uma pena normal não poderia cumprir o papel de reeducar um psicopata, já que a psicopatia não tem cura e é improvável sua ressocialização.

As citações e artigos pesquisados serão recentes e apresentarão uma linguagem simples nas citações, as citações e menções de fuses importantes serão dos autores: ROGÉRIO GRECO (2008, curso de direito penal parte geral. 10º ed.), NACHARA PALMEIRA SADALLA (Psicopata, 2014), e DENISE HAMMERSCHMIDT (2018).

A presente pesquisa se baseará em uma revisão bibliográfica qualitativa, e na revisão da literatura, levando-se em consideração a proposta apresentada pelos autores acima citados, creio ser este o melhor tipo de pesquisa para meu projeto, tendo em vista o renome dos autores e suas argumentações, as quais servem de base para defender o ponto de vista de que as penas aplicadas aos psicopatas não são eficazes.

Entre posições e argumentos esta pesquisa vem mostrar as dificuldades de penalizar um psicopata, principalmente no Brasil, onde se tem a defesa de ser semi-imputável, discutir acima de tudo a probabilidade de reincidência de psicopatas já penalizados e qual o resultado de sua libertação para a sociedade.

Neste impasse, irá se apresentar possíveis soluções e opiniões a serem debatidas e fundamentadas em uma trabalhosa pesquisa.

2. O QUE É A PSICOPATIA?

A psicopatia, de acordo com os entendimentos de ESPINOSA (2013, p.280) é o transtorno propriamente dito de personalidade que afeta o terreno das emoções e afetos apresentando repercussões sobre o comportamento de um indivíduo.

A palavra psicopatia poderia levar à impressão de que se trata de uma patologia, pois a partir de sua etimologia extrai-se o significado de doença mental (do grego, psyche=mente; e pathos=doença) (SILVA, A., 2008, p. 37).

Sendo assim, pelo nome se extrai que a psicopatia é na consideração de muitos até hoje, uma doença, mas, no entanto, a nomenclatura “psicopata”, atualmente foi substituída por “transtorno de personalidade antissocial”, justamente por esta não ser mais considerada como enfermidade mental.

Por outro lado, o transtorno de personalidade antissocial difere-se dos outros que são citados na DSM-IV-TR, pois de acordo com referida norma, o transtorno de personalidade antissocial ou psicopatia, é o único que não é identificado na infância.

Em síntese, a psicopatia não é nenhum tipo de demência, e sim a simples ausência de sensibilidade emocional.

Geralmente definimos os psicopatas pelo que vemos em filmes de TV: uma pessoa violenta e instável. No entanto, há vários tipos de psicopatia definidas pela gravidade do transtorno, conforme leciona Ana Beatriz Silva:

Os psicopatas possuem níveis variados de gravidade: leve, moderado e severo. O primeiro se dedica a trapacear, aplicar golpes e pequenos roubos, mas provavelmente não “sujarão as mãos de sangue” ou matarão suas vítimas. Já os últimos, botam verdadeiramente a “mão na massa”, com métodos cruéis sofisticados, e sentem um enorme prazer com seus atos brutais. Mas não se iluda! Qualquer que seja o grau de gravidade, todos, invariavelmente deixam marcas de destruição por onde passam, sem piedade. (2008. p. 17).

Especialistas utilizam a escala Hare PCL-R (Psychopathy checklist-revised), desenvolvida pelo psicólogo Robert D. Hare para diagnosticar e identificar esses níveis citados acima. A escala é aplicada da seguinte forma: Entrevista semiestruturada para investigar o histórico familiar, pessoal, social e antecedentes criminais. Além disto, possui mais 20 itens que englobam questões comportamentais, aspectos positivos e pessoais, que serão pontuados de 0 (zero) a 2 (dois), levando em conta os seguintes fatores: o primeiro diz respeito aos aspectos positivos e extroversão. O segundo leva em conta agressividade, violência, raiva, impulsividade, criminalidade, ansiedade e tendência ao suicídio. (PRADO, 2011, site: super. Abril).

A escala PCL-R é um eficaz instrumento para que se possa identificar o grau de psicopatia, e sua aplicação concerne ao sistema penitenciário onde a possibilidade de haver psicopatas é maior. E além de avaliar o grau de psicopatia, o sistema PCL- R avalia a chance de reincidência criminal dos psicopatas.

Além da entrevista e todo o procedimento acima descrito, para um psicopata ser diagnosticado com mais precisão, são observados alguns sintomas, que de acordo com o DSM-5 (2014, p. 32) são:

Não se adequar às normas sociais.

falsidade, o uso de mentiras e trapaça para obter vantagem em algo.

Impulsividade ou insucesso em planejar o futuro.

Excitabilidade e hostilidade, marcado por constantes agressões físicas e lutas corporais.

Indiferença pela sua segurança e a dos outros.

Irresponsabilidade reiterada, não consegue manter o trabalho ou cumprir com deveres financeiros.

Falta de remorso, age de forma indiferente ou racionalizada em relação a ter ferido, maltratado ou roubado alguém.

Além dessas características, o estudioso Herverly Cleckley também apresenta uma lista onde se traça o perfil psicopático, na qual se inclui os já citados acima e demais, como por exemplo: "boa inteligência, ausência de nervosismo ou manifestações psiconeuróticas, egocentrismo e comportamento antissocial". (Cleckley, 1976, p.383).

Indivíduos que tem lesões no lobo pré-frontal, tem pouca atividade em uma pessoa normal e muita nos psicopatas o que desenvolvem comportamentos sociais anormais, levando a consequências pessoais negativas e a incapacidade de sentir e de não agir de forma correta. (RAINE, apud SILVA, 2008).

Para a polícia não é difícil identificar um crime cometido por um psicopata, e a pista é simples: quando não há pistas. Pois um psicopata planeja tudo nos mínimos detalhes para não ser pego. Um criminoso comum acaba deixando pistas para ser pego porque seu inconsciente lhe diz que fez algo moralmente errado e deseja ser punido, um psicopata não.

E de acordo com o site: super asas para sobreviventes de psicopatas:

Segundo classificação aceita internacionalmente, há 3 tipos de psicopatas: organizados: chefes de facções criminosas

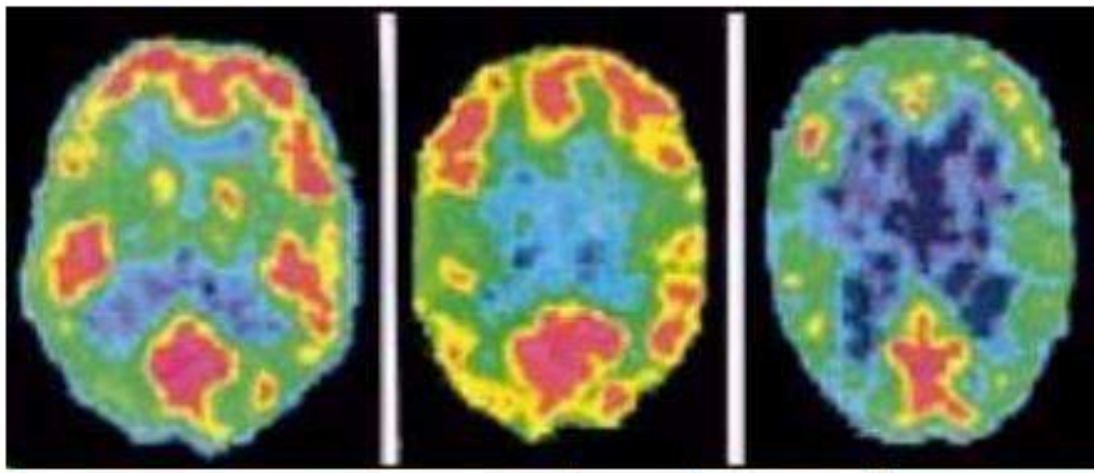
criminosos: os que matam

corporativos: os que estão entre nós, nas corporações, nas empresas, nas universidades, como maridos, companheiros e etc... (Disponível em:

<http://psicopatasentrenos.com.br/psicopatas-entre-nos/>. Acesso em: 22 mar 2019)

Independente da maneira como agem ou como são classificados, o cérebro de um psicopata têm sempre as mesmas características anormais.

Figura 1 - Cérebro de uma pessoa normal (esquerda), um assassino com história de privação na infância (centro), cérebro de um psicopata (direita).



FONTE: Imagens de Adrian Raine, University of Southern California, Los Angeles, USA

Como demonstrado, a psicopatia se revela em diferentes níveis onde se pode identificar o tipo de psicopata. Muitas vezes a dificuldade de reconhecer uma pessoa que sofre de psicopatia é grande, uma vez que nem todo psicopata tem tendências violentas e ameaçadoras.

Outrossim, Steven Pinker preleciona que os assassinos e outros indivíduos antissociais violentos tendem a possuir um córtex pré-frontal menor e menos ativo, sendo essa região cerebral responsável pela inibição dos impulsos e tomada de decisões. (Pinker,2008, p. 727)

Não existe um “manual de como reconhecer um psicopata”, pois ele pode ser qualquer pessoa, é interessante citar um trecho do livro: “Sem Consciência: O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós”, pois nele mostra um caso de psicopatia, e que é bastante comum:

Ele vai lhe escolher, vai desarmá-la com palavras, vai controlá-la com sua presença. Ele vai encantá-la com sua inteligência e planos. Vai lhe mostrar o que realmente significa se divertir, mas é você quem sempre vai pagar a conta. Ele vai sorrir e enganar você, vai assustá-la com um simples olhar. E, quando ele estiver cheio de você, e ele vai ficar cheio de você, vai abandona-la, vai levar embora sua inocência, seu orgulho. Você vai se transformar em uma pessoa muito mais triste, mas não vai ficar mais esperta; durante muito tempo, ficará lembrando o que aconteceu, tentará entender o que você mesma fez de errado. E, se outro desse tipo aparecer e bater à sua porta, você vai abrir? (HARE, 2013, p. 37)

Afinal, qual o conceito de psicopatia? Bom, até aqui sabe-se que o ser psicopata, para alguns doutrinadores é considerado mentalmente doente, para outra grande parte o psicopata é considerado alguém que possui um transtorno de personalidade, o qual acarreta várias outras características e sintomas, e de acordo com o Dicionário de Psicologia (Martins, 1993, p.167) o conceito de psicopatia é extraído pelas características do psicopata:

É um indivíduo impulsivo, irresponsável, hedonista, “bidimensional”, carente de capacidade de experimentar os componentes emocionais normais, como

p. ex., culpa, arrependimento, empatia, afeição. Embora muitas vezes tente imitar emoções normais e simular apegos afetivos, suas relações pessoais e sexuais são meramente superficiais.

Na obra de Nachara Palmeira Sadalla (2017, p.53 -56), autora do livro “Psicopata: a outra face no espelho”, são abordadas algumas curiosidades relacionadas ao transtorno antissocial, no qual pode ajudar a reconhecer um psicopata.

A mais interessante destas curiosidades é que o psicopata não boceja quando alguém boceja perto dele, é interessante ressaltar que essa teoria não foi comprovada, pois não se sabe o motivo de se “pegar” o bocejo de outra pessoa. Outro fato relevante é que os indivíduos com traços psicopáticos possuem como característica a hipóxia, ou seja, ele não consegue distinguir cheiros, e de acordo com a autora, “foi realizado um estudo na Austrália que afirma que quanto mais forte for a tendência a psicopata, mais dificuldade se tem de identificar e diferenciar os cheiros”. (PALMEIRA, 2017, p. 54).

E ainda, além de não diferenciar cheiros, o psicopata como era de se esperar, são desacreditados quanto a religiosidade, a autora do livro afirma que: “não dá para saber se os ateus são mais psicopatas que o normal ou se são os psicopatas que são mais ateus que a média” (PALMEIRA, 2017, p. 55).

Em síntese, a psicopatia é a falta de capacidade emocional, e essa ausência é suprida pelo prazer de manipulação e controle sobre situações e pessoas, e muitas vezes, essa absoluta indiferença sobre as emoções humanas terminam em grandes tragédias, pois, já que não sente culpa, este também não teme as consequências.

Como demonstrado acima existem níveis e graus de psicopatias que classificam esses indivíduos em grupos essencialmente distintos, no entanto nesta pesquisa trataremos de um grupo específico: os psicopatas criminosos.

A respeito da categoria dos psicopatas, Cabello (2000, p. 519) nos apresenta dois distintos grupos:

Sistemáticas: essa categoria não pode evitar a obrigação científica de ligar as raízes etiológicas, morfológicas, funcionais e estratificantes, mediante as quais mantém uma relação estrutural com as psicoses. Em outras palavras, as personalidades psicopáticas seriam formas frustradas de psicoses.

Assistemáticas: não levam em consideração nenhum fundamento de referência às enfermidades ou má formação; são tipos puramente descritivos tal como se apresentam diante de nossos olhos e como comportam no meio social.

De acordo com pesquisas do site Mundo Estranho:

- 86% dos serial killers americanos são psicopatas

Metade dos crimes hediondos dos EUA é cometida por psicopatas

2,5 vezes é o risco de psicopatas conseguirem liberdade condicional, por causa de sua capacidade de simular, comparados a presos normais

4 vezes mais crimes violentos são cometidos pelo psicopata, comparado ao criminoso comum

70% é a taxa de reincidência de um psicopata em liberdade

1 a cada 3 psicopatas é mulher

7 vezes é o risco de um psicopata matar um estranho, comparado ao criminoso comum

20% é a estimativa de psicopatas na população carcerária do Canadá e dos Estados Unidos.(CABRAL, pub.4 jul 2018, disponível em:

<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/por-que-uma-pessoa-se-torna-psicopata-e-como-a-mente-dela-funciona/>. Acesso em:11 abr 2019).

Ou seja, a psicopatia, sociopatia ou transtorno da personalidade antissocial, como também é chamada, trata-se de uma personalidade instável, em que os indivíduos estão predispostos a cometerem atos contra a sociedade, demonstrando desrespeito às normas sociais, indiferença pelos sentimentos alheios, agressão, violência, dentre outras características que serão expostas no tópico seguinte.

2.1 A PSICOPATIA NO BRASIL E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO PENAL

Até a presente data não se sabe como e porque surgiu a psicopatia, no entanto, o primeiro caso de psicopatia registrado na história foi o de Phineas Gage, em 1848 na Inglaterra, com 25 anos de idade Gage sofreu um grave acidente originário de uma explosão na estrada de ferro onde trabalhava.

A explosão fez com que uma barra de ferro atravessasse a parte esquerda de seu crânio, Gage, apesar do grave ferimento estava consciente e conversando com os demais trabalhadores antes do socorro chegar.

