

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 950

(Ano XII)

(21/03/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



#### **Dráuzio e o Show da Vida**

*18/03/2020 | Ricardo Nogueira Viana, 04.*

### ARTIGOS

#### **Aspectos relevantes da colaboração premiada na operação Lava Jato**

*20/03/2020 | Jesus Leonardo Cestari, 06.*

#### **“Revenge Porn”: não seja a próxima vítima**

*20/03/2020 | Isabella Pereira Rosa Paniago, 38.*

#### **Direito Ambiental Brasileiro: Uma discussão sobre os seus principais princípios e a competência constitucional na matéria ambiental**

*20/03/2020 | Jana Aparecida Pereira Lopes, 55.*

#### **A superioridade da sociedade civil em relação ao Estado e o equívoco do dirigismo constitucional**

*19/03/2020 | Atos Henrique Fernandes, 65.*

#### **Multiparentalidade: o reconhecimento jurídico dos filhos gerados pelo afeto**

*19/03/2020 | Isabela da Silva Gomes, 75.*

#### **Usucapião especial rural: doutrina e jurisprudência**

*19/03/2020 | Atemilde Pereira de Souza, 98.*

#### **Prisão domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro: sua origem e implementação na atualidade**

*19/03/2020 | Edson Koshiro Seike, 115.*

#### **O direito como norma jurídica: conceito, natureza, fundamentos, características e legitimidade**

*18/03/2020 | Francisco William Pinheiro Lopes, 129.*

**A paridade de tratamento entre o Poder Judiciário e as funções essenciais à Justiça**

*18/03/2020 | Davi Henrique Barbosa Olegário, 160.*

**O novo CPC e aplicação das regras de experiência comum do juiz: divergências com a proposta do Estado Democrático de Direito?**

*18/03/2020 | Kelvyn Luiz Neves, 181.*

**A Relevância da Função Social da Propriedade na Usucapião Coletivo**

*18/03/2020 04:24 | Nivaldo Rodrigues de Souza, 188.*

**Violência Intrafamiliar**

*17/03/2020 | Beatriz Costa Alves, 220.*

**Direito de filiação e sucessão de filhos nascidos por reprodução humana assistida post mortem**

*17/03/2020 | Ingrid Stefani de Brito Santos, 236.*

**Da ilegalidade da prisão e a responsabilidade civil estatal**

*17/03/2020 | Thais Fernanda de Paiva Bazzo, 258.*

**Cotas para deficientes em concurso público: direitos humanos versus exclusão social**

*17/03/2020 | Lenon Moreira Iquegami, 277.*

**A prova indiciária na tutela inibitória**

*16/03/2020 | Rubens Sampaio Carnelos, 292.*

**A inclusão do autista no ambiente de trabalho**

*16/03/2020 | Laryssa Bianca dos Santos Senhoreto, 314.*

**Tráfico de Pessoas: Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual**

*16/03/2020 | Laiane Estefens Francisco, 329.*

**Análise crítica sobre a nova Emenda Constitucional n.º 105/2019**

*16/03/2020 | Débora Coelho Costa, 346.*

**Chapolin Colorado: o herói latino-americano**

*16/03/2020 | Rosemary Gonçalves Martins, 362.*

**Proteção do meio ambiente e combate a poluição no âmbito municipal**

*16/03/2020 | Izabela de Oliveira Silva, 380.*

## DRÁUZIO E O SHOW DA VIDA

**RICARDO NOGUEIRA VIANA:** Delegado de Polícia. Pós-graduado em direito penal e processual. Bacharel em Educação Física UNB e Direito UniCEUB. Atualmente Delegado Chefe 3ª DP/PCDF.

Em primeiro de março, o médico e jornalista - Dráuzio Varella - veiculou no Fantástico uma reportagem sobre mulheres transexuais no interior dos presídios de São Paulo. Confesso que não vi o relato, todavia, presenciei a repercussão. É fato que o renomado profissional da área de saúde é atuante junto ao sistema prisional, pois oficiou nele e hoje presta serviço voluntário. A pergunta que reverbera é quem se cativa por um lugar desses? Sim, essa catarse ocorre principalmente em relação a alguns que ali labutam, os que têm pessoas próximas sob grades e também aqueles que assimilam que os presos que ali estão, "depositados", merecem uma segunda chance.

Em 2019, o Brasil atingiu a marca de quase de 812 mil presos, terceira maior população carcerária do mundo e apesar do quantitativo, o ordenamento jurídico brasileiro adota a política do desencarceramento, isto é, prisões domiciliares, medidas alternativas e audiências de custódias, são opções que rechaçam a prisão. No mesmo viés, só se encontra preso quem ultrapassou essas brechas, não conseguiu viver em sociedade e foi compulsoriamente recluso.

Durante duas semanas, vi o entrevistador "apanhar" e até mesmo se justificar, principalmente em redes sociais, por ter abraçado e cotejado uma das entrevistadas. O fato eclodiu após os internautas terem ciência da vida pregressa de uma das presas. Suzy havia estuprado e morto uma criança. Pronto, foi o ápice para um achincalhamento moral do intérprete, pior do que quando este mesmo protagonista deu vida ao seu livro - Estação Carandiru.

Como dizia minha mãe: - Quem ali está, boa coisa não fez! E realmente, no nosso modelo atual, o encarceramento é pra quem fez barbáries ou não teve condições de sustentar uma boa defesa técnica. Quando pequeno, acompanhei discursos eufóricos do repórter e depois político, Amaral Neto, apelidado de forma jocosa - Amoral Nato. O então representante do Estado do Rio de Janeiro, voz da ditadura, elegeu-se de forma reiterada com o chavão da pena de morte. Hodiernamente, sob uma óptica garantista, somente em uma hipótese é concebível esta sanção ao Estado Brasileiro e não é para presos comuns. Esse tema já foi exaustivamente debatido pelo parlamento e caso fosse possível o nosso chefe do

poder executivo o traria a baila, excetuando alguns crimes, é claro, como a apropriação indébita de parlamentares sobre proventos dos seus próprios servidores.

A proibição da pena de morte é uma clausula pétrea, está enraizada na nossa constituição e não pode ser modificada, então, o que nos resta: recuperar, ressocializar, viabilizar, trazer ao nosso convívio aqueles que se tangenciaram à lei. Quando digo nós, vai muito além do estado, o qual se encontra arcaico e depauperado, mas também a sociedade civil, pois o nosso sistema prisional é falho ou sob uma óptica de recuperação - inexistente. As nossas cadeias são "covis" de gente, ou seja, visamos apenas o efeito retributivo da pena - pagar o mal pelo mal - o que viola principalmente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Dráuzio trabalhou no sistema, viveu o ambiente carcerário e não digo que se apaixonou por ele, mas se sensibilizou pela causa. Não é de hoje que ele traz a baila este tema e padece. O que a sociedade até vê, mas não enxerga, é que abominando a pessoa presa, independente do gênero ou orientação sexual, viola indiretamente o princípio da responsabilidade pessoal da pena, o qual preceitua que a sanção não passará da pessoa do condenado. Mas pelo nosso falido modelo, essa punição vai além e quem paga somos nós, os quais não zelamos de quem precisa de cuidados, pois quanto a uma pessoa que mata e estupra uma criança, qual tratamento teve para que não voltasse a delinquir? Nenhum. Mas um dia, ele ou ela voltarão ao nosso convívio e diante da nossa omissão, reincidirão a praticar atrocidades fazendo com que o ciclo de violência se reitere.

## ASPECTOS RELEVANTES DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA OPERAÇÃO LAVA JATO

**JESUS LEONARDO CESTARI:**  
Graduando no curso de Direito Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

Artigo Científico apresentado no Curso de Direito da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis, como complementação dos créditos necessários para obtenção de título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. Ademir Gasques Sanches e Co-Orientadora Prof. Me. Márcia Kazume Pereira Sato.

**RESUMO:** Com o avanço da criminalidade nasceu a colaboração premiada com a Lei 12.850/2013. A colaboração premiada é um negócio jurídico personalíssimo, do Direito Público, em que o Ministério Público ou a Polícia celebram um acordo com o delator, e em troca de informação o juiz pode: conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal. Com a referida Lei, operações foram montadas para o combate à organização criminosa, dentre elas, a Operação Lava Jato que é considerada um expoente no combate à corrupção e ao crime organizado, mas também, é alvo de inúmeras críticas no tocante à afronta aos direitos e garantias fundamentais. De com essa força-tarefa, estão envolvidos membros da Petrobras, políticos, presidentes da República, presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, governadores de estados e grandes empresários. As benesses trazidas para a população com a Operação Lava Jato foram: a afirmação da independência do Poder Judiciário no país, o aperfeiçoamento das investigações do MPF, PF e Receita Federal, o sentimento de que a impunidade não prevalecerá, R\$ 2,9 bilhões recuperados, bilhões de reais bloqueados no Brasil e no exterior, 49 acordos de colaboração premiada, 179 pessoas acusadas, 93 réus condenados, o sistema de cooperação internacional do Brasil para recuperar o dinheiro desviado, a criação do sistema *compliance*, para evitar e punir casos de corrupção, entre outras.



**PALAVRAS-CHAVE:** Colaboração premiada; Delação; Lava-Jato; Organização Criminosa.

**ABSTRACT:** With the advance of crime was born the collaboration awarded the Law 12.850 / 2013. The award-winning collaboration is a very personal legal business of public law, in which the prosecutor or police enter into an agreement with the whistleblower, and in exchange for information the judge may: grant judicial forgiveness, reduce by up to 2/3 (two thirds) the penalty of deprivation of liberty or replace it with restrictive of rights of the one who has collaborated effectively and voluntarily with the investigation and the criminal process. With this Law, operations were set up to combat the criminal organization, among them, Operation Lava Jato which is considered an exponent in the fight against corruption and organized crime, but also, is the target of numerous criticisms regarding the affront to rights and fundamental guarantees. This task force involves Petrobras members, politicians, presidents of the Republic, presidents of the Chamber of Deputies and the Federal Senate, state governors and large businessmen. The benefits brought to the population with Operation Lava Jato were: the affirmation of the independence of the judiciary in the country, the improvement of the investigations of the MPF, PF and IRS, the feeling that impunity will not prevail, R \$ 2.9 billion recovered, billions of reais blocked in Brazil and abroad, 49 winning collaboration agreements, 179 accused persons, 93 convicted defendants, Brazil's international cooperation system to recover embezzled money, the establishment of the compliance system, to prevent and punish cases corruption, among others.

**KEYWORDS:** Award-winning collaboration; Delation; Car wash; Criminal Organization.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 COLABORAÇÃO PREMIADA. 2.1 Conceito. 2.2 Natureza Jurídica. 2.3 Aspectos Históricos. 3 DIREITO COMPARADO. 3.1 Delação premiada na Alemanha. 3.2 Delação premiada na Espanha. 3.3 Delação premiada nos Estados Unidos. 3.4 Delação premiada na Itália. 4 CONSTITUCIONALIDADE. 5 DISTINÇÃO ENTRE COLABORAÇÃO E DELAÇÃO PREMIADA. 5.1 Subespécies da colaboração premiada. 6 COLABORAÇÃO PREMIADA E A LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 7. A COLABORAÇÃO PREMIADA E A OPERAÇÃO LAVA JATO. 8 CONCLUSÃO. 9 REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios dos tempos há o cometimento de crimes, bem como mecanismos para a investigação criminal com o objetivo de identificar o autor do ilícito. Com o passar do tempo as infrações criminais foram aumentando, assim como sua organização e estrutura foi se aprimorando, muitas vezes em razão da



burocracia e morosidade do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, a persecução penal não acompanha a evolução criminosa.

E foi em razão da evolução criminal no Brasil e sua expansão gigantesca é que surgiu a necessidade de se formalizar e padronizar uma importante ferramenta para obtenção de provas em face das organizações criminosas: a colaboração premiada.

A colaboração premiada tem o objetivo principal de facilitar o descobrimento de infrações penais, identificando a autoria e participação de agentes em situações complexas envolvendo organizações com estruturas de comando e operação que impossibilitam ou dificultam em demasia a persecução penal.

Essa colaboração, como meio de obtenção de elementos de prova, tem por propósito promover a rápida apuração dos ilícitos e de modo célere a aplicação das punições correspondentes em face de condutas de difícil comprovação.

A decisão de realizar a colaboração premiada é livre e espontânea do agente em renunciar seu direito ao silêncio e de não promover prova contra si mesmo (Princípio da Presunção de Inocência e Princípio do "nemo tenetur se detegere"), além de se comprometer em dizer a verdade sob pena de nulidade do acordo e de incorrer em crime de denunciação caluniosa.

Como resultado da colaboração premiada deverá haver a identificação do autor/coautor e partícipes da organização criminosa e dos crimes praticados, a revelação de toda a estrutura organizacional do esquema criminoso, a prevenção de novas atividades criminosas decorrentes da organização criminosa, a recuperação total ou parcial do resultado financeiro da infração criminal ou ainda, na localização da vítima e a preservação de sua integridade física, no caso do crime de sequestro.

A principal Lei que dispõe sobre a colaboração premiada é a Lei 12.850 de 2013, que trata sobre o crime organizado, e ela foi o verdadeiro estopim para a apuração de grande número de infrações criminais, e foi através dessa lei que o Poder Judiciário conseguiu alavancar operações de investigação criminal que abrangem o país inteiro, desmantelando grandes organizações criminosas, fazendo a diferença na história penal brasileira.

Com o advento da Lei 12.850/2013 aumentaram os benefícios concedidos ao colaborador, "premiando-o", não apenas com redução de pena, como também,

em determinados casos, perdão judicial e substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Existem inúmeras críticas com relação à colaboração premiada, principalmente com à sua aplicação, pois "haveria" o desrespeito à vários princípios constitucionais, tais como: Princípio da Presunção de Inocência e Princípio do "nemo tenetur se detegere", Ampla defesa, Contraditório, e outros. Contudo ainda não houve nenhum argumento doutrinário ou análise feita pelo Supremo Tribunal Federal que conseguisse promover a decretação de sua inconstitucionalidade.

Há pouco mais de seis anos o uso da colaboração premiada foi legalizado no país, e coincidentemente ou não, foi após a promulgação da Lei de Organizações criminosas é que foi deflagrada a maior investigação criminal da história do Brasil, a chamada Operação Lava Jato, que desmantelou uma organização criminosa gigantesca, tendo como membros políticos, empresários, lobistas, doleiros, dentre outros participantes, que desviaram dos cofres públicos trilhões de reais no cometimento de diversos crimes como corrupção ativa e passiva, pagamento de propinas, evasão de divisas, caixa dois para partidos políticos, lavagem de dinheiro, formação de organização criminosa, crimes financeiros e outros.

Através da referida operação, por meio do uso da colaboração premiada, é que se pode identificar e condenar os chefes dessa organização criminosa e reaver boa parte dos recursos financeiros desviados para fora do país.

## **2. COLABORAÇÃO PREMIADA**

### **2.1 Conceito**

A colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.).

Para a doutrina moderna, a colaboração premiada também é chamada de "delação premiada", "pacto premial", "cooperação premiada", "confissão delatatória", "chamamento de corrêu" e "negociação premial".

Tal instituto insere no contexto maior do chamado direito penal premial e representa uma tendência mundial, justamente por ser, nas palavras do Min. Ricardo Lewandowski, "um instrumento útil, eficaz, internacionalmente

reconhecido, utilizado em países civilizados” (HC 90.688/ PR), como medida apta a auxiliar no combate ao crime organizado e à corrupção (MASSON et al, 2018, pág. 164).

Foi com a Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013) que a colaboração premiada ganhou ênfase, pois surgiram regras mais claras para a celebração do acordo, onde o magistrado foi afastado da negociação, exigiu-se requerimento e homologação judicial e foram previstos direitos ao colaborador, tipificando como crime a revelação indevida de sua identidade.

Ao mesmo tempo em que o colaborador confessa a prática delituosa, abrindo mão do seu direito de permanecer em silêncio, assume o compromisso de ser fonte e de prova para a acusação acerca de determinados fatos. É evidente que essa colaboração deve ir além do mero depoimento do colaborador em detrimento dos demais acusados, porquanto não se admite a prolação de um decreto condenatório baseado única e exclusivamente na colaboração premiada.

Note que uma simples confissão não se confunde com a colaboração premiada. O agente fará jus aos prêmios previstos nos dispositivos legais que tratam da colaboração premiada apenas quando admitir sua participação no delito e fornecer informações objetivamente eficazes para a descoberta de fatos dos quais os órgãos incumbidos da persecução penal não tinham conhecimento prévio, permitindo, a identificação dos demais coautores ou partícipes, a localização do produto do crime, a descoberta de toda a trama delituosa ou a facilitação da libertação do sequestrado.

Consequentemente, se porventura o acusado limita-se a confessar fatos já conhecidos, reforçando as provas preexistentes, fará jus tão somente à atenuante da confissão prevista no art. 65, I, alínea "d", do Código Penal.

Em casos análogos, já se pronunciou o STJ, quando do julgamento do HC 90.962/SP, "apesar de o acusado haver confessado sua participação no crime, contando em detalhes toda a atividade criminosa, incriminando seus comparsas, não há nenhuma informação nos autos que ateste o uso de tais informações para fundamentar a condenação dos outros envolvidos, pois a materialidade, as autorias e o desmantelamento do grupo criminoso se deram, principalmente, pelas interceptações telefônicas legalmente autorizadas e pelos depoimentos das testemunhas e dos policiais federais".

De todo modo, como a confissão funciona como circunstância atenuante (CP, art. 65, I, "d"), incidindo na segunda fase de aplicação da pena, ao passo que a colaboração premiada confere ao agente, em algumas hipóteses, uma causa de diminuição de pena, a ser aplicada na terceira fase (CP, art. 68), há precedentes do STJ no sentido de que a aplicação simultânea desses benefícios legais é perfeitamente compatível, porquanto dotados de natureza distinta.

## 2.2 Natureza jurídica

A colaboração premiada tem a natureza jurídica de meio de obtenção da prova, materializado em um "acordo" reduzido a "termo" para devida homologação judicial. Para a doutrina moderna a colaboração premiada é um "negócio jurídico processual" voltado para a obtenção de prova, e não um meio de prova propriamente dito, conforme entendimento do STF (julgamento do HC 127.483/PR).

O Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que o acordo de colaboração não se confunde com as declarações prestadas pelo agente colaborador, tendo em vista que estas "seriam, efetivamente, meio de prova, que somente se mostraria hábil à formação do convencimento judicial se viesse a ser corroborado por outros meios idôneos de prova. Por essa razão, a Lei 12.850/2013 dispõe que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento exclusivo nas declarações do agente colaborador. Assinalou que a colaboração premiada seria negócio jurídico processual [...]. Por sua vez, esse acordo somente será válido se: a) a declaração de vontade do colaborador for resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé; e b) o seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável. Destacou que a 'liberdade' de que se trata seria psíquica, e não de locomoção. Assim, não haveria óbice a que o colaborador estivesse custodiado, desde que presente a voluntariedade da colaboração".

Em consequência da adoção pelo Supremo Tribunal Federal do entendimento de que a colaboração premiada tem natureza jurídica de negócio jurídico processual por meio do qual se almeja a obtenção de prova, três importantes conclusões foram assentadas pelo STF, a saber:

(a) eventual coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador não pode impugnar o acordo de colaboração;

(b) a personalidade do colaborador ou eventual descumprimento de anterior acordo de colaboração não invalida o pacto atual, atinente a fato delitivo diverso, "embora, subjetivamente, não recomende o perdão judicial ante a magnitude da benesse"; e

(c) o acordo de colaboração premiada pode dispor sobre efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação.

É de se notar também que o STF reafirmou entendimento de que, por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada “não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no relato da colaboração e em seus possíveis resultados”.

Compreendeu a Corte que a homologação do acordo de colaboração, por si só, “não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas”.

### **2.3 Aspectos históricos**

A delação premiada não é um instituto novo no mundo, pois desde os primórdios dos tempos já se fazia uso da prática básica de se barganhar para a obtenção de informações, sejam elas de cunho civil ou criminal.

Nos tempos bíblicos, por exemplo, Judas Iscariotes foi o delator de Jesus Cristo, entregando sua localização para os Romanos em troca de trinta moedas de prata, logicamente, que é sabido que Jesus Cristo não estava sendo submetido a um processo criminal como nos dias atuais, mas a prática de Judas nada mais foi do que fornecer uma informação em troca de uma recompensa, naquele caso financeira.

No aspecto da prática processual a delação premiada foi implementada em diversos países como Alemanha, Espanha e Itália, mas ganhou força e amplitude mundial com sua aplicação no Direito Penal Americano, em especial contra o crime organizado, através de acordos entre a Promotoria Federal e os delatores, alguns criminosos chegaram a conseguir a imunidade penal e proteção de seus familiares em troca de informações valiosas contra a máfia que resultaram no desmantelamento de organizações criminosas.

A delação premiada faz parte da história brasileira, como por exemplo na Inconfidência Mineira, onde o Coronel Joaquim Silvério dos Reis, delatou seus companheiros e obteve da Fazenda Real o perdão de suas dívidas.

Na Ditadura Militar de 1964 com a finalidade de se desvendar a identidade de criminosos, aqueles que não concordavam com o regime repressivo delatavam os crimes cometidos, bem como seus autores e os locais onde os corpos eram enterrados, assim, pode-se afirmar que a delação premiada sempre foi utilizada no Direito Brasileiro, porém não de forma oficial/legal, como conhecemos hoje.

A delação premiada surgiu, oficialmente, com o advento da Lei dos Crimes Hediondos - Lei nº 8.072/90, art. 8.º, parágrafo único, e nas Leis 7.242/86, 8.137/90, 9.034/95 que dispôs sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, Lei 9.080/95 que acrescentou o parágrafo da Lei 7.495/86 que definiu os crimes contra o sistema financeiro nacional, Lei 9.269/96 que modificou o parágrafo 4º do artigo 159 do Código Penal alterando a expressão quadrilha/bando para “cometido em concurso”, Lei 9.613/98 que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, Lei 9.807/99 que trata sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação ou processo criminal, Lei 11.343/2006 que definiu crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes e finalmente a Lei 12.850/13.

Com a promulgação da Lei 12.850 de 2013, conhecida como a Lei das Organizações Criminosas, é que podemos afirmar que o instituto da delação premiada é novo no Brasil, em termos históricos, pois sua aplicação ganhou notoriedade com o início da Operação Lava Jato um ano após a criação da referida Lei.

### **3.DIREITO COMPARADO**

#### **3.1 Delação premiada na Alemanha**

Desde que o réu se comprometa a colaborar com as investigações de forma a ajudar as autoridades a impedir a prática de ações criminosas, a autoridade policial alemã pode conceder ao réu diminuição de sua pena, podendo chegar até ao perdão judicial em alguns casos onde a colaboração teve uma grande relevância. Tal benefício é chamado de *kronzeugenregelung* cabendo ao próprio magistrado a proposta de acordo.

#### **3.2 Delação premiada na Espanha**

Já na Espanha, não há a figura da colaboração premiada, mas sim do arrependimento do acusado que pode receber o benefício da diminuição da pena, desde que cumpra com determinados requisitos, dentre os quais se destacam:

- a) abandono das atividades delituosas;



b) confissão dos fatos delituosos nos quais tenha participado; e

c) ajuda a impedir a produção do delito ou auxiliar na obtenção de provas para a identificação ou captura dos demais, ou, ainda, cooperação eficaz para a consecução de provas que impeçam a atuação ou desenvolvimento das organizações criminosas em que tenha participado.

Tal instituto foi introduzido inicialmente no direito penal com o intuito de combater as ações de grupos terroristas em seu território, sendo posteriormente também aplicado a outras áreas do ordenamento jurídico espanhol.

### **3.3 Delação premiada nos Estados Unidos**

e modo bem diverso, os Estados Unidos adota uma cultura jurídica que busca no acordo entre as partes, por ser um meio mais célere na resolução de demandas judiciais.

Deste modo, a maioria dos processos cíveis que tramitam pela corte americana é resolvida por meio de acordos criados a partir de uma negociação entre as partes. De igual modo, essa ideia foi difundida para a esfera penal, onde a maior parte dos processos também acaba por ser resolvidos por meio de um acordo feito entre a promotoria e a defesa do acusado.

Tal acordo é conhecido como *plea bargaining* que consiste em uma negociação realizada entre acusação e acusado, na qual o acusado preste informações de interesse do parquet para que este, por sua vez, deixe de acusá-lo ou o faça de modo parcial e/ou atenuado.

Neste modelo, o acusado pode optar por exercer seus direitos e garantias processuais e constitucionais ou deixá-los em troca de algum benefício, podendo também declarar-se culpado das acusações do Ministério Público, recebendo como contraprestação a atenuação no número de acusações e/ou na gravidade das penas a serem aplicadas.

Trata-se em última análise de um contrato firmado entre a parte acusatória e a parte ré, sem a participação de um juiz. Ao Judiciário cabe unicamente o papel de executor do pactuado.

Se por um lado o réu se beneficia do não julgamento de um processo obtendo desde já uma pena mais leve, o Ministério Público também se beneficia,



pois é capaz de garantir que o acusado será considerado culpado pelos crimes admitidos e ao mesmo tempo economiza recurso e tempo.

### 3.4 Delação premiada na Itália

O instituto da delação premiada surgiu na Itália após a criação da máfia italiana. Os mafiosos encontravam-se em uma posição de grande influência tanto na esfera política quanto na esfera empresarial.