O interessante mesmo ocorreu depois do acidente, quando Gage se tornou uma pessoa completamente diferente, sendo desagradável, impaciente, e insensível. Na época do acidente foi constatado que Gage sofreu lesões na região frontal do cérebro (Pinel, 2005, p. 451).

Gage faleceu em 1861, e seu corpo foi estudado por vários médicos e psicólogos da época que queria explicar a mudança comportamental de Gage. Com o avanço da tecnologia, seu corpo fora exumado novamente para que fossem realizados novos estudos.

Foi constatado que a lesão ocorreu, principalmente, no córtices pré-frontal na superfície ventral, ou orbital, interna de ambos hemisférios (Damásio, 2004, p.54).

Há época do ocorrido, houveram várias teorias para explicar o porquê de o comportamento de Gage, bem como sua personalidade mudar radicalmente, e uma dessas teorias e a mais forte delas é de que Gage tenha virado um psicopata, devido a "SINDROME PRÉ-FRONTAL". Outra teoria, mais simplista, alega que Gage não mudou sua personalidade, e sim estava infeliz por ter sido seu rosto deformado, acabando assim, com sua alto-estima.

A imagem a seguir mostra como a barra de ferro atravessou o crânio de Gage e como ele ficou após a recuperação (TRIGÁLIA, 2012, disponível em: <https://psicologiyamente.com/>).

Figura 2 - lesão da barra de ferro no lado esquerdo da face de Phineas Gage e como ficou após o acidente.



FONTE: Disponível em: <http://www.doctorsimpossible.com>. Acesso em: 17 fev 2019.

Mas afinal, o que é Síndrome Pré-frontal? De acordo com o blog: Psicologia y mente, essa síndrome é:

Originada pela alteração do funcionamento dos lobos frontais . A área frontal do cérebro tem um papel importante na vinculação de motivações atuais a objetivos futuros, o que inclui a possibilidade de estabelecer metas de longo prazo, a capacidade de levar em conta as consequências que os próprios atos têm sobre as pessoas ao nosso redor e, em geral, sobre a sociedade. (TRIGÁLIA, 2012, disponível em: <https://psicologiymente.com/>)

Como já analisado na figura 1, o cérebro dos psicopatas de fato se difere do cérebro de uma pessoa normal. Todavia, essa “diferença” se dá tão somente no que tange às emoções, responsabilidade e culpa. Contudo, essa hipótese de diagnóstico da síndrome pré-frontal, acontece em raríssimos casos.

A síndrome pré-frontal descrita a pouco, em nada se compara à psicopatia, tendo em vista que o transtorno de personalidade antisocial não é decorrente de uma fatalidade como o caso de Gage.

No Brasil, não se sabe quem foi o primeiro psicopata, mas se sabe quais foram os psicopatas mais famosos da história, e essa fama se deve aos seus crimes cruéis que ganharam a admiração e o fanatismo midiático.

De qualquer modo, mesmo presos e julgados, os então considerados psicopatas brasileiros, tiveram a sorte de possuir por eles um “guardião”, que

assegurou e corrompeu o judiciário á considerá-los mentalmente insanos, fazendo com que a pena fosse reduzida, por serem eles “semi-imputáveis”.

O Código Penal Brasileiro em seu artigo 26, aduz que é insento de pena aquele que no momento da ação ou omissão estava inteiramente ou parcialmente incapaz de ter consciência de seus atos.

A Ministra Carmen Lúcia, em um julgado do STF decidiu acerca do tema:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ALEGAÇÃO DE INTERDIÇÃO DO PACIENTE NO JUÍZO CÍVEL. PEDIDO DE TRANCAMENTO OU DE SUSPENSÃO DE AÇÃO PENAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE A INCAPACIDADE CIVIL E A

INIMPUTABILIDADE PENAL. 1. O Código Penal Militar, da mesma forma que o Código Penal, adotou o critério biopsicológico para a análise da inimputabilidade do acusado. 2. A circunstância de o agente apresentar doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico) pode até justificar a incapacidade civil, mas não é suficiente para que ele seja considerado penalmente inimputável. É indispensável que seja verificado se o réu, ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico). 3. A incapacidade civil não autoriza o trancamento ou a suspensão da ação penal. 4. A marcha processual deve seguir normalmente em caso de dúvida sobre a integridade mental do acusado, para que, durante a instrução dos autos, seja instaurado o incidente de insanidade mental, que irá subsidiar o juiz na decisão sobre a culpabilidade ou não do réu. 5. Ordem denegada.” (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, HC 101930/MG, Relator: Min. Cármen Lúcia, 2010)

O referido “critério biopsicológico” que foi adotado por nosso Código penal, refere-se exatamente a situações em que indivíduos mentalmente insanos cometem crimes e no momento deste delito, não são inteiramente capazes de compreender as consequências ou o que está de fato acontecendo.

No entanto, sob o enfoque jurídico penal, há de se analisar se tais requisitos são cabíveis em casos onde o réu é um psicopata, pois como já argumentado, esta não se trata de uma doença mental, e sim de um transtorno.

A não ser pelo art. 26 do Código Penal, este se descuidou em disciplinar acerca da psicopatia em específico, mas apesar disso, o Decreto –lei nº. 2.848/1940, assim disciplina:

Em face da diversidade ou dubiedade dos critérios científicos, o projeto, no interesse da defesa social, só podia tomar um partido: declarar responsáveis os “fonteiriços”, ficando ao prudente arbítrio do juiz, nos casos concretos, uma redução de pena, e isto sem prejuízo da aplicação obrigatória de medida de segurança (...) deixando-se a coberto de pena, quando autores de crimes, os anômalos psíquicos, que vivem no seio do povo, identificados com o ambiente social, e que o povo, por isso mesmo, não considera irresponsáveis, fica decretada a função repressiva do Estado. A formula do projeto virá aumentar a certeza geral da punição dos que delinquem, tornando maior a eficiência preventiva da sanção penal, não somente em relação ao homo typicus, como em relação aos psicopatas, que são, sem duvida alguma, intimidáveis.

Como se vê acima, claramente é visível a preocupação do legislador ao facultar ao juiz a minoração da pena aplicável em casos de crimes cometidos por psicopatas. Anos mais tarde, houve uma modificação em na parte geral do Código Penal, e por meio do art. 22 da lei nº. 7.209/84, o legislador não dedicou tanta importância ao tema, pois, apenas alterou o modo de cumprimento da medida de segurança para os “fronteiriços”, que no caso são os psicopatas.

Importa mencionar que o Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2.848/1940), antes da modificação trazida pela Lei n. 7.209/1984, fazia menção aos indivíduos psicopatas no item 19 da Exposição de Motivos da Parte Geral. Com a Reforma da Parte Geral do CP, esses indivíduos não são mais mencionados na Exposição de Motivos. Notadamente, o item 22 não menciona a psicopatia, demonstrando a ausência de disciplina pelo Direito Penal em relação a esse tema.

Parece-nos que falta ao direito , em toda sua completude, a coragem para apreciar a questão. Ainda que pairam dúvidas nos demais campos de estudos, o direito precisa posicionar-se a respeito, e se necessário, propor mudanças nas formas de aplicação da pena (imposição de pena ou de medida de segurança). (PALMEIRA, 2017, p.149).

Em síntese, o que explica este transtorno é que a parte do cérebro responsável pelos processos racionais que é o lobo pré-frontal, pode ser influenciado pelo sistema límbico, responsável pelas emoções básicas do ser humano, mais especificadamente da amígdala, e atua na tomada de decisões pessoais e sociais. Assim, verifica-se a ligação da parte do cérebro responsável pela

parte emocional, e a parte racional do pensamento. O resultado de tudo isso é determinante no comportamento social adequado, o que o psicopata não possui.

2.2 OS CRIMES COMETIDOS POR PSICOPATAS

O conceito analítico de crime, então, é entendido como a conduta humana típica, antijurídica e culpável. Típica por haver expressa disposição legal prevendo que tal conduta é vedada. Antijurídico é o fato contrário à lei. Por fim, culpável é o elemento subjetivo, caracterizado como imputabilidade, consciência efetiva da antijuridicidade e exigibilidade de conduta conforme ao Direito. (NUCCI, 2013, p.46).

Francisco de Assis Toledo assim define: “o crime é a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado”

Como já sabido, um psicopata não é necessariamente um “serial killer”, existem níveis e graus de psicopatia, e muitos podem ser descritos como violentos, sem “romperem a barreira da transgressão”, outros deles, se tornam simplesmente estelionatários ou políticos mentirosos e corruptos, este último denomina-se psicopata corporativo.

Dentro deste mundo criminoso há diferentes perfis que traçam a personalidade dos indivíduos, e a característica comumente observada entre esses indivíduos é a frieza emocional.

Nesta esteira, Lydio Machado Bandeira de Melo aduz:

Para a escola de antropologia Criminal fundada por Lombroso, o criminoso é levado ao crime por um conjunto de anomalias típicas de seu organismo acentuadas pela hereditariedade e reforçadas pelo clima. (MELLO, 1956, p.21)

Sob esta ótica, pode-se dizer que o psicopata criminoso comete os crimes influenciado por situações biológicas e psicológicas a qual o deixa no momento da ação ou omissão inconscientes não é mesmo?

A resposta é resumidamente dada em um trecho bastante resumido pelo professor Garrido que assevera que grande parte dos pesquisadores não considera a psicopatia uma doença mental, por não provocar qualquer sintoma em seu portador como ocorre nas demais doenças como esquizofrenia. (Garrido, 2005, p.98-99).

Isto é dizer que o psicopata mesmo não tendo a sensibilidade para filtrar e reconhecer as emoções humanas, este ainda sim é consciente, podendo na maioria das vezes, premeditar o crime, e como uma das características do psicopata é a

sedução e a facilidade de ludibriar as pessoas, muitas vezes seus crimes passam despercebidos, pois são portadores de intensa frieza emocional, estes executam seus planos e cometem seus crimes sem se importar com as consequências.

Dos quatro pressupostos da conduta criminosa, que são: conduta humana, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, a culpabilidade é a que mais nos interessa para o presente estudo, a qual está intimamente ligada a taxatividade dada aos psicopatas por serem considerados semi-imputáveis.

Neste sentido, Greco nos dá a seguinte lição:

A culpabilidade é a reprovabilidade da configuração da vontade. A culpabilidade deve ser concebida como reprovação, mais precisamente, como juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor, por ter agido de forma contrária ao Direito, quando podia ter atuado em conformidade com a vontade da ordem jurídica. (GRECO, 2012, p.371).

O grande problema acerca do tema, é o momento em que o judiciário aplica a pena em criminosos diagnosticados com psicopatia, pois estão divididos entre os princípios constitucionais em prol do psicopata e o princípio da tutela jurisdicional do estado em prol da sociedade.

Como já elucidado, a psicopatia no Brasil é punida com certa cautela, minorando a pena por ser o transtorno de personalidade entendido como uma doença, ou seja, a justiça brasileira aceita o psicopata como alguém com o desenvolvimento mental retardado estão aqueles indivíduos que não possuem inteligência, tais como os oligofrênicos, o débil mental, o imbecil e o idiota.

Contudo, reforça-se que o psicopata está livre das alucinações e dos delírios que constituem os sintomas mais espetaculares da esquizofrenia, ou seja, da estrutura psicótica, que sofre com delírios e alucinações. Por exemplo. Os esquizofrênicos vivem numa "realidade a parte, num mundo fora de si" ou em ruptura com o "mundo verdadeiro", e, exatamente por isso, não têm noção do que fazem. Já os psicopatas aparentam viver uma normalidade, usam uma "máscara de sanidade", tornando mais difícil de ser reconhecido e, provavelmente, mais perigoso.

2.3 A PENALIDADE APLICADA AOS PSICOPATAS E A POLÊMICA DE SEREM CONSIDERADOS SEMI-IMPUTÁVEIS

Nas lições do ilustre Nelson Hungria (1978, p. 337-356), é definido o conceito de semi-imputabilidade:

A semi-imputabilidade apresenta uma definição próxima da inimputabilidade, entretanto, com uma distinção. Ao possuírem um estado mental limítrofe que se encontra em uma zona entre a doença mental e a normalidade psíquica terão os indivíduos assim considerados a possibilidade, a partir da faculdade do juiz, de substituir a pena pela medida de segurança em forma de internação ou tratamento ambulatorial, ou sua pena diminuída de um a dois terços, se, no momento do crime, "não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (HUNGRIA, 1978, p. 337-356).

Nosso Código Penal em seu artigo 26, aduz ser isento de pena aquele mentalmente incapaz de compreender o que está fazendo no momento do cometimento do crime.

Acontece, que o entendimento jurisprudencial majoritário entende que a psicopatia não se trata de uma doença mental, e que a aplicação do artigo 26 do Código Penal é facultativo ao juiz (NUCCI, 2010, p.135)

A doutrina majoritária define a psicopatia por meio das características que eles apresentam. Mas para Michel H. Stone, os psicopatas são considerados indivíduos anormais porém imputáveis:

Pessoas que carecem da capacidade de entender as emoções dos outros ou, ainda pior, que reconhecem, mas não se comovem com a tristeza dos outros, são considerados anormais e recebem rótulos, tais como "incapacidade de aprendizagem social-emocional ou psicopata" (Stone. 1999 p.113).

O grande alarde com tal revelação vem com o entendimento de outra parte da doutrina que considera os psicopatas semi-imputáveis, tendo em vista que seus atos não passam de um reflexo de sua "doença" e falta de controle mental.

Leciona Sanzo Brodt:

A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas.

Bettiol diz que o agente deve poder "prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social", deve ter, pois, "a percepção do significado ético- social do próprio agir". O segundo, a capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme Bettiol, é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impele à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal (GRECO, 2009, p. 148).

A presente jurisprudência trata de um homicídio cometido por Diego Maradona Dos Santos Silva, a trágica história de um romance entre primos que acabou em morte, pois o acusado não aceitara o fim do relacionamento, e por isso, atraiu a prima e ex-namorada, juntamente com seu atual companheiro, e cometeu o crime brutalmente.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.533.802 - TO (2015/0123231-4) -
RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA -
RECORRENTE: DIEGO MARADONA DOS SANTOS SILVA -
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE
TOCANTINS - RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS - RECURSO ESPECIAL. PENAL.
HOMICÍDIO. DOSIMETRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP.
CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E
CONSEQUÊNCIAS DO DELITO CONSIDERADAS COMO
VETORES NEGATIVOS. ELEMENTOS CONCRETOS.
POSSIBILIDADE. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO
GENÉRICA. EXCLUSÃO. RECURSO ESPECIAL
PARCIALMENTE

PROVIDO.DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto por DIEGO MARADONA DOSSANTOS SILVA, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, assim ementado (fls. 892/894): ALEGAÇÃO DE VEREDICTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. NÃO RECONHECIMENTO DA SEMI-IMPUTABILIDADE PELOS JURADOS. RÉU DIAGNOSTICADO COMO PSICOPATA. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE LAUDO PSIQUIÁTRICO INDICANDO QUE O RÉU TINHA CAPACIDADES COGNITIVA E VOLITIVA PRESERVADAS. VEREDICTO DOS JURADOS AMPARADO EM PROVA CONSTANTE DOS AUTOS.