Nesse contexto a delação premiada ganhou grande destaque como um meio de quebrar o complexo sistema de influências que a máfia possuía e assim, partindo dos pequenos, conseguiu chegar a importantes políticos, grandes empresários e aos próprios chefões da máfia.

O modelo italiano possui duas formas de delação, onde a figura do delator pode ser associada a figura dos *pentito* ou a dos *dissociati*.

Os primeiros tratam-se de criminosos que, antes da sentença condenatória, retiram-se da associação e fornecem informações acerca da estrutura da organização à Justiça. Quando a veracidade de suas denúncias é comprovada, logram a extinção da punibilidade e, tanto o colaborador quanto seus parentes próximos, passam a receber salário, moradia e plano de saúde do Estado, que se torna responsável por sua integridade física.

Já a figura dos *dissociati* teria como alvo as organizações terroristas ou aquelas consideradas subversivas da ordem estatal, aqui, exigiam-se do dissociado, além de informações sobre o grupo organizado, também a ruptura da ideologia política que originava o seu comportamento delituoso. Quanto ao colaborador, previsto na Lei nº 82/91, para o enquadramento como tal bastava a prestação de informações úteis às autoridades investigativas, não havendo qualquer vínculo do indivíduo com a prática delitiva.

## 4. CONSTITUCIONALIDADE

A constitucionalidade e a eticidade da colaboração premiada estão umbilicalmente ligadas, sendo que para discutir o tema é necessário deixar de lado discursos fundamentalistas e tentar se ater aos fatos e a legalidade da ferramenta de obtenção de prova na persecução penal e é isso que se busca aqui.

No rol dos direitos e garantias fundamentais, vários princípios como: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII, CF); "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de

advogados" (art. 5º, LXIII, CF), o princípio da ampla defesa, do contraditório, dentre outros que indicam o respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana como valores norteadores dos textos legais são apontados como desrespeitados quando se aplica a colaboração premiada. Senão, vejamos:

Parte da doutrina minoritária sustenta que a colaboração premiada ofende o princípio constitucional da individualização da pena, pois se em determinado delito praticado em concurso de agentes, um dos coautores resolver colaborar com o Estado, firmando um acordo de delação premiada, este poderá receber os benefícios deste acordo, assim, terá uma pena diferente do outro coautor, ensejando sanções diversas dos agentes que praticaram o mesmo crime.

Da mesma forma, a sua aplicação atenta ao princípio da ampla defesa e do contraditório, afirmando que este acordo subtraia do judiciário o poder de julgamento.

Para a doutrina majoritária, a colaboração premiada seria constitucional, pois não ofende aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, na medida em que há várias formas prevista em lei de se atenuar ou diminuir uma pena imputada a um certo agente e permanecendo diferente ao outro criminoso, ou seja, mesmo que tenham praticado o mesmo crime em conjunto não seria apenas o instituto da delação premiada que faz análise quanto a individualização da pena. (CUNHA, 2016, p. 37).

No que se diz respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, nada há que se falar em ofensa a tais princípios, por mais que não pareça tão formal, o acordo de colaboração premiada pode ser considerado um processo judicial que preenche todos os requisitos do devido processo legal.

Nem deve se falar da inconstitucionalidade perante o fato de usurpar do Poder Judiciário a função de julgar, como mencionado, existe um processo instaurado onde figuram as partes (acusação e defesa) e um dirigente processual (magistrado) que irá regular tal feito.

As críticas acerca da colaboração premiada são inúmeras quanto as violações no âmbito constitucional, por exemplo, a falta de acesso aos depoimentos do delator por parte da defesa, uma vez que esses deverão ficar restritos ao Ministério Público e ao juiz, de modo que nem os advogados de defesa tem acesso ao conteúdo da declaração dado pelo seu cliente.

Há ainda a crítica no tocante às violações acerca do âmbito processual/penal, dentre eles o fato de que após o acordo, será estabelecido um prazo ilimitado para o delator ficar no regime em que começa a cumprir pena, e que será fixo somente depois da confirmação efetiva das informações prestadas. Isso poderá levar meses violando assim a exigência de que a pena tenha sua quantidade de tempo fixada pelo juiz como determina o artigo 59, II, do Código Penal.

E com relação ao cumprimento de pena, os acordos de delação, trazem a aplicação da progressão de regime mesmo em desconformidade com a Lei nº 7.210/1984, artigo 122, que trata dos requisitos estipulados na Lei de Execuções Penais. Como argumento de oposição à essa crítica, o Ministério Público Federal, destaca a autorização de tal exceção pela Lei das Organizações Criminosas, porém essa exceção prevista na norma só serve para colaborações firmadas após a sentença condenatória, conforme artigo 4º, parágrafo 5º da Lei nº 12.850/13: “Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos”.

Há ainda aqueles que defendem que o benefício dado ao delator pode macular o princípio da isonomia, uma vez que autor e coautor praticaram o mesmo crime e serão julgados de formas diferentes devido a colaboração de um deles, resguardando a medida da culpabilidade de cada um.

Pelo fato da vasta previsão legal de tal instituto, a força de sua aplicação perante os tribunais pátrios e a sua eficiência processual, não dever-se-ia notar a inconstitucionalidade deste instituto e sim reforçar a sua constitucionalidade perante o ordenamento jurídico.

Uma das mais recentes e mais caóticas discussões, foi levantada à partir da instauração da operação “lava jato”, onde estava sendo discutido a validade do acordo de delação para aquele agente que já se encontra preso, seja definitivamente, preventivamente ou temporariamente.

Sendo assim, parte da doutrina questiona a eficácia deste acordo, sobre esta premissa o nobre jurista e magistrado Rodrigo Capez faz uma crítica narrando que, o fato do agente colaborador estar com sua liberdade física cerceada pelo cárcere conseqüentemente acarreta também na prisão de sua liberdade psíquica, onde de certa forma este delator não estaria com sua plena capacidade mental, deste ponto causando uma insegurança jurídica quanto a eficácia de sua contribuição. Expressa ainda que, de forma indireta o fato de estar recluso seria uma forma de coação para que este contribuísse para a elaboração do acordo.

Aberto este debate, os operadores desta corrente atribuem que é de extrema necessidade que o delator esteja tanto com sua liberdade física quanto sua liberdade psíquica reestabelecidas, para que, conforme diz o princípio da voluntariedade deste instituto sendo requisito essencial para sua validação a espontaneidade.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal se deparando com este viés em agosto de 2015 proferiu um acórdão no Habeas Corpus 127.483/SP, tendo como relator o ministro Dias Toffoli, numa decisão unânime ficou entendido pelos Ínclitos Ministros, para que o acordo de colaboração premiada tivesse seu real valor e demonstrasse sua eficácia, a vontade do colaborador deveria estar guarnecida por sua plena consciência de escolha, condicionada esta a sua liberdade.

Em um cunho sociológico, o imputado estaria sendo influenciado indiretamente a contribuir com informações em virtude dos benefícios carreados pela colaboração premiada.

Todavia, de outro lado, não detém qualquer impedimento o acordo firmado por quem se encontre preso, desde que assegurados os requisitos legais da colaboração. Ainda mais que, se for negado sua concessão pelo simples fato da condição do agente estar preso, esta ação iria em confronto direto a um dos maiores princípios constitucionais vigentes, o da isonomia, uma vez que, a questão da validade do acordo feito por quem se encontre preso é de caráter subjetivo, se valendo de cada caso em concreto.

Portanto, impedir que acordos de colaboração premiada fossem celebrados por imputados que estejam em detenção seria manifestamente inconstitucional, bem como, fundamentar uma prisão de qualquer natureza com o intuito de se ter um acordo de delação premiada.

## **5. DISTINÇÃO ENTRE COLABORAÇÃO E DELAÇÃO PREMIADA**

Existem operadores do Direito que se referem à colaboração premiada e a delação premiada como sendo instrumentos semelhantes.

Contudo, se faz necessária a separação de tais institutos, pois a colaboração é muito mais abrangente do que a delação premiada, senão vejamos:

Em termos práticos, pode-se afirmar que um colaborador pode “ajudar” nas investigações informando detalhes do crime, relatando sobre o objeto, motivação, local do crime e etc.

Já um delator é aquele que entrega à autoridade o nome daquele que praticou o crime, ou até mesmo confessa sua autoria, entregando assim, informações que se verdadeiras são imprescindíveis para o deslinde do processo.

Há que se ressaltar à respeito do preconceito imbuído no significado de cada palavra, pois colaborador, de forma imediata, é quem auxilia, já delator é quem conta o que sabe, trai a confiança dos demais pertencentes à organização criminosa investigada. E por tal razão, muitos doutrinadores, como Renato Brasileiro, preferem a utilização do termo Colaboração do que Delação, e quando se referem à delação, também utilizam a expressão “chamamento do corrêu”.

Existem ainda alguns doutrinadores que são avessos à colaboração premiada, afirmando que seria uma verdadeira prática de “extorsão premiada”, pois o delator estaria faltando com a “ética” ao expor os demais integrantes da organização criminosa.

Contudo, a grande maioria da doutrina não entende dessa forma, pois geralmente as organizações criminosas possuem leis próprias e condutas nefastas com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, não podendo assim falarmos sobre ética entre criminosos.

O instituto da colaboração premiada é de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro atual, visto que sem o mesmo não haveria tamanho avanço nas operações que apuram os crimes de “colarinho branco”, por exemplo, que geralmente são praticados através de grandes organizações criminosas que possuem vasto conhecimento e uma rede de membros em vários setores (público e privado) o que faz com que a sua apuração e a reunião de provas seja quase impossível sem o auxílio de um delator que esteja dentro da organização.

Além da distinção entre colaboração e delação premiada é mister reconhecer suas subespécies.

### **5.1 Subespécies da colaboração premiada:**

Por ser um tema abrangente, a colaboração premiada foi dividida em quatro subespécies para facilitar seu entendimento (BRASILEIRO, 2016, p. 518):

- **Delação premiada** (chamamento do corrêu): é a principal espécie de colaboração e ocorre quando o delator relata o nome do autor do crime, confessando sua participação também;

- **Colaboração para libertação:** em casos de sequestro, o colaborador indica o local do cárcere da vítima, poupando-lhe a vida;
- **Colaboração para localização e recuperação de ativos:** utilizada geralmente em crime de lavagem de capitais, o colaborador indica os bens ou o produto do crime, e o local onde os mesmos estão depositados, facilitando assim sua recuperação;
- **Colaboração preventiva:** o colaborador presta informações e dados anteriores à prática delituosa, fazendo com que a autoridade possa coibir a prática dos delitos ou impedir a continuidade do crime cometido.

## 6. COLABORAÇÃO PREMIADA E A LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A Lei de Organização Criminosa editada em 2013 é um verdadeiro divisor de águas com relação à instrumentalização e ordenamento da colheita de provas na matéria processual penal, visto que ela surge em meio à grande necessidade de se padronizar e legalizar o recebimento de informações prestadas por integrantes das organizações criminosas investigadas.

A Lei 12.850/2013, em seu artigo primeiro, traz a definição de organização criminosa para sua aplicação, dispõe sobre a investigação criminal, meios de prova e identificação de infrações penais próprias, além de estabelecer regras especiais do procedimento criminal a serem aplicadas. Assim, a lei com foco no crime organizado dispõe sobre direito material e direito processual.

O conceito de organização criminosa está contido no parágrafo 1º do art. 1º, da Lei 12.850/2013, onde ficou determinado que:

Organização criminosa é a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Uma organização criminosa é uma estrutura coordenada, uma associação clandestina e ilícita nos objetivos, com grande aparato e escalonamento hierárquico



e divisão de tarefas, tal como uma empresa. A organização criminosa também pode exercer atividades lícitas com finalidades ilícitas, apesar de revestir-se de forma e atuação formalmente regulares.

A organização criminosa pode envolver pessoas jurídicas, mas via de regra é promovida por pessoas físicas, todas com um objetivo comum, que é o de exercer uma atividade criminosa, seja ela de ordem financeira ou da ordem dos crimes contra a vida, com penalidade máxima superior à quatro anos.

A Lei nº 12.850/2013, levou em conta especialmente a organização criminosa como pressuposto imprescindível de aplicação da colaboração premiada.

A ferramenta da colaboração premiada pode ser usada em qualquer tempo processual (artigo 3º), ou seja, após a sentença de mérito (antes ou depois do trânsito em julgado) e pode acarretar, por exemplo, o perdão judicial, a redução da pena imposta, ou a substituição dela, mesmo em face de deliberações processuais consolidadas ou de preclusão ou contra ato judicial coberto por garantias constitucionais.

No âmbito da apuração das infrações criminais cometidas pelas organizações criminosas, a colaboração premiada constitui um acordo entre a acusação e a defesa (delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor), de acordo o artigo 4ª da Lei de organizações criminosas).

No referido acordo o investigado, de maneira voluntária, se compromete a delatar (art. 4º caput: a identificação dos demais autores/partícipes do crime, a estrutura da associação criminosa, a recuperação do produto ou fruto do ato criminoso e quando for o caso a localização da vítima e sempre que possível, o fornecimento de informações que prevenirão o cometimento de novos crimes.

O termo de acordo (art. 6º) deverá ser elaborado por escrito e conterà, obrigatoriamente, o relato detalhado da colaboração oferecida pelo acusado, demonstrados os requisitos legais essenciais de voluntariedade e efetividade com os resultados correspondentes, o referido termo é encaminhado para que o Juiz o homologue, podendo, caso haja necessidade, ouvir o colaborador, juntamente com seu defensor.

A colaboração ganha status de prova testemunhal em face do corrêu delatado, por isso é facultado ao defensor a possibilidade de fazer reperguntas ao delator, exclusivamente com relação aos pontos da delação realizada, sob pena de



cerceamento da defesa e consequente anulação do processo desde o interrogatório.

Acerca do assunto, nas mesas de processo penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, coordenadas pela Professora Ada Pellegrini Grinover, a Súmula nº 675 enuncia que “o interrogatório de corréu, incriminando outro, tem, com relação a este, natureza de depoimento testemunhal, devendo, por isso, se admitirem reperguntas”. Para que seja preservado o direito de não produzir prova contra si mesmo do delator, as reperguntas formuladas pelo advogado do litisconsorte passivo deverão se limitar aos fatos que incriminam o corréu delatado.” (BRASILEIRO, 2017, p. 766).

O colaborador/delator/chamador do corréu faz jus à proteção de sua intimidade e incolumidade, à ele são aplicados as mesmas prerrogativas das testemunhas, conforme disposição do art. 5.º da Lei do Crime Organizado:

Art. 5.º São direitos do colaborador:

- I – usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II – ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III – ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV – participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V – não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, em sua prévia autorização por escrito;
- VI – cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Os direitos concedidos ao colaborador no supracitado artigo visam garantir a plena eficácia da colaboração premiada, prevista no art. 3.º, I, da Lei do Crime Organizado como meio de obtenção da prova, visto que geralmente o colaborador

é ser considerado “uma peça-chave no dismantelamento da criminalidade organizada” (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 103).

O sigilo na colaboração premiada é uma peça fundamental tanto para o sucesso das investigações, como para o encorajamento do delator, por tal razão, deve o termo ser autuado em apartado, como um autêntico incidente do inquérito ou do processo, para que possa ser sigilosamente distribuído a um juiz, nos termos do art. 7.º da Lei 12.850/2013.

Um ponto importante da lei de organização criminosa é o parágrafo 14 que trata da renúncia expressa do colaborador, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e sua sujeição ao compromisso legal de dizer a verdade, que nada mais é do que respectivamente o Princípio da Presunção de Inocência (CF, art. 5º, LXIII), e Princípio do “nemo tenetur se detegere”, princípios esses fundamentais, expressos na Carta Magna.

E por se tratar de dois princípios constitucionais, existem críticas na doutrina a respeito desse ponto legal que trata da renúncia, uma vez que, por natureza, tais princípios são indisponíveis, o que traria ilegalidade ao acordo realizado mediante a colaboração premiada, por isso o doutrinador Renato Brasileiro de Lima, defende o posicionamento de que não ocorre a renúncia ao princípio da presunção de inocência ou ao “nemo tenetur se detegere”, mas sim lhe é dada a opção de não exercício de tais prerrogativas, vez que o delator estará assistido por advogado e terá optado pela colaboração de forma livre e espontânea.

Tanto é verdade, que se caso o colaborador se retrate e não queira mais finalizar a delação, as informações e confissões não poderão ser utilizadas como meio probante nos autos processuais contra ele. Essa retratação deve ocorrer depois da homologação do juiz e antes da sentença condenatória.

Após a colheita dos depoimentos do colaborador e comprovada a eficácia e atingidos os efeitos desejados, a aplicação de sua premiação legal é medida que se impõe, mesmo o artigo 4ª da Lei 12.850/13 expressando o vernáculo “poderá”, o entendimento prevalecente é o de que o Juiz deverá aplicar os efeitos da premiação contida na disposição legal: conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

A concessão da premiação legal é estritamente pessoal, de maneira que aqueles que participem da organização criminosa investigada e que não colaboraram de maneira voluntária e expressa com as investigações/instrução

processual não poderão ser agraciados com os benefícios elencados no caput do artigo 4º da Lei 12.850/13.

Finalmente, ainda para a concessão e especificação dos prêmios legais, não basta que as informações prestadas pelo colaborador resultem na identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, deve haver ainda a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Para além disso, o magistrado também deverá levar em consideração a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias do crime, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (Lei no 12.850/13, art. 4º, § 1º). Essa observação legal para a concessão dos benefícios da colaboração premiada foi criada como mecanismo de preservação desse valioso instrumento, para que seu uso não seja banalizado e acarrete na impunidade de criminosos.

Como bem asseverou o douto doutrinador Renato Brasileiro, 2017, p. 773:

Na verdade, os prêmios legais inerentes à colaboração premiada devem ser concedidos apenas àqueles acusados de pequena ou média importância, preservando-se intacta a persecução penal dos líderes das organizações criminosas. Como observa Sérgio Moro, "o método deve ser empregado para permitir a escalada da investigação e da persecução na hierarquia da atividade criminosa. Faz-se um acordo com um criminoso pequeno para obter prova contra o grande criminoso ou com um grande criminoso para lograr prova contra vários outros grandes criminosos.

O parágrafo 16 do artigo 4ª da Lei 12.850/13 determina sobre o valor da colaboração premiada, visto que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Isso porque nem a confissão ou a auto incriminação, é a principal prova para a condenação criminal, de maneira que toda a sentença deverá ser pautada

em documentos, depoimento de testemunhas, objetos do crime e demais elementos que deixam de forma cristalina a autoria e materialidade do fato típico.

Contudo, a colaboração premiada é suficiente para a instauração de processo investigatório contra os delatados.

O parágrafo 6º do artigo 4ª da Lei 12.850/13 trata a cerca de legitimidade para a propositura do acordo de colaboração premiada:

O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

A partir daí, existe uma discussão acerca do fato do delegado de polícia poder ou não celebrar referido acordo.

Porém, ao analisar com atenção a Lei da Organização Criminosa se depreende que o juiz é obrigado a verificar a legalidade do acordo antes de proceder à homologação.

Mas antes, o Ministério Público de se manifestar se é favorável ou não aos termos do acordo realizado entre o Delegado de Polícia e o acusado.

Assim, a legitimidade ativa do Ministério Público para a ação penal pública terá o condão validar o acordo, que, posteriormente será submetido pelo órgão ministerial à homologação do magistrado competente. E esse também é o entendimento do Douto Doutrinador Amintas Vidal Gomes, 2015, fls. 373: "A representação do delegado de polícia possui uma natureza cautelar quanto à concessão do benefício pelo juiz competente, devendo ser apreciada tal representação obrigatoriamente pelo Ministério Público."

Na mesma seara está o posicionamento dos Promotores de Justiça, Cleber Masson e Vinicius Marçal, 2018, fls. 162:

Posta a divergência, e independentemente da corrente que se adote acerca da (in)capacidade postulatória dos delegados de polícia, para nós, não se pode admitir o deferimento de medidas cautelares sem a imprescindível oitiva do Ministério Público (v.g., arts. 4.º, § 2.º, e 10, § 1.º, ambos da Lei 12.850/2013), sobretudo na fase inquisitorial, sob pena de se

configurar verdadeira concessão *ex officio* pelo magistrado (hipótese rechaçada pelo CPP, art. 282, § 2.º).

Diante de qualquer providência cautelar “representada” pela polícia ou mesmo à vista da solicitação de utilização de um meio especial de obtenção de prova (art. 3.º da Lei 12.850/2013), é de se ter por cogente a manifestação do órgão ministerial, a fim de propiciar ao titular da *opinio delictia* aferição quanto à necessidade e adequação da medida aos fins da apuração da infração. Portanto, o mal não está na representação policial em si, mas na ausência de requerimento por parte do *dominus litis*.

Contudo, caso não haja consenso entre o delegado de polícia e o promotor de justiça, qualquer um dos dois deverá devolver a apreciação da questão ao órgão superior do Ministério Público (Procurador do Estado), conforme determinação do art. 4º, § 2º, da Lei no 12.850/13, que faz referência expressa a possibilidade de aplicação, subsidiária, do art. 28 do CPP (Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.).

Se for necessário o encaminhamento do termo para apreciação do Procurador do Estado, o mesmo poderá manter o parecer do Promotor em não concordar com o acordo de delação ou designará outro Promotor para a realização do termo de colaboração premiada.

O magistrado não poderá conceder de ofício o perdão judicial, fato esse expressamente fixado em lei.

Ainda com relação às críticas à referida Lei, há doutrinadores que afirmam que ela é um “mal necessário”, um dos maiores críticos a essa Lei é o doutrinador Guilherme Nucci, 2019, p. 07:

A “criminalidade organizada é um fator objetivo gerador de insegurança, mas o estado psicológico e social que disso se deriva é imediatamente retroalimentado pelos meios de

comunicação e o poder político encarregado da repressão à criminalidade para legitimar assim mais facilmente as sus políticas”. Nesse aspecto, a Lei 12.850/2013 trouxe instrumentos abertos o suficiente para que vários órgãos penais de repressão ao crime (Polícia, Ministério Público e Judiciário) atuassem com extrema liberdade, chegando a sufocar direitos e garantias individuais, sem que os Tribunais agissem com a mesma celeridade para coibir abusos. Muita coisa positiva se fez com fundamento na Lei 12.850/2013, mas se gerou um conjunto de decisões jurisprudenciais contendo uma larga margem de alcance para os acordos feitos com os delatores, muitos dos quais não encontram expresso amparo legal. Logo, os benefícios aos agentes do crime organizado, somente porque foram delatores, aumentaram em demasia, a ponto de gerar injustiça. Alguns, porque se adiantaram, embora muitos crimes tenham cometido, terminaram condenados a sanções pífias; outros, delatando mais tarde, tiveram benefícios muito menores. Os que não quiseram participar da colaboração premiada experimentaram penas elevadíssimas. Enfim, está havendo um desequilíbrio entre as punições dos agentes que desenvolveram, praticamente, as mesmas condutas criminosas.

O fato é que nem sempre os “fins justificam os meios”, porém o avanço da criminalidade e a corrupção exacerbada na atualidade brasileira, fizeram com que fosse necessário por parte do Poder Legislativo promulgar uma lei que auxiliasse o Poder Judiciário na busca pela manutenção da ordem jurídica, mesmo que isso imponha o uso de medidas diferenciadas, que na grande maioria das vezes recebem o apoio da população, que é a vítima imediata das grandes organizações criminosas.

## **7. A COLABORAÇÃO PREMIADA E A OPERAÇÃO LAVA JATO**

A Operação Lava Jato teve início oficialmente em 2014, contudo, um inquérito da Polícia Federal, em 2008, contra o doleiro Alberto Youssef, foi o que deu início às investigações onde identificaram que Youssef operava às sombras após delação no escândalo do Banestado.

O nome da operação, “Lava Jato”, se deu em razão do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas.



Após a Polícia Federal deflagrar a Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal em Curitiba criou uma força-tarefa para cuidar do caso, em razão do enorme tamanho da organização criminoso investigada e seus inúmeros desdobramentos, que culminaram na divisão da operação em fases.

A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve, sendo que ela não está apenas no Brasil, envolve outros países no esquema de corrupção e lavagem de dinheiro. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais.

Inicialmente, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um gigantesco esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras.

Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa.

Até janeiro de 2017, peritos da Polícia Federal informaram que todas as operações financeiras investigadas na Operação Lava Jato somaram oito trilhões de reais.

Com relação à colaboração premiada, vários foram os acordos realizados, sendo que graças à essa ferramenta de obtenção de prova a operação se tornou o sucesso que é. Os acordos de delação premiada na Operação Lava Jato surgiram em 2014 com o ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa, seguido do doleiro Alberto Youssef, que por sua vez delatou vários políticos, que posteriormente se tornaram réu nos processos.

Os acusados que assinaram o acordo de delação, colaboraram com os investigadores do Ministério Público Federal (MPF), Polícia Federal (PF) e Procuradoria-Geral da República (PGR), e posteriormente quando comprovados, tiveram as delações homologadas pela Justiça Federal do Paraná ou pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a depender da condição do acusado.



Em 2017, setenta e oito executivos da Odebrecht fizeram acordo de delação em conjunto. Dentre os executivos que delataram estavam os ex-presidentes Marcelo Odebrecht e Emilio Odebrecht.

Desde 2014, condenaram-se 158 pessoas na operação Lava Jato, incluindo um ex-presidente da República, ex-diretores da Petrobras, políticos, ex-políticos, doleiros, lobistas e empresários.

Até 18 de dezembro de 2016, a 8.<sup>a</sup> Turma do TRF4 julgou sete apelações envolvendo 28 condenados pelo ex-juiz, hoje ministro da Justiça, Sérgio Moro em primeira instância — três apelações já transitaram em julgado.

Em 24 de novembro de 2017 foi proferida uma decisão pelo então Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, na ação penal 5024266-70.2017.4.04.7000, onde o aludido magistrado indeferiu pedido formulado pela Defesa de Marcio de Almeida Ferreira, ex-gerente de Empreendimentos da Petrobras.

Em seguida, o referido réu impetrou o Habeas Corpus (HC) 166373, onde alegou que, mesmo tendo sido delatado, teve de apresentar suas alegações finais de forma concomitante com os réus que haviam firmado acordo de colaboração premiada.

Sob a alegação de que houve constrangimento ilegal decorrente do indeferimento do pedido “de apresentação das alegações finais após a apresentação das alegações finais dos réus colaboradores, violando-se gravemente a ampla defesa” o recurso interposto chegou até o Supremo Tribunal Federal e em recentíssima decisão, no dia 02 de outubro de 2019, por maioria de votos, o Plenário do STF decidiu, que em ações penais com réus colaboradores e não colaboradores, é direito dos delatados apresentarem as alegações finais depois dos réus que firmaram acordo de colaboração.

Prevalecendo o entendimento de que, como os interesses são conflitantes, a concessão de prazos sucessivos, a fim de possibilitar que o delatado se manifeste por último, assegura o direito fundamental da ampla defesa e do contraditório. Dessa forma, foi proferida a seguinte decisão:

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, para anular a decisão do juízo de primeiro grau, determinando-se o retorno dos autos à fase de alegações finais, a qual deverá seguir a ordem constitucional sucessiva, ou seja, primeiro a acusação, depois o delator e por fim o delatado, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Edson

Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. Prosseguindo no julgamento e após proposta feita pelo Ministro Dias Toffoli (Presidente), o Tribunal, por maioria, decidiu pela formulação de tese em relação ao tema discutido e votado neste habeas corpus, já julgado, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o julgamento foi suspenso para fixação da tese em assentada posterior. Plenário, 02.10.2019.

Como esta decisão tem repercussão em diversos processos concluídos ou em tramitação, os ministros decidiram que, para garantir a segurança jurídica, será fixada uma tese para orientar as outras instâncias judiciais.

E por essa razão esta decisão do STF ocasionará um efeito cascata nos demais processos da Operação Lava Jato, pois inúmeras sentenças poderão ser anuladas, novos Habeas Corpus poderão ser aceitos, libertando vários condenados.

As críticas sobre a Operação Lava Jato são inúmeras, algumas possuem um cunho político, mas percebe-se que a grande maioria da população brasileira demonstra apoio à referida Operação, principalmente após a divulgação dos valores desviados dos cofres públicos.

Nos ateremos às críticas realizadas com embasamento jurídico, pois muitos doutrinadores fazem críticas acirradas com relação ao uso da colaboração premiada na Operação Lava Jato, devido a renúncia de direitos na qual os delatores são submetidos para que haja efetivo cumprimento do pacto, um dos mais recentes é o douto jurista Guilherme de Souza Nucci, 2019, fls. 22:

A Operação Lava Jato é um bom exemplo disso, pois vem atuando com destacado rigorismo e adotando rumos nem sempre fiéis às liberdades individuais, constitucionalmente enumeradas. O que se observa, por parte da sociedade, é um aplauso acrítico ao combate à corrupção, olvidando-se do arguto olhar no tocante à necessária defesa das garantias fundamentais. Nesse ambiente, de fato, com o apoio da mídia, cresce a relevância da luta contra o crime organizado, mesmo que nem se saiba ao certo onde ele se encontra e como se desenvolve. Aparentemente, todo indivíduo preso pela referida Operação Lava Jato é um integrante de organização criminosa, embora esse quadro não comporte cem por cento

de acerto; ainda assim, quem tenha sido detido preventivamente por engano ou tenha experimentado uma devassa em sua vida pessoal não tem encontrado amparo nos colegiados superiores, estes também mobilizados pela batalha da moralização. Tornou-se comum a expedição em série de mandados de prisão e de busca e apreensão em nome do combate às organizações criminosas, sem que se conclua, depois, tratar-se, realmente, de cenário de crime organizado. Muitas vezes, cuida-se de um quadro de associação criminosa (art. 288, Código Penal), crime que não comporta a aplicação rigorosa da Lei 12.850/2013. Além disso, criou-se uma espécie de condução coercitiva não prevista em lei – hoje vedada por julgamento proferido pelo STF –, bem como os vazamentos de delações premiadas, conquanto proibidos por lei, tornaram-se habituais, sem que nenhuma autoridade tenha sido responsabilizada – nem sequer investigada. Em suma, a adoção nítida de uma política criminal tanto pelo Legislativo, quanto pelo Executivo seria essencial, inclusive para sinalizar ao Judiciário o que o Estado Brasileiro tem por meta para enfrentar qualquer espécie de criminalidade.

Fato é que críticas sempre haverá de todos os lados, contudo, deve-se ponderar os avanços na persecução penal realizados em razão do instituto da colaboração premiada, pois sem ele dificilmente se alcança os chefes das organizações criminosas.

Com relação a operação Lava Jato, nunca antes na história do Brasil houve uma investigação que combatesse o crime organizado e a corrupção da forma como está ocorrendo, os valores obtidos são imensos, e parte do descontrole econômico e educacional que o país enfrenta atualmente é em razão dos incomensuráveis desvios de verbas estatais, deixando os serviços básicos como saúde e educação descobertos de investimento. Como bem asseverou o douto Promotor de Justiça Cleber Masson, 2018, fls. 67:

Bem a propósito, a complexa Operação Lava Jato tem mostrado quão nocivos são os reflexos decorrentes da infiltração de criminosos de colarinho-branco no Estado (Petrobras), o que tem viabilizado “o desvio de quantias nunca antes percebidas”. Exatamente nesse cenário, revela-se necessária a “releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para

a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos”, de modo que “a prisão cautelar deve ser reservada [também] aos investigados que, [...] como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização, [...] exercem papel importante na engrenagem criminosa”. Assim, havendo fortes indícios da participação de empresários “em ‘organização criminosa’, em crimes de ‘lavagem de capitais’, todos relacionados com fraudes em contratos públicos dos quais resultaram vultosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública.

É medida que se impõe novos ajustes na Lei de Organização Criminosa, principalmente no tocante ao cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, e a Operação Lava Jato trouxe à tona os defeitos e qualidades da aplicação da referida lei, mas há que se considerar que a Lei em questão é tecnicamente nova, e por isso passível de modificações.

Vários foram os prêmios internacionais que o Brasil recebeu em virtude dos avanços da Operação Lava Jato, servindo como expoente em diversos países, razão pela qual a população brasileira a apoia em sua grande maioria, visto que reconhece as benesses de uma operação focada em dissolver e extinguir o crime organizado no país, trazendo um mínimo de ordem social e segurança jurídica.

Embora existam muitos argumentos doutrinários em torno da inconstitucionalidade do uso da colaboração premiada na Operação Lava Jato, essa é uma inovação nas ferramentas de investigação. E é de total relevância e imprescindibilidade a aplicação da delação premiada para o combate do maior esquema de corrupção pela qual o Brasil já enfrentou, exatamente por isso, pelas peculiaridades e enorme dimensão da referida operação de investigação.

## **8.CONCLUSÃO**

Desde o início da história da humanidade há o cometimento de crimes, bem como a figura da traição, haja vista que Jesus Cristo foi traído por um de seus discípulos, tido como seu amigo, em troca de trinta moedas de prata. De lá para cá a história não é diferente, trocando apenas os personagens, o tempo e a complexidade dos fatos.

O instituto da colaboração premiada surgiu com o advento da Lei 12.850/2013, em razão da evolução e o crescimento demasiado da criminalidade, principalmente dos crimes de colarinho branco, tidos como crimes não-violentos, financeiramente motivados, cometidos por profissionais de negócios e do governo, envolvidos numa organização criminosa. E por serem crimes cometidos por pessoas do alto escalão, com grande influência e poder aquisitivo, com conhecimento jurídico e senso de organização, são cada vez mais inalcançáveis, salvo se houver um delator.

A colaboração premiada é um negócio jurídico personalíssimo, no campo do Direito Público, em que o Ministério Público ou a Polícia celebram um acordo com o delator. Sendo o acordo de "colaboração premiada" um "meio de obtenção de prova" (art. 3º da Lei 12.850/2013), assim como a busca e apreensão, a interceptação telefônica, o afastamento de sigilo bancário e fiscal.

A colaboração é um gênero da qual a delação é espécie. Sendo o colaborador alguém que apenas auxilia nas investigações criminais, informando quais os crimes cometidos, o objeto, a motivação do crime, o lugar, as circunstâncias criminais e etc.

Já o delator é quem "traí" a organização criminosa, informando todos os detalhes possíveis, principalmente o nome dos chefes da organização e em determinados casos o local do cárcere da vítima, preservando-lhe a vida.

A colaboração é tida como premiada, pois em troca da informação o juiz poderá: conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal (artigo 4º da Lei 12.850/2013).

A ferramenta da colaboração legalizada é uma estratégia poderosa na persecução penal, pois além de reduzir custos, aumenta a eficiência investigativa e elucidativa. Afinal, o delator está em uma condição superior ao de uma vítima, pois além de ter interesse na causa, presenciar o fato, ainda poderá trazer uma riqueza de informações e detalhes desde a cogitação até os atos executórios, detalhes esses superiores ao de qualquer testemunha.

Sem dúvida alguma, a Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013) foi o diferencial para aplicação da colaboração premiada na persecução penal das organizações criminosas, pois foi essa norma jurídica que trouxe o conceito, fundamento, e aplicação da colaboração premiada, fornecendo o aparato necessário para o Estado alcançar criminosos antes inacessíveis, resultando numa

maior segurança jurídica e promovendo grande avanço na preservação da ordem pública.

Com o advento da referida Lei, o crime organizado perdeu espaço no campo da corrupção, em particular no cenário político. Operações foram montadas para o combate a essa espécie de delito, que funciona como uma empresa e mantém-se, como regra, em círculo fechado.

Dentre tantas operações policiais que fizeram uso da colaboração premiada como meio de obtenção de prova, a mais expoente, polêmica, criticada e conhecida mundialmente é Lava Jato.

A Operação Lava Jato chegou a ganhar prêmios internacionais, em 2015 ganhou o prêmio anual da Global Investigations Review, na categoria órgão de persecução criminal ou membro do Ministério Público do ano, em 2016 ganhou o Prêmio Innovare na categoria Ministério Público, dentre outros, e é considerada por muitos doutrinadores como um expoente no combate à corrupção e ao crime organizado. Mas também, é alvo de inúmeras críticas no tocante à afronta aos direitos e garantias fundamentais, elencados na Constituição Federal.

A maior crítica feita pelos doutrinadores é em relação a ocorrência de um aparente desvirtuamento da ferramenta da delação premiada na Operação Lava Jato, ou seja, prisões midiáticas e exposição pública excessiva, condenações com base em conjunto indiciário, ultra celeridade seletiva na apreciação de processos, além da inovação interpretativa dos fundamentos autorizadores da prisão preventiva/temporária.

Referidas críticas merecem ser feitas, visto que nada é perfeito, e a interpretação de leis pode gerar discrepâncias, que trazem em seus efeitos a insegurança jurídica. E é por isso que se faz necessário o aprimoramento da aplicação da Lei 12.850/2013, haja vista que é uma lei recente e por isso as críticas devem ser moderadas, visto que o Poder Judiciário ainda está formando sua Jurisprudência e seus precedentes sobre o tema.

O fato é que a Operação Lava Jato é gigantesca, tendo que ser dividida em pouco mais de sessenta e três fases de persecução penal.

E seu gigantismo, que abrange o país inteiro e possui participações no exterior trouxe ao Poder Judiciário uma complexidade processual muito grande, pois já faz mais de cinco anos de existência e acreditasse que está longe do fim.



De acordo com as investigações e delações premiadas recebidas pela força-tarefa da Operação Lava Jato, estão envolvidos membros administrativos da empresa estatal petrolífera Petrobras, políticos dos maiores partidos do Brasil, incluindo presidentes da República, presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e governadores de estados, além de empresários de grandes empresas brasileiras.

Uma operação como essa nunca foi vista antes, por tal razão acredita-se que ainda estejamos vivendo uma fase de construir a base de aplicação da Lei de Organização Criminosa na utilização do instituto da colaboração premiada. E muitas inovações de cunho positivo surgiram, como bem salientou o Promotor de Justiça Cleber Masson, 2018:

“Nesse contexto, vale observar que, na condução da Operação Lava Jato, os membros do Ministério Público Federal, liderados pelo Procurador da República Deltan Dallagnol, inovaram ao criar a metodologia de divisão de assuntos por anexos, de forma que, “se surgissem nomes de políticos, parte dos anexos poderia ser enviada ao Supremo Tribunal Federal sem prejudicar a investigação de outras pontas da história”.

Mas não podemos olvidar de todas as benesses trazidas para a população com o início da Operação Lava Jato, tais como: a afirmação da independência do Poder Judiciário no país, o aperfeiçoamento das investigações do MPF, PF e Receita Federal, o sentimento de que a impunidade não prevalecerá, R\$ 2,9 bilhões recuperados, vários outros bilhões de reais bloqueados no Brasil e no exterior, 49 acordos de colaboração premiada, 179 pessoas acusadas, 93 réus condenados, o fortalecimento do sistema de cooperação internacional do Brasil para recuperar o dinheiro desviado, Grandes empresas passaram a criar sistema de *compliance*, para evitar e punir casos de corrupção, entre outras.

É claro que há excessos que devem ser coibidos, mas seus acertos são maiores do que seus erros. E infelizmente os pontos positivos não geram tanta polêmica e não “vendem” tanto quanto os pontos negativos tanto da Operação Lava Jato, quanto da ferramenta Colaboração Premiada, e é por isso que existem tantas críticas.

Contudo, mesmo que a famigerada Operação Lava Jato chegue ao fim, o caminho traçado por ela é um marco na história do Direito Penal brasileiro que gerou reflexos na política, economia e na sociedade do país, deixando sempre o sentimento de que ninguém é imune à Lei ou inatingível.



## 9. REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 13. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, legislação penal especial. 13. ed. — São Paulo: Saraiva. Educação, 2018.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GOMES, Amintas Vidal. LATERZA, Rodolfo Queiroz. **Manual do Delegado**: Teoria e Prática. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

HABIB, Gabriel. GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Leis Penais Especiais**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

MPF. **A Operação Lava Jato**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso>>. Acesso em: 18 out. 2018.

STF. **STF decide que delatados têm direito a apresentar alegações finais depois de delatores**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425282>>. Acesso em: 18 out. 2019

STF. **HABEAS CORPUS** **166.373**. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC166373votoMAM.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2019.

STF. **HC** **166373**. Disponível em:  
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>>. Acesso em: 18 out. 2019.

PGRJ. **Delação Premiada: constitucionalidade e valor probatório**. Disponível em:  
<[http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista\\_2011/2011\\_Dir\\_Penal\\_Falcao\\_Junior.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_Falcao_Junior.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2019.

WIKIPEDIA. **Operação Lava Jato**. Disponível em:  
<[https://pt.wikipedia.org/wiki/Operação\\_Lava\\_Jato](https://pt.wikipedia.org/wiki/Operação_Lava_Jato)>. Acesso em: 18 out. 2019.

ANPR. **8 consequências positivas da Operação Lava Jato para o Brasil**. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/anpr/8-consequencias-positivas-da-operacao-lava-jato-para-o-brasil\\_b\\_9715100.html](https://www.huffpostbrasil.com/anpr/8-consequencias-positivas-da-operacao-lava-jato-para-o-brasil_b_9715100.html)>. Acesso em: 21 out. 2019.

## “REVENGE PORN”: NÃO SEJA A PRÓXIMA VÍTIMA

**ISABELLA PEREIRA ROSA PANIAGO:**

Acadêmica de Direito pela Instituição de ensino  
Universidade Brasil. Cidade de domicílio:  
Fernandópolis – SP

Dr. ANDRÉ DE PAULA VIANA<sup>[1]</sup>

(Orientador)

**Resumo:** O presente artigo objetiva analisar o comportamento daquele indivíduo que faz a divulgação de fotos e/ou vídeos de material íntimo em redes sociais sem que haja o consentimento da vítima, denominado de “revenge porn” ou pornografia de vingança, bem como o de trazer os principais casos ocorridos, de modo que seja visto tamanho efeitos, sejam eles danos psicológicos ou não, causados a vítima. Abordamos também os avanços realizados para que houvesse maior controle desta conduta e as alterações que foram trazidas pela Lei nº. 13.718/2018 que visa punir quando o ato é praticado com o fim de vingança ou humilhação, no final, discute as maneiras de prevenir-se desta conduta, como a de não enviar fotos e/ou vídeos nu ou seminú, e não se deixar ser filmado (a) em ato de cunho sexual, com também foram abordadas orientações básicas para que quem for vítima desse crime, não se desesperar, procurar apoio e imediatamente registrar um boletim de ocorrência.

**Palavras-Chaves:** Divulgar; “Revenge Porn”; Prevenção; Orientação.

**Abstract:** The present article aims to analyze the behavior of that individual who makes the dissemination of photos and / or videos of intimate material on social networks without the victim's consent, called “revenge porn” or revenge porn, as well as bringing the main cases occurred, so that such effects can be seen, whether psychological damage or not, caused to the victim. We also address the advances made so that there was greater control over this conduct and the changes that were brought about by Law no. 13,718 / 2018 which aims to punish when the act is performed with the aim of revenge or humiliation, in the end, discusses ways to prevent this conduct, such as not sending nude or half-naked photos and / or videos, and not allowing oneself to be being filmed in a sexual act, with basic guidelines were also addressed so that whoever is a victim of this crime, do not despair, seek support and immediately register a police report.

**Keywords:** Spread; “Revenge Porn”; Prevention; Orietation.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. “Revenge Porn”; 3. A diferença entre o “Revenge Porn” e o “Sexting”; 4. Estudo de casos de “Revenge Porn” no Brasil; 4.1. Caso “Rose Leonel”; 4.2. Francielle dos Santos Pires; 4.3. Júlia Rebeca dos Santos; 5. Enquadramento do “Revenge Porn” no ordenamento jurídico Brasileiro; 6. Formas de prevenção; 7. Orientações para as vítimas do “Revenge Porn”; 8. Considerações finais; 9. Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

Ato que invade muito mais que a privacidade alheia, o “revenge porn” é um tipo de pornografia não consensual que usa da divulgação de matérias íntimos para causar humilhação na vítima. O presente trabalho tem por objetivo trazer ao leitor casos reais de pornografia de vingança, visando demonstrar o real dano que a agressão traz às vítimas desse ato. Busca também trazer os meios de prevenção e de orientação àquela que, por um descuido, acaba sendo vítima desse tipo de comportamento.

Para tanto, será utilizado o método de pesquisa bibliográfica, como revisão de literatura, bem como pesquisas documentais utilizando-se de notícias publicadas na internet, artigos, monografias e dissertações de mestrados.

Inicialmente se fará a introdução do “revenge porn” com a conceituação e apresentação de suas características para uma melhor compreensão do tema, assim como será feita a diferenciação entre pornografia de vingança e “sexting”.

Depois será desenvolvido um estudo dos casos mais comentados do Brasil para que o leitor compreenda a extensão do prejuízo que pode causar.

Logo em seguida, será feita uma análise dos avanços feitos para controlar o “revenge porn” no Brasil, até que a aprovação da Lei n. 13.718, como também exposto as mudanças trazidas pela lei no Código Penal descrevendo os novos dispositivos.

E por fim, será abordado as principais formas de prevenção a este crime bem como, as orientações recomendadas para quem for vítima desta conduta.

## **2. “REVENGE PORN”**

“Revenge Porn” é expressão criada nos Estados Unidos, que traduzido é pornografia de vingança ou pornografia de revanche.

Com a facilidade da comunicação virtual, vários casais têm trocado mensagens contendo fotos e/ou vídeos de material sexual. Este ato vem sendo

recorrente, aumentando ações judiciais e divulgações nas mídias. Atitude que rompe a confiança entre o casal, ao serem divulgadas tais intimidades.

Fatima Burégio, conceitua pornografia de vingança como:

Inicialmente, faz-se imperioso explicar o que significa o termo “Pornografia da Vingança”: O termo consiste em divulgar em sites e redes sociais fotos e vídeos com cenas de intimidade, nudez, sexo à dois ou grupal, sensualidade, orgias ou coisas similares, que, por assim circular, findam por, inevitavelmente, colocar a pessoa escolhida a sentir-se em situação vexatória e constrangedora diante da sociedade, vez que tais imagens foram utilizadas com um único propósito, e este era promover de forma sagaz e maliciosa a quão terrível e temível vingança. (BURÉGIO, Fátima, 2015).

Para Marcelo Crespo, pornografia de vingança é:

Exatamente nesse contexto que temos verificado cada vez mais em nossa sociedade a prática do chamado revenge porn, ou pornografia da vingança, que é uma forma de violência moral (com cunho sexual) que envolve a publicação na internet (principalmente nas redes sociais) e distribuição com o auxílio da tecnologia (especialmente com smartphones), sem consentimento, de fotos e/ou vídeos de conteúdo sexual explícito ou com nudez. As vítimas quase sempre são mulheres e os agressores, quase sempre são ex-amantes, ex-namorados, ex-maridos ou pessoas que, de qualquer forma, tiveram algum relacionamento afetivo com a vítima, ainda que por curto espaço de tempo. (CRESPO, 2015).

Desse modo, este termo consiste em divulgar na internet por meio de redes sociais, fotos e/ou vídeos íntimos os quais, são adquiridos no decorrer de um relacionamento com consentimento de ambos, como uma forma de revidar algo desconfortável que aconteceu na relação promovendo de forma maliciosa a sua vingança.

### **3. A DIFERENÇA ENTRE O “REVENGE PORN” E O “SEXTING”**

A Pornografia de Vingança não se confunde com o “Sexting”.

A “Revenge Porn” faz referência ao ato de divulgar, através da internet, fotos ou vídeos contendo cenas de nudez ou sexo, sem autorização da pessoa que está sendo exibida, com o propósito de causar dano à vítima. (SERRUTE, Jaqueline, 2017).

Essa conduta ocorre com a exposição do material íntimo, com a intenção de expor, humilhar e trazer danos a vítima perante a sociedade, como afirma Diego Damaceno:

“Deve-se salientar que, resultante dessa exposição, os danos e consequências sociais e psicológicas são desastrosas e quase sempre devastadoras (existem atualmente milhares de casos em vários estados de vítimas de pornografia de vingança, muitas inclusive, acabam não resistindo diante de tamanha pressão social, vindo no suicídio a única forma de escapatória da pressão social). Devido à enorme quantidade de pessoas que utilizam estes serviços e o modo como as informações se disseminam de forma estrondosa, visto a intensidade e rapidez em que se disseminam, os danos que resultam tais exposições alcançam um patamar estrondoso, atingindo diretamente a honra da vítima”. (DAMACENO, Diego, 2016).

As consequências dessas condutas, são graves, em virtude da repercussão e da propagação dessas imagens nas redes, que pode ser vista por dezenas de pessoas intensificando ainda mais o trauma.

Diferentemente desse instituto, o “Sexting” é um termo recente utilizado quando adolescentes e jovens através de câmeras fotográficas, celulares e sites de relacionamento produzem e enviam fotos de seu corpo nu ou seminú.

Esse termo pode ser identificado como a divulgação via aplicativos de troca de mensagens ou redes sociais de fotos, vídeos e outros materiais do próprio corpo com conteúdo sexual. (GOMES, Maria, 2015).

Ou seja, o “Sexting” consiste em divulgar seu próprio conteúdo pornográfico de forma restrita, em uma relação de confiança, seja com um parceiro ou possível parceiro. Nota-se que existe o consentimento da pessoa que envia as próprias fotos por fetiche.

#### **4. ESTUDO DE CASOS DE “REVENGE PORN” NO BRASIL**



Estabelecido o conceito de pornografia de vingança, serão analisados alguns dos milhares de casos de pornografia de revanche relatados no Brasil, pois ainda que a divulgação não consentida do material íntimo seja uma ofensa com acontecimento unicamente na internet, esta ação tem sequelas fora das redes que são muito reais, como consta os seguintes casos:

#### **4.1 Caso “Rose Leonel”**

“Sofri um assassinato moral e psicológico, perdi tudo”, afirma Rose que foi uma das primeiras mulheres a sofrer as consequências da pornografia de revanche no Brasil. Em outubro de 2005, Rose Leonel, jornalista residente na cidade Maringá/SP, após colocar o fim em um relacionamento, teve suas fotos íntimas divulgadas pelo seu ex-namorado, que chegou a fazer ameaças antes de divulgar, para que reatassem e se isso não acontecesse, ele destruiria a sua vida, o que fez enviando e-mails com fotos nuas de Rose a familiares e colegas de trabalho.

O conteúdo, divulgado inicialmente através de e-mail era acompanhado de dados pessoais da vítima, como número de telefone, e-mail pessoal e celular. Cerca de 15 mil pessoas receberam esses e-mails. (ROCHA, 2017). Além das fotos íntimas, foi feito montagens com imagens pornográficas, em que inseria digitalmente o rosto da vítima.