VEREDICTO MANTIDO.1. A doutrina da psiquiatria forense é uníssona no sentido de que, a despeito de padecer de um transtorno de personalidade, o psicopata é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta (Capacidade cognitiva). 2. Amparados em laudo psiquiátrico atestando que o réu possuía, ao tempo da infração, a capacidade de entendimento (capacidade cognitiva) e a capacidade de autodeterminar-se diante da situação (capacidade volitiva) preservadas, os jurados refutaram a tese de semi-imputabilidade, reconhecendo que o réu era imputável. (...) ALEGAÇÃO DE ERRO NA FIXAÇÃO DA PENA. PRIMEIRA FASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DESCABIMENTO. PROCEDIMENTO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA CORRETO. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA E CORRETA. (...) A premeditação é elemento concreto apto a justificar a exasperação da pena- base a título de circunstâncias do crime. A circunstância judicial relativa à personalidade do agente pode ser aferida a partir do modo de agir do réu no evento delituoso. Assim, deve o juiz sentenciante avaliar a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade, a cupidez ou a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito, sendo dispensável, portanto, a submissão do réu a exame psiquiátrico ou psicológico para se chegar a tal conclusão. Precedentes do TJTO. Quanto à culpabilidade, assevera que "toda conduta criminal é em si, reprovável, por isso é que foi elevada a categoria de crime (...) No que tange à personalidade, aduz que "Não é possível ao magistrado verificar a personalidade do recorrente por ser incompatível com o modelo acusatório garantista do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, esta circunstância é definida pela doutrina como a índole do agente, sua maneira de agir, sentir, o grau de senso moral do indivíduo, o que impossibilita o magistrado de valorá-la negativamente, pois exige dele conhecimentos de psicologia e psiquiatria, conhecimento que normalmente o Magistrado não possui"(fl. 950). (...)O acusado não registra antecedente criminal. Sua conduta social é repreensível.. Sua personalidade é de pessoa agressiva, impetuosa, "fria e

calculista". Nesse contexto, o juízo singular afirmou que a personalidade do apelante "é de pessoa agressiva, impetuosa, fria e calculista". No caso em referência, verifica-se que o magistrado, se valeu de motivação concreta e vinculada, vez que considerou desfavorável a personalidade do agente em razão de o mesmo ter revelado frieza incomum em relação ao fato delitivo praticado, bem como por ser pessoa agressiva, fria e impetuosa, (...) Da mesma forma, a Quinta Turma do STJ decidiu recentemente que "a personalidade, por sua vez, deve ser aferida a partir do modo de agir do criminoso, podendo se avaliar a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade, a cupidez ou a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito". HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ART. 121, § 2º, I E IV, C/C O ART. 14, II, E ART. 147, TODOS DO CP. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO RÉU DESFAVORÁVEL. NOVA ANÁLISE DO ITER CRIMINIS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM NÃO

CONHECIDA. (...). A pena não foi exasperada sob a alegação genérica de que a personalidade do agente é perversa ou voltada à prática delitiva, mas com base em elemento que indica característica pessoal desfavorável do réu.(...) No que tange à conduta social, deve ser considerado o comportamento do agente no seu grupo social (ambiente familiar, de trabalho e na convivência com os outros) É o estilo de vida do réu, que deverá ser considerado correto ou inadequado perante a sociedade. Tal argumento pode ser atestado pelo laudo psiquiátrico, o qual concluiu que o "réu é portador de personalidade antissocial, sendo classificado como psicopata" (fl. 895). Assim, há lastro fático suficiente para que o vetor invocado seja considerado negativo. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO.HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA AFERIDA CONCRETAMENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL

NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
Publique-se.

Intimem-se. Brasília, 22 de junho de 2017. Ministra Maria
Thereza de Assis Moura Relatora (Ministra MARIA THEREZA
DE ASSIS MOURA.

Analisando o caso concreto, verifica-se que o ponto de vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis, é excepcionalmente igual ao da doutrina minoritária, a qual entende que o ser possuidor do transtorno de personalidade não é semi-imputável, pois como narrado acima, Diego estaria ciente e capacitado de compreender os riscos de suas atitudes no momento do delito.

Nesta esteira, há de questionar o quão “inconsciente” é uma pessoa diagnosticada com a psicopatia na hora do cometimento de um crime, pois neste caso, o indivíduo não só narrou como foi o homicídio, como também detalhou a forma como planejou e atraiu as vítimas para sua morte.

Diante casos assim, questiona-se até onde vai a aplicação do Código Penal, pois o próprio código em seu artigo 26 abre a vertente para minorar a pena ou até inocentar um psicopata.

Neste ponto de vista, Nucci (2013), nosso código penal, no art. 26, parágrafo único, para um agente ser considerado semi-imputável, o crime deve ter sido cometido nas seguintes condições:

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (NUCCI, 2013, p.48).

A ideia de uma “rota de fuga” para que sejam os psicopatas considerados mentalmente insanos, é extremamente apavorante aos olhos da sociedade, pois como veremos a seguir, a probabilidade da reincidência de um psicopata é de 8 em 10.

2.4 PSICOPATIA VERSUS A RESSOCIALIZAÇÃO APÓS O CUMPRIMENTO DA PENA

Previamente antes de tocar ao frágil assunto no que se refere a ressocialização do psicopata após o cumprimento de pena, insta ressaltar e quebrar alguns tabus sobre a psicopatia, e de acordo com Sorensen (2014, p. 31-33), são cinco:

Mito 1: todos os psicopatas são violentos, todos serial killers são psicopatas. Bom, embora a psicopatia seja um significativo fator de risco quando analisamos a probabilidade de violência, muitos psicopatas não são violentos. Mito 2: psicopatas são psicóticos ou loucos. Psicopatas raramente são psicóticos, psicopatas estão sempre no controle, e sabem exatamente o que estão fazendo. Eles não tem alucinações, ou ilusões sobre o mundo real.

Mito 3: os psicopatas estão todos na prisão. Apenas 20% da população prisional está diagnosticada como psicopata.

Mito 4: todos os psicopatas são homens. A maioria de fato é masculina, mas também existem psicopatas mulheres.

Mito 5: todos conseguem reconhecer um psicopata quando cruzar com um. A maioria dos psicopatas não são percebíveis, e provavelmente voce conheceu um psicopata ao longo da sua vida e não teve idéia, as vezes nem ele sabe que é um psicopata.

Grande parte dos pesquisadores não considera a psicopatia uma doença mental por não provocar qualquer sintoma em seu portador, como ocorre com as demais doenças como a esquizofrenia. (Garrido, 2005, p.98-99).

Contudo, não se pode negar que não foi escolha de o indivíduo nascer psicopata, e por este ponto de vista, refletimos acerca de questões sobre sua ressocialização após o cumprimento da pena. Questão esta, que há maior divergência jurisprudencial e doutrinária do que considerar o psicopata criminoso semi-imputável.

Outro mito, não citado pelo doutrinador acima, é o de que a psicopatia tem cura e tratamento, esta afirmativa não se dá ao fato da afirmação da corrente majoritária da doutrina que afirma que a psicopatia não é uma doença.

Deve-se salientar que, o portador desta patologia, não tem recuperação, os psicopatas não aprendem com seus erros; pela falta de vínculo emocional, os resultados com terapia são ineficazes e de difícil aderência a qualquer tipo de tratamento. (TRINDADE, 2009, p. 140-141).

Tendo em vista tal afirmativa, a pergunta que se faz é: será que o indivíduo portador de psicopatia, após o cumprimento de pena, seja lá qual for seu crime, retorna a sociedade com alguma mudança? É possível sua ressocialização?

É fato que o sistema carcerário brasileiro é tão falho a ressocializar o criminoso quanto a decisão de colocar em uma prisão comum um portador de psicopatia.

Em discordância com o enfoque da pesquisa e do capítulo 4.1 principalmente, Greco (2011, p.667) opina sobre o tratamento dado aos psicopatas e principalmente a sua ressocialização.

Desta forma deve-se estar ciente de que o Estado não fornece um tratamento fidedigno aos doentes e deve-se deixar de lado a garantia de que a medida de segurança vai ajudar o paciente, evitando que o mesmo cometa novos crimes, sabe-se, portanto que o tratamento fornecido não demonstra eficácia.

Na prática, devo concordar que a medida de segurança é tão ineficaz quanto os tratamentos psicossociais, no entanto não há outro modo de fazer cumprir o direito e penalizar um psicopata de outra forma, pois colocá-lo em uma prisão com presos comuns é um grande risco aos outros detentos.

Nesta esteira, pergunta-se novamente: será que o portador de psicopatia pode se ressocializar após cumprir sua pena, independentemente de como cumpra? Pensando na resposta depara-se com outra pergunta: se o psicopata de fato não possui empatia ou emoções, quais as chances de ele não cometer o crime de novo?

Perguntas como essas dificilmente são respondidas com certeza, mas as provas são contundentes, em TODOS os casos em que indivíduos diagnosticados com psicopatia saíram da prisão, tornaram a voltar pelo mesmo crime, o que faz questionar a possibilidade de ressocialização e mudança de um psicopata.

Independentemente do índice reincidente de um psicopata, é dever do estado propor a ele condições em que este possa retornar a sociedade. De acordo com Nery e Júnior (2006, p.164):

Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito de o preso ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares.

Contudo, sejamos justos, o papel do Estado é proteger a sociedade e conceder um lugar digno para que os psicopatas possam cumprir suas penas com humanidade, por outro lado, esquadrinha-se o papel da ciência e da medicina, que devem, portanto, buscar um tratamento eficaz que ao menos amenize os sintomas da psicopatia.

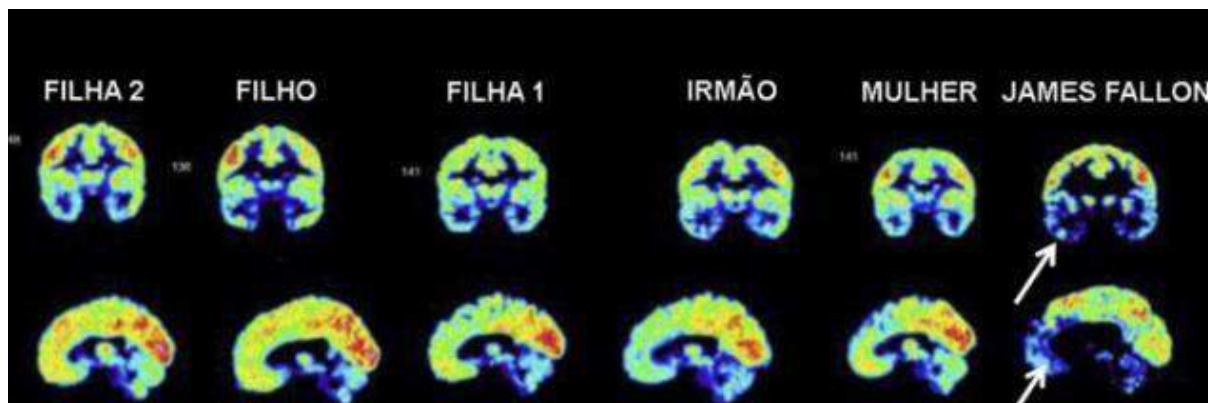
3. OS TRATAMENTOS PSICOSSOCIAIS E SUA INEFICÁCIA

Um dia, certo neurocientista norte-americano que pesquisava acerca da doença de Alzheimer, quando decidiu incluir ele e sua família como grupo de controle, ao identificar imagens de um cérebro que tinha padrões psicopáticos,

descobriu que este cérebro era o seu. fez vários exames de tomografias por emissão de positrões para se certificar, e apesar da noticia não o ter surpreendido, ele levada a vida como se nada tivesse acontecido.

Com uma sinceridade desarmante, também confessa que manipula as pessoas, não costuma perder muito tempo a pensar se as pode magoar com alguma coisa que diga ou faça e nunca chorou. Nas suas palestras também costuma falar da sua mãe, que celebrou recentemente 100 anos, e que jura que ele é “um bom menino”. A imagem abaixo mostra o resultado do exame de PET – Position Emission Tomography (tomografias por emissão de positrões), qual foi comparado o cérebro do neurocientista e de sua família. Note a imensa diferença do cérebro de James para com os dos outros participantes do exame.

Figura 3 - Exames PET de James Fallon, com mais zonas negras que indicam pouca actividade em certas regiões do cérebro num padrão que coincide com os psicopatas, e da sua família



FONTE: <https://www.publico.pt>. Acesso em: 21 mar 2019

A narrativa acima, tem o olhar romântico acerca da psicopatia, e conta a historia do famoso neurocientista James Fallon, que por um acidente descobriu sua psicopatia, e em suas palestras ele afirma que a psicopatia não tem cura, mas que o amor pode ajudar a fazer um esforço para mudar.

Parece absurdamente louco pensar desta forma, mas em seus relatos o neurocientista diz que mesmo se esforçando, não foi possível, “os amigos e familiares lhe deram uma especial motivação para esta mudança de comportamento quando confirmaram que o resultado dos seus exames não era surpreendente. Descobriu que “ser uma pessoa boa é cansativo, muito menos

interessante, não tem tanto brilho, uma pessoa não parece tão inteligente”. (CUNHA, 2017, disponível em: <https://www.publico.pt>. Acesso em: 21 mar 2019).

De volta a realidade, existe de fato tratamentos psicossociais a psicopatas criminosos, contudo, estudos concluíram que intervenções psicológicas padrões para infratores, tais como terapia cognitivo-comportamental, psicoterapia em grupo e programas de comunidade terapêutica, são completamente ineficazes. (PALMEIRA, 2017, p. 72).