Rose passou a receber dezenas de ligações de desconhecidos: homens do Brasil inteiro telefonavam para assediá-la, ridicularizá-la, perguntar quanto ela cobrava pelo “programa”. (Castro, Bárbara, 2018). A vítima relatou para a revista Época em 2016, que o ex-namorado divulgou junto aos e-mails o celular do seu filho de 11 anos que também começou a receber ligações perguntando sobre a mãe, e não suportando isso e o bullying no colégio, acabou indo morar com o pai em outro país ficando seis anos no exterior.

Rose perdeu emprego, foi quase linchada na cidade e sofreu exclusão social. Contou ainda para a Época que não podia mais sair, que ficou num processo de reclusão, de resguardo da família. Que ouvia cantadas ridículas e sofria as piores abordagens. Com tudo isso, teve depressão e não tinha mais vontade de continuar a viver.

Rose afirma que “nós, mulheres, precisamos de um apoio psicológico, jurídico, em todos os âmbitos para trabalhar contra o crime virtual”, pensando nisso ela criou uma ONG com o nome de Marias da Internet, com profissionais

especializados em crimes virtuais que realizam trabalho voluntário para auxiliar as vítimas da pornografia de vingança.

Hoje, Rose se tornou um símbolo de combate à pornografia de vingança. Foi uma das primeiras brasileiras a ganhar na Justiça causa contra um ex-parceiro que divulgou material pornográfico sem o consentimento da envolvida. (BUZZI, Vitoria, 2015).

#### **4.2 Francielle dos Santos Pires**

No dia 3 de outubro de 2013, mesmo dia em que gravou seu primeiro vídeo íntimo com seu namorado, Francielle dos Santos Pires teve sua vida virada de cabeça para baixo. Após terminar com o namorado e não respondido suas mensagens ao longo do dia, seu ex-parceiro divulgou o vídeo que haviam feito. O vídeo viralizou e rapidamente, a identidade da vítima foi descoberta, e espalhados em todos os meios de comunicação virtual o seu endereço, local de trabalho, e telefone. (BUZZI, 2015).

Em uma entrevista à Cazé a vítima relatou: “Dormi, acordei, e minha vida tinha virada de cabeça para baixo”.

Conforme Buzzi (2015), Francielle chegou a fazer no dia seguinte um boletim de ocorrência na Delegacia Especializada em Atendimento à Mulher da cidade que morava, mas relatou que não foi levada a sério.

O vídeo divulgado viralizou rapidamente fazendo com que Francielle virasse piada na Internet e na cidade de Goiânia, onde residia, chegando a se tornar meme nas redes sociais devido a um ato durante a relação sexual onde ela faz o sinal de “OK” com as mãos, aludindo à prática de sexo anal, internautas, inclusive celebridades, tiravam fotos fazendo o mesmo gesto, debochando da vítima. (ROCHA, 2017).

Para Castro (2018), “Fran”, como ficou conhecida no mundo virtual, não suportou o assédio que recebia das pessoas, teve que sair do emprego, se mudar de cidade, larga os estudos e até mudar o visual. Como em grande parte dos casos de pornografia de vingança, a Francielle ainda enfrenta preconceitos na luta por uma vida tranquila. Em suas palavras: “minha vida não consegue mais entrar no eixo, não consegue mais seguir o rumo; eu sempre tenho esse passado me atormentando, cheguei a pensar em me matar. ”

#### **4.3 Júlia Rebeca dos Santos**

No dia 10 de novembro de 2013, houve mais uma vítima do “revenge porn”. Júlia Rebeca dos Santos, uma adolescente de 17 anos, moradora do Estado de Piauí, foi encontrada morta em seu quarto, após um vídeo seu onde ela praticava sexo com mais dois outros adolescentes ser vazado. (ROCHA, 2017).

Para Buzzi (2015), a menina passou vários dias entre a divulgação do vídeo e o suicídio, dando indícios do período difícil que estava passando, compartilhando diversas frases nas redes sociais Twitter e Instagram, como “é daqui a pouco que tudo acaba” e “eu to com medo mas acho que é tchau pra sempre”, e na sua última postagem, publicou algumas fotos em que aparecia com a sua mãe e um pedido de desculpas dizendo que a amava e que havia tentado ser uma filha perfeita. Mas a família de Julia só tomou o conhecimento do vídeo da adolescente, após a sua morte, o que deixa todos aflitos, pois se a vítima tivesse informado sobre o que estava acontecendo, sua família tinha lhe dado apoio para enfrentar todo massacre decorrente da sua exposição não consentida. (Rocha, 2017).

A outra jovem que aparece no vídeo, tento cometer suicídio por meio de envenenamento cinco dias depois de Julia, mas chegou a ser socorrida com vida. Oito dias após a morte da garota, um site intitulado “SP News” anunciou a venda online do vídeo íntimo causa do suicídio da adolescente. O site, que não era do Brasil, ainda garantia o envio do link da gravação por e-mail, pelo valor de R\$4,90 e assegurava: “fique tranquilo que não vem o nome na fatura do cartão”. (Castro, 2018).

## **5. ENQUADRAMENTO DO “REVENGE PORN” NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO**

Foram feitos vários avanços durante o decorrer dos anos, objetivando controlar a pornografia de vingança, após tantos casos ocorridos sem que tivesse uma punição adequada para aqueles que praticaram o ato.

Em 2008 foi aprovada a Lei n. 11.829/2008, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a aprimorar o combate à pornografia infantil e sua produção, venda e distribuição, assim como criminalizar a aquisição e a posse desse material. (ROCHA, 2017).

A Lei alterou os artigos 240, 241, 241-A e 241-B do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que passou a ser da seguinte forma:

Art.240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Essa aprovação foi considerada um enorme passo para combater a pornografia de revanche já que, a maioria dos casos ocorridos tinha como vítima jovens menores de idade.

Em 2012, houve outro grande acontecimento para o combate ao “revenge porn” com o caso da Carolina Dieckmann, onde hackers invadiram seu computador, pegaram suas fotos íntimas e cobraram um pagamento para não divulgarem. Devido a essa repercussão, foi criada a Lei n.º 12.737/2012, chamada Lei Carolina Dieckmann, com o objetivo de punir aqueles que invadem aparelhos eletrônicos para obtenção de dados particulares.

A Lei alterou o Código Penal, acrescentando os artigos 154-A e 154-B:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena- detenção, de 3 (três) meses a 1(um) ano, e multa.

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da união, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos. (BRASIL, 1940).

Essa Lei teve elevada importância, apesar de não ter um combate mais focado a pornografia de vingança, já foi um grande passo para punir aqueles que acessavam dados privados nos computadores de terceiro, mesmo ainda tendo uma pena branda (ROBERT, Adolfo, 2018).

Após grande debate sobre as legislações necessárias para acompanhar a evolução rápida da Internet, no Brasil houve, em 2014, a promulgação do Marco Civil da Internet, a Lei 12.965/2014. (BRASIL, 2014).

Conforme Rocha (2017), não apresenta um combate mais específico ao agressor em si, mas sim regulamentando as obrigações dos provedores que hospedam esse tipo de conteúdo. A lei forçou o provedor de aplicações de Internet, que exerce a atividade de forma organizada, os registros de acesso à sua aplicação pelo prazo de 6 meses, ajudando a identificar o agressor e aqueles que espalham as imagens e vídeos íntimos vazados. Além disso, a lei dispôs que o provedor de aplicações de Internet que disponibilize esse tipo de conteúdo a apagar deve apagar ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente e pode ser responsabilizado caso, após o recebimento de notificação, continuar disponibilizando esse conteúdo.

Em 24 de setembro de 2018, foi aprovada a Lei n. 13.718/18, onde trouxe importantes modificações no direito em relação aos crimes sexuais. Essa lei, ainda que não enquadre especificamente no “revenge porn” como um crime por si só, ela

o considera uma causa de aumento de pena do crime de divulgação de cena de sexo ou nudez sem o consentimento da vítima.

Esse esforço legislativo é louvável no sentido de que efetua um necessário preenchimento de uma lacuna normativa que existia em nosso ordenamento jurídico. Assim, além de incluir no Código Penal o crime do art. 218-C, bastante comum nos tempos atuais, a lei 13.718/18 andou muito bem ao considerar a circunstância da prática de tal delito com motivações de vingança ou humilhação como causa de aumento de pena. (RIERISON, Bruno, 2018).

Com isso, a Lei n. 13.718/18 trouxe um novo tipo penal incluído através do art. 218-C:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

O parágrafo citado acima é, além do dispositivo em si, o mais importante a ser analisado:

O parágrafo 1º traz o aumento da pena quando praticado por alguém que mantém ou tenha mantido relação íntima com a vítima, ou em casos de vingança e humilhação, o dispositivo pune não só a afetividade, mas também o fim de agir, cobrindo de forma eficaz, aos termos da lei, os casos que até o momento não podiam ser tipificados. (GILABERTO, 2018).



Portanto se pune quando praticado por agente que “mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação, com o fim (dolo específico) específico de vingança ou humilhação” (ARAUJO, Renan, 2018).

## **6. FORMAS DE PREVENÇÃO**

Como foi visto, a pornografia de vingança se caracteriza quando tem o compartilhamento de fotos e/ou vídeos de conteúdo íntimo sem o consentimento da vítima como forma de vingança.

Esse conteúdo pode ser adquirido de várias formas como: deixar-se ser gravado(a) durante um ato sexual pelo parceiro(a), enviar fotos e/ou vídeos consentida a alguém, e quando o parceiro(a) faz a filmagem do ato sem que a outra pessoa perceba, entre outras.

A exposição desse material e a humilhação para a vítima é tão grave que se torna difícil encontrar uma solução que irá reparar todos os danos causados.

A melhor forma é evitar produzir fotos de si mesmo em situações íntimas. Mesmo que sejam anos de relacionamento e/ou a pedido do parceiro.

Para Sílvia Baptista (2016), “Não há uma receita que faça com que a “revenge porn” tenha um fim. A maldade, não tendo um racional, também não tem uma cura. A única forma de as mulheres se precaverem é usando do bom senso e recorrendo à Justiça, quando o pior acontece”.

O delegado de polícia especializado em crimes virtuais Emerson Wendt, em seu blog na internet, traz algumas dicas consideradas básicas de como se prevenir:

Primeira regra básica dita por ele é a de não se permitir fotografar ou filmar nua ou em situações íntimas, e que a cobrança de tal atitude pelo(a) parceiro(a) não deve ser tido como uma “prova de amor”, nem o empréstimo de senha.

Se a relação conjugal for baseada em um contrato formal, incluir cláusulas que não permita a exigência dessa atitude de pedir fotos, pelo “parceiro”.

E se permitir essa atitude, evite mostrar o seu rosto ou partes do corpo que possa identifica-lo(a); não envie as fotos e/ou vídeos por mensagens, não as compartilhe, mantenha o material produzido em suas mãos e o criptografe, não é recomendando manter as fotos e/ou vídeos em arquivos de dispositivo moveis,

apague-as logo após utilizando o mecanismo que evite recuperação de tais imagens.

A perita digital Iolanda Garay, em uma entrevista para o fantástico (2013), afirmou que “Mais da metade dos casais registra ou já registrou o momento íntimo”, e segundo ela quase todas as vítimas da chamada “pornografia de revanche” são mulheres, e as aconselha que se quiserem se filmar tem que se proteger.

## **7. ORIENTAÇÕES PARA AS VÍTIMAS DO “REVENGE PORN”**

Se você foi vítima do chamado “revenge porn”, a primeira coisa a se fazer, é não se desesperar.

Existem algumas Associações Feministas e de proteção às vítimas que podem fornecer um apoio e um aconselhamento tanto no âmbito jurídico quanto no âmbito psicológico, como a Rede Feminista de Juristas, em que um grupo de juízas, advogadas, procuradoras, psicólogas, policiais civis e promotoras de Justiça se reúne para prestar ajuda às vítimas de pornografia de vingança.

A Dra. Marina Ganzarolli, advogada e cofundadora da Rede Feminista de Juristas, recomenda que as vítimas de vazamentos de fotos e vídeos íntimos procurem um apoio emocional e uma ajuda profissional, tanto psicológica quanto jurídica. Ela também aconselha que imediatamente se abra um boletim de ocorrência junto à Polícia Civil para ajudar nas investigações e punir os culpados e que peçam ajuda para notificar às plataformas que veiculam o material, exigindo que elas retirem as imagens e vídeos do ar. Facebook, Google e sites especializados em material erótico costumam ter formulários específicos para esses casos e tendem a resolver de forma rápida e descomplicada.

Marina também recomenda que as vítimas não se culpem.

As vítimas não são responsáveis pelo compartilhamento. Os culpados são os agressores. Não podemos dizer que as mulheres não devem enviar nudes ou devem cortar os rostos das fotos. Uma garota não deve ser vitimizada só porque optou por mostrar sua sexualidade. Quem recebeu o conteúdo é que deve respeitá-la e não divulgá-lo, diz a advogada. (GANZAROLLI, Marina, 2017).

Além da Rede Feminista de Juristas, existe uma Organização não Governamental (ONG) que também é dedicada a orientação jurídica, psicológica e de perícia digital a vítima desse crime.

Essa Organização, que recebeu o nome de Marias da Internet, foi criada por Rose Leonel, que, como já comentado, foi uma das primeiras vítimas do “revenge porn”.

O seu site conta com plataformas de apoio de como se prevenir, o que fazer após ser vítima desse crime, e com um canal “fale conosco” para que você possa procurar um apoio emocional com quem também já passou por isto.

As Maria da Internet trazem o passo a passo a serem seguidos, caso seja vítima. O primeiro passo relatado no site é que não apague o conteúdo divulgado, por mais que seja ruim de vê-lo. A organização recomenda que você faça “prints” e guarde de uma forma que não vai perde-lo. Em seguida, vá em um cartório próximo e faça uma ata notarial das imagens mais comprometedoras, inclusive o conteúdo de WhatsApp.

Posteriormente sugere que com os “prints” impressos em mãos, vá a delegacia mais próxima e registre um boletim de ocorrência, para que tudo fique apropriadamente registrado.

Logo em seguida, procure um advogado que seja especialista em crime de divulgação de imagens íntimas na internet e dê início ao processo.

O site as Maria da Internet dá ênfase no final na seguinte frase: “Não se culpe. Não sofra. Bola para frente! Estamos aqui! Lembre-se disso! O que precisar conte conosco”.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho abordou o conceito de “revenge porn”, que consiste no ato de divulgar imagens e/ou vídeos de cunho sexual expondo a vítima sem o seu consentimento, se diferenciando do “sexting”, que corresponde a divulgação de fotos e/ou vídeos íntimos do próprio corpo.

Ademais, foi feito estudos de casos de Rose Leonel, Francielle dos Santos Pires e Julia Rebeca dos Santos, algumas das inúmeras vítimas de pornografia de vingança, demonstrando os danos muitas vezes irreparáveis às vítimas, ocasionando perdas de empregos, amigos e alguns casos da vida de quem foi atingido pela prática.

Realizou-se uma análise jurídica, demonstrando os avanços do ordenamento jurídico e as mudanças trazidas pela Lei n. 13.718/18, além do trajeto percorrido até que ela se enquadrasse.

Também foi abordado os meios de prevenção. Verificou-se que o melhor é não se deixar ser fotografado (a) ou filmado (a) em situações íntimas, pois, a confiança não é tudo, e a maioria dos autores deste crime são os próprios parceiros.

Por fim, foram mencionados meios de orientações para as vítimas, para que não se desesperem, mas, sim, procurem o mais rápido possível ajuda à autoridade policial, a fim de que possam ser adotadas as medidas necessárias.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Renan. Lei 13.718/18: Alterações nos crimes contra a dignidade sexual. **Importunação sexual, vingança pornográfica**, 2018. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/lei-13-718-18-alteracoes-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-importunacao-sexual-vinganca-pornografica-e-mais/>. Acesso em: 16 out. 2019.

ASSUNÇÃO, Rierison Bruno. **A prática de Revenge Porn e a lei 13.718/2018**, 2018. Disponível em: <https://rierison.jusbrasil.com.br/artigos/646847263/a-pratica-de-revenge-porn-e-a-lei-13718-2018>. Acesso em: 16 out. 2019.

BUZZI, Vitória de Macedo. **Pornografia de Vingança: Contexto Histórico-social e Abordagem no Direito Brasileiro**. Monografia. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Departamento de Direito. Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133841/TCC%20Vit%C3%B3ria%20Buzzi%20Versao%20Repositorio.pdf?sequence=>>. Acesso em: 17 out. 2019.

BAPTISTA, Sílvia. Revenge Porn: **O que é e como prevenir?**, 2016. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/noticias-violencia/revenge-porn-o-que-e-e-como-prevenir/>. Acesso em: 4 nov. 2019.

BURÉGIO, Fátima. Pornografia da Vingança. **Você sabe o que é isto?**, 2015. Disponível em: <https://ftimaburegio.jusbrasil.com.br/artigos/178802845/pornografia-da-vinganca-voce-sabe-o-que-e-isto>. Acesso em: 19 out. 2019.

CRESPO, Marcelo. Revenge Porn. **A Pornografia da vingança**, 2014. Disponível em <http://marcelocrespo1.jusbrasil.com.br/artigos/153948423/revenge-porn-a-pornografia-da-vinganca>. Acesso em 19 out. 2019.

CASTRO, Barbara Areias de. A Pornografia de Vingança como nova forma de Violência de Gênero: **Análise da Eficácia Punitiva à Luz do Direito Penal Brasileiro**, 2018. Disponível em: <https://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2018-1-tcc-barbara-areias-de-castro>. Acesso em 16 out. 2019.

DAMACENO, Diego. Pornografia de Vingança. **Eficácia Punitiva na Divulgação de Material Sexual sem Consentimento**, 2016. Disponível em: <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-1497472367715.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

ÉPOCA. **"O que difere a pornografia de vingança dos outros crimes é a continuidade"**. Publicado em 16 fev 2016. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/02/o-que-difere-pornografia-de-vinganca-dos-outros-crimes-e-continuidade.html>. Acesso em 17 out. 2019.

Entrevista concedida por Francielle Pires a Cazé, 15 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://entretenimento.band.uol.com.br/aliga/episodio/100000682652/15033610/2-caze-conversa-com-fran-vitima-de-vazamento-de-videos-intimos.html>. Acesso em: 17 out. 2019.

GIMENES, Erick. "Fui assassinada", diz mulher que criou ONG contra 'vingança pornô", 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2014/03/fui-assassinada-diz-mulher-que-criou-ong-contra-vinganca-porno.html>. Acesso em 17 out. 2019.

GOMES, M. C. O. Revenge Porn e Sexting. **Parâmetros da pornografia virtual**, 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/28/revenge-porn-e-sexting-parametros-da-pornografia-virtual/>. Acesso em 18 out. 2019.

NOMURA, Leandro. "Crime na internet é ferida aberta", diz mãe sobre fotos nuas vazadas pelo ex, 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/minhahistoria/2017/05/1885458-crime-na-internet-e-ferida-aberta-diz-mae-sobre-fotos-nuas-vazadas-pelo-ex.shtml>. Acesso em: 16 out. 2019.

ROCHA, Raissa Pereira. A pornografia de vingança virtual frente ao direito penal, **o papel da Lei nº 11.340/2006 na proteção das vítimas**, 2017. Dissertação - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017. Disponível em: <https://rosario.ufma.br/jspui/handle/123456789/1793>. Acesso em: 18 out. 2019.

**Revenge Porn**: advogada explica o que você pode fazer se for vítima dessa violência na web. 2017. Disponível em: <https://33giga.com.br/revenge-porn-marina-ganzarolli/>. Acesso em 04 nov. 2019.

ROBERT, Adolfo. **REVENGE PORN**: Uma Análise Comparativa da Eficácia da Lei Nº 13.718, de 24 de setembro de 2018 em frente às decisões Brasileiras e à Legislação Mundial, 2018, Universidade do Sul de Santa Catarina. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/handle/12345/6202>. Acesso em 15 out. 2019.

SILVA, Maria Saionara Da. **O Revenge Porn sob a Perspectiva da Legislação Brasileira**. Artigo Científico. Centro Universitário Tabosa De Almeida- Asces/ Unita. Bacharelado em Direito. Caruaru, 2017. Disponível em <http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/1194/1/TCC%20Saionara%2020O%20REVENGE%20PORN%20SOB%20A%20PERSPECTIVA%20DA%20LEGISLA%C3%87%C3%83O%20BRASILEIRA.pdf>. Acesso 16 out. 2019.

SILVA, Larissa Soares Duarte de Lima e. **Pornografia de vingança e sua fragilidade no ordenamento jurídico penal Conteúdo Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51055/pornografia-de-vinganca-e-sua-fragilidade-no-ordenamento-juridico-penal>. Acesso em: 16 out. 2019.

WENDT, Emerson. **“Como evitar e enfrentar os casos de pornografia por vingança, revenge porn”**, 2013. Disponível em: <http://www.emersonwendt.com.br/2013/11/como-evitar-e-enfrentar-os-casos-de.html>. Acesso em 04 nov. 2019.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2019. Acesso em 15 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei 8.069: Dispõem sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e das outras providencias. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em 16 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei 11.829: Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato.2007-2010/2008/Lei/L11829.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato.2007-2010/2008/Lei/L11829.htm). Acesso em 16 out. 2019.



\_\_\_\_\_ Lei nº 12.737, de 30 de janeiro de 2012. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm). Acesso em 14 out. 2019.

\_\_\_\_\_ Lei nº 12.965: Lei do Marco Civil da Internet. 2014. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em 16 out. 2019

\_\_\_\_\_ Lei 13.718: Introduce modificações nos crimes contra a dignidade sexual. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm). Acesso em: 17 out. 2019.

NOTA:

\_\_\_\_\_

<sup>[1]</sup> Professor de Direito na Instituição de ensino Universidade Brasil.

## **DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO: UMA DISCUSSÃO SOBRE OS SEUS PRINCIPAIS PRINCÍPIOS E A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL NA MATÉRIA AMBIENTAL**

### **JANA APARECIDA PEREIRA LOPES:**

Mestre em Administração pela Fundação Universidade Federal de Rondônia-UNIR, especialista em Administração Pública pela UCAM e graduada em Administração pela UNIR. Acadêmica de Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia-UNIR.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo discutir sobre o Direito Ambiental no que tange aos principais princípios deste ramo, trazendo uma reflexão sobre seus conceitos e entendimentos pela doutrina, bem como trazer uma ideia geral sobre a competência em matéria ambiental conforme a Carta Magna brasileira. O procedimento técnico utilizado para coleta de dados foi à pesquisa bibliográfica e a apreciação foi concretizada pela técnica de análise de conteúdo. Os princípios do Direito Ambiental têm aplicação necessária e obrigatória no ordenamento jurídico pátrio. Verifica-se claramente no ordenamento jurídico nacional a existência de inúmeros princípios que conferem autonomia científica a esse ramo do Direito.

**Palavras-chave:** Direito Ambiental; Princípios; Carta Magna.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to discuss Environmental Law in relation to the main principles of this branch, bringing a reflection on its concepts and understandings by the doctrine, as well as bringing a general idea about the competence in environmental matters according to the Brazilian Magna Carta. The technical procedure used for data collection was bibliographic research and the assessment was carried out using the content analysis technique. The principles of Environmental Law have a necessary and mandatory application in the national legal system. It is clear from the national legal system that there are numerous principles that give scientific autonomy to this branch of law.

**Keywords:** Environmental Law; Principles; Magna Carta.

**Sumário:** 1.Introdução. 2.Referencial Teórico. 2.1 Princípio do Desenvolvimento Sustentável. 2.2 Princípio do poluidor pagador. 2.3 Princípio do usuário pagador. 2.4 Princípio da prevenção. 2.5 Princípio da participação. 2.6 Princípio da ubiquidade ou transversalidade. 2.7 Princípio da solidariedade entre gerações. 3 Competência em matéria ambiental. 3.1 Competência legislativa. 3.2 Competencia material. 4 Conclusão. 5 Referências.

### **1. INTRODUÇÃO**

O Direito Ambiental não era considerado um ramo autônomo do Direito Brasileiro, mas com o decorrer dos anos e por meio dos estudos foi se firmando como uma esfera do Direito e com autonomia, haja vista o vasto conteúdo de leis publicadas acerca deste tema importante, o Meio Ambiente.

Na Lei 6.938/81 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências) em seu Art 3º traz que para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Pode-se ainda afirmar, com base em Casella, Silva & Accioly (2008), que a preocupação com o meio ambiente em nível internacional, não tem um marco inicial claro. Todavia, é importante relatar que a Conferência de Estocolmo, que ocorreu no ano 1972, tornou-se um marco para a necessidade de uma conscientização ambiental global, por ser o primeiro documento internacional que discerniu o direito humano ao meio ambiente equilibrado e sustentável.

O Direito Ambiental é um ramo autônomo de direito público, que dispõe, ordena e tutela as questões e os problemas dos seres humanos com o meio ambiente. É classificado como um direito difuso, que trata também das lides que envolvem, por exemplo, patrimônio cultural, espécies de construções, etc.

De acordo com Marques (2005), a finalidade maior da Constituição de 1988 na tutela ambiental não é simplesmente a garantia do direito à vida humana, mas de uma vida digna, com qualidade e bem-estar.

Os princípios do Direito Ambiental na Constituição Brasileira, são de grande relevância, pois é por meio destes princípios que se busca o caminho adequado para a proteção do meio ambiente.

Portanova (1997) expõe que os princípios não são meros acessórios interpretativos, mas normas que consagram conquistas éticas da civilização e, desta feita, estejam ou não previstos na lei devem ser aplicados a todos os casos concretos, devendo ser utilizados mesmo quando em conflito com a regra positivada. Observa-se assim a importância que faz jus os princípios que regem a ciência do direito, sobretudo no momento da aplicação da norma abstrata no caso concreto.

Quanto a quantidade de princípios do Direito Ambiental estes variam nas doutrinas brasileiras. Neste trabalho será elencado sete dos principais princípios encontrados na doutrina que versa sobre o Direito Ambiental, bem como será realizado uma reflexão sobre estes e ainda será indagado como está na carta magna brasileira destrinchado a competência legislativa e material sobre a matéria ambiental.

## **2 REFERENCIAL TEÓRICO**

### **2.1 Princípio do Desenvolvimento Sustentável;**

Desde 1972, em Estocolmo, na Conferência Mundial de Meio Ambiente, foi utilizada essa nomenclatura. Existe, por conseguinte, uma farta jurisprudência sobre esse assunto específico.

O princípio do desenvolvimento sustentável encontra-se escrito no caput do artigo 225, da Carta Magna Brasileira de 1988, a saber:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações.

Sobre está seara Fiorillo (2009) retrata que:

“Percebe-se que os recursos ambientais não são inesgotáveis, tornando-se impossível admitir que as atividades econômicas se desenvolvam alheias a esse fato. Procura-se com isso a coexistência harmônica entre economia e meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos.

Corroborando ainda com este pensamento tem-se que os recursos naturais são escassos e finitos, e não pertence à geração contemporânea, que tem a responsabilidade de protegê-lo para as próximas. Destarte, há que se ter a interferência dos governos a fim de equalizar os interesses dos diversos setores da sociedade minimizando os riscos ao meio ambiente. (BELTRÃO, 2014.)

### **2.2 Princípio do poluidor pagador**

Na Constituição federal este princípio se encontra prescrito no artigo 225, § 3º:

“§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Foi adotado ainda no direito brasileiro pela lei 6.938/81, de 31 de agosto de 1981 como uma das finalidades da Política Nacional do Meio Ambiente:

*“A imposição ao usuário, da contribuição pela utilização dos recursos ambientais com fins econômicos e da imposição ao poluidor e ao predador*

O estudioso Celso Antonio Pacheco Fiorillo traz que (2009, p. 37):

“Desse modo, num primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar. Cabe a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos. Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação.”

Destaca-se, que o poluidor deverá arcar com o prejuízo causado ao meio ambiente de forma mais ampla possível. Impera, em nosso sistema, a responsabilidade objetiva, ou seja, basta a comprovação do dano ao meio ambiente, a autoria e o nexo causal, independentemente da existência da culpa (SIRVINSKAS, 2014, p. 147).

Mukai (1998) traz que se o que está em voga é prevenir, interessa, sobretudo a regulamentação das atividades potencialmente lesivas do ambiente, antes que a lesão ou até o perigo de lesão tenha lugar. Um direito repressivo ou sancionatório aparece normalmente depois do mal feito com a irremovibilidade do dano respectiva.

Beltrão (2009) corroborando com o assunto cita que se pode afirmar que toda poluição gera um custo ambiental para a sociedade. O princípio do poluidor-pagador consiste no dever do poluidor de pagar por este custo ambiental, seja de forma preventiva, por meio de investimentos em tecnologia e de outros mecanismos, seja por meio de medidas reparadoras, quando o dano ambiental já ocorreu.

### 2.3 Princípio do usuário pagador

Fiorillo (2009) relata que este princípio guarda mais um conteúdo voltado para a educação ambiental do que propriamente para os critérios organizadores da responsabilização por danos causados ao meio ambiente.

Ratificando este pensamento tem Édis Milaré quando afirma em sua obra que o princípio não objetiva, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compensar os danos causados, mas sim, precisamente, evitar o dano ao ambiente. Trata-se do princípio poluidor-pagador, ou seja, poluiu paga os danos, e não pagador-poluidor.

### 2.4 Princípio da prevenção

O princípio da prevenção está explicitamente descrito no caput do artigo 225, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado..., impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Sobre a prevenção e preservação do meio ambiente, Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2009) relata que a prevenção e a preservação devem ser realizadas por meio de uma consciência ecológica, a qual deve ser desenvolvida através de uma política de educação ambiental. De certo, é a consciência ecológica que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental. Todavia, deve-se ter em vista que a nossa realidade ainda não contempla aludida consciência, de modo que outros instrumentos se tornam relevantes na realização do princípio da prevenção. Para tanto, observamos instrumentos como o estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA), as liminares as sanções administrativas etc.

Pode-se inferir nesta seara que este princípio consiste no comportamento efetuado com o intuito de afastar o risco ambiental. Antecipam-se medidas para evitar agressões ao meio ambiente.

Milaré (2004) traz uma ótima reflexão sobre este princípio haja vista expor que não podem a humanidade e o próprio Direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu sob a violência do corte raso? Como purificar um lençol freático contaminado por agrotóxicos? Com efeito, muitos danos ambientais são compensáveis, mas sob a ótica da ciência e da técnica, irreparáveis.



## 2.5 Princípio da participação

Por meio desse princípio a sociedade deixa de ser espectadora e assume o papel de coadjuvante e parceira na preservação ambiental.

Disso retira-se uma atuação conjunta entre organizações ambientalistas, sindicatos, indústrias, comércio, agricultura e tantos outros organismos sociais comprometidos nessa defesa e preservação. (FIORILLO, 2009, p. 56).

## 2.6 Princípio da ubiquidade ou transversalidade

Decorre do artigo 225 da Carta Magna este Princípio que retrata que o meio ambiente está presente em toda parte.

Nesse sentido Fiorillo (2009) cita que:

“De fato, não há como pensar no meio ambiente dissociado dos demais aspectos da sociedade, de modo que ele exige uma atuação globalizada e solidária, até mesmo porque fenômenos como a poluição e a degradação ambiental não encontram fronteiras e não esbarram em limites territoriais.

## 2.7 Princípio da solidariedade entre gerações

Busca assegurar a solidariedade da atual geração em relação às futuras, para que também estas possam usufruir, de forma saudável, dos recursos naturais.

A preocupação de se defender as futuras gerações já havia sido exteriorizada na Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972) em seus Princípios 2 e 5, que dizem:

**Princípio 2** - Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada.

**Princípio 5** - Os recursos não renováveis da Terra devem ser utilizados de forma a evitar o perigo do seu esgotamento

futuro e a assegurar que toda a humanidade participe dos benefícios de tal uso.

Para Carvalho (2007), a dimensão futura “carece de descrições caracterizadoras, bem como de uma teoria jurídica de base que lhe dê sustentação, aplicabilidade e operacionalidade”. No seu trabalho, fundamentou a responsabilização pelo dano ambiental futuro em uma interpretação sistêmica e teleológica do nosso ordenamento. Defende a responsabilização civil por um dano potencial (riscos ambientais), mensurado de acordo com a sua probabilidade, irreversibilidade e gravidade, diante da relevância e da potencialidade dos riscos na sociedade moderna.

### 3. COMPETÊNCIA EM MATÉRIA AMBIENTAL

A Constituição Federal de 1988 institui uma federação com três níveis de governo: federal, estadual e municipal. Dentro deste modelo, a Carta Magna estabelece um complexo sistema de repartição de competências legislativas e executivas. É justamente neste particular que reside uma das questões mais conflitantes do direito ambiental: a divisão de competências entre os diferentes entes da federação em matéria de legislação e execução de políticas ambientais. Preceitos de competência privativa, concorrente e suplementar ao mesmo tempo em que são elucidados pelo texto constitucional, se sobrepõem e geram incertezas práticas, constituindo-se muitas vezes em obstáculos de difícil transposição no campo processual. Infelizmente, a consequência nefasta de um sistema de competências confuso pode acarretar em irreparável dano ao meio ambiente.

#### 3.1. Competência Legislativa

A Competência para criar leis ambientais, no Brasil, é concorrente.

Essa “concorrência” não significa uma situação análoga à disputa comercial, a qual estamos acostumados a presenciar, mas significa complementariedade.

À União incube criar as normas de interesse geral e aos Estados e ao Distrito Federal suplementar essas normas.

A Constituição Federal assim dispõe:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Portanto, resta claro que existem normas Federais, Estaduais e até Municipais de tutela do Meio Ambiente, como descrito a seguir, haja vista:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

3.2. Competência Material

competência para a defesa administrativa do meio ambiente é, por sua vez, comum.

Assim, todos os entes podem e devem exercer a fiscalização das atividades e obras que podem causar danos ao meio ambiente. Inclusive um ente poderá utilizar normas legais de outro para efetivar essa fiscalização e, conseqüentemente, aplicar uma possível punição.

Sobre essa seara nossa Carta Magna dispõe:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI - Proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - Preservar as florestas, a fauna e a flora;

Em razão dessas competências serem definidas na carta magna brasileira, é que temos caso de atividades serem licenciadas por órgãos estaduais e serem embargadas pelo órgão federal, por exemplo. No caso de dois autos, prevalecerá o do órgão competente para licenciar a atividade. O contrário também pode acontecer, ou seja, nada impede de um órgão municipal embargar uma atividade

licenciada pelo órgão federal, desde que os interesses locais do município estejam sendo desrespeitados em matéria ambiental.

#### 4. CONCLUSÃO

O Direito Ambiental, tomado como disciplina jurídica autônoma, tem papel relevante na construção do Estado Socioambiental de Direito.

Estes princípios estudados são vistos com muito otimismo pelos doutrinadores, haja vista que através deles é que deverão se pautar todos os atos e atividades da sociedade, buscando-se, sempre, uma ecologia equilibrada.

Ferreira (2008) relata que os sistemas jurídicos, em suas dimensões (macrossistemas, subsistemas, microssistemas) são informados por princípios que descrevem, em enunciados gerais, o fundamento e a razão de ser do sistema. Percebe-se, desta feita, a relevância ímpar dos princípios para o Direito.

Todo esse entendimento é indispensável para o início de boas práticas ambientais, ou melhor, sustentáveis, e fará com que os indivíduos não esperem passivamente a atuação pública para solução dos problemas ambientais e internalizem a real dimensão dos seus atos, com modificação do comportamento diário. Outrossim, pode se concluir que é necessária a atuação conjunta do Estado e da sociedade civil na proteção e preservação do meio ambiente.

Não há como negar a dependência que tem o ser humano do meio ambiente. Então é racional que se usufrua dele de forma sustentável, que não o degrade, visto que os recursos naturais são finitos, e deles dependem todo o ciclo de vida terrestre.

#### 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 11<sup>o</sup> ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2009.

BELTRÃO, Antonio G. **Curso de Direito Ambiental**, 2<sup>a</sup> edição. Método, 08/2014.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa Brasileira de 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 03 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº6.938/81**. dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

CARVALHO, Déltom Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 62-91, jan. 2007.

DA SILVA, Francisco Alci Correia Da. **Dano Ambiental – Responsabilidade Civil e Penal**. 2014. Monografia (Curso de Direito do Centro de Ensino Superior do Ceará). Curso de Ciências do Direito da Faculdade Cearense – FAC, Ceará, 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado 2014**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

## **A SUPERIORIDADE DA SOCIEDADE CIVIL EM RELAÇÃO AO ESTADO E O EQUÍVOCO DO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL**

**ATOS HENRIQUE FERNANDES:**

Estudante de Direito no Centro Universitário Estácio de Belo Horizonte e conciliador no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

**esumo:** O presente artigo objetiva expor os equívocos do centralismo estatal, consagrado pelo dirigismo constitucional, através de um estudo acerca da natureza do estado e da sociedade civil.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. A origem e a natureza do Estado – 3. A origem e a natureza da sociedade civil – 4. Os poderes intermediários – 5. O Brasil e o dirigismo constitucional – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas

### **1.Introdução**

Assim como as bases de uma casa determinam sua segurança e durabilidade, as bases do Direito de um determinado país é que vão determinar a segurança e durabilidade do Estado. O constitucionalismo pós positivista busca a harmonia entre o valor e a norma através dos princípios constitucionais, são esses que vão orientar e delimitar o direito positivado nos códigos estatais. Sendo Assim, faz-se indispensável sempre ponderar acerca dos princípios que estão por de trás do ordenamento jurídico pátrio.

A Constituição Federal de 1988 é uma constituição de caráter dirigista, isso significa que ela quebra o paradigma do Estado Liberal e constitui o que se denomina de Estado Social, e vai além, não só garante os chamados direitos de segunda geração como também vincula o poder público à diretrizes constitucionalmente positivadas, tolhendo assim parte da liberdade de consenso político no seio parlamentar, bem como os intuitos dos governos federais, estaduais e municipais.

Passados 32 anos da promulgação da atual constituição brasileira se intensifica, com cada vez mais robustez, as críticas ao modelo dirigista, tais críticas se ancoram na completa inabilidade do estado brasileiro em conseguir cumprir a missão que os constituintes determinaram às futuras gerações através das cláusulas dirigistas, isto é, eliminar a pobreza e reduzir, ao máximo, as desigualdades sociais e regionais e promover o desenvolvimento nacional.



O presente artigo busca, através de pesquisa bibliográfica, apresentar argumentos no sentido de ponderar a natureza do Estado e da sociedade civil para responder a seguinte questão: O dirigismo constitucional foi uma boa escolha para o Brasil?

## **2.A origem e a natureza do Estado**

A forma mais comum de se explicar a origem do Estado é através das teorias contratualistas de John Locke, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau. Mas o contratualismo apresenta alguns problemas lógicos um tanto quanto evidentes, quando é assinado ou aceito o contrato social? Todos assinaram? Há a possibilidade de indivíduos se recusarem a assinar o contrato social? Se sim, o que ocorre com esses indivíduos? Há como provar essa teoria na História das nações modernas ou antigas?

Rothbard (2019), apresenta uma explicação mais plausível para o surgimento do Estado. O autor sustenta que o Estado surgiu quando ladrões que, de tempos em tempos, atacavam uma determinada área geográfica para pilhar os bens roubados das propriedades privadas que ali estavam conceberam uma maneira menos arriscada e ainda mais rentável de realizar a expropriação, se fixando naquela mesma região, permitindo que os legítimos proprietários daquele lugar trabalhassem e que em determinada época lhes fossem entregues uma porcentagem do que ali foi produzido e, como eles não eram o único grupo dedicado ao roubo na face da Terra, eles protegeriam aquela região contra outros grupos dedicados ao espólio, assim surgiu o estado que não passa de uma organização parasitária e que é, por definição, a antítese do capitalismo.

Um método de nascimento de um Estado pode ser ilustrado como se segue: nas montanhas da "Ruritânia" do Sul, um grupo de bandidos se organiza para obter o controle físico do território, e finalmente o chefe do grupo se auto-proclama "Rei do governo soberano e independente da Ruritânia do Sul"; e, se ele e seus homens tiverem a força para manter tal domínio por algum tempo, pasmem! Um novo Estado se uniu à "família de nações", e os que antes eram meros bandidos se transformaram na nobreza legítima do reino. (ROTHBARD, 2019, p. 24)

Rothbard (2019), prossegue suas observações acerca do Estado tratando de como essa organização parasitária se legitima no decorrer da história, o autor

afirma que para isso é essencial ao aparelho estatal a cooptação da classe intelectual, para que esta se dedique a criar meios de perpetuação do poder dos que estão no governo, em troca, é oferecida aos intelectuais segurança e prestígio. Para o autor, das relações sociais livres e orgânicas surge o livre mercado e de forma mecânica e cruel surge o Estado, num livre mercado, o intelectual está à mercê do interesse do cidadão médio, cuja uma das marcas é o desinteresse por assuntos mais eruditos, daí se torna tremendamente vantajoso para os pensadores prestarem serviços de legitimação aos governos. Outra forma de o governo se perpetuar, segundo Rothbard (2019), é através da criação de grupos de interesses, o Estado surge quando saqueadores aleatórios resolvem fixar residência em determinado local e ali criar uma máquina destinada a parasitar o que o livre mercado produz e, para conseguir se perpetuar sem que o povo se revolte contra a opressão do roubo, além de cooptar intelectuais os governantes tratam de fazer com que as pessoas se tornem coparticipantes na sua espoliação, claro que para isso ser vantajoso os grupos de interesses devem ficar com uma parte bem menor do que o Estado expropria, esses grupos vão ganhar privilégios em relação a totalidade da população local através de leis estatais e assim, terão com o Estado um vínculo de dependência.

Note que conseguimos ver o que o autor explica em sua obra, *Anatomia do Estado*, na história de qualquer nação. No Brasil, por exemplo, o território era habitado por diversas tribos indígenas que guerreavam entre si, quando os portugueses chegaram com armas mais potentes, estes expropriaram as propriedades tribais e tornaram aqui uma continuidade da autoridade dos governantes de Portugal, anos depois, a mesma família que estava por de trás dos colonizadores encerraram o vínculo desta nação com a nação portuguesa criando o Estado brasileiro independente.

Vemos também, o processo descrito por Rothbard no continente africano. Tribos africanas guerreavam entre si, em busca de espólios, quando lá chegaram os europeus, a princípio, algumas nações africanas fizeram pactos com as nações europeias para que estas pelejassem contra os seus inimigos, se tornando parceiros de pilhagem. Mas com o passar dos anos o imperialismo europeu se fez sentir em toda África, criando diversos Estados de acordo com os interesses das potências europeias, mas antes disso, os próprios africanos faziam uns com os outros o que os europeus fizeram com todos.

Rothbard (2019), tratou não apenas do Estado primitivo mas também de temas mais contemporâneos como o constitucionalismo, na sua busca por responder se é possível limitar o poder estatal o autor demonstra como as tentativas de conter o leviatã falham pois, a tendência do aparato estatal é sempre o acúmulo de poder, por esse motivo, o Estado sempre encontra um meio de usar o que

deveria limita-lo para poder expandir seu campo de atuação e influência. O principal meio legal de limitação do poder estatal é a constituição e o autor cita especificamente o caso da Constituição Americana. A Lex Mater dos E.U.A, diferentemente da atual carta magna brasileira, tem por intuito original apenas proteger direitos naturais e limitar o poder de agencia do governo na vida social, contudo, o autor mostra como o governo federal americano conseguiu extrapolar os limites legais sem mudar uma letra na constituição. Por ocasião da crise institucional desencadeada pelo New Deal, na qual o governo federal, chefiado pelo então presidente Roosevelt, contra a clara posição liberal da Constituição dos Estados Unidos, propôs um amplo programa de interferência estatal na economia e intensificação dos gastos públicos. O programa, manifestamente inconstitucional, sofreu sucessivas derrotas na Suprema Corte, mas ao fim da crise constitucional a Corte deu aval ao programa keynesiano sem que qualquer parte da Lei Maior fosse mudada. O caso aqui mencionado mostra algo muito interessante, uma constituição não é o que ela realmente diz, mas sim o que a maior parte dos juizes de uma corte constitucional determina que ela seja, mesmo que haja uma clara discordância entre a letra da lei e o entendimento jurisprudencial.

### **3.A origem e a natureza da sociedade civil**

A sociedade civil é, segundo Scruton (2019), o produto das relações entre indivíduos livres. Há duas formas de se ver a sociedade civil, existe a visão individualista e a visão coletivista, Hayek (2010) explica que no coletivismo pessoas não tem direitos, classes tem direitos, no coletivismo o indivíduo não é visto como um fim em si mesmo e sim como um meio para a satisfação das necessidades do coletivo. Já a visão individualista consiste na afirmação que o indivíduo é um fim em si mesmo, possuindo direitos naturais que devem ser respeitados por qualquer entidade coletiva, bem como por outros indivíduos e são os objetivos e necessidades das pessoas o que realmente importa, sendo a sociedade nada mais que um ajuntamento de indivíduos se relacionando livremente com o objetivo de atender seus interesses pessoais. Podemos aplicar essa visão a história da Guerra Fria, nos países socialistas imperava a visão coletivista e nos países capitalistas imperava a visão individualista. Sabemos que o bloco socialista, liderado pela União Soviética, implodiu de dentro para fora sufocado pela burocracia estatal e os países capitalistas se mostraram capazes de gerar riquezas e bem estar para uma parcela cada vez maior da população. Mesmo com a característica intrínseca do capitalismo que é a desigualdade socioeconômica, segundo estudos do Banco Mundial de 1990 à 2015 a pobreza extrema no mundo caiu de 36% para 10% da população e podemos perceber por sucessivos levantamentos do ranking de liberdade

econômica que quanto mais um determinado país aposta na sociedade civil para resolução de problemas ao invés do Estado, maior a prosperidade e o nível de vida daquela população. A explicação da preponderância da sociedade civil em relação ao Estado é explicada da seguinte maneira:

Talvez o desenvolvimento mais importante da política moderna tenha sido a emergência de sistemas políticos com um vício oposto ao criticado por Hegel: o vício não de dissolver o Estado na sociedade civil, mas de absorver a sociedade civil no Estado. Esse vício foi exibido pelos Jacobinos, que efetivamente proscreveram todas as associações que eles não controlavam, e foi a política consciente dos comunistas na União Soviética e seu império. Todas as instituições autônomas (as “corporações” de Hegel) – que são o âmago da sociedade civil – foram subvertidas, e nenhuma associação era permitida, a menos que estivesse sob o controle do Partido, que também controlava o Estado. A história do totalitarismo confirma as duas principais concepções da filosofia política de Hegel: a teoria de que o Estado e sociedade civil só podem florescer quando não são confundidos e a teoria de que o Estado, em sua forma correta, possui identidade e a autoridade de uma pessoa jurídica. Precisamente ao usar o Estado para suprimir todas as corporações e associações autônomas, os totalitaristas colocaram uma máquina impessoal e irresponsável no lugar do governo responsável. Ao destruir a liberdade dos cidadãos, incluindo a liberdade de associação, também destruíram a personalidade do Estado, que se tornou uma espécie de máscara usada pelo conspiratório Partido. (SCRUTON, 2019, p. 55)

#### **4.Os poderes intermediários**

A base da sociedade é o indivíduo, sendo assim, a sociedade nada mais é que um conjunto de indivíduos se relacionando para buscar benefícios pessoais de forma livre. O Estado é uma organização mecânica, a sociedade um produto orgânico dos relacionamentos humanos, o Estado é também uma organização que sempre constitui uma ameaça ao indivíduo, o Estado como vimos nesse estudo já nasce através da coação e expropriação, na teoria contratualista indivíduos livres se juntam e consentem em criar um contrato social para proteção de seus direitos naturais, para isso eles abrem mão de boa parte de sua liberdade e entregam ao Estado o monopólio da violência, mas nos estudos de Rothbard (2019) o Estado

nasce quando um grupo domina a força uma determinada região para, do que é produzido ali, ele sobreviver através de expropriação e, o interesse do Estado pela segurança externa e interna é explicado não por um contrato social que nunca se sabe quando é assinado, e sim pelo interesse dos governantes em exercer o monopólio do crime, o interesse estatal é não ter competição em sua atividade espoliadora.

Entre o direito individual e o poder estatal existem poderes na sociedade civil que intermediam a relação estado versus indivíduo. No decorrer da história há uma confusão entre Estado e a sociedade, pois certamente o aparato burocrático é composto por pessoas exatamente iguais a qualquer outro tipo de indivíduo, laços culturais e religiosos vão gerar uma identificação natural entre dominador e dominado, inibindo o totalitarismo estatal e, de certa forma, pacificando a relação ora conflituosa entre governantes e governados.

Tão importante para Burke quanto o conceito de tutela era a ideia de "pequeno pelotão". A sociedade, acreditava ele, depende de relações de afeto e confiança que só podem ser construídas a partir de baixo, através da interação face a face. É na família, nos clubes e sociedades locais, na escola, na igreja, no time, no regimento e na universidade que as pessoas aprendem a interagir como seres livres, assumindo a responsabilidade por suas ações perante seus vizinhos. Quando uma sociedade é construída a partir de cima, seja pelo governo de uma ditadura revolucionária, seja pelos editos impessoais de uma burocracia inescrutável, a responsabilidade rapidamente desaparece da ordem política e da sociedade. (SCRUTON, 2019, p. 40)

Edmund Burke concebe a ideia dos pequenos pelotões nas suas investigações acerca da Revolução Francesa, observa ele que os revolucionários estavam, em nome de sua ideologia, tentando destruir todo o status quo e reconstruir a sociedade francesa das ruínas, de cima para baixo. Burke percebe que essa ideia iria conceber um totalitarismo mais cruel do que o que decorria do absolutismo monárquico. Todo sistema que vê o Estado como um meio messiânico de se resolver todos os problemas da humanidade através de planejamento central está fadado, primeiramente, ao totalitarismo e pôr fim ao colapso enquanto civilização. Como a confiança só pode nascer das relações sociais, no dia a dia, essas relações que exigem liberdade e responsabilidade devem ser o ponto de comando em qualquer tentativa de se conformar a realidade a um *dever ser*, pois quando o

ponto de comando passa a ser o governo, o parlamento ou qualquer entidade estatal através de planejamento central a sociedade vai carecer de coesão social, a falta dessa coesão vai aumentar conflitos, normalmente, esses conflitos seriam solucionados pelos costumes, mas o Estado vai impor uma solução estatal de fora da sociedade. Entramos então na teoria de Hayek sobre o conhecimento, o conhecimento está disperso na sociedade, ninguém, seja pessoa ou entidade pode concentrar todo conhecimento disponível, na sociedade o conhecimento difuso leva a humanidade para frente através das relações sociais e comerciais livre, que podemos denominar de livre mercado. Quando a ideia de livre mercado e livre iniciativa é substituída pela ideia de planejamento central, significa primeiro que a solução de um problema vai vim de um plano racional feito por determinado órgão e que fora desse órgão nenhuma solução espontânea poderá vir, mas esse órgão não tem todo conhecimento acerca da problemática concentrada nele, e como ele tem o monopólio da solução, a solução terá a qualidade que se encontra em qualquer monopólio, a menor qualidade pelos maiores custos.