Foi analisado alguns possíveis tratamentos ou medidas que possam ser aplicadas a fim de diminuir os efeitos trágicos causados na sociedade através de indivíduos portadores de transtorno psicopático, porém, atualmente no Brasil não há uma medida que possua o resultado esperado. Pois como visto nem as medidas de segurança nem as penas restritivas de liberdade oferecem eficácia esperada, pois o indivíduo é colocado novamente no convívio social e inevitavelmente volta a cometer crimes

Em discordância, Saraceno aduz, de acordo com seus estudos realizados com base na OMS) Organização Mundial da Saúde, que a reabilitação de um psicopata, consiste somente em três passos:

A cisão entre sujeito e contexto social, própria da psiquiatria tradicional, é superada pelo conceito de reabilitação psicossocial, que envolve “profissionais e todos os atores do processo de saúde - doença, ou seja, todos os usuários e a comunidade inteira”. Nesse sentido, o processo de reabilitação consiste em “reconstrução, um exercício pleno de cidadania e, também, de plena contratualidade nos três grandes cenários: habitat, rede social e trabalho com valor social” (SARACENO, 2001, p. 68-69).

O livro Psicopata - a máscara da justiça salienta:

Esses indivíduos parecem também não aprender com seus erros. Uma experiência não elaborada não gera nenhum tipo de aprendizado. Com isso, pretendemos dizer que psicopatas não se beneficiam com o castigo. Daí advém a concepção de que eles são intratáveis, pois o seu comportamento antissocial não cede frente ao medo da punição capaz de inibir o comportamento de pessoas não psicopatas. (TRINDADE, 2012, p. 140).

Até os dias atuais não se dispõe de tratamento eficaz para controlar os psicopatas visto que estes não aprendem com os castigos. Pugna-se a carência de nosso sistema penal, uma vez que, não se tem meios eficazes para trabalhar com este tipo de criminoso, pressupõe-se que a terapia ocupacional, que tem por objeto

estimular e auxiliar as pessoas que possuem dificuldades na inserção da participação do indivíduo na sociedade. (LEITE, Disponível em: <http://www.devmedia.com.br/padrões-de-projeto/957#>>. Acesso em: 21 mar 2019).

Para os cientistas, não é possível curar a psicopatia, pois segundo eles os tratamentos não alcançam bons resultados, e é frustrante, pois não há como mudar a maneira dessa pessoa ver e sentir o mundo. Isto porque, conforme afirma Silva (2008, p.147) "salvo infrequentíssimas ressalvas, as terapias biológicas (medicamentos) e as psicoterapias em geral mostram-se impotentes para a psicopatia, já que os sujeitos por ela abordados são plenamente satisfeitos com eles mesmos e acham que não têm problemas psicológicos ou emocionais para serem tratados".

Desta feita, Trindade (2012, p. 112), assegura que ainda nos dias de hoje não existe proeminência alguma de que os tratamentos psiquiátricos a que estiveram submetidos psicopatas tenham apontado elementos reais de eficácia na diminuição da brutalidade ou da criminalidade; pelo contrário, alguns tipos de tratamentos que são eficientes para outros criminosos são considerados contraindicados para os psicopata.

A psicopatia também foi estudada pela Psicopatologia, que nas palavras de Antônio Serafim de Pádua, e Fabiana Saffi, é:

O estudo da Psicopatologia Forense engloba o estudo dos transtornos e doenças mentais e sua finalidade apresenta grande relevância no campo da saúde mental e justiça, pois, gera o conhecimento dos aspectos psicopatológicos, principalmente, na diferenciação dos imputáveis e inimputáveis. (SERAFIM, 2012, p. 17).

No entanto, esta disciplina não evoluiu muito no que se refere ao tratamento que remedeia os efeitos da psicopatia no cérebro humano, principalmente o efeito da periculosidade, insensibilidade, que são os fatores que pioram o estado de desajustamento social do psicopata em sociedade.

A psicopatia também foi estudada pelo médico alemão Franz Joseph Gall por volta de 1800, que atribuiu o nome ao seu estudo de Frenologia, que estudava a psicopatia por meio das características do crânio do indivíduo, a ciência procura elementos comuns aos psicopatas, como forma de criar algum tipo de método rápido para a identificação de indivíduos que podem ser vítimas de algum tipo de transtorno que poderá vir a se manifestar, tornando esse indivíduo potencialmente perigoso para a sociedade. (Disponível em: Noites sinistras - <http://www.resumo.blog.br>. Acesso em: 22 mar 2019).

Ademais, os estudos do Dr. Adrian Raine foram os primeiros a ligar comportamento violento e antissocial com uma anormalidade anatômica específica no cérebro humano. A partir de suas pesquisas científicas, constatou-se que indivíduos que são antissociais, impulsivos, sem remorso e que cometem crimes violentos têm, em média, 11% menos matéria cinzenta no córtex pré-frontal do que o normal. Contudo, a presença de reduzida massa cinzenta apenas aumenta a probabilidade de ser um indivíduo violento, na medida em que seria a combinação entre os fatores biológicos e sociais que “criaria” um criminoso (CASOY, 2002, p. 108).

A fenologia foi também abordada por Lombroso quando este estudava a mente criminosa, contudo, este estudo não trouxe, até a presente data, respostas quanto ao tratamento eficaz ou cura para a psicopatia, mas será que pode existir uma pena eficaz aos criminosos psicopatas?

3.1 PROVÁVEL RISCO QUE CORRE A SOCIEDADE DADA A LIBERTAÇÃO DO PSICOPATA APÓS O CUMPRIMENTO DA PENA

Nas palavras de Greco, a função social da pena:

Em razão da redação contida do art. 59 do Código Penal, podemos concluir pela adoção, em nossa lei penal, de uma teoria mista ou unificadora da pena. Isso porque a parte final do caput do art.59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção.

E foi exatamente desta conjugação – fracasso da pena como retribuição e o advento da ideia de prevenção – que surgiu uma corrente de pensamento que propugnava pela criação de uma nova espécie de sanção penal, a qual coexistiria ao lado da pena: a pena deveria manter seu cunho retributivo, e, ao lado dela, seria criada uma nova espécie de sanção, de cunho eminentemente preventivo. (FERRARI, 2001, p. 102-103).

Sendo assim, a penalização do indivíduo deve se dar especialmente em prol de manter a segurança social, e não um instrumento de tortura ou represália. Nos casos dos psicopatas, como visto acima, a pena não faz nenhum efeito, pois estes são incapazes de aprender com seus erros, pois acreditam não terem errado.

E por este motivo a sociedade fica à mercê desses indivíduos, e ao contrário do que se pensa, eles estão em todas as partes e convivendo intimamente conosco. Dirigindo um transporte público, tratando da nossa saúde, policiando cidades e estradas, administrando empresas, nas telas de TV, praticando esportes, jogando

futebol profissional, nas igrejas como líderes religiosos, na câmara dos deputados, no senado federal, nos tribunais de justiça, e até governando o país.

A psicopatia não é sinônimo de crimes bárbaros e a sangue frio, existem níveis e graus de psicopatia e diferentes tipos de psicopatas como visto acima. Contudo, independente de níveis e tipos de transtorno de personalidade antissocial, a aplicação da pena é a mesma: ambos têm a redução por conta da semi-imputabilidade, ambos são libertados após o cumprimento de sua pena, ambos retornam ao convívio em sociedade.

A vicissitude que merece atenção, é somente ao fato de que a aplicação da pena ao psicopata é ineficiente, pois não tem cunho punitivo, que possa modificar e ressocializar a conduta do psicopata, pois este possui extrema dificuldade em seguir regras ou assumir o erro cometido.

A experiência não é significativamente incorporada pelo psicopata (antissocial). O castigo e mesmo o aprisionamento não modificam seu comportamento. Cada experiência é vivida e sentida como fato isolado. O presente é vivenciado sem vínculos como o passado ou o futuro. A capacidade crítica e o senso ético se comprometem gravemente (MARANHÃO, 1995, p. 88).

Dentre todos os males que é estar em uma sociedade que deixa impune o psicopata por entender ser ele portador de uma “doença”, o maior deles é fechar os olhos a probabilidade de reincidência de um psicopata criminoso, probabilidade esta que não é baseada somente em pesquisas, mas sim e casos de crimes reais, seja estelionato, assassinato, peculato, independente do crime, o psicopata há de cometer-lo mais vezes após o cumprimento de sua pena, e o motivo é patente – ele não compreende que a pena tem o cunho punitivo, incentivando o apenado a não delinquir novamente.

Conclui-se que apesar de todos os esforços da comunidade médica e jurídica para encontrar uma solução para a problemática dos psicopatas criminosos no mundo, até o presente momento, a alternativa que se mostra mais viável é o isolamento destes indivíduos por intermédio das medidas de segurança, até o dia no qual a ciência desenvolva alguma espécie de cura ou de tratamento eficaz para combater essa até então pseudo-patologia mental. (ARAÚJO, 2014, p. 15)

A sociedade por várias vezes esteve no papel de vítima quando se trata de criminosos que saem da prisão e cometem o mesmo ou um crime pior, o problema não é somente o Estado inerte quanto a ressocialização do indivíduo, para reinseri-lo na sociedade, mas sim a verdadeira pena que pode ser aplicável em casos de psicopatia que não seja considerada desumana e inconstitucional.

Como se pune alguém impunível? Ora, a impunibilidade de um psicopata não se deve a regalia do art. 26 do Código Penal, que isenta de pena os mentalmente incapazes de reconhecer a ilicitude do fato no momento de cometê-lo, mas sim ao fato deste não ser ressocializável, a pena de prisão, ou qualquer tipo de pena aplicável ao psicopata não faz efeito algum, assim como os tratamentos psicossociais.

Quando capturados, assumem uma máscara de insanidade, alegando múltiplas personalidades, esquizofrenia, ou qualquer coisa que os exima de responsabilidades (CASOY, 2002, p.247). Demonstram, assim, a sua capacidade de compreensão do ilícito e, por consequência, a sua periculosidade. Ao contrário do que muitos acreditam, insanidade não é uma definição de saúde mental. Refere-se à habilidade do ser humano em compreender as suas ações são certas ou erradas no momento em que elas estão acontecendo (CASOY, 2002, p.248)

Dados do IMESC (Instituto de Medicina Social e de Criminologia do Estado de São Paulo) denotam que entre 1% a 3% da população sofre desse transtorno; já no ambiente carcerário, tal porcentagem pode alcançar os 20%, sendo a taxa de reincidência três vezes maior entre os psicopatas. Importante ressaltar que não existe nenhuma avaliação da personalidade dos presos no sistema penitenciário, o que dificulta a análise de possível reincidência, dada a ausência de diagnóstico. (BARROS, pub. 13 de set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31753/a-deficiencia-da-punicao-dos-psicopatas-no-sistema-penal-brasileiro>. Acesso em: 08 abril 2019).

Não obstante, a sociedade corre o grande risco de conviver com psicopatas corriqueiramente, uma vez que não se sabe distingui-los, pois podem estar em qualquer lugar, ocupando qualquer cargo social, e segundo a avaliação de diversos autores, a incidência global dos Transtornos Específicos da Personalidade na população geral, varia entre 10% e 18%(Dobbels,2000, p.138-139). Na prática médica este número sobe para 20%-35% (Roca e Bernardo, 1988, p.46).

A PROBABILIDADE DE REICIDÊNCIA DO PSICOPATA CRIMINOSO

Como punir alguém que não consegue compreender o que é punição? Bom, este é mais um dos atributos negativos de um psicopata, ele não consegue aprender com qualquer tipo de punição, ou seja, é inútil prendê-lo, torturá-lo, deixá-lo isolado, se ele não consegue assimilar que este é o resultado á sua atitude errada.

Estudos revelam que a taxa de reincidência criminal (capacidade de cometer novos crimes) dos psicopatas é cerca de duas vezes maior que a dos

demais criminosos. E quando se trata de crimes associados à violência, a reincidência cresce para três vezes mais (SILVA, 2008).

Nessa esteira, Vicente Garrido afirma com toda certeza:

A menor condutividade elétrica da pele deles indica que são muito menos sensíveis ao medo de receber um castigo ou um estímulo desagradável. Como é lógico, isso tem repercussões práticas importantes, já que sentenças de prisão pouco efeito tem em modificar a conduta futura dos psicopatas. (Garrido, 2005, p.65).

A reincidência é mais um dos problemas a serem listados quando o assunto é a psicopatia, uma vez que estes não detêm a capacidade de ressocialização ou aprendizado com a aplicação da pena, e de acordo com o DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional (do Brasil)- (2003), estima a reincidência criminal no Brasil em 82%, ou seja, a cada dois presos que saem da cadeia, um retorna. (MORANA, 2004. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8114,71043.Reincidencia+criminal+e+possivel+prevenir>. Acesso em: 09 abr 2019).

Relevantemente, ressalta-se que o fato de ser o transtorno de personalidade antissocial intratável, preocupa-se acerca de como devem ser punidos ao cometerem certos tipos de crime, como explanado até aqui, um psicopata não é necessariamente um assassino a sangue frio, mas a possibilidade de ele cometer crimes mais hediondos é grande.

Contudo, antes de tratarmos COMO, devemos tratar ONDE os portadores de psicopatia poderiam cumprir suas penas, pois como elucidado alhures, estes são instáveis e pode facilmente por em risco a seguranças dos outros internos.

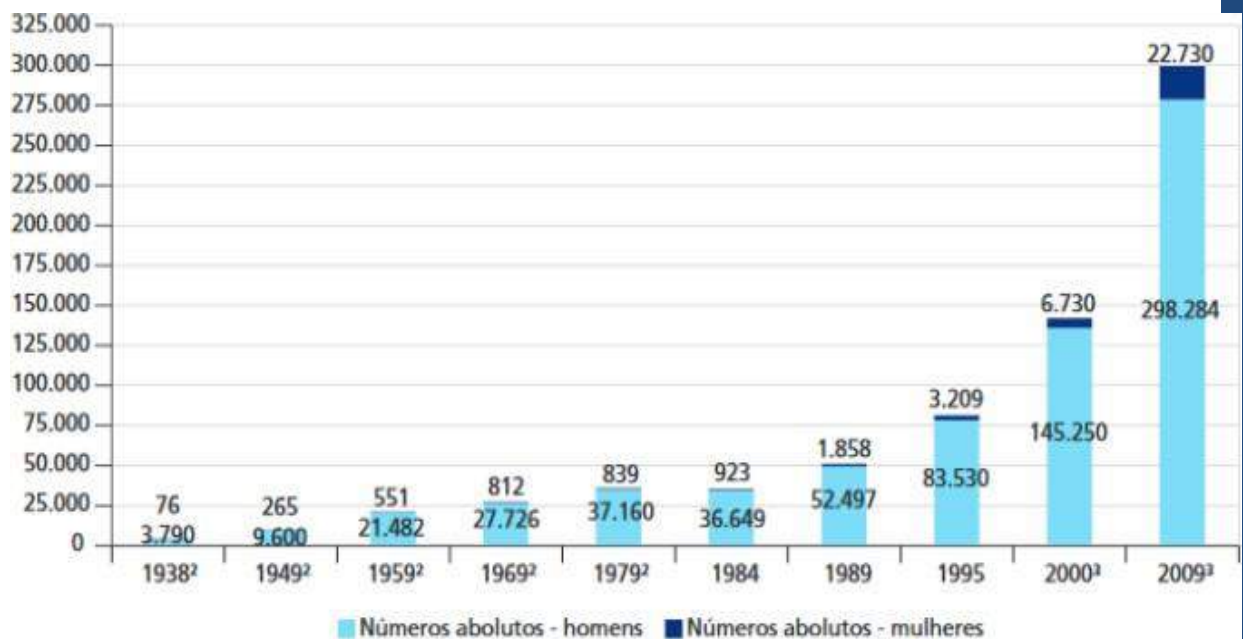
A respeito das questões sobre o local mais adequado para os portadores ainda não foram respondidas por não haver conhecimento abrangente na área, assim, os pacientes diagnosticados com comportamento psicopático, principalmente os que infringem a lei, necessitam de atenção especial devido a probabilidade de incidência e reincidência criminal, e também é necessário analisar a possibilidade de se construir estabelecimentos apropriados para a custódia destes indivíduos.