## **5. O Brasil e o dirigismo constitucional**

A ideia de o Estado dirigir a sociedade e a economia não começou na constituinte que promulgou a atual carta magna brasileira. O pai do pensamento dirigista em nossa política certamente foi Getúlio Vargas. Getúlio, por sua vez, não criou nada novo, apenas importou para o Brasil o fascismo que já fazia estragos na Europa, em especial na Itália, também conquistando os governos de Portugal e Espanha.

A Constituição de 1937 tinha um caráter autoritário e centralizador e foi obra de Francisco Campos, então ministro da Justiça de Vargas, que recebeu a incumbência de elaborá-la. Ela foi inspirada em Cartas fascistas, como a polonesa, e por isso ficou conhecida como Polaca. Depois de pronta, recebeu a aprovação do presidente e do general Eurico Gaspar Dutra, ministro da Guerra. Por ela, aumentava-se consideravelmente a intervenção estatal na economia e a criação de órgãos técnicos voltados para esse fim. Dava ênfase ao sindicalismo em moldes corporativos e descartava o parlamento e os partidos políticos, tidos como marcas da democracia liberal, que o governo tributava como responsável pelas instabilidades políticas vividas no período. O poder concentrou-se no Executivo, nomeava os interventores nos Estados, que por sua vez nomeava as autoridades municipais, criando uma cadeia política de apoio ao chefe da nação. (NETO; TASINAFO, 2006, p. 667)



Perceba que a diferença entre a Constituição de 1988 e a de 1937 é o processo de criação e o meio pela qual se tornaram vigentes, o espírito dirigista é o mesmo, mas ao menos Vargas sabia o que queria, uma ditadura, os constituintes de 1987 em nome da democracia engessaram a vontade popular, criando uma democracia sem povo.

Dizer que o Brasil é, em decorrência da constituição atual, uma democracia sem povo significa afirmar que: a atual Lex Mater não dotou o cidadão de meios de controle pós voto sobre o representante eleito. Quais seriam os meios de controle pós voto do cidadão sobre o político eleito? Recall e um canal direto e permanente de cobrança. Recall é a possibilidade de um “voto de desconfiança” que retira o legislador do seu cargo, muitos entendem um recall como uma espécie de impeachment, mas esse entendimento não procede uma vez que impeachment carece de razões juridicamente pré-estabelecidas, já o voto de desconfiança é o meio pelo qual nos países parlamentaristas o chefe de governo é retirado do cargo, seja por razões jurídicas, incompetência ou falta de força política no parlamento, o recall acontece quando os eleitos entendem que houve uma dissociação do discurso eleitoral com a prática durante o mandato. Já o canal direto e permanente é um meio que favoreça a prestação de contas em relação ao mandato feito diretamente pelo representante eleito para os seus eleitores. O que essas duas questões tem em comum? Só são viáveis num sistema eleitoral distrital.

Ao invés de dotar o eleitor de poderes sobre os legisladores, a Constituição Federal de 1988 reforçou os poderes dos representantes legislativos com os seguintes poderes: reeleição indefinida; controle direto de parte do orçamento através das emendas parlamentares; sistema eleitoral proporcional que coloca o deputado como representante do povo de um estado da federação, a federação tem dimensões territoriais continentais e a maior parte dos estados da federação tem o tamanho igual ou superior a muitos países europeus ou africanos, o que favorece a dispersão do elo de representatividade que seria bem definido no sistema distrital e, por fim, o direito de ser afastado ou perder o mandato em caso de crime apenas com o aval da respectiva casa parlamentar, o que favorece o corporativismo congressional.

Apesar de dar ao congressista e legisladores, em geral, uma autonomia perigosa em relação aos seus eleitores a Constituição Federal de 1988 priva o legislador de cumprir sua missão natural, tornar lei os anseios do povo. Ao engessar o uso do orçamento, de parte da constituição e da lógica do direito penal o que resta ao legislador? Lutar por interesses pessoais escusos e setoriais mesquinhos, essa configuração favorece a corrupção e o sectarismo.

## 6. Conclusão

A sociedade civil é superior ao Estado, é superior em sua origem, natureza e finalidade. A origem do Estado é o crime e a violência, sua finalidade é o espólio e sua tendência é ganhar mais e mais poder marchado rumo ao totalitarismo, no decorrer de muitos séculos de opressão encontrou-se uma real utilidade para o aparato estatal, proteção aos direitos naturais, contudo na história dos últimos anos há uma perigosa marcha do Estado ao cerceamento de liberdades com um discurso de inclusão e ampliação de direitos. Afirmar que existe um direito significa afirmar que para alguém existirá um dever, por essa razão o Estado de bem estar social, o progressismo marxista e keynesianismo na melhor das intenções acaba dando ao governo mais e mais poder e ao povo mais e mais deveres travestidos de direitos.

A origem da sociedade civil é orgânica, ela surge das relações sociais naturais entre indivíduos livres buscando paz, segurança e prosperidade. A sociedade civil cria o livre mercado e através dele todos ficam mais prósperos, apesar de uns serem mais beneficiados que outros, não se pode negar que os hoje considerados pobres vivem uma condição de vida melhor que muitos reis da antiguidade. Pelo fato de o conhecimento estar difuso entre as pessoas e não poder ser centralizado, da sociedade sempre vem as melhores soluções.

A República Federativa do Brasil, na Constituição Federal de 1988, consagrou a visão equivocada de que o protagonista nesse país é o Estado dando a ele a tutela dos cidadãos. Com o intuito de criar um Estado Democrático de Direito os constituintes conceberam um sistema que mina a responsabilidade individual.

Desde Vargas, prevalece no Brasil a ideia de que cabe ao Estado através das leis planejar a economia, mas não apenas isso, ao governo cabe planejar a economia, as cidades, o combate à pobreza, o modo pelo qual as regiões vão crescer de forma igualitária e com isso se chega à conclusão que prevalece no país a ideia do Estado gestor de pessoas. Se o Estado gere pessoas, significa que a lei aqui parte do pressuposto de que as pessoas não devem gerir suas próprias vidas, e se as pessoas não devem gerir suas próprias vidas por qual razão elas deveriam gerir o Estado? Perceba como a lógica intervencionista mina a democracia plena. (FERNANDES, 2020)

Há um consenso que o Brasil falhou nas missões constitucionais dadas pela constituição dirigista, mas a verdade é que o Brasil falhou por causa da constituição dirigista, as soluções para os problemas do país estão dispersos em meio ao povo

e podem ser oferecidos num livre mercado de ideias, os que refletirem as necessidades das pessoas serão valoradas, já as soluções dadas pela burocracia estatal são como qualquer produto vindo de monopólio, tem a menor qualidade pelo maior custo possível. Adotar o dirigismo constitucional não foi uma boa escolha para o Brasil.

## 7. Referências Bibliográficas

FERNANDES, Atos Henrique. **Caminho para o império da Lei e Justiça na perspectiva de Frédéric Bastiat**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 24 fev 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54211/caminho-para-o-imprio-da-lei-e-justia-na-perspectiva-de-frdric-bastiat>. Acesso em: 24 fev 2020.

HAYEK, Friedrich August Von. **O Caminho da Servidão** – São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

**Nações Unidas Brasil**. Banco Mundial: pobreza extrema está diminuindo no mundo, mas a ritmo lento: **In** > <https://nacoesunidas.org/banco-mundial-pobreza-extrema-esta-diminuindo-no-mundo-mas-a-ritmo-lento/>. **Disponível em 24/02/2020**.

NETO, José Alves de; TASINAFO, Célio Ricardo. **História Geral e do Brasil** – São Paulo: HABRA, 2006.

ROTHBARD, Murray N. **Anatomia do Estado**; tradução de Matheus Pacini – Campinas, SP: VIDE Editorial, 2019.

CRUTON, Roger. **Conservadorismo: um Convite à Grande Tradição**; tradução de Alessandra Bonruquer. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2019

## **MULTIPARENTALIDADE: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DOS FILHOS GERADOS PELO AFETO**

**ISABELA DA SILVA GOMES:** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Profa. Ma. Érica Cristina dos Santos Molina e Co-Orientadora Profa. Me. Márcia Kazume Pereira Sato.

**RESUMO:** O vínculo afetivo parental transformou o ordenamento jurídico brasileiro e passou a aceitar a remodelação de família pré-estabelecida outrora. A família modificou-se no decorrer da história humana, precipuamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que garantiu os princípios basilares asseguradores dessa evolução, tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade de filiação, a afetividade, a proteção integral à criança e ao adolescente, dentre outros. Desse modo, é primordial apreciar os novos modelos de entidades familiares asseguradas pela Lei Maior e seu elemento estrutural para, assim, compreender a composição da família moderna. A relação entre pais e filhos é a mais próxima no tocante a parentalidade, o que naturalmente desencadeia um elo de amor, afinidade, cuidado, guarda e proteção. Isto posto, é necessário compreender os múltiplos vínculos de filiação e suas respectivas possibilidades de reconhecimento. Por fim, a multiparentalidade, a qual permite o reconhecimento de mais de um pai e de uma mãe no registro de nascimento de um único filho, ou seja, um contexto plural de entidades familiares asseguradas juridicamente. A proteção e o interesse do filho são prioridades no seio familiar.

**Palavras-chave:** Direito de família; Filiação; Afetividade; Multiparentalidade; Reconhecimento.

**ABSTRACT:** The parental affective bond transformed the Brazilian legal system, and it started to accept the remodeling of a family previously established. The family changed over the course of human history, precipitously after the promulgation of the Federal Constitution of 1988, which guaranteed the basic principles that ensured this evolution, such as the dignity of the human person, equality of affiliation, affection, integral protection for the child and the adolescent, among others. Thus, it is paramount to appreciate the new models of family entities ensured by the *Lei Maior* and its structural element in order to understand the composition of the modern family. The relationship between parents and children

is closest in parenthood, which naturally triggers a bond of love, affinity, care, custody and protection. That said, it is necessary to understand the multiple affiliation bonds and their respective recognition possibilities. Finally, multiparenting, which allows the recognition of more than one father and mother in the birth registration of a single child, that is, a plural context of legally secured family entities. Protection and concern of the child are priorities within the family.

**Keywords:** Family Law; Affiliation; Affectivity; Multiparenting; Recognition. **SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. FAMÍLIA. 2.1 Novas acepções de família. 2.1.1. Família Anaparental. 2.1.2. Família Homoafetiva. 2.1.3. Família Eudemonista. 2.1.4. Família Adotiva. 2.1.5. Família Reconstruída. 2.2 Afeto como elemento estrutural da família contemporânea. 3. DA FILIAÇÃO. 3.1 Filiação biológica. 3.2 Filiação socioafetiva. 4. A MUTIPARENTALIDADE. 4.1 Aspectos gerais. 4.2 A multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro. 4.3 A necessidade da averbação no registro civil. 4.4 Benefícios à criança e ao adolescente. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O ser humano enquanto indivíduo instintivamente escolhe viver rodeado de pessoas que lhe fazem bem, onde pode ser encontrada a felicidade buscada diariamente através da trajetória da vida. Comumente esse contentamento é perfeito no vínculo familiar.

A família é o nosso elo mais próximo e está diretamente ligada à evolução e ao desenvolvimento de nossos valores e princípios, os quais são levados por toda vida, e têm influência direta em nossas ações, escolhas e decisões.

Desse modo, seu estudo e discussão são fundamentais para buscar o amparo necessário para qualquer tipo de família.

Através da promulgação da Constituição Federal de 1988, a sociedade passou a externar o que já vinha acontecendo dentro de seus respectivos lares, ou seja, diante dos princípios assegurados constitucionalmente as mudanças culturais e sociais que já estavam acontecendo tiveram respaldo, especialmente com o advento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade de filiação, da proteção integral à criança e ao adolescente, da afetividade e da pluralidade das entidades familiares.

O vínculo familiar deixou de ser exclusivo da relação matrimonial, passou a aceitar a dissolução do casamento e a união de novos vínculos conjugais, o que fez com

que a filiação que era tão somente biológica, dispor de um novo vínculo diante da formação de uma nova família e ter caráter socioafetivo.

O vínculo afetivo parental passou a somar com o vínculo biológico e adveio a multiparentalidade, instituto jurídico que surgiu como a solução mais adequada para regular as relações familiares em sua pluralidade de formas. Se a pessoa, durante seu desenvolvimento, recebe de um pai e/ou mãe – não biológicos – os cuidados basilares da relação de pais e filhos, pautados no amor, no cuidado, no afeto e no comprometimento mútuo, por que não reconhecê-los como filhos que são e garantir seus direitos recíprocos? Deixar de reconhecê-los é contrariar sua realidade e individualidade.

Isto posto, o presente trabalho tem por escopo demonstrar a possibilidade do reconhecimento da filiação multiparental em razão de sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seus benefícios.

No tocante à metodologia utilizada será o método dedutivo e o procedimento de pesquisa bibliográfica, com enfoque nas principais fontes do direito, quais sejam: norma, doutrina, jurisprudência e provimentos.

No primeiro capítulo, verificar-se-á como a doutrina contemporânea passou a conceituar família, sendo que esta sofreu significativa transformação em relação ao período de vigência do Código Civil de 1916, quando a relação familiar era reconhecida exclusivamente através da união pelo matrimônio. E também, os novos modelos de entidades familiares e suas peculiaridades, principalmente no tocante ao elemento estrutural da família contemporânea.

Já no segundo capítulo, serão abordadas duas hipóteses de filiação – a biológica e a socioafetiva – e a relação direta entre pais e filhos.

O terceiro capítulo, por fim, reportar-se-á ao instituto da multiparentalidade e a sua admissão, além da forma como o ordenamento jurídico pátrio se modificou junto com a evolução da família e passou a reconhecer novos vínculos familiares. Como também, observar-se-á a importância da averbação junto ao registro civil do reconhecimento da filiação pluriparental e, finalmente, os benefícios que a criança e o adolescente terão com a possibilidade de ter mais de um pai e de uma mãe.

## **2.FAMÍLIA**

O Código Civil (CC) de 1916 protegia o instituto da família, assim considerada como a relação de pessoas unidas após o matrimônio, exclusivamente. Naquela época não existia a possibilidade de qualquer outro vínculo diverso ao do casamento ser considerado como família.



Com o advento da Constituição Federal (CF) de 1988 e o Código Civil de 2002, o conceito de família foi ampliado e novas acepções foram admitidas, sendo tantas as mudanças no Direito de Família que, doutrinariamente, este instituto jurídico passou a ser chamado de Direito das Famílias.

Família, para Guimarães (2019, p. 127) é conceituada como “sociedade matrimonial, formada pelo marido, a mulher e os filhos, ou o conjunto de pessoas ligadas por consanguinidade ou mero parentesco”.

O projeto do Estatuto da Adoção de Criança ou Adolescente, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues, inicialmente elaborado por Maria Berenice Dias e Silvana do Monte Moreira, que tramita no Senado Federal através do Projeto de Lei nº 394, de 2017 traz, em seu artigo 17, que: “Entende-se por núcleo familiar a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços biológicos, de afinidade ou afetividade”.

Desta forma, é incontestável que a família tradicional já restou superada, uma vez que sua formação por meio da reprodução humana, na qual resultava na semelhança física e fisiológica dos indivíduos, através da herança genética, isto é, o DNA (ácido desoxirribonucleico), não mais deve ser utilizada como único meio para constituição legítima de família.

Já o Direito de Família, para Farias, Rosenvald e Braga Netto (2017, p. 1644) define-se como “um conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais”.

Nesse diapasão, importante mencionar que o afeto é um norteador jurídico para o reconhecimento de família e deve ser espontâneo, diferente do matrimônio, que era obrigatório.

## **2.1 Novas acepções de família**

Primeiramente, vale discorrer sobre os três modelos de entidades familiares elencados na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 que, conforme aduz Carvalho (2018, p. 101), através do princípio do pluralismo familiar, estes modelos são apenas exemplificativos, diante da existência da liberdade de escolha e planejamento familiar que permitem modelos diferentes dos previstos na Lei Maior.

O primeiro modelo é o casamento (§§ 1º e 2º, do artigo supramencionado), consistindo em uma tradição da formação da entidade familiar, que mesmo sendo amparada pela Carta Magna de 1988, perdeu sua exclusividade ante a evolução e a pluralidade dos núcleos familiares.

Casamento já foi conceituado por Perrino (*apud* FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 1668) como uma “sociedade entre homem e mulher que se unem para perpetuar a sua espécie, para ajudar-se e para socorrer-se mutuamente, para levar o peso da vida e compartilhar os seus destinos”. Nesse sentido, Pereira (conforme citado por CARVALHO, 2018, p. 152) define o matrimônio como “união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente”.

Para tanto, após a Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o casamento, bem como a conversão de união estável em casamento, também restou-se cabível entre pessoas de mesmo sexo.

Nessa nova acepção, é mais acertado conceituar o casamento como “entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas merecedoras de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial” (FARIAS; *et al.*, p. 1669).

O segundo modelo de entidade familiar previsto constitucionalmente é a união estável (CF, artigo 226, § 3º), que é “configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, de acordo com o artigo 1.723, do Código Civil de 2002.

A união estável, doutrinariamente, é denominada como família convivencial, ou seja, sua formação tem enfoque na relação de convívio entre os companheiros e não nas formalidades legais como as trazidas pelo casamento, *v.g.*

Conforme instituído pela CF de 1988, a união estável seria possível entre homem e mulher, isto é, pessoas de sexos diferentes, contudo, o Supremo Tribunal Federal determinou que o reconhecimento da união estável homoafetiva (entre companheiros de mesmo sexo) deve “ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (STF, ADIn 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05 mai. 2011, DJe 14 out. 2011).

A união estável tem como elemento principal a convivência de seus companheiros como se casados fossem e, nesse seguimento, vale mencionar que tanto o primeiro como o segundo modelo de entidade familiar se identificam pela “comunhão de vida” (passim FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017).

Por fim, o terceiro modelo é a família monoparental, com crescimento significativo em nosso país e segundo previsão do § 4º do artigo 226, da CF é a entidade familiar “formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

A formação da família monoparental verifica-se no momento em que há um “desfalque” na constituição “tradicional” de família (formada por pai, mãe e filhos), em casos de viuvez, divórcio e separação de fato em que os filhos estejam sob a guarda de apenas um deles, ou ainda por mera opção do pai ou da mãe em casos de adoção unilateral.

Finalmente, vejamos os novos modelos de família o qual são amparados pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, mas não estão previstos em nossa Lei Fundamental.

### **2.1.1 Família Anaparental**

A família anaparental é uma modalidade pluriparental de entidade familiar, de forma que sua estrutura não tem um modelo pré-estabelecido, na qual cada membro da família desempenha sua função. Nessa modalidade de família inexistente a presença de pai e mãe, haja vista que é estruturada entre parentes (colaterais) ou pessoas que convivem como se família fossem.

*[...] a estrutura formada por vários irmãos que foram abandonados pelos pais, que continuaram por muitos anos a viverem juntos, e tendo o primogênito assumido as responsabilidades da figura paterna para com os demais irmãos, dando amparo não só material, mas também emocional, de carinho, afeto, amor e cuidados, constitui um dos possíveis modelos de família anaparental (KUSANO, 2010, online).*

Portanto, resta claro que além da parentalidade entre os indivíduos e a convivência, um dos requisitos para seu reconhecimento é a identidade de propósito de constituir família, sendo que estes devem prestar assistência mútua material e emocional uns aos outros.

### **2.1.2 Família Homoafetiva**

Constituída de pessoas do mesmo sexo, a família homoafetiva, não prevista na Constituição Federal, recebeu amparo e proteção legal por meio de julgamentos dos Tribunais Superiores. Dessa forma, tanto o casamento como a união estável

homoafetivos devem seguir as regras estabelecidas para os institutos heteroafetivos, sem qualquer distinção, preconceito ou discriminação.

*Diante das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, alguns juízes autorizaram a conversão da união homoafetiva em casamento ou a habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo em diversas cidades do País. O primeiro casamento homoafetivo foi realizado em Jacareí/SP, em 28 de junho de 2011, de dois homens, e o segundo em Brasília, em 29 de junho de 2011, de duas mulheres (CARVALHO, 2018, p. 56).*

O artigo 1º da Resolução nº 175, do CNJ anteriormente mencionada, dispõe que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”, ou seja, o vínculo de afeto criado por pessoas do mesmo sexo assim como o criado por pessoas de sexos distintos, é amparado na afinidade dos membros da entidade familiar em comento.

### **2.1.3 Família Eudemonista**

Para a doutrina majoritária, a família eudemonista é o conceito mais inovador de família, pois fundamenta-se no envolvimento afetivo, na busca da felicidade individual de seus membros que vivem um processo de independência e liberdade. Para Rodrigo da Cunha Pereira (apud CARVALHO, 2018, p. 62) “a família eudemonista é aquela que tem como princípio, meio e fim a felicidade”.

O direito à busca da felicidade está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, logo funcionam como uma proteção para que o Estado não obrigue o sujeito a se enquadrar em modelos de família preconcebidos (CARVALHO, 2018, p. 62).

### **2.1.4 Família Adotiva**

família adotiva é constituída pelo instituto da adoção, que consiste na escolha de um casal ou uma pessoa no acolhimento de uma criança, adolescente ou um maior de idade, como filho. A adoção é regulada tanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) como pelo Código Civil, neste último caso nas adoções que versem sobre maiores de idade.

A concepção de adoção sofreu alteração, deixando de priorizar o interesse dos adotantes por um filho, passando a “reconhecer o primado do direito de crianças e

adolescentes a terem uma família” (DIAS, 2017, p. 67). Para tanto, formar uma família adotiva no Brasil é um caminho árduo e excepcional, visto que “a lei prioriza e incentiva a permanência de crianças e adolescentes no âmbito da família natural biológica” (Idem).

### **2.1.5 Família Reconstruída**

A família reconstruída ou família mosaico, doutrinariamente conhecida, é uma família complexa, eis que sua formação ocorre no momento em que um ou ambos os parceiros possuem filhos de uniões anteriores, resultando na pluralidade das relações parentais, multiplicidade de vínculos, ambiguidade dos compromissos e interdependência (CARVALHO, 2018, p. 60-61).

A família reconstruída é uma das hipóteses de representação da multiparentalidade, ocorrendo após dissolução de uma família, em que os pais conhecem novos parceiros, passam a conviver com eles (independente se optam pelo casamento ou união estável) e iniciam o vínculo entre os filhos e o padrasto e/ou madrasta. Importante mencionar que o reconhecimento da multiparentalidade exige-se muito mais que o simples vínculo do pai ou da mãe com o padrasto ou a madrasta e, conseqüentemente dos filhos com cada um deles, como veremos posteriormente.

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (citadas por CASSETARI, 2017, p. 182) acompanham a evolução das novas famílias e expõem:

*Em face de uma realidade social que se compõe de todos os tipos de famílias possíveis e de um ordenamento jurídico que autoriza a livre (des)constituição familiar, não há como negar que a existência de famílias reconstituídas representa a possibilidade de uma múltipla vinculação parental de crianças que convivem nesses novos arranjos familiares, porque assimilam a figura do pai e da mãe afim como novas figuras parentais, ao lado de seus pais biológicos. Não reconhecer esses vínculos, construídos sobre as bases de uma relação socioafetiva, pode igualmente representar ausência de tutela a esses menores em formação.*

Portanto, percebe-se que o vínculo afetivo e a parentalidade biológica caminham juntos ao encontro do melhor interesse para os envolvidos na entidade familiar, especialmente envolvendo as crianças.

## **2.2 Afeto como elemento estrutural da família contemporânea**

O afeto é um sentimento de carinho, cuidado e afeição de uma pessoa para outra, algo indispensável dentro da entidade familiar para manter um bom convívio.

A afetividade conquistou valor jurídico, posto isso, vimos, com exceção da família anaparental anteriormente citada, que se forma em razão da parentalidade, as outras entidades familiares moldadas pela própria sociedade e que não estão previstas constitucionalmente, se constituem a partir do vínculo do afeto e do sentimento.

Conforme mencionado por Maria Berenice Dias (2017, p. 34), “a afetividade que coloriu as relações conjugais e se espraiou para os vínculos parentais” é consequência da possibilidade de dissolução do casamento, que deixou de ser “autoritário, institucional e hierarquizado” para “pluralista, democrático e igualitário”.

Sendo assim, deve-se respeitar, reconhecer, valorizar e proteger toda e qualquer nova família, principalmente pela importância do afeto para cada integrante.

## **3. DA FILIAÇÃO**

“A filiação é relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram”, conforme conceituam Farias, Rosenvald e Braga Netto (2017, p. 1804).

A relação entre pais e filhos é o vínculo mais próximo de parentesco; a filiação, por sua vez, “decorre da faculdade que toda pessoa é reconhecida de se realizar como humano; de prosseguir sua felicidade” (CAMPOS, *apud* FARIAS, *ibidem*). Em Salmo 127:3, a bíblia traz que “os filhos são herança do Senhor, uma recompensa que ele dá”, logo, seus pais devem amá-los na mesma proporção, sem qualquer distinção.

A Lei Fundamental trouxe a igualdade entre os filhos, proibindo qualquer discriminação entre eles, conforme disposto no artigo 227, § 6º: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Nesse liame, observa-se que a filiação não necessita exclusivamente de prévio relacionamento sexual, ou seja, os filhos gerados no coração têm os mesmos



direitos que os filhos que possuem as cargas genéticas de seus pais, eis a pluralidade de origens dignas de reconhecimento que a filiação possibilita.

O presente artigo não visa esgotar as hipóteses de filiação, tão somente expor alguns critérios biológicos e socioafetivos.

### **3.1 Filiação biológica**

A filiação biológica é estabelecida por meio dos laços sanguíneos entre pais e filhos, que são determinados pelo vínculo genético e podem ser averiguados pelo exame de DNA.

Outrora presumia-se que a relação biológica entre pais e filhos era derivada exclusivamente de relações sexuais, nas quais o pai fertilizava a mãe e esta carregava o filho em seu ventre até que chegasse a hora de coloca-lo no mundo.

Para tanto, hodiernamente, em razão da evolução da medicina, é possível que haja a filiação biológica através de técnicas de reprodução medicamente assistidas, oportunidade em que o filho é gerado por outrem, mas seus genes são de seus pais biológicos.

A busca por uma gestação em útero alheio ocorre quando a mãe encontra-se impossibilitada de gerar o filho ou de levar a gravidez até o final e recorre a uma mulher que, respeitados os importantes requisitos trazidos pelo Conselho Federal de Medicina, aceita gera-lo; conforme explica Laura Dutra de Abreu (citada por FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2017, p. 1806) nesses casos “a maternidade é dividida ou dissociada: a mãe genética, por impossibilidade física recorre à outra mulher, mãe gestacional, para que esta leve a termo a gravidez impossível daquela”. Na hipótese de gestação em útero alheio, a mãe que hospeda o óvulo renuncia à sua maternidade em favor da mãe biológica.

Por fim, leciona Gonçalves (*apud* MONTEIRO, 2016, *online*) que “todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, pois a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos”.

### **3.2. Filiação socioafetiva**

A socioafetividade é conceituada por Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (citada por CASSETTARI, 2017, p. 08) como:

*[...] relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem, sendo, também, considerado como o laço criado entre os homens, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada.*

Nesse liame, Maria Berenice Dias (2017, p. 45) cita Belmiro Welter, *in verbis*.

*[...] a família socioafetiva transcende os mares do sangue. A verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independentemente da origem biológico-genética. Pais são aqueles que amam e dedicam sua vida a uma criança, pois o amor depende de tê-lo e se dispor a dá-lo. Esse vínculo, por certo, nem a lei nem o sangue garantem. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência, e não do sangue.*

Os laços de afeto criados entre pais e filhos transformam-se em relação jurídica, avocada pela doutrina como posse de estado de filho.

A posse de estado de filho é caracterizada por três elementos, quais sejam: trato (a pessoa é tratada pela família como filho ou filha); nome (a pessoa usa o sobrenome da família); e, fama (a pessoa é reconhecida no meio social como se filho ou filha fosse).

Para tanto, segundo José Bernardo Ramos Boeira (*apud* DIAS, 2017, p. 49), a posse de estado de filho não enfraquecerá caso o filho nunca tiver usado o patronímico familiar do pai socioafetivo.

Os elementos caracterizadores do estado de filho são situações que definem a verdadeira filiação socioafetiva construída ao longo da vida.

Nesse sentido, vale mencionar que, através do Provimento nº 83, do CNJ, o registrador civil somente poderá reconhecer voluntariamente a paternidade ou a maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos de idade, sendo que no Provimento nº 63 (instituído anteriormente) era possível à pessoa de qualquer idade.

Ainda, o Provimento nº 83 acresceu o artigo 10-A, o qual impôs que o vínculo paterno e materno socioafetivos devem ser estável e exteriorizado socialmente (sendo encargo do registrador atestar a existência do vínculo através de apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos, bem como por documentos), que caminha junto com a definição jurídica de estado de filho.

Ainda no que concerne à filiação socioafetiva, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) traz em seu Enunciado 06 que “do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental”.

Ademais, no último Congresso Nacional do IBDFAM foram apresentadas propostas selecionadas de novos enunciados dos quais os congressistas entendem que:

Enunciado 33 - O reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz jus às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representação.

Sendo assim, é notório que a filiação socioafetiva decorre da convivência entre o filho com o pai e/ou a mãe decorrente do vínculo do afeto (ou mesmo biológico), em que visa o cuidado, a atenção, o amor, a diligência entre ambos.

#### 4. A MUTIPARENTALIDADE

##### 4.1 Aspectos gerais

O início da multiparentalidade reporta-se à admissão do parentesco consanguíneo ou de outra origem trazida pelo artigo 1.593, do CC de 2002, possibilitando a pluralidade da filiação de uma mesma pessoa simultaneamente.

A primeira pessoa a escrever sobre a pluriparentalidade foi o professor João Baptista Villela na década de 1970, em seu artigo “Desbiologização da Paternidade”, o qual reconheceu que a parentalidade não seria exclusivamente de vínculos biológicos, necessitando do direito albergar algumas consequências jurídicas para um parentesco formado por um vínculo afetivo.

*[...] ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir. Veja-se a*

*célebre sentença de SALOMÃO. Que fez o sábio magistrado para dirimir o conflito das duas mulheres, que se dizendo, cada uma, ser a mãe, pretendiam a guarda da criança? Não recorreu a qualquer critério de natureza biológica. Nada que, sequer de longe, recordasse os sofisticados exames serológicos ou as complexas perícias antropogonéticas, que um juiz tem hoje à disposição. Simplesmente pôs à prova o amor à criança por parte das querelantes. Sua capacidade de renúncia em favor do filho. O dom de si mesmas. Não buscou o lúcido filho de DAVI assentar a verdade biológica, senão, antes, surpreender a capacidade afetiva. Ou seja: fundou-se em nada menos do que naquilo que, em linguagem de hoje, se identifica na Alemanha por Kinkdeswohl e na América do Norte por the best interest of the child (o melhor interesse da criança) (VILLELA, p. 408).*

Com o advento do artigo 227, na Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente passaram a ter prioridade absoluta quanto à convivência familiar, permitindo que exista pluralidade em um instituto o qual não admitia outra forma de entidade familiar que não fosse consequência do matrimônio, sendo este o único caso em que a prole era considerada legítima.

Na visão de Farias, Rosenvald e Braga Netto (2017, p. 1823), multiparentalidade é a “convivência simultânea, ou sucessiva de alguém com duas outras pessoas que se apresentem, efetivamente, como pais ou mães”.

Nesse sentido, inúmeros são os contextos e as circunstâncias em que crianças e jovens são submetidos por meio de seus pais a iniciarem um novo vínculo parental. E, havendo, por intermédio desse novo vínculo, a possibilidade de coexistência de filiações biológica e socioafetiva, a multiparentalidade resta estabelecida. A hipótese mais comum é aquela em que o pai e/ou a mãe investem em um novo relacionamento.

#### **4.2 A multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro**

A evolução de família na sociedade contemporânea exige que o Direito caminhe em conjunto com seu desenvolvimento, de forma que há novas famílias e novos julgados sendo formados continuamente.

Em época anterior ao instituto da multiparentalidade, nas ações de investigação de paternidade, os julgadores eram obrigados a escolher entre a paternidade biológica

ou a socioafetiva para o reconhecimento e, conseqüentemente, para inseri-la no registro civil do filho para surtir efeitos pessoais, familiares, alimentares e sucessórios, uma vez que no campo "filiação" do registro só era possível ter um nome para pai e outro para mãe.

Para tanto, observou-se que na maioria dos entendimentos jurisprudenciais, a filiação afetiva prevalecia sobre a biológica, isso porque os íclitos julgadores acreditavam na máxima "a parentalidade afetiva prevalece sobre a biológica", discordando com os princípios norteadores de amparo e cuidado com a criança, que são as mais prejudicadas frente a uma ação em que visa definir quem é ou não seu pai.

Conseqüentemente, necessitava-se de um entendimento que não violasse o direito da personalidade e nem o princípio da dignidade da pessoa humana, quando os tribunais brasileiros começaram a julgar pela admissibilidade de ambos os vínculos.

Um dos primeiros julgados favoráveis ao reconhecimento da multiparentalidade foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao dar provimento ao recurso para declarar a maternidade socioafetiva a uma criança que foi criada pela madrasta, em razão do óbito de sua mãe biológica após três dias de seu nascimento e o pai ter iniciado um relacionamento com a madrasta. Nesse caso, admitiria-se que a madrasta requeresse a adoção do enteado, mas pelo carinho que mantinha com a família da mãe biológica e pelo relacionamento estreito entre eles, optou por requerer o reconhecimento da ação declaratória de maternidade socioafetiva cumulada com retificação de assento de nascimento. E foi o que decidiu o tribunal:

*MATERNIDADE SOCIOAFETIVA – Preservação da Maternidade Biológica – Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade – Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade – Recurso provido (TJ-SP - APL: 64222620118260286 SP 0006422-*

*26.2011.8.26.0286, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 14/08/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/08/2012).*

Desse modo, segundo aduz Belmiro Pedro Welter, “a paternidade genética não pode se sobrepor à paternidade socioafetiva e nem esta pode ser compreendida melhor do que a paternidade biológica, já que ambas são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas”, circunstância que todos assumem “os encargos do poder familiar, a proteção será maior a quem merece tutela com absoluta prioridade” (DIAS, 2017, p. 561).

Porém, como ainda não estava pacificado e os julgadores constantemente tinham entendimentos diferentes, o Supremo Tribunal Federal se reuniu para analisar o Recurso Extraordinário 898.060/SC, oportunidade que foi reconhecida a Repercussão Geral 622, para deliberar sobre eventual “prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica”, como constou no acórdão que reconheceu a repercussão geral em comento.

A repercussão foi aprovada pela maioria e serviu como parâmetro para casos semelhantes. Como diz Calderón (2016, *online*), a decisão “remete a outras questões e a novos desafios, mas nos traz a esperança de uma nova primavera para o direito de família brasileiro”.

Ademais, conforme aludido na Repercussão supramencionada:

*[...] a paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. (RE 898060, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Julgado Em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO Dje-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017). (STF, 2016).*

Nesse sentido, harmonizou o que já havia sido previsto na CF de 1988, atendendo aos novos arranjos familiares e promovendo a tutela merecida àqueles que possivelmente deixavam de ser protegidos diante da falta do reconhecimento



formal. Por fim, o recurso fixou tese jurídica para que os casos semelhantes fossem julgados com isonomia: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Diante da pacificação do STF, não restou motivo para que qualquer tribunal do país entre em discussão sobre a multiparentalidade, inclusive, após esse reconhecimento foi publicado pelo CNJ o Provimento nº 63 que viabilizou seu reconhecimento de forma célere e será analisado posteriormente.

### **4.3 A necessidade da averbação no registro civil**

O registro civil das pessoas naturais, segundo Huber (*apud* CASSETTARI, 2017, p. 263) é:

*[...] o suporte legal da família e da sociedade juridicamente constituída. Isso porque, não existindo o registro, também juridicamente se tornam inexistentes a pessoa, a família e o seu ingresso na sociedade. A legalidade se dá por meio do registro, através do qual se atribuem os direitos e obrigações, e é regulamentada a conduta de cada um, objetivada a paz social.*

A parentalidade socioafetiva, uma vez reconhecida, deve ser averbada no registro civil, no respectivo assento de nascimento, casamento e/ou óbito daquele que foi reconhecido, para que surtam efeitos legais, conforme traz a Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) em seu artigo 100, § 1º que, apesar desta norma prever alterações para os livros de casamento, entende-se que pode ser aplicada analogicamente aos livros de nascimento e óbito.

Nessa mesma linha, o Código Civil de 2002, traz expressamente em seu artigo 10, inciso II, que averbar-se-á no registro público os “atos judiciais que declararem ou reconhecerem a filiação”.

No entanto, havia uma preocupação acerca da limitação na expedição das certidões, pois estas traziam campos específicos como pai, mãe, avós paternos e avós maternos, o que foi alterado primeiramente pelo Provimento nº 03 do CNJ, em 17 de novembro 2009, o qual foi revogado para vigor as alterações trazidas pelo Provimento nº 63, em 14 de novembro de 2017, na qual as certidões foram

padronizadas e os campos específicos supramencionados foram alterados por filiação e avós, respectivamente.

Além disso, o Provimento nº 63 autorizou o reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, simplificando os trâmites e evitando desgastes de enfrentar um processo judicial.

Entretanto, cabe ao oficial registrador verificar minuciosamente a identidade do requerente, proceder à rigorosa conferência dos documentos pessoais, além de investigar se os requisitos estão preenchidos para formalizar o reconhecimento.

Recentemente o CNJ publicou o Provimento de nº 83, alterando alguns pontos-chaves que passaram a ser discutidos após a publicação do Provimento anterior (nº 63), principalmente em relação à idade inicial que os oficiais de registro civil das pessoas naturais estavam autorizados a processar o reconhecimento, de “qualquer idade” para “acima de 12 anos”.

Acrescentou ainda o artigo 10-A, o qual obriga que o vínculo socioafetivo deve ser estável e estar exteriorizado socialmente, ou seja, o lapso temporal não é requisito exclusivo de admissibilidade como estavam julgando os tribunais, sendo que o pai ou a mãe socioafetivos poderiam viver na mesma casa que o filho, mas o afeto entre eles ser escasso, não ter o cuidado e o zelo necessários e obrigatórios de pais para com seus filhos.

Por conseguinte, após averbado o reconhecimento no registro civil, em seus respectivos assentos, a parentalidade ganha publicidade e produz, de forma efetiva, seus regulares efeitos.

#### 4.4 Benefícios à criança e ao adolescente

A criança e o adolescente carecem de proteção e foram acolhidos pela CF de 1988 através do artigo 227, *caput*, que traz um princípio de proteção integral visando o melhor interesse de ambos, como segue:

*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.*

Desta forma, nota-se que a Carta Magna estreitou a preferência dos direitos basilares da existência humana às crianças e aos adolescentes, obrigando a família, a sociedade e o Estado proporcioná-los o que for necessário.

Em seguida, no ano de 1990 foi sancionada uma Lei específica de proteção para a criança e o adolescente com caráter intrínseco de beneficiá-los perante a sociedade, em razão de sua vulnerabilidade, intitulada como Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 3º do Estatuto estabelece a inclusão desse grupo na sociedade, de forma que assegura os direitos fundamentais característicos à pessoa humana, “por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Dessa forma, as crianças e os adolescentes tornam-se titulares de direitos e garantidores de privilégios diante de quaisquer conflitos, precipuamente àqueles que possam ser considerados como prejuízo ao seu desenvolvimento.

A família é a estrutura de qualquer indivíduo, fundamental para o amadurecimento como cidadão, isto posto, tem-se que no vínculo familiar é necessário que seus membros tenham afeto e cuidado entre si. Logo, a criança e o adolescente, diante das novas estruturas de família, não podem ser prejudicados pelo não reconhecimento da pluralidade da filiação, quando esta tornou-se exteriorizada para a sociedade.

Desse modo, Dias (2017, p. 216) destaca a seguinte premissa:

*A falta de expressa permissão legal de inclusão do nome de mais pais no registro de nascimento não pode ser óbice para que se assegure a proteção integral a quem tem garantido constitucionalmente o direito à convivência familiar. Como alerta Christiano Cassettari, o juiz do nosso século não é um mero leitor da lei e não deve temer novos direitos. Haverá sempre novos direitos e também novos séculos. Deve estar atento à realidade social e, cotejando os fatos e o ordenamento jurídico, concluir pela solução mais adequada.*

Para Cassettari (2017, p. 15):

*A nova ordem jurídica consagrou como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral. Transformou a criança em sujeito de direito. Deu prioridade à dignidade da pessoa humana, abandonando a feição patrimonialista da família. Proibiu quaisquer designações discriminatórias à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e aos filhos havidos por adoção.*

Portanto, resta claro que nos conflitos que envolvem a filiação da criança e do adolescente, deve-se observar o princípio de proteção e buscar a melhor solução com base em seus interesses; como vimos a multiparentalidade é um desses casos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas foram as alterações no decorrer da história em relação à formação da família, que vem sendo transformada desde seus primeiros agrupamentos até suas novas composições.

A única constituição legítima de família era aquela formada pelo casamento em que os filhos carregavam de seus pais suas semelhanças físicas e fisiológicas, por meio da herança genética.

Para tanto, após diversas lutas, dentre elas a igualdade de gêneros, mudanças começaram a acontecer dentro dos lares, oportunidade em que a hierarquia patriarcal foi derrubada, e pais e filhos passaram a ter voz e a escolher como viver e constituir a família.

Através dos avanços cultural e social, verificou-se que novos princípios deveriam ser impostos para que houvesse amparo diante de tamanha evolução, o que ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, garantidora do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade de filiação, da proteção integral à criança e ao adolescente, da afetividade e da pluralidade das entidades familiares.

O princípio do pluralismo familiar trouxe a liberdade de escolha e planejamento, permitindo que a sociedade forme vínculos familiares distintos daqueles previstos na Lei Fundamental. Nesse sentido, tem-se clara permissão da formação de família através do vínculo afetivo entre as pessoas.

Família deixa de ter um padrão definido para excepcionar uma formação que tenha, principalmente, entre seus membros um sentimento afetivo de carinho, cuidado

e afeição. Em consequência, a afetividade adquiriu valor jurídico para caminhar junto com a filiação biológica buscando o melhor para a família.

Nesse sentido, novos efeitos jurídicos surgiram com o reconhecimento da filiação socioafetiva, trazendo consigo a possibilidade de incluir no assento de nascimento lavrado pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, o nome dos pais gerados pelo afeto junto com os pais biológicos, ocasionando, portanto, o instituto da multiparentalidade.

A multiparentalidade é a possibilidade de dois pais e/ou duas mães reconhecerem o filho paralelamente, sendo que, uma vez incluído o nome dos pais no registro, estes assumirão todos os encargos do poder familiar.

Os casos mais comuns da formação espontânea da multiparentalidade ocorrem quando o pai ou a mãe investem em um novo relacionamento, abrindo espaço para que os filhos sejam envolvidos por novos vínculos e apresentados a novas figuras paternas ou maternas.

Não raras vezes o filho cria um vínculo mais forte com o novo pai ou nova mãe do que com os seus biológicos; abrindo espaço para que os novos pais transmitam o necessário para que o desenvolvimento do filho seja adequado, norteados por educação, amor, cuidado e afeto.

Desta forma, investida a figura de novo pai e nova mãe mesmo que o filho já tenha em seu registro de nascimento o campo filiação preenchido, o mais adequado é garantir a pluralidade parental se esta for mais benéfica aos envolvidos na relação, assegurando o direito da composição de formas variadas de família.

Isso porque, deixar de reconhecer a multiparentalidade é contrariar a história de vida e a realidade do indivíduo e das suas relações pautadas pela afetividade; é retirar seus direitos pessoais, patrimoniais e assistenciais.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÍBLIA. Disponível em:  
<<https://www.bibliaonline.com.br/acf/busca?q=salmo+127>>. Acesso em 19 out. 2019.

IBDFAM. Anúncio de enunciados encerra segundo dia do XII Congresso Nacional do IBDFAM. Disponível em:  
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7081/An%C3%BAnuncio+de+enunciados+encer>

ra+segundo+dia+do+XII+Congresso+Nacional+do+IBDFAM>. Acesso em: 20 out. 2019.

IBDFAM. Enunciados do IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Rel. Ministro Ayres Britto, Data de Julgamento: 05 mai. 2011, Diário da Justiça eletrônica 14 out. 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 898060, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 21 set. 2016, processo eletrônico repercussão geral - mérito Dje-187, Data de Publicação: 24 agost. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação TJ-SP nº 64222620118260286 SP 0006422-26.2011.8.26.0286. Apelantes: Vivian Medina Guardia e outro. Apelado: Juízo da Comarca. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 14/08/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/08/2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp>>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm)>. Acesso em: 19 out. 2019.



CALDERÓN, Ricardo. Reflexos da decisão do STF que acolheu a socioafetividade e a multiparentalidade. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1155/Reflexos+da+decis%C3%A3o+do+STF+que+acolheu+a+socioafetivid%20soc+e+a+multiparentalidade>>. Acesso em: 20 out. 2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. rev., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Provimento nº 03**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1310>>. Acesso em: 14 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Provimento nº 63**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acesso em: 14 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Provimento nº 83**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>>. Acesso em: 14 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução nº 175**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1754>>. Acesso em: 24 set. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**. 2. ed. rev. e atual. São Paul: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO; Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Jurídico**. 23. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

KUSANO, Susileine. Da família anaparental: Do reconhecimento como entidade familiar. **Âmbito Jurídico**, jun. 2010. Disponível em: <[https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-77/da-familia-anaparental-do-reconhecimento-como-entidade-familiar/#\\_ftnref1](https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-77/da-familia-anaparental-do-reconhecimento-como-entidade-familiar/#_ftnref1)>. Acesso em: 11 out. 2019.

MONTEIRO, Matheus. Filiação biológica e socioafetiva. **Jus.com.br**. Publicado em: jun. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49625/filiacao-biologica-e-socioafetiva>> Acesso em: 20 out. 2019.

SCHWERZ, Vanessa Paula. Multiparentalidade: Possibilidade e critérios para o seu reconhecimento. **Revista do CEJUR TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 3, p. 192-221, dez. 2015. ISSN 2319-0884. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/98>>. Acesso em: 20 out. 2019.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 21, p. 400-418, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>>. Acesso em: 14 out. 2019.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria Tridimensional do Direito de Família. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 71, p. 127-148, jan./abr. 2012.

## USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

**ATEMILDE PEREIRA DE SOUZA:**

Acadêmico de Direito pela Universidade Brasil.

Orientadoras: Thalita Toffoli Paez: Advogada, Professora Universitária. Especialista em Direito Público, Tributário, Civil, Constitucional e Empresarial. Mestre em ciências ambientais. Doutoranda. - e Érica Cristina Molina dos Santos: Advogada, Professora Universitária. Mestre.

**RESUMO:** O presente artigo faz uma exposição, demonstrando que a usucapião é um instrumento jurídico. O estudo foi baseado em relatos doutrinários e de jurisprudências sobre o tema, com exploração e discussão do assunto que permeiam as áreas de conhecimento do Direito Civil. O objetivo foi tratar a usucapião especial rural, seus requisitos, razão indispensável para a aquisição da propriedade rural abandonada. Foi realizada uma abordagem sobre conceito, requisitos, classificação, a posse, o tempo, o justo título, a moradia e a propriedade como direitos fundamentais dos cidadãos, as legislações vigentes que regulamentam tal instituto; além disso, a doutrina e jurisprudências atuais. Por fim, após estudo, a usucapião especial rural é um instrumento na regularização no litígio fundiário, urbano ou rural, protegendo a concretização do princípio constitucional e da função social da propriedade.

**Palavras-chave:** Usucapião. Usucapião rural. Função da Propriedade.

**ABSTRACT:** This article presents a presentation demonstrating that adverse possession is a legal instrument. The study was based on doctrinal reports and jurisprudence on the subject, with exploration and discussion of the subject that permeates the areas of knowledge of Civil Law. The objective was to treat the special rural adverse possession, its requirements, indispensable reason for the acquisition of abandoned rural property. An approach on concept, requirements, classification of tenure, time and right title, housing and property were taken as fundamental rights of citizens, current legislation governing such institute, and the doctrine and current case law. Finally, after study, the rural special adverse possession is an instrument in the settlement of land, urban or rural litigation, protecting the implementation of the constitutional principle and the social function of property.

**Keywords:** Usucapion. Rural adverse possession. Property Role

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. USUCAPIÃO: Conceito e requisitos. 2.1 Requisitos. 3. USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL. 3.1 Requisitos da moradia do possuidor e de sua família. 3.2 demais requisitos. 4. DOCTRINA. 4.1 Jurisprudência. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é tratar da usucapião especial rural e da análise dos requisitos, razão indispensável para a aquisição da propriedade rural abandonada.

O instituto da usucapião rural é igualmente conhecido de usucapião “pro labore”, constituindo a adequação em nosso ordenamento jurídico pelo Estatuto da Terra, Lei nº 6.969/81 e pela Constituição Federal de 1988, a qual procura favorecer a posse agrária a alçou a princípio constitucional.

A usucapião especial rural é um dos instrumentos de política capaz de cumprir as diretrizes estabelecidas e contribuir para a melhoria da função social da cidade.

Discorre-se de estudo merecedor de atenção por ser a usucapião de bens imóvel, sendo um dos modos de aquisição originária da propriedade, através de extensão da posse e do preenchimento dos requisitos pelo possuidor, estabelecidos legalmente para sua configuração; muitas vezes, pessoas ainda não se encontram familiarizadas com esse instituto.

De acordo com o vocábulo “*abandono*” empregado pela doutrina para indicar o tipo de usucapião, é também descrita pelo legislador como requisito para a ordem aquisitiva da propriedade o que tem sido objeto de discussões em torno da inconstitucionalidade.

Tendo em vista a relevância social desta modalidade de usucapião e o fato de não ter sido devidamente explorada, aferir o seu alcance prático é tarefa urgente e de essencial importância.