Ademais é inegável o crescimento dessa população carcerária, o que implica em uma superlotação, bem como uma maior exigência de políticas públicas junto ao Estado que, por sua vez, tem gastos cada vez maiores com a manutenção da estrutura dos presídios brasileiros. Este crescimento pode representar um

indicador de que a ressocialização não tem cumprido o seu papel de reintegrar o apenado ao convívio social.

Uma pesquisa do IBGE utilizada por fonte para o CNJ fez uma contabilidade da ascensão da população carcerária brasileira, elencado no relatório da pesquisa o seguinte gráfico:

Gráfico 1: Total de presos condenados no sistema prisional (1938 – 2009)



FONTE: Anuários estatísticos do IBGE (1939-1940,1950,1961,1972,1981 e 1992); Depen; Anuário do fórum Brasileiro de Segurança Pública (Brasil, 2011).

Pode-se imaginar quantos psicopatas estão nesse meio carcerário, pois como explicito acima, muitos portadores de psicopatia sequer sabem que tem este transtorno, por outro lado, a lei que rege o Sistema Penal Brasileiro prevê um caminho progressivo que o presidiário pode vir a percorrer, iniciando no regime fechado, passando posteriormente ao semi-aberto e, finalmente, chegando ao regime aberto. Além disso, alguns benefícios, como indultos e comutação de pena, podem ser concedidos aos encarcerados, dependendo de resultados de exames e perícias.

Para Hemphill e cols (1998, p. 375-399), a reincidência criminal dos psicopatas é ao redor de três vezes maior que em outros criminosos. Para crimes violentos, a taxa dos psicopatas é quatro vezes maior que a dos não psicopatas.

Morana (2003, p.58), em apenados brasileiros, encontrou reincidência criminal 4,52 vezes maior em psicopatas que em não psicopatas. Harris e cols (1991, p. 101) referem que reincidência de crimes violentos em uma amostra de 169 pacientes masculinos foi de 77% para psicopatas e 21% para não psicopatas; ou seja, mais de quatro vezes maior. Morana (2003, p.58) encontrou a taxa de 5,3 vezes mais versatilidade criminal em psicopatas quando comparada a outros criminosos.

Os psicopatas iniciam a vida criminoso em idade precoce, são os mais indisciplinados no sistema prisional, apresentam resposta insuficiente nos programas de reabilitação, e possuem os mais elevados índices de reincidência criminal. (TRINDADE, 2009, p. 96).

Entretanto, é importante observar que, com um índice tão alto de reincidência criminal, as decisões sobre a liberação dos presos, seja por meio da progressão, seja por meio de benefícios, são de extrema importância e devem ser baseadas em instrumentos confiáveis, que tenham a capacidade de diagnosticar comportamentos que indiquem possibilidade de reincidência, evidenciando estruturas de personalidade que possam trazer algum grau de perigo à sociedade.

4. A VIABILIDADE DE INTERNAÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Até onde vai os princípios Constitucionais para proteger os direitos fundamentais e fazer valer os direitos humanos no nosso Estado Democrático de direito? E quando em algum momento os direitos e princípios Constitucionais se conflitam? Qual prevalece?

Bom, essas indagações são visivelmente cabíveis quando se trata do assunto: "prisões". Como já dito supra, as prisões em nosso país tem o condão de reprimir e não punir, isso porque somos um dos países que aderiram o Pacto San José de Costa Rica que fala acerca dos direitos humanos além da Constituição Federal.

De acordo com a CF, todos merecem uma pena digna e o mais humana possível, e ninguém cumprirá pena perpétua, e é aí que se encontra a divergência legislativa, e principiológica, pois a Constituição afirma que não deverá haver penas de caráter perpétuo, todavia, as medidas de segurança não possuem prazo de duração. Por não possuírem prazo de duração, alguns doutrinadores entendem que a aplicabilidade de medidas de segurança em alguns casos é inconstitucional, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, usa-se como argumentação ainda o artigo 97 do Código Penal, que diz:

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for

punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (BRASIL, 1940).

Na opinião de Costa (1998, p.1.945) Quanto à duração da medida de segurança, Álvaro Mayrink da Costa, com afinco, se pronuncia: "Rebello-me contra a característica de indeterminação da medida de segurança, sustentando a necessidade de ser fixado um prazo de duração máximo, que não poderia ultrapassar ao máximo da pena cominada ao tipo violado pelo atuar do inimputável.

De acordo com o artigo exposto acima, pode-se afirmar que só é posto em liberdade o indivíduo cuja a perícia afirmar sua cessação de periculosidade, no mundo jurídico real, a letra da lei dificilmente é cumprida, isto porque grande parte dos presidiários estão cumprindo pena em locais não adequados junto aos outros detentos.

Há alguns capítulos acima foi explanado o quão grande é o problema da prisão de detentos com traços psicopáticos em uma prisão comum, e que o exame de DSM (Manual diagnóstico e estatístico de transtorno mental) quase nunca é realizado, e por este motivo as prisões comuns estão abrigando psicopatas que deveriam estar cumprindo medida de segurança.

Leciona Salo de Carvalho que "absurdamente se concebe a possibilidade de agravamento da punição pela circunstância do indivíduo ser doente. Aquilo que a princípio seria motivo de maior clemência (a doença) se torna a razão da supressão de direitos: como se, para além do delito cometido, o fato de ser doente mental pudesse também ser elemento crimínogeno. [...] A doença passa ser elemento justificador da prolongação do sofrimento do cidadão encarcerado, como se ela fosse circunstância elementar do crime: até mesmo capaz de eternizar a punição do cidadão." (SOUTO, 2007, p. 585)

A questão é que mesmo que alguns doutrinadores entendam que a aplicação da medida de segurança é inconstitucional devido à sua indeterminação de prazo, deve-se levar em conta que até o presente momento não existe uma cura ou tratamento para o Transtorno de Personalidade e por este motivo o tratamento ambulatorial ou a internação por tempo indeterminado é a melhor opção neste caso.

Não só a doutrina é conflitante quanto a inconstitucionalidade da falta de prazo das medidas de segurança, conflitam também os princípios constitucionais entre si, o princípio da pena digna e não perpétua conflita com o princípio da segurança da sociedade que conflitam com o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1 A APLICAÇÃO DA PENA DE INTERNAÇÃO POR TEMPO INDETERMINADO

Aplicar uma pena a um indivíduo sem examiná-lo psicologicamente, seja de acordo com o critério biopsicológico, ou com os exames PCL-R (Psychopathy checklist – revised), o indivíduo que apresenta a mínima chance de ser detentor do transtorno de personalidade deve ser submetido aos exames para que a pena aplicada a ele seja eficaz, e não somente jogá-lo em um sistema penitenciário carente de recursos e tratamento.

No entanto, durante o presente estudo deparou-se com grandes curiosidades acerca do tema, e uma delas nada convencional, surgida durante as pesquisas sobre o transtorno antissocial, é que quando estes recebem uma descarga elétrica, estímulos dolorosos ou ruídos que possam incomodar qualquer pessoa normal, o psicopata não apresenta medo ou qualquer tipo de emoção. Ora, mas já sabíamos que os psicopatas não são sensíveis as emoções, no entanto, o fato de não sentirem dor ou medo da punição, torna o tratamento ou a pena, muito ineficaz.

A pena de internação já é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, porém, esta só se aplica em casos mais graves, os quais poderiam ser diagnosticados pelos exames PCL-R (Psychopathy checklist – revised), o qual identifica o nível do transtorno antissocial.

Em face das normas tipificadas que aborda a respeito dos psicopatas, o Decreto nº 24.559 de 1934 que continua em pleno vigor, foi considerado a primeira a norma que abordava sobre o caso dos psicopatas, foi a primeira adjunção legal entre o direito penal e a psiquiatria brasileira. Onde na qual foram levadas mais a diante a grande necessidade de ter um regulamento que atendesse a essa classe de pessoas com esse tipo de diagnóstico. Pela iniciativa dessa legislação a foi feita a previsão do instituto da internação compulsória, que seria aplicada, nos casos mais graves do transtorno. (REGO, 2018, disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590660&seo=1>>).

Porém, insta trazer à baila o argumento de que mesmo que haja a concessão da medida de segurança por tempo indeterminado, ou a aplicação da pena de internação por tempo indefinido, estas penas, serão aos olhos da

Constituição Federal, cruéis e desumanas. Seria o mesmo que se falar em pena perpetua não é mesmo? De acordo com Luiz Flávio Gomes (2013, p. 70):

Terminado o prazo máximo de cumprimento da medida, caso ainda persista a enfermidade mental, nada impede que se dê por cessada a execução penal e se transfira imediatamente o enfermo para estabelecimento administrativo, continuando-se, assim, o tratamento, já agora sem falar em execução penal, e sim, em providência puramente administrativa

Além do conflito frontal com a Constituição, o fato de não haver tratamento ou cura para a psicopatia, faz com que se pese na balança, onde de um lado temos a sociedade e de outro temos um psicopata criminoso com alto índice grau de reincidência e periculosidade, cujo qual não tem melhoras ou mudanças posteriores ao cumprimento de pena.

Neste sentido, salienta ainda o artigo 97 do Código Penal, que restringe o prazo do exame de perícia médica de 1 (um) a 3 (três) anos, sendo assim, a internação por tempo indeterminado pode ser da seguinte forma:

Quadro 1- etapas da medida de segurança – internação por tempo indeterminado.



FONTE: Disponível em: <https://slideplayer.com.br>

Para Alexandre Magno, professor de Direito Penal e Processual Penal, considera que:

Analisando impossível a modificação dos trazidos dispositivos constitucionais, por serem cláusulas pétreas, restaria uma alteração radical na jurisprudência que reabriria a probabilidade de constância indefinida da medida de segurança. Hoje em dia, a única opção legal é uma antiga norma editada por Getúlio Vargas: o Decreto nº 24.559/34, que, civilmente, regula a internação compulsória de psicopatas. Chega a ser irônica que a única norma federal a tratar de um assunto tão moderno como psicopatia tenha sido promulgada há mais de 70 anos! " (AGUIAR, 2014, disponível em: http://www.oabfi.com.br/artigos.php?id_artigo=139).

Assim sendo, nota-se a dificuldade do juiz em se aplicar uma pena digna a qual não fira nenhum dos direitos constitucionais dos psicopatas criminosos. Este, como muitos outros assuntos polêmicos em nosso país, onde há legislação para tudo e nada ao mesmo tempo, ainda carece de muitos estudos e mudanças, pois como alhures, o fato de colocar de volta a sociedade um ser que será reincidente, é fechar os olhos a segurança dos cidadãos.

No entanto, apenar uma pessoa com uma medida de segurança, ou uma pena de internação por tempo indeterminado, também é fechar os olhos para os princípios constitucionais como o da pena digna e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por este motivo, deve-se o magistrado facultativamente decidir o que fazer ou não com o psicopata, tendo em vista a ausência de legislação que o direcione, o juiz fica com a difícil tarefa de escolher entre um dos dois lados (sociedade ou psicopata), e quase sempre, para poupar recursos do estado ou não mais postergar o processo, ele ignora o diagnóstico de psicopatia e os "joga" em uma cela comum, com detentos comuns.

Ora, há de se admitir que o indivíduo portador do transtorno de personalidade antissocial que também é um criminoso e deve ser preso e pagar pelos seus crimes na prisão não é mesmo?

Errado. O problema já não mais é como o psicopata cumpre a pena, e sim onde. É cediço que nos dias de hoje, as condições carcerárias são degradáveis e desumanas, mas o fato de cogitar colocar em uma mesma cela um criminoso

comum e um psicopata é definitivamente arriscado, pois até aqui já sabemos quais as características e como pensa um psicopata. Quais as chances de dar certo uma prisão como esta?

Mas note-se que num primeiro momento a perspectiva de prevenção estava ligada unicamente à pena (*stricto sensu*), aplicável ao agente consciente e com liberalidade de ação, de modo que muitos delitos acabavam ficando sem punição – como, por exemplo, nos casos constatados de incapacidade psíquica do agente. E isso era inconcebível dentro de uma nova perspectiva que se inaugurava à época, a qual pretendia fechar todas as lacunas onde o poder punitivo não alcançava.

No entanto, a preocupação está em como ficará o criminoso comum em uma cela com um psicopata. Certo é que não se deve taxar um psicopata como um monstro, mas em todos os casos até hoje de crimes cometidos por psicopatas, a maioria são violentos e sem nenhuma motivação, e o índice de reincidência é quase 100% e estes números não podem, de maneira alguma, serem tidos como uma consequência de uma “doença”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este trabalho conclui-se que apesar de nosso Código Penal ser considerado uns dos mais bem elaborados do mundo, este ainda carece de ajuste quanto a aplicabilidade das medidas de segurança ante a Constituição Federal. Pois atualmente as medidas de segurança de fato ferem alguns dos princípios constitucionais, como também está resguardada em alguns deles.

Ocorre que toda esta polêmica se dá a uma única questão: a obrigatoriedade de libertação do Estado ante ao psicopata criminoso. Sabe-se que como a psicopatia não tem cura e tampouco um tratamento, podemos afirmar que mesmo que este indivíduo cumpra sua pena, voltaria a reincidir no mesmo crime ou em crime pior, uma vez que é de sua natureza não se adequar á sociedade, não ter emoções ou sentir as consequências de seus atos.

O fato de uma pessoa não ter emoções é preocupante, pois são as emoções que formam nosso caráter, e nosso princípios éticos e sociais, uma pessoa sem essa sensibilidade não poderia em nenhuma hipótese aprender com seus erros ou sentir vergonha por eles.

Contudo, é mister salientar que a maioria da doutrina entende a psicopatia como doença, mas a medicina, como narrado e comprovado durante toda a pesquisa, a psicopatia é um transtorno de personalidade, e deveras não tem cura ou tratamento até agora.

A pesquisa foi dividida em tópicos estrategicamente separados, e narra desde o primeiro relato de psicopatia, até a provável solução que é a aplicação da medida de segurança de internação por tempo indeterminado, não se fala de prisão perpétua, mesmo sabendo que o indivíduo portador do Transtorno de personalidade nunca irá melhorar, mas se fala de um resguardo á população tendo em vista o número extremamente significativo de reincidência em casos de crimes cometidos por psicopatas.

REFERÊNCIAS

ACÓRDÃO, Moura, Maria Thereza. RECURSO ESPECIAL Nº 1.533.802 - TO (2015/0123231-4) disponível em: ><http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=A+DOCTRINA+DA+PSIQUIA+TRIA+FORENSE+%C9+UN%CDSSONA+NO+SENTIDO+DE+QUE+A+DESPEITO+DE> < Acesso em 20 de Fev. 2019.

AGUIAR, Alexandre Magno FM. A urgente necessidade de uma política criminal para os psicopatas. Disponível em: <http://www.oabfi.com.br/artigos.php?id_artigo=139>. Acesso em: 26.fev.2019.

ALESSANDRO, Ferreira Leite (ed). Terapia ocupacional. Disponível em: <http://www.devmedia.com.br/padroes-de-projeto/957#>>. Acesso em: 21 mar 2019.

ARAUJO, Jadér Melquíades. Da aplicabilidade da medida de segurança aos psicopatas: um estudo à luz do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal Brasileiro. Revista âmbito jurídico, v. XVII, n. 124, maio 2014. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14718 >. Acesso em: 11 de abril de 2019.

BARROS, Jessyka. A deficiência da punição dos psicopatas no sistema penal brasileiro. pub. 13 set 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31753/a-deficiencia-da-punicao-dos-psicopatas-no-sistema-penal-brasileiro>. Acesso em: 08 abr 2019.

BRASIL. DECRETO-LEI nº. 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acessado em 23 fev 2019.

CABELLO, Vicente P. Psiquiatria forense em el derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

CABRAL, Danillo Cezar. Porque alguém se torna psicopata? Como sua mente funciona? pub. 4 jul 2018, disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/por-que-uma-pessoa-se-torna-psicopata-e-como-a-mente-dela-funciona/>.

Acesso em: 11 abr 2019.

CAMARA, Alexandre. Lições de direito processual civil. V III, 16º ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 10.

CASOY, Ilana. Serial Killer: Louco ou Cruel?. 2. ed. São Paulo: Madras Editora Ltda, 2002.

CLECKLEY, Herverly. The mask of sanity. 5. Ed. St, Louis: Mosby, 1976

CORDIOLI, Aristides Volpato. DSM – Manual Diagnostico estatístico de transtornos mentais. Estados Unidos: Artmed, 2014.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 1. T. 3. p. 1945.

CUNHA, Andrea Freitas. O amor pode “curar” um psicopata? – Blog: investigação científica. Disponível em: <https://www.publico.pt/2017/09/18/ciencia/noticia/o-amor-pode-curar-um-psicopata-1785583>. Acesso em: 21 mar 2019.

DAMÁSIO, António R. Em busca de Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: companhia das letras, 2004.

DOBBELS, F.; PUT, C.; VANHAECKE, J. Personality disorders: a challenge for transplantation. Center for Health Services and Nursing Research; University Hospital Gasthuisberg, Leuven, Belgium. Prog. Transpl. NATCO v.10, 2000.

ESPINOSA, Manuel de Juan. Psicopatía antisocial y neuropsicología: neurociências y derecho penal. Madrid: Edisofer, 2013.

FERRARI, Eduardo Reale. Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito. São Paulo: RT, 2001.

GARRIDO, Vicente. O psicopata: um camaleão na sociedade atual. Trad. Juliana. Teixeira. São Paulo: Paulinas, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança. São Paulo: Lumen Juris, 2013. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. V.I. 7ªed. Niterói: Impetus, 2006.

Curso de Direito Penal. Parte Geral, V. I, 11ª Ed. Niterói: Ímpetus, 2009.

Curso de Direito Penal. 13º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HARE, Robert D. Sem Consciência: O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre - RS: Artmed, 2013.

HEMPHILL, J. F.; TEMPLEMAN, R.; WONG, S.; HARE, R. D. Psychopathy and crime: Recidivism and criminal careers. In COOKE, D. J.; FORTH, A. E.; HARE, R. D. (Ed.) Psychoapthy: theory, research and implications for society, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5º ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1978.

JUNIOR, Nelson Nery; Nery, Rosa Maria De Andrade. Constituição Federal comentada e legislação Constitucional. São Paulo, 2006.

LEANDRO. Frenologia: Estudo da personalidade e da psicopatia pela forma de sua cabeça. Disponível em: <http://www.resumo.blog.br/2018/01/frenologia-estudo-da-personalidade-e-de.html>. Acesso em: 22 mar 2019.

MARANHÃO, O. R. Psicologia do crime. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. Manual de direito penal. Responsabilidade penal. Das causas de isenção de pena. Da embriaguez. 3 v. Belo horizonte: Manuais da Faculdade de direito da universidade de Minas Gerais, 1956.

MORANA, Hilda. Reincidência criminal: é possível prevenir. Pub. 10 nov 2004. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8114,71043-Reincidencia+criminal+e+possivel+prevenir>. Acesso em: 09 abr 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10º ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

. Código Penal Comentado, 13. Ed. ver e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PADILHA, Derek Leão. Medida de segurança - Disponível em: > <https://slideplayer.com.br/slide/5607470/>< . acesso em: 26 fev 2019.

PALMEIRA, Nachara, Sadalla. Psicopata – Imputabilidade penal e psicopatia: a outra face no espelho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança. Rio de Janeiro: Forense.

PINEL, John P.J, Biopsicologia. Trad. Ronaldo Cataldo Costa. 5º ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

PINKER, Steven. Tábula rasa: a negociação contemporânea da natureza humana. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2008.

PRADO, Ana Carolina. Entenda melhor como funciona o cérebro de um psicopata. Disponível em: > <https://super.abril.com.br/blog/como-pessoas-funcionam/entenda-melhor-como-funciona-o-cerebro-de-um-psicopata/><. Acesso em: 13 mar 2019.

REGO, Lauane Silva. A psicopatia no âmbito do Direito Penal. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:08maios 2018. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590660&seo=1>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

ROCA, M.; BERNARDO, P. M. Epidemiologia. In: BERNARDO, P. M.; ROCA, M., (Ed). Trastornos de la Personalidad. Masson, Madri, 1998.

SARACENO B. Libertando identidades: da reabilitação psicossocial à cidadania possível. 2ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Te Corá/Instituto Franco Basaglia; 2001.

SERAFIM, Antônio de Pádua, SAFFI, Fabiana. Psicologia e práticas forenses. Barueri, São Paulo: Editora Manole, 2012, p.17

SILVA, Ana Beatriz B. Mentres perigosas: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

SORENSEN, Paul. Inside the mind of a psychopath. Sam Bernardino: Hill tech Ventures, 2014.

SOUTO, Ronya Soares de Brito e. Medidas de Segurança: da criminalização da doença aos limites do poder de punir. In: CARVALHO, Salo de (org). Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STONE, Michel H. A cura da mente: a história da psiquiatria da antiguidade até o presente. Porto Alegre: Artmed,1999.

TRIGÁLIA, Adrián. O curioso caso de Phineas Gage e a barra de ferro em sua cabeça. 2012. Disponível em:> <https://psicologiamente.com/neurociencias/caso-phineas-gage-barra-metal-cabeza>> acesso em 22 fev 2019.

TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TRINDADE, J.; BEHERENGARAY, A.; CUNEO, M.R. Psicopatia: a máscara da justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

ZAFFORONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

MARIA CLARA SILVA FERNANDES:

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade
de Ribeirão Preto - UNAERP - campus Ribeirão
Preto

SÂMIA FURTADO TANNOUS^[1]

(Coautora)

Resumo: O trabalho apresentado tem como finalidade expor o porquê as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público responderão de forma objetiva pelos danos que seus agentes causarem, com previsão Constitucional em seu artigo 37 § 6º, cabendo-lhes uma ação regressiva posteriormente. Essa modalidade objetiva se aplica em diversas áreas do direito, preservando sempre a segurança dos usuários e não usuários dos serviços, através do funcionamento das agências reguladoras e fiscalizadoras. No âmbito do Código de Defesa do Consumidor se não for obedecido os critérios corretos, e ocorrer algum dano, o agente prestador também responderá de forma objetiva.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público; Usuário e Não Usuário; Ação Regressiva; Código do Consumidor; Órgãos Reguladores

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo irá se desenvolver acerca da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, explicitando não somente sua previsão constitucional, como também sua aplicação em diversas áreas jurídicas.

Os serviços públicos são prestados forma direta ou indireta pela administração pública, levando-se em consideração o seu caráter de conveniência para a coletividade. Essa coletividade é formada pelos “usuários”, os quais usufruem do serviço público, possuindo seus direitos e também deveres.

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, está prevista na Constituição Federal em seu artigo 37 § 6º, cabendo a essas pessoas jurídicas, a responsabilização de forma objetiva em relação aos danos que seus agentes causarem aos usuários. Depois de condenado a indenizar o dano causado pelo agente a um terceiro, a administração posteriormente, deterá o direito da promoção de uma ação regressiva contra o agente causador do prejuízo.

A responsabilização em relação aos não usuários destes serviços também se aplicará na modalidade objetiva. Tal fato se deu a partir de um entendimento do Superior Tribunal Federal, levando-se em consideração o princípio da isonomia.

No campo da responsabilidade extracontratual, a administração responderá ainda pela forma objetiva em relação aos terceiros e com fundamentação na teoria do “risco administrativo”, sendo assim não será necessária a comprovação de dolo ou culpa por parte dos prestadores de serviços. Para que haja a excludente de responsabilidade, será necessário a comprovação de caso fortuito ou força maior.

Será estudado também, a aplicação do tema no âmbito do Código de Defesa do Consumidor. O usuário é possuidor de uma segurança primordial, portanto o modo da realização dos serviços deverá obedecer aos critérios corretos de modo de fornecimento; resultado e riscos que se esperam; e por último, a época em que foi fornecido o serviço. Caso venha a ocorrer algum dano, descumprindo um desses três requisitos, o agente prestador de serviço também responderá de forma objetiva, como prevê o artigo 14 do CDC.

Por fim, o artigo explicará o funcionamento das agências reguladoras, criadas devido a transferência dessas atividades para a mão das entidades privadas, necessitando o acompanhamento do setor por intermédio de *regulação*, para não perder de vista o interesse público, obtendo um maior controle em relação aos contratos de concessão. Ocorrerá uma fiscalização dos serviços de uma forma geral e também voltado para as concessionárias, criando normas de regulação a fim de impedir a ocorrência de condutas abusivas e ilegais.

2. DEFINIÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E USUÁRIO

Para uma melhor compreensão acerca do tema, é preciso primeiro conceituar o serviço público de uma forma mais ampla e também seus usuários. O artigo 175 da Constituição de 1988, traz uma previsão legal deste serviço, dispondo da seguinte forma:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Conforme disposto na Constituição, o poder público é o titular dos serviços públicos, podendo eles serem prestados direta ou indiretamente, sendo desta segunda forma por meio de delegações, mediante concessão ou permissão. É de grande importância ressaltar que, há uma previsão legal na própria Constituição em seus artigos 21, XI e XII e 223, uma outra forma de delegação chamada autorização, agregando-se a ela um caráter excepcional para sua utilização.

Visto que a Constituição prevê o serviço público, nota-se que ela não o conceitua, sendo assim, existe diversas conceituações doutrinárias acerca do tema, porém não possuem um caráter consensual. Hely Lopes Meirelles dispõe da seguinte forma: “Serviços de utilidade pública são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa

modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone. (2000, p. 307).”

Dentro deste conceito, é importante analisar que traz consigo de uma forma implícita, a previsão da responsabilidade civil dos prestadores de serviços públicos, não só no âmbito privado, o qual será abordado posteriormente, mas também a responsabilização das pessoas jurídicas de natureza pública. Ambas estão contidas na responsabilidade civil do Estado, a qual é regida por princípios próprios.

Tal responsabilidade, advém de direitos e obrigações incumbidas ao Poder público, ou agentes privados realizando o serviço público. Sendo assim, em razão de suas ações ou omissões, causando prejuízos aos bens jurídicos de terceiros, ficam obrigados a repará-lo, assim como dispõe Bandeira de Mello em seu *Curso de Direito Administrativo*:

“[...] a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo.” (2000, p. 802).

Atrelada à Responsabilidade Civil do Estado, está a Responsabilidade Extracontratual do Estado, a qual será estudada posteriormente, em que os agentes responsáveis pelo serviço público não se eximem também para a reparação do dano causado a outrem.

No tocante ao usuário, o vocábulo se origina do latim *usuariu*, e engloba dentro da esfera administrativa, todos aqueles sujeitos detentores de direitos e deveres, os quais usufruem dos serviços públicos fornecidos pelo poder público ou seus delegados, de forma direta ou indireta.

3. RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM RELAÇÃO AOS NÃO USUÁRIOS DO SERVIÇO PRESTADO

Os serviços públicos podem ser delegados quando o Estado transfere a execução a pessoas jurídicas de direito privado, ocorrendo apenas a transferência da titularidade da prestação, mantendo a titularidade do serviço ao Estado. Tem

responsabilidade essas pessoas jurídicas de direito privado quanto aos danos que seus agentes, causarem a terceiros na prestação do serviço, como especificado no §6º do Artigo 37 da Constituição Federal.

Houve uma mudança no entendimento de que a responsabilidade civil objetiva das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos seria apenas para os usuários deste serviço, e no caso de terceiro seria aplicado o código civil, comprovando dolo ou culpa. Sendo excluído portanto a responsabilidade objetiva em face de terceiros não usuários do serviço público no RE 262.651-1 julgado em 2004. Tendo agora as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, a responsabilidade objetiva em caso de danos causados a usuários do serviço ou não usuário, devendo ter a existência do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado. Assim com esse novo entendimento no RE 591.874-0 julgado em 2009, respondem as concessionárias de serviço público objetivamente, pelos serviços prestados aos usuários diretos e indiretos do serviço público.

Como defende Celso Antônio Bandeira de Mello “não exige que a pessoa atingida pela lesão ostente a condição de usuário do serviço”. Para não afrontar o Princípio da Isonomia da Constituição Federal, não pode fazer qualquer distinção dos terceiros, entre usuários e não usuários de serviço público, visto que qualquer um deles podem sofrer danos em virtude da atuação do Estado.

Com o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal passa a ser adequado e corresponde ao princípio da isonomia, pacificando que a responsabilidade das concessionárias e permissionárias de serviço público, no que se refere aos danos causados a terceiros, será de natureza objetiva, mesmo que o dano tenha prejudicado terceiro não usuário daquele serviço público oferecido:

Responsabilidade Civil Objetiva e Terceiro Não-Usuário do Serviço - 1

Enfatizando a mudança da jurisprudência sobre a matéria, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que concluía pela responsabilidade civil objetiva de empresa privada prestadora de serviço público

em relação a terceiro não-usuário do serviço. Na espécie, empresa de transporte coletivo fora condenada a indenizar danos decorrentes de acidente que envolvera ônibus de sua propriedade e ciclista, o qual falecera. Inicialmente, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio, no sentido de assentar a necessidade de se ouvir o Procurador-Geral da República, em face do reconhecimento da repercussão geral e da possibilidade da fixação de novo entendimento sobre o tema, tendo o parquet se pronunciado, em seguida,

oralmente.

RE 591874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 26.8.2009. (RE-591874)

Responsabilidade Civil Objetiva e Terceiro Não-Usuário do Serviço - 2

No mérito, salientando não ter ficado evidenciado, nas instâncias ordinárias, que o acidente fatal que vitimara o ciclista ocorrera por culpa exclusiva deste ou em razão de força maior, reputou-se comprovado o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, e julgou-se tal condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF (“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”). Asseverou-se que não se poderia interpretar restritivamente o alcance do art. 37, § 6º, da CF, sobretudo porque a Constituição, interpretada à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados “terceiros”, ou seja, entre usuários e não-usuários do serviço público, haja vista que todos eles, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado. Observou-se, ainda, que o entendimento de que apenas os terceiros usuários do serviço gozariam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, por terem o direito subjetivo de receber um serviço adequado, contrapor-se-ia à própria natureza do serviço público, que, por

definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal. Vencido o Min. Marco Aurélio que dava provimento ao recurso por não vislumbrar o nexo de causalidade entre a atividade administrativa e o dano em questão”. Precedentes citados: RE 262651/SP (DJU de 6.5.2005); RE 459749/PE (julgamento não concluído em virtude da superveniência de acordo entre as partes). RE 591874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 26.8.2009. (RE-591874)

No RE 591.874-0 foi objeto de exame a responsabilidade de uma empresa de ônibus envolvida num acidente em que causa dano a um ciclista, sendo este não usuário do serviço público, no qual não era beneficiado pelo serviço pela empresa. Ficou evidenciado de que o acidente não ocorreu por culpa exclusiva da vítima ou em razão de força maior, comprovado o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.

4. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

De acordo com Di Pietro “a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde a obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos praticados pelos seus agentes”. Para um entendimento maior sobre esse conceito é analisada as fases da administração, que se inicia com a ideia de *irresponsabilidade do Estado*, que surgiu nos regimes absolutistas, no qual o rei era a personificação do Estado, portanto consequentemente não praticavam erros; mas houve a quebra dessa teoria com a *responsabilidade com culpa civil comum*, que surgiu com o liberalismo equiparando o Estado ao particular, devendo ser provada a conduta dolosa ou culposa, o dano efetivo, e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Na fase do *risco administrativo*, a administração possui responsabilidade objetiva frente aos danos que causar a terceiros, aqui o dolo ou a culpa não precisam ser comprovados, necessitando somente de comprovar o dano, e o nexo

de causalidade entre a conduta e o dano. Sendo possível que a administração se exime de indenizar algum dano, nos casos que houver excludentes de responsabilidade que são: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Podendo o Estado, após a condenação, realizar ação de regresso contra o agente que causou o dano, comprovando dolo ou culpa deste. Como exemplo, o caso de um dano permanente causado à terceiro, após tratamento médico inadequado realizado em hospital público. Foi concedida a indenização após comprovação de todos os pressupostos, conforme abaixo:

*“RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO ELEMENTOS ESTRUTURAIS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO FATO DANOSO (INCAPACIDADE PERMANENTE) RESULTANTE DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO EM HOSPITAL PÚBLICO (OU MANTIDO PELO PODER PÚBLICO) DANOS MORAIS RESSARCIBILIDADE DOCTRINA JURISPRUDÊNCIA RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A ação ou a omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder*

Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido.”

(STF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/12/2014, Segunda Turma)

Na fase do *risco integral da administração* a responsabilidade também é objetiva, mas não pode aqui alegar nenhuma excludente de responsabilidade, sendo integralmente responsável pelos danos, nos casos de acidentes nucleares ou danos ambientais.

A teoria utilizada no Brasil é com base na do risco administrativo que consta de forma expressa na Constituição Federal, conforme o art. 37, §6º. Estabelecido o nexo de causalidade entre ação ou a omissão e o dano, sendo este indenizável, está configurada a responsabilidade. Ressaltando que a responsabilidade extracontratual do Estado resulta de uma ação ou omissão do agente do Estado, ou pessoa jurídica de direito privado, prestadoras de serviço, que causem danos a terceiros ou aos usuários que estão ligados à prestação do serviço. Havendo aqui um tratamento unitário à responsabilidade extracontratual, pois não há distinção entre responsabilidade por atos lícitos e ilícitos, e também supera as diferentes espécies de responsabilidades conhecidas, para proporcionar o maior amparo à vítima.

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A Constituição Federal em seu artigo 37 § 6º dispõe sobre a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, prestadoras de serviços públicos, adotando a modalidade de “risco administrativo”, pelo dano causado a terceiros por parte de seus agentes. Essa teoria traz em seu conceito a responsabilização objetiva dessas pessoas jurídicas, ou seja, independentemente de culpa e apenas com a comprovação do nexo de causalidade entre dano causado e ação. Em regra, essa modalidade objetiva não se aplica a danos ocasionados por omissão. Dispõe da seguinte forma a Constituição Federal em seu artigo 37 § 6º:

“**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

O artigo acima citado abrange todas as pessoas de direito público – administração direta, autarquias, e fundações de direito público –, e, também, todas as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos – empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, as fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado que prestem serviço públicos –, e, também, as pessoas privadas delegatárias de serviços públicos (concessionárias, permissionárias e autorizatárias)

No tocante à responsabilidade objetiva das concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços público, a Corte decidiu em julgamento do RE 591.874/MS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, consolidado com repercussão geral, de que é reconhecida também a responsabilidade civil objetiva das empresas que prestam serviço público mesmo em relação aos danos causados a terceiros não usuários do serviço público. Segundo fundamentado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na Constituição Federal não há qualquer distinção sobre quem configuraria o polo passivo do dano. E “onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir.”

Acerca do assunto tratado é possível observar as seguintes jurisprudências:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO, PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO - CULPA OBJETIVA - REQUISITOS - OCORRÊNCIA POLICIAL - VALOR PROBATÓRIO - PENA DE

CONFISSÃO - NEXO CAUSAL - ÔNUS DA PROVA. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação ilícita; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação. À míngua da demonstração de qualquer deles, fica afastado o dever de indenizar, não aperfeiçoada, assim, a trilogia estrutural do instituto”. (TJ/MG – Apelação nº 2.0000.00.369775-2/000(1); Relator: Des. William Silvestrini; Data de Julgamento: 27/02/2003; Data de Publicação: 19/03/2003).

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. § 6º DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LUCROS CESSANTES. REDUÇÃO. DANO MORAL. 1. Na conformidade do disposto no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, é objetiva a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos em relação ao usuário do serviço. 2. Os lucros cessantes devem ser arbitrados com suporte em provas concretas e robustas que demonstrem os rendimentos que a parte autora deixou de auferir com o evento danoso, de sorte que, constatado o excesso por ocasião da fixação de seus valores, recomenda-se a sua redução. 3. É de livre apreciação do magistrado fixar quantum indenizatório por danos morais e materiais, devendo levar em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade de maneira que o valor fixado seja um desestímulo ao ofensor a fim de que o mesmo não reitere na prática de sua conduta indevida, por outro lado, não poderá ser tão exorbitante ocasionando o enriquecimento ilícito da parte beneficiada. Na hipótese, esses critérios foram observados pelo juízo a quo, pelo que não há razão para minorar o quantum por ele fixado. 4. **APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE**”. (TJ/GO – AC nº 03641204820128090093; Relator: Des. Gerson

Santana Cintra; Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível; Data de Julgamento: 23/08/2016; Data de Publicação: 15/09/2016).

5.1 AÇÃO DE REGRESSIVA

Depois de condenado a indenizar o dano causado pelo agente a um terceiro, a Administração pública ou a delegatória de serviços públicos, detém o direito da promoção de uma ação regressiva contra o agente. É preciso sobretudo, que haja a comprovação de que houve dolo ou culpa por parte desse agente, devendo sempre respeitar o direito do contraditório e ampla defesa da parte.

Esta ação regressiva somente pode ser proposta após o trânsito em julgado da decisão condenatória de ação indenizatória, e diferentemente de como é na responsabilidade civil de danos causados pelos agentes a terceiros, a qual se dá de forma objetiva conforme a Teoria do Risco, a responsabilidade na ação regressiva contra o agente, ocorre na forma subjetiva (com comprovação de dolo ou culpa). É importante ressaltar que, independentemente de haver ainda ou não o vínculo entre a administração pública (ou delegatória de serviços públicos), ainda poderá ser ajuizada a ação regressiva contra o agente, a qual se transmite aos sucessores pois se trata de ação de natureza cível.

6. PREVISÃO ACERCA DO TEMA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor a prestação do serviço público é regulada nos artigos 6º, inciso X, e 22, *in verbis*:

“**Art. 6º** São direitos básicos do consumidor:

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

“**Art. 22.** Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código”

Surge da exegese de dispositivo acima mencionado que na norma estão abrangidos todos os serviços públicos, tanto aqueles diretamente prestados pelo estado, quanto aqueles prestados por empresas privadas, tais como:

- A)** Serviço de Transporte Público;
- B)** Prestação de serviços rodoviários por meio de empresas concessionárias;
- C)** Serviços públicos de educação;
- D)** Serviços de telefonia fixa ou móvel;
- E)** E serviços públicos de fornecimento de água e esgoto, luz (energia elétrica) e gás.

Não se olvida que o fornecimento do serviço público é de natureza essencial e que deve ser prestado de forma contínua. Todavia, referido serviço não é de imposição obrigatória, havendo possibilidade de suspensão do fornecimento, pois, apesar de constituir serviço útil, não há que ser gratuito, sob pena de inviabilizar todo o sistema de distribuição, com graves prejuízos a todos.

Nessa linha, o § 3º, do artigo 6º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 do Constituição Federal, permite, em situação de emergência ou por inadimplemento do usuário, a suspensão do fornecimento do serviço, condicionado ao aviso prévio

Quanto a responsabilização pela má prestação do serviço, sua previsão legal na norma especial, encontra-se no artigo 14, assim disposto:

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

Desse modo, tratando-se de relação de consumo, verifica-se que a responsabilidade do fornecedor é serviço de caráter objetivo, prescindindo, assim, da análise de culpa pelo usuário, já que se trata de risco inerente à atividade

explorada. Lembrando que para a caracterização da responsabilidade objetiva, exige-se da vítima a prova do fato, do dano e o nexo causal entre eles.

Dentro deste mesmo artigo, o parágrafo 1º estabelece critérios para análise de uma má prestação de serviço, tendo em vista que a segurança do usuário deve ser primordial. São três:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.”

A responsabilidade ora estudada poderá ser excluída quando estiver aliada a outras circunstâncias, tais como a inexistência do defeito, culpa da vítima ou fato exclusivo de terceiro.

- “§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
 - II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

Há entendimento doutrinário acerca das hipóteses de caso fortuito e força maior também como excludentes da responsabilidade objetiva na prestação do serviço público. Com efeito, registra o *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*:

As eximentes do caso fortuito e da força maior atuam como excludentes de responsabilidade do prestador de serviços. E de uma forma muito mais intensa, por isso que podem se manifestar *durante ou após* a prestação de utilidade ou comodidade ao consumidor (v.g., um hospital pode se eximir de responsabilidade pelo fato do serviço, alegando corte no fornecimento de energia elétrica ocorrido durante ou após o ato operatório). Jamais, contudo, quando forem anteriores à prestação dos serviços. (2011, p.211-212)

Vejamos a seguir algumas jurisprudências acerca do assunto tratado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. PROGRAMA DE INTEGRACAO SOCIAL.PIS E CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. COFINS. **SERVIÇOS DE TELEFONIA. RELAÇÃO DE CONSUMO**. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA. 1. Relação

de consumo. Responsabilidade objetiva. Ônus da prova.1.1 **Como regra, vigora tanto na relação de consumo comum quanto especial envolvendo os serviços públicos (CDC, art. 12; CF, art. 37, § 6º)**, a responsabilidade objetiva do fornecedor, caso em que a inversão do ônus da prova ocorre ope legis. Só vigora a responsabilidade subjetiva quando o fornecedor é profissional liberal (CDC, art. 14, § 4º), caso em que o juiz pode inverter o ônus da prova inversão ope judici, desde que demonstrada a condição de hipossuficiência face ao fornecedor e a verossimilhança da alegação (CDC, art. 6º, VIII).1.2 Se, mesmo não sendo caso de inversão ope judici, ela subsiste ope legis, o recurso desmerece acolhida no ponto. 2. Dispositivo.Negativa de seguimento por manifesta improcedência (CPC, art. 557, caput).” (Agravo de Instrumento Nº 70031257546, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 21/07/2009.)

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FORNECIMENTO DE ÁGUA SISTEMA DE COLETA DE ESGOTO Serviço prestado pela concessionária de serviço público - Defeito na rede de coleta de esgoto, cuja manutenção é de responsabilidade da ré Art. 14 do CDC e 37, § 6º da Constituição Federal Responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado, prestadoras de serviços públicos Risco administrativo Refluxo de esgoto com retorno de dejetos ao interior da residência das autoras - Nexo causal demonstrado Cabimento da indenização Prejuízo material verificado e comprovado Valor fixado com base em orçamentos apresentados pelas consumidoras e rebatidos genericamente pela ré Danos morais Cabimento, ante o abalo psicológico e prejuízo moral decorrente da invasão de fezes e dejetos no imóvel em que residem as autoras, causando muito mais do que meros dissabores Indenização arbitrada em R\$ 10.000,00 para cada uma das demandantes Montante que não comporta redução, por ser reparador e proporcionar compensação às vítimas, não se constituindo em montante que caracterize enriquecimento ilícito - Diante das peculiaridades do caso concreto, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais devidos ao

autor, de 10% para 15% sobre a condenação, nos termos do art. 85, §§ 1º, 2º e 11º, do novo CPC - Sentença de procedência mantida Recurso não provido” (TJ/SP - Apelação nº 0010126-27.2014.8.26.0291; Relator: Des. Carlos Nunes; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Comarca: Jaboticabal; Data do julgamento: 06/06/2017) (destacamos).

7. ORGÃOS REGULADORES E FISCALIZADORES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

Em razão do incremento da tecnologia de infra-estrutura e o aumento da demanda, permitiu a concorrência na prestação dos serviços pelas empresas privadas. Com a transferência dessas atividades para a mão das entidades privadas, a relação entre privado e público ficou alterada, necessitando o acompanhamento do setor por intermédio de *regulação*, para não perder de vista o interesse público.

Antes se concentravam no mesmo ente as funções de prestação de serviço e da regulação do serviço, que agora separaram-se, sendo concedidos e autorizados os serviços as empresas privadas e privatizadas, que o papel de mediação dos interesses dos setores privatizados são exercidos pelas Agências Reguladoras. A nova forma de intervenção estatal surgiu com as Agências Reguladoras.

Foram criados os órgãos reguladores para ter o controle da execução dos contratos de concessão, e a fiscalização dos serviços e das concessionárias, fazendo normas de regulação, para coibir condutas ilegais e abusivas e resolvendo conflitos entre os agentes envolvidos na prestação de específicos serviços públicos. Não tem em lei específica a definição de agências reguladoras. Mas com as alterações de Emendas Constitucionais nº8/95 e 9/95, é utilizado a expressão “órgão regulador”, que passou a ser designada como um novo modelo de instituição encarregada de disciplinar e controlar certas atividades.

Marçal Justen Filho caracteriza Agências Reguladoras como:

É uma autarquia especial, criada por lei para a intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para a regulação de setor específico,

inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta (JUSTEN FILHO, 2002, p. 344).

São criadas essas Agencias Reguladoras para controlar e fiscalizar os serviços prestados pela ordem privada. E cada entidade possuirá um grau de especialidade, de acordo com o estabelecido em lei, por isso não se estende os mesmos elementos de uma para outra Agência. A independência administrativa, autonomia financeira e patrimonial, autonomia nas suas decisões técnicas e ausência de subordinação hierárquica são elementos e características inerentes a autarquia, pois delas a atuação é realizada de forma transparente e eficiente. A vigilância das empresas privadas que estão sob a competência da Agencia Reguladora, devem preservar a qualidade dos serviços públicos prestados, e preservar um justo preço pela sua prestação.

Com a descentralização da realização dos serviços públicos, por meio de contratos de permissão, autorização e concessão ao setor privado, é necessário a criação de metas e políticas regulatórias e fiscalizatória dos setores da economia. Sendo responsáveis as Agencias Reguladoras pela manutenção e segurança da qualidade e de preços justos desses serviços públicos, prestados por empresas privadas. Como nos setores de telecomunicações, de transportes, entre outros, o Estado passou de interventor a um Estado regulador e fiscalizador da atividade econômica, desenvolvida pelas pessoas jurídicas de direito privado. A atuação das Agencias Reguladoras podem ser observadas através da aplicação de multa as concessionárias que cometeram infrações; da regulação e fiscalização da adequada qualidade de serviços e justas tarifas.

Segundo Barroso, as funções que normalmente são incluídas nas leis instituidoras das Agências Reguladoras são:

- a) o controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
- b) universalização do serviço, estendendo-o a parcela da população que dela não se beneficiavam por força de escassez de recursos;

- c) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural;
- d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão;
- e) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc (BARROSO, 2002, p. 120).

A Lei de Concessões nº 8.987/95, nos arts. 29 e 30, estabelece como encargos do Poder Concedente:

- a) o controle e a fiscalização da execução dos serviços e das obrigações das concessionárias;
- b) a homologação de reajustes e revisões;
- c) o zelo que a administração deve ter para assegurar a prestação de serviço adequado e o atendimento aos direitos dos usuários;
- d) as providências do Poder Público, necessários a execução do serviço público ou da obra necessária para a sua realização (desapropriações e constituição de servidões);
- e) a implementação de estímulos à qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente, competitividade e à formação de associações de usuários (WALD, 2004, p. 253).

As Agencias Reguladoras garantem que os serviços prestados pelas empresas privadas no setor de interesse público, sejam de forma eficiente e atendem a finalidade pública, mas respeitando o limite da livre iniciativa. não interfere na livre decisão da empresa privada. Por outro lado, não pode deixar ao bel prazer das empresas estabelecer a forma, a qualidade, o valor das tarifas; devendo assim, fiscalizar suas atividades para alcançar, da melhor maneira, os objetivos traçados.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos acerca do trabalho apresentado que o poder público é o titular dos serviços públicos, podendo eles serem prestados direta ou indiretamente, sendo desta segunda forma por meio de delegações, mediante concessão ou permissão, e até mesmo a autorização. Dentro das várias conceituações

doutrinárias diversas acerca do tema, é possível analisar de uma forma implícita, a previsão da responsabilidade civil dos prestadores de serviço público no âmbito privado e público. Que incumbe o Poder Público ou os agentes privados que realizam o serviço público, mas diante de suas ações ou omissões, causam prejuízos aos bens jurídicos de terceiros, obrigados a repará-los. No que diz respeito aos usuários, são eles sujeitos detentores de direitos e deveres, que usufruem dos serviços públicos fornecidos pelo poder público ou seus delegados ocorrendo apenas a transferência da titularidade da prestação, de forma direta ou indireta.

De acordo com o novo entendimento no RE 591.874-0 julgado em 2009, respondem as concessionárias de serviço público objetivamente, pelos serviços prestados aos usuários diretos e indiretos do serviço público. Não podendo ser feita qualquer distinção dos terceiros, entre usuários e não usuários desse serviço público, comprovado o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. A responsabilidade extracontratual corresponde a obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência da prestação do serviço público. Foi abordado todas as fases da administração que iniciou na irresponsabilidade do Estado, partindo para a responsabilidade com culpa civil comum, depois para o risco administrativo e o risco integral da administração. E a teoria utilizado no Brasil é com base na do risco administrativo que estabelecido o nexo de causalidade entre ação ou a omissão e o dano, sendo este indenizável, está configurada a responsabilidade.

Depois de condenado a indenizar o dano causado pelo agente a um terceiro, a Administração pública ou a delegatária de serviços públicos, detém o direito da promoção de uma ação regressiva contra o agente. É preciso sobretudo, que haja a comprovação de que houve dolo ou culpa por parte desse agente, devendo sempre respeitar o direito do contraditório e ampla defesa da parte. De acordo com os direitos básicos do consumidor estão abrangidos todos os serviços públicos,

tanto aqueles diretamente prestados pelo Estado, quanto aqueles prestados por empresas privadas. São de natureza essencial e devem ser prestados de forma contínua, permite, em situação de emergência ou por inadimplemento do usuário, a suspensão do fornecimento do serviço, condicionado ao aviso prévio. Em relação de consumo, a responsabilidade do fornecedor é serviço de caráter objetivo, a segurança do usuário deve ser primordial. A responsabilidade ora estudada poderá ser excluída quando estiver aliada a outras circunstâncias, tais como a inexistência do defeito, culpa da vítima ou fato exclusivo de terceiro.

Com a transferência da prestação dos serviços públicos para a mão das entidades privadas, a relação entre privado e público ficou alterada, necessitando o acompanhamento do setor por intermédio de *regulação*, para não perder de vista o interesse público. São criadas essas Agências Reguladoras para controlar e fiscalizar os serviços prestados pela ordem privada. E cada entidade possuirá um grau de especialidade, de acordo com o estabelecido em lei, por isso não se estende os mesmos elementos de uma para outra Agência. A vigilância das empresas privadas que estão sob a competência da Agência Reguladora, devem preservar a qualidade dos serviços públicos prestados, e preservar um justo preço pela sua prestação, e sejam de forma eficiente e atendem a finalidade pública, mas respeitando o limite da livre iniciativa. não interfere na livre decisão da empresa privada.

9. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*, 25ª, Ed. São Paulo, Método, 2017. P. 919-943

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, p. 13-59, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamento sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. 109-131p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14^a ed., São Paulo: Atlas, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et. all. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8^a Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004.

HAMEL. Marcio Renan. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO, PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. *Revista Direito em Debate*, [S.l.], v. 13, n. 21, mar. 2013. ISSN 2176-6622 Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/731>>.

Acesso em: 05 jun. 2018

Informativo STF Nº 557. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo557.htm>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. 639p. WALD, Arnoldo;

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros editores, 2000. P. 765

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parcerias e a Lei de Concessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 954p.

Supremo Tribunal Federal STF - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO : ARE 843559 RJ. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25338497/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-843559-rj-stf>> . Acesso em: 30 de maio de 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tj.go.gov.br>>. Acesso em: 05 de junho de 2018

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br>> . Acesso em: 05 de junho de 2018

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.
Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> . Acesso em: 05 de junho
de 2018

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel. Agências Reguladoras. **Revista de
Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141 jan/mar 1999. Disponível em:
www.senado.gov.br/web/cegraf/rill/pdf_141r141-r.pdf> Acesso em: 28 ago 2004.

^[1] Aluna da Graduação do curso de Direito pela UNAERP - Universidade de Ribeirão Preto - Campus de
Ribeirão Preto

O NOVO CONCEITO DE POSSE ESTENDIDA DE ARMA DE FOGO EM PROPRIEDADE RURAL

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR²: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL).

MARCEL GOMES DE OLIVEIRA¹¹

(coautor)

Recentemente, foi aprovado pelo Congresso Nacional, o projeto de Lei que autoriza o produtor rural que tenha *posse* de arma de fogo a andar armado em toda a extensão de sua propriedade rural, e não apenas na sede da propriedade, como era antes.

A Lei nº 13.870/19 foi sancionada pelo presidente da República, Jair Bolsonaro, sem vetos.

Obviamente, a nova lei altera o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03), embora o texto não venha alterar os requisitos para a aquisição das armas de fogo: efetiva necessidade, comprovação de idoneidade, e outras documentações.

Em verdade, a nova Lei nº 13.870/19 amplia, ou melhor, confere um conceito de posse estendida, que seria na verdade um “*porte*” disfarçado no âmbito da propriedade rural.

A “*mens legis*” da nova lei é de auxiliar no combate à criminalidade no campo, que aumentou imensamente nos últimos anos, criando agora segundo a lei, melhores condições de proteção a essas famílias residentes em propriedades rurais,

² Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

a fim de que exerça o homem das lides campesinas exercite seu legítimo direito de defesa fora da sede da fazenda.”.

Os parlamentares com vínculo ao setor rural – a bancada ruralista –, destacaram a preocupação dos proprietários de terra com o aumento da violência do campo^[2]. Já os contrários ao projeto ponderaram que a medida poderia ampliar a violência contra índios e sem-terra.

Vejamos a redação do novo §5º, inserido pela Lei nº. 13.870/19, bem como do art. 5º do Estatuto do Desarmamento:

“LEI 13.870/19 – POSSE DE ARMA EM IMÓVEL RURAL

A presente lei altera a Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), para determinar que, em área rural, para fins de posse de arma de fogo, considera-se residência ou domicílio toda a extensão do respectivo imóvel.

*Art. 5º O certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a **manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio**, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.*

*§ 5º: Aos residentes em área rural, para os fins do disposto no caput deste artigo, considera-se residência ou domicílio **toda a extensão do respectivo imóvel rural.**”*

Essa nova modalidade de “posse estendida”, inserida pela nova Lei nº 13.870/19, acaba por mitigar e até mesmo romper o significado do direito ao “porte” que é a autorização para transportar a arma fora de casa ou da casa da sede da propriedade rural e à posse apenas para mantê-la dentro de casa, ou melhor “*intra muros*”.

Segundo o Estatuto do Desarmamento, quem tem posse de arma pode mantê-la “*no interior de sua residência ou domicílio*”, mas, no caso de propriedade rural, a posse só era permitida na sede da fazenda. Desse modo, com o novo texto em vigor se edifica a chamada “*posse rural estendida*”, isto é, permite que a posse de arma se estenda por toda a propriedade rural.

O leitor deve levar em consideração que o Brasil é um país de dimensões continentais e há propriedades rurais que superam até mesmo o território de alguns municípios brasileiros.

Não seria tal modificação uma burla ao propósito originário do Estatuto do Desarmamento?

A resposta parece evidente para positiva, pois de maneira indiscutível o legislador de maneira sutil e habilidosa fez inserir o conceito alargado e travestido de “*porte de arma de fogo*” para a “*posse estendida de arma de fogo na zona rural*” com emprego de terminologias a surtir poucos holofotes e atenção.

Se o alargamento do referido conceito de posse já causa perplexidades ao mundo jurídico, nos perguntamos: e se houvesse a aprovação de emenda proposta de última hora ao Projeto de Lei nº 3715/2019, que originou a lei 13.870/19, onde afirmava que as armas registradas pelo proprietário do imóvel poderia “ser utilizada por empregados previamente indicados que estejam a serviço no respectivo imóvel rural”? Seria aquele provérbio que diz que “*nada é tão ruim que não possa piorar*”.

Não estamos a dizer que a medida de política de mais armamento em circulação foi positiva ou negativa, porém, apenas afirmamos que o projeto de lei necessitava de mais debates em torno do mérito de um tema tão caro à sociedade e que precisa ser enfrentado com responsabilidade.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, apenas o tempo nos dirá se o novo **conceito de posse estendida de arma de fogo em propriedade rural travestido de porte** foi uma política acertada ou não, frente a violência instalada no país.

NOTAS:

^[1]Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto na Delegacia Especializada de Homicídio e Proteção à Pessoa - DHPP. Formado pelo Centro Universitário Jorge Amado - UNIJORGE. Foi Advogado e consultor jurídico. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Direito Processual Penal. Foi professor de Criminologia, Ética, Direitos Humanos e

Cidadania do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado da Bahia. Atuou também como professor de Direito Penal, Legislação Penal Especial e Medicina Legal das Faculdades 2 de Julho. E, como professor de Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário da Bahia (Estácio de Sá). Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso - ACADEPOL/MT.

^[2]Ala parlamentar na época da discussão do projeto em tela defendia a vulnerabilidade que os produtores rurais vivem no nosso país, já que o Estado brasileiro não conseguia nem sequer garantir "a menor condição" de segurança ao meio rural.

Enquanto, já a outra frente parlamentar contrários ao projeto, argumentava que liberar a posse de arma poderia aumentar e potencializar a violência no campo.