A metodologia empregada foi a descritiva, procurando elencar o levantamento bibliográfico, análise textual, temática e interpretativa.

## 2. USUCAPIÃO: Conceito e requisitos

A partir da premissa adotada pela Constituição Federal de 1988, a interpretação da experiência jurídica não se dá por uma propriedade, mas de

diversas espécies, cada uma delas com suas distinções próprias: propriedade urbana: artigo 182, §2º, propriedade rural: artigo 5º, XXVI, 184, 185 e 186.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1.225, estabelece como sendo direitos reais “a propriedade; a superfície; as servidões; o usufruto; o uso; a habitação; o direito do promitente comprador do imóvel; o penhor; a hipoteca e a anticrese”.

Entendido sobre a usucapião tem a elucidação do doutor Everson Manjinski e Geraldo Manjinski Junior:

Mesmo com algumas omissões propositais, o Código Civil de 2002 pautou-se em lastrear as relações jurídicas em três princípios básicos: a eticidade, a operabilidade e a sociabilidade.

Enquanto a eticidade entende que o homem é um ser inserido na sociedade e, portanto, deve atuar em suas relações com ética e boa-fé, a operabilidade admite um sistema aberto de cláusulas gerais, que possibilitará melhores da legislação aos contornos e necessidades sociais, já o princípio da sociabilidade estipula que a norma deve ser analisada conforme o contexto social. (MANJINSKI; MANJINSKI, 2010, p. 98)

Usucapião é a prescrição aquisitiva da propriedade e qualidade de possuidor, de adquirir a propriedade, possibilitando, desde que preencha os requisitos exigidos por lei.

A usucapião constitui em sucessão a posse para aquisição da propriedade, pois, segundo a nossa legislação, determina a presença do lapso temporal, podendo modificar de acordo com as modalidades deste instituto.

O artigo 1238 do Novo Código Civil delibera sobre a usucapião:

Art. 1238. Aquele que por quinze anos sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade independentemente de título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Segundo Pedro Nunes conceitua usucapião:

É a prescrição aquisitiva, construtiva ou positiva da propriedade e de certos direitos reais, pela posse ininterrupta durante determinado prazo, sob as condições legais que lhe são inerentes; é um meio de aquisição ou consolidação do domínio da coisa, que se apoia principalmente na negligência ou prolongada inércia do seu proprietário com o *non usus* dela. (NUNES, 2000, p. 67)

José Carlos Cordeiro (2011, p. 67) conceitua a usucapião como: “Um modo de adquirir a propriedade pela posse, continuada durante lapso de tempo com os requisitos pré-estabelecido em lei”.

Benedito Ribeiro explica que a *accessio possessionis*, posse por adição ou soma não é apoiada pela jurisprudência. O possuidor não pode assumir a posse de seus antecessores, já que “teriam de estar presentes a mesma qualidade das posses adicionadas”, fato quase impossível de ocorrer pela existência de “requisitos personalíssimos incompatíveis com a aludida soma”, como o trabalho produtivo do possuidor e de sua família, que perpetra sua morada no local. Não pode nem mesmo ocorrer que seja adicionada, quando o sucessor, a título singular é parte integrante da família, passando a morar, trabalhar e produzir na terra. (RIBEIRO, 2012, p. 1020)

No acórdão do STF em recurso extraordinário originário de Santa Catarina, menciona que “a usucapião é a aquisição do domínio pela posse ininterrupta e prolongada: são condições para ele se verifique a continuidade e a tranquilidade.” (RE6287/SC-RT49/352).

## 2.1 Requisitos

Os requisitos para a usucapião podem ser reais e formais. Os reais competem àqueles que podem usucapir como bens e direitos suscetíveis à prescrição, em razão de que nem todas as coisas que podem ser adquiridas por esse meio.

Conforme a modalidade de usucapião, tanto os requisitos formais, como os reais sofrerão alterações, no entanto são indispensáveis à configuração do direito almejado. (LERMER, 2014)

Para a ilustre Maria Helena Diniz, não poderão ser objeto da usucapião as coisas fora do comércio, por sua própria natureza, por não serem capazes de apoderamento pelo homem, como o ar, luz solar etc.; os bens públicos que, ficando



fora do comércio, são intransferíveis “os bens que, por razões subjetivas, apesar de se encontrarem no comércio, dele são excluídos, necessitando que o possuidor invertesse o seu título possessório”. (DINIZ, 2015, p. 102)

A cláusula de inalienabilidade proíbe registrar um bem imóvel, exceto se for objeto da usucapião, devido a um caráter *erga omnes*. Ou seja, somente as coisas hábeis poderão ser usucapidas, sendo estas as comercializáveis e até mesmo determinadas glebas públicas não utilizadas ou devolutas.

Os requisitos gerais para obtenção da usucapião são posse, tempo, o justo título e a boa-fé, conforme se verá abaixo:

### 2.1.1 Posse

A posse é caracterizada pela combinação de dois elementos: O *corpus* que advém da detenção física da coisa e do *animus* que é a finalidade de cumprir e resguardar um benefício próprio sobre a coisa da intervenção de outrem; deve-se perceber que esta posse não se alude apenas à condição de ser dono, mas à intenção de tê-la como sua, de exercer o direito de propriedade como se fosse o seu titular. Caso não exista o elemento subjetivo de *animus* para esta teoria, a posse será nula. (GONÇALVES, 2018, p. 10-15)

A posse só existe como elemento objetivo, pois aparece na maneira como o proprietário age em face da coisa. Basta o “*Corpus*” para caracterização da posse, não há obrigação de contato físico com a coisa, mas a conduta de dono em face de sua função econômica. (GONÇALVES, 2018, p. 10-15)

Por meio do artigo 1196 do atual Código Civil, tem-se o conceito de posse: “Considera-se posse como o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade”.

Segundo Venosa (2016), a posse é o instituto mais contestável de todo o Direito, causando cisões doutrinárias quanto às suas origens, natureza jurídica, elementos e conceitos, por influência, dos próprios textos romanos que, em sua maioria, contraditórios, justificando que o conceito de posse, na história romana, é alterado por diversas épocas, recebendo influências do direito natural, direito canônico e direito germânico.

### 2.1.2 O Tempo

O tempo desde a civilização romana é fator de solidez das relações jurídicas, tendo como exemplo os institutos da *usucapio* e da *praescriptio*. Atualmente, uma rápida excursão no direito material brasileiro exhibe a influência do tempo na consolidação das relações humanas.

O tempo é imprescindível e fundamental no ordenamento jurídico brasileiro para a obtenção da usucapião, pois há necessidade de lapso temporal na posse e da prescrição aquisitiva, em consequência da inércia do titular do domínio que pode variar, dependendo de cada espécie deste instituto.

### 2.1.3 Justo Título e a Boa-Fé

Maria Helena Diniz comenta o justo título como documento adequado de dilatar o domínio do possuidor, sendo apto e adequado à aquisição da propriedade. (DINIZ, 2015, p. 127)

Arruda Alvim Neto ensina que:

1º) se constitui o justo título naquele título que, segundo a '*communis opinio*' levaria à aquisição do direito, pois se reveste de todos os requisitos extrínsecos;

2º) apenas, e, tão somente, verifica-se que não provido daquele de quem, efetivamente deveria provir. O justo título, portanto, envolve um erro, o qual, é ignorado por quem dele seja portador. (ALVIM NETO, 1995, p. 138)

Entende-se que justo título é o título hábil, capaz de transmitir o domínio e a posse, que não tenha nenhum vício impeditivo para essa transmissão, ou seja, o título formal apropriado a transferir o domínio, ou o real direito deixa de produzir tal efeito, caso falte ao transmitente, presumível proprietário, o poder de alienar.

Ademais, a Constituição Federal e demais leis brasileiras reconhecem a aquisição da propriedade ou de direitos reais sobre imóveis por usucapião em diversas circunstâncias e hipóteses, cada qual com seus pressupostos, tendo em comum os elementos básicos: posse e tempo.

Tem-se aqui que fazer um resumo do que estão previstos em lei sobre a usucapião:

a) usucapião urbano para moradia (CF, art. 183; concorda com a figura do CC, art. 1.240 e, com o do art. 1.240-A, este incluído pela Lei nº 12.424/2011, art. 9º; e do Estatuto da Cidade, art. 9º);

b) usucapião urbano coletivo com instituição de condomínio especial (Estatuto da Cidade, art. 10);

c) usucapião rural para trabalho e moradia (CF, art. 191; coincide com CC, art. 1.239; parcialmente coincide com o Estatuto da Terra, art. 98, e com a Lei nº 6.969/81, art. 1º);

d) usucapião extraordinário (CC, art. 1.238);

e) usucapião ordinário (CC, art. 1.242);

f) usucapião de servidão (CC, art. 1.379; e Código de Processo Civil, art. 941);

g) usucapião de usufruto (CC, art. 1.391); e

h) usucapião em favor do índio sobre terras particulares (Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, art. 33).

Após breve resumo, é imprescindível ressaltar a possibilidade de usucapião sobre outros direitos reais imobiliários como superfície, uso, habitação etc., que a doutrina e a jurisprudência acolhem, desde que não incompatíveis com o restante do sistema, apesar de não estarem previstos em lei, pelo procedimento comum ou especial, pertencendo ao juiz fazer a análise da compatibilidade.

### **3. USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL**

A usucapião especial rural foi a primeira modalidade a ser constitucionalizada. Foi positivada na Constituição de 1934, em seu art. 125 e, desde então, jamais deixou de vigorar no ordenamento jurídico brasileiro.

Art. 125 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita. (BRASIL, 1934).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2015, p. 304) esclarece que não foi concebido no texto constitucional de 1967, nem após a outorga da Emenda nº. 1, de 1969. Mas obteve sua previsão no Estatuto da Terra (Lei nº. 4.504/64), sob a égide da Constituição de 1946, o que veio garantir a vigência do instituto durante

a ditadura militar, ainda que com texto diferente previsto na Constituição de 1934, como se pode certificar no art. 98:

Art. 98. Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, trecho de terra com área caracterizada como suficiente para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta Lei, para o módulo de propriedade, adquirir-lhe-á o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita. (BRASIL, 1964).

Assim, o art. 98 do Estatuto da Terra só foi abolido com a edição da Lei nº. 6.969/81, que dispôs sobre a aquisição de imóveis, mediante usucapião especial rural, dispondo em seu art. 1º in verbis:

Art. 1º Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis. (BRASIL, 1981).

Nesse sentido, a usucapião especial rural teve sua procedência com o advento da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 191 e também adequada pelo artigo 1239 do Código Civil vigente, prevendo que o usucapiente use a terra para fins de trabalho, laborando e nela habitando; que não seja proprietário de outro imóvel, rural ou urbano; a posse sem oposição durante 5 (cinco) anos; em propriedade rural que não seja superior a 50 (cinquenta) hectares, exceto em áreas públicas, favorecendo o pequeno agricultor e proporcionando a agricultura de subsistência. (SOUSA JÚNIOR, 2010)

O art. 191 de nossa Constituição Federal serve de fundamento a usucapião, visualizando-se ali suas características e requisitos, assim expostos:

- a) o possuidor deve estar na posse mansa e pacífica de imóvel rural por 5 (cinco) anos ininterruptos e sem oposição, como se o imóvel fosse seu;
- b) aquele que está na posse não pode ser proprietário de imóvel rural ou urbano;
- c) a área deve ser exclusivamente rural e não superior a 50 (cinquenta) hectares;
- d) o possuidor deve ter tornado-a produtiva por seu trabalho ou de sua família e deve ter nela sua moradia;
- e) imóveis públicos – terras devolutas - não podem ser usucapidos.

Assim sendo, tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Código Civil vigente valorizaram o trabalhador rural, ao garantir a propriedade da terra que esse esteja desempenhando a sua função social.

Segundo Lisboa (2005, p. 95), o desempenho de uma atividade de trabalho passou a ser privilegiado pela legislação brasileira, conferindo um tratamento distintivo da posse comum (caracterizada tão somente pela fixação da pessoa na terra), reconhecendo a posse produtiva, conseguida por uma pessoa com a intenção de realizar determinada atividade de trabalho no imóvel, para efeito da Usucapião Pro Labore, observando que: “É pela posse-trabalho que a pessoa confere alguma função social ao imóvel, beneficiando-se dela a coletividade em geral”.

A usucapião rural tenta estimular a agricultura familiar, evitando-se o êxodo rural. Segundo entendimento de Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf:

A usucapião especial rural não se contenta com a simples posse. O seu objetivo é a fixação do homem no campo, exigindo ocupação produtiva do imóvel, devendo neste morar e trabalhar o usucapiente. Constitui a consagração do princípio ruralista de que deve ser dono da terra rural quem a tiver frutificado com o seu suor, tendo nela a sua morada e a de sua família. (MONTEIRO, MALUF, 2015, p. 128).

É imprescindível lembrar que só é admissível declarar a seu favor usucapião especial rural, se observadas às condições do art. 191 da CF, as quais, por exigência legal, necessitam-se fazer presentes.

### **3.1 Requisitos da moradia do possuidor e de sua família**

A concepção de família, com referencia à usucapião especial rural, é ampla, pois a própria Constituição Federal de 1988 define, em seu artigo 226, como sendo aquela composta pelo casamento, pela união estável ou pela família monoparental.

A usucapião especial rural está acrescentada no grupo das usucapiões, o que condiciona sua interpretação e aplicação e é um dos instrumentos que viabilizarão o alcance dos objetivos traçados para a política agrícola e fundiária, previstos no capítulo III, do título VII, da Constituição de 1988 e no Estatuto da Terra (arts. 1º e 2º).

Para Carlos Roberto Gonçalves, “a morte de um dos cônjuges, de um dos conviventes ou do pai ou da mãe que dirige a família monoparental não prejudica o direito dos demais integrantes”. (GONÇALVES, 2018, p. 515)

Cabe se fazer uma advertência, até porque a moradia não necessita ser ininterrupta, estabelecendo-se apenas que o possuidor desfrute do intento de ser dono e que atente o bem com o desígnio de proteger a si mesmo e à sua família. A percepção do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco aferiu a usucapião para o possuidor, ainda que ele tenha residido em residência urbana por certo período de tempo. A ementa do acórdão é reproduzida:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL. COMPROVAÇÃO DE TODOS OS REQUISITOS. RECURSO JULGADO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME. Aquisição do bem com o ânimo definitivo de estabelecer residência no sítio objeto da lide. O fato de se passar muito tempo na capital para tratamento de saúde da esposa é transitório, não desvirtuando o local de seu domicílio. Intenção dos apelantes de possuírem o bem como se proprietários fossem decorre dos investimentos efetuados no imóvel. É evidente que quem explora o bem por meio de cultivos e plantações, construindo casa para moradia age com intenção de dono. Quanto aos demais requisitos necessários para a configuração da usucapião especial, verifica-se que não há controvérsia a respeito da posse ininterrupta, do tamanho do imóvel usucapiendo e do transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, pelo que se devem presumir verdadeiros tais fatos (art. 302, caput,



do CPC). Recurso provido. (TJ-PE - APL: 2959619 PE, Relator: Eurico de Barros Correia Filho, Data de Julgamento: 18/07/2013, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/07/2013).

Nesse sentido, a usucapião rural é proibida a pessoas jurídicas, pois são entidades que não podem constituir família ou moradia. Por conseguinte, a Constituição Federal também veda, em seu parágrafo único do artigo 191, a usucapião rural de bens públicos. Finalmente, o artigo 3º da lei nº 6.969, de 1981, situa algumas vedações específicas, impedindo que tenha a usucapião rural em áreas indispensáveis à segurança nacional, em terras habitadas por indígenas e em áreas ecológicas, como reservas biológicas e parques florestais.

### 3.2 Demais requisitos

Com semelhança aos imóveis rurais, a Lei nº 6.015/1973 é ainda mais decisiva, conforme se observa do parágrafo 3º. do art. 225:

Art. 225 (...).

§ 3º Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais.

Nesse sentido, dispomos dos requisitos indispensáveis à realização da usucapião constitucional rural:

- 1) não ser o usucapiente proprietário urbano ou rural;
- 2) o bem imóvel deve ter dimensões reduzidas;
- 3) deve-se respeitar um lapso temporal de cinco anos;
- 4) a posse deve ser atual com *animus domini*;

5) a área deve ser utilizada como moradia e o possuidor tem o dever do cultivo da terra. Tal modalidade não exige, todavia justo título nem boa-fé.

A doutrina igualmente constitui uma vedação à chamada *accessio possessionis*, que consente na soma de tempos de posses sucessivas, pois, na usucapião rural, consiste ser impossível que o sucessor apreenda os mesmos atributos que o seu predecessor. Todavia, de acordo com esclarecimento de Carlos Roberto Gonçalves,

[...] não pode, assim, o possuidor acrescentar à sua posse a dos seus antecessores, uma vez que teriam de estar presentes as mesmas qualidades das posses adicionadas, o que seria difícil de ocorrer, visto que há requisitos personalíssimos incompatíveis com a aludida soma, como produtividade do trabalho do possuidor ou de sua família e morada no local. (GONÇALVES, 2018, p. 515).

Por conseguinte, a usucapião rural é consagrada a pessoas que não tem qualquer tipo de imóvel (urbano ou rural) e que apreenda, durante cinco anos contínuos, uma área rural produtiva não superior a cinquenta hectares, com o intuito de amparar a si mesmo e a sua família, usando como sua moradia habitual.

Segundo entendimento de Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf (2015, p. 128), a usucapião especial rural não se satisfaz simplesmente com a posse, pois tem como objetivo a fixação do homem no campo, determinando o emprego produtivo do imóvel, precisando morar e trabalhar o usucapiente. Assim, constitui o desígnio do princípio ruralista de que deve ser dono da terra rural quem a tiver frutificado com o seu suor, tendo nela sua morada e de sua família.

Embora exija como requisito o dever de tornar a terra produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, acredita-se na cumulação simples, isto é, a cumulação de pedidos que conseguiriam ter sido formulado em outros processos de forma autônoma. Com a reunião desses pedidos em um único processo, sugere-se evitar a perda de tempo, da atividade jurisdicional e do dinheiro, não resultando na gravidade da situação dos réus. Igualmente, por exemplo, o promovente, desempenhando a posse *ad usucapionem* sobre uma gleba que foi seccionada por uma estrada que ocasionou a formação de dois imóveis, determina solicitar o domínio de ambos, com base na mesma causa de pedir.

Segundo o Enunciado 313 da IV Jornada do Conselho de Justiça Federal tenha versado que tanto na usucapião constitucional urbano e rural não é cabível o

desmembramento de área a fim de alcançar o limite máximo, a melhor orientação está no sentido de que compete ao juiz aferir a possibilidade de desmembramento de área, junto ao Registro de Imóveis, para fins de concessão do direito de usucapir, dando real realização à função social da propriedade.

## 4. DOCTRINA

### 4.1 Jurisprudências

A usucapião especial rural diferencia-se das demais espécies de usucapião pelo seu caráter social, discorre-se do reconhecimento do princípio constitucional da função social da propriedade, abdicando da boa-fé e o justo título do possuidor. Segundo vale transcrição de Caio Mário da Silva Pereira:

As características fundamentais desta categoria especial de usucapião baseiam-se no seu caráter social. Não basta que o usucapiente tenha a posse associada ao tempo. Requer-se, mais, que faça da gleba ocupada a sua moradia e torne produtiva pelo seu trabalho ou seu cultivo direto, garantindo desta sorte a subsistência da família, e concorrendo para o progresso social e econômico. Se o fundamento ético do usucapião tradicional é o trabalho, como nos parágrafos anteriores deixamos assentado, maior ênfase encontra o esforço humano como elemento aquisitivo nesta modalidade especial. (PEREIRA, 2017, p. 152)

A concepção jurisprudencial, no que incumbe a usucapião especial rural, encontra-se adequada e com amplo fundamento, conforme se conclui:

**EMENTA: USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL.** Presença dos requisitos. Procedência do pedido. Prova dos autos. Exame do contexto probatório. Posse mansa, contínua e pacífica por mais de 5 anos. Imóvel com superfície inferior a 50 Ha. Imóvel tornado produtivo por quem não dispunha de outro imóvel. Parecer do *custos legis*. Apelo IMPROVIDO." (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Décima Nona Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70030041297/ Rel. Desembargador José Francisco Pellegrini/ Julgado em 29.09.2009)

**APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE USUCAPIÃO RURAL - EXERCÍCIO DE POSSE CONJUNTA PELO AUTOR E SUA AVÓ - REQUISITOS PRESENTES - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.** Nos termos do art. 1.239 do CC/2002, "aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade". Tendo sido uníssona a prova oral no sentido de que foi demonstrada a posse exclusiva, mansa, pacífica e com ânimo de dono pelo lapso temporal legal, deve o pedido de usucapião ser julgado procedente. Recurso provido.

(TJ-MG - AC: 10686130080597001 MG, Relator: Manoel dos Reis Morais, Data de Julgamento: 18/12/2018, Data de Publicação: 25/01/2019)

O Desembargador Marcos Lincoln, em sua decisão, aponta com firmeza o preenchimento dos requisitos essenciais para a usucapião especial rural:

**Ementa:** Usucapião Especial de Imóvel Rural – Art. 191 da CF/88 – Requisitos – Preenchimento – Procedência do Pedido. Constituem requisitos para aquisição de domínio rural por meio de usucapião especial: a) posse ininterrupta, sem oposição e com 'animus domini' pelo prazo de 5 (cinco) anos; b) imóvel rural de no máximo 50 hectares; c) exploração do imóvel para sustento da família, servindo de moradia ao possuidor; d) não ser o possuidor proprietário de outro imóvel, rural ou urbano. Preenchidos tais requisitos, deve-se declarar a aquisição da propriedade pela parte requerente. Apelação provida. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Décima Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 1.0388.02.000871-9/001/ Rel. Desembargador Marcos Lincoln/ Julgado em 19.08.2008/ Publicado em 05.09.2008)

O Código Civil vigente disciplina a usucapião rural em seu artigo 1239 e conserva na íntegra o artigo 191 da Constituição Federal. Segundo entendimento de Arnaldo Rizzardo (2016, p. 281), essa aquisição predomina o Princípio Ruralista entendendo que: "deve ser dono da terra rural quem a tiver frutificado com o suor, tendo nela a sua morada e a de sua família". Desse modo, as pessoas jurídicas estão impedidas de solicitar a usucapião rural.

Assim, não atende os requisitos do usucapiente a tornar produtiva terra de 15 (quinze) hectares e outras de 10 (dez) hectares, porém separadas entre si; há a ausência da continuidade de área exigida pelo dispositivo constitucional. Segundo ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,

O critério é adequado, simplifica a matéria, possibilitando ao poder público a efetivação de políticas habitacionais que envolvam regiões inteiras, sem a necessidade de singularização de cada propriedade, com a aferição da destinação de cada unidade imobiliária. (2015, p. 301)

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A usucapião é um instrumento importante para a regularização do imóvel, inclusive exercendo sua função social no direito de propriedade.

Por isso, o Estado tem-se empenhado em solucionar este problema, pois o direito social de moradia é um dos direitos fundamentais explícito na Constituição Federal.

Usucapião é o modo originário de obtenção da propriedade móvel e imóvel mediante a posse caracterizada da coisa pelo prazo legal que admite não só a aquisição da propriedade, como ao acesso a outros direitos fundamentais, a fim de garantir uma vida digna às pessoas que convivem em situações precárias, tendo como princípio regular a função social da propriedade. Consequentemente, resta saber se o instituto civil será adequado a desempenhar, na prática, seu desígnio social e jurídico em face dos desafios presentes no mundo atual.

Cabe ao judiciário garantir a realização de direitos, com caráter prestacional. Mas essa realização se reduzirá na restauração da dignidade dos segregados e habilitá-los à participação democrática. Contudo, a medida para a concessão de direitos e seu grau de efetivação necessitam ser melhorados no caso concreto, sob pena de definir valores a todos que se oponham.

Conclui-se, após estudo das doutrinas, que a usucapião especial rural é um extraordinário instrumento na regularização no litígio fundiário, urbano ou rural, protegendo a concretização do princípio constitucional e da função social da propriedade.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. **Constituição (1934)**. 15 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). ACESSO EM: 15-10-2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 31 de novembro de 1964.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 6.001, de 19 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l6001.htm>>. Acesso em 13 out. 2019.

CORDEIRO, Carlos José. **Usucapião Especial Urbano Coletivo**: Abordagem sobre o Estatuto da Cidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Coisas. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**: Direito das Coisas. Vol. 5. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direitos reais**. 11º ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015.

LERMEN, Inácio Fabiano. **Estudo da Posse e sua Função Social**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 14, nº 1170, 12 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/285-artigos-set-2014/6727-estudo-da-possa-esua-funcao-social>. Acesso em: 17 set. 2019.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: Direitos Reais e Direitos Intelectuais. 3. ed. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MANJINSKI, Everson; MANJINSKI JUNIOR, Geraldo. **Direito de Família**. São Paulo: Alajur, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil**. Vol. 3. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



NUNES, Pedro. **Do usucapião**. 5. ed. revisada e ampliada. 2ª tiragem. Atualizado por Evandro Nunes. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil: Direitos reais**. Vol. IV. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**, vol. 1-2. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1020.

SOUSA JÚNIOR, José Lopes de. **Usucapião Especial Urbana e a Função Social da Propriedade**. THEMIS- Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, UNISUL/LFG, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 17. ed. v. 7. São Paulo: Atlas. 2016.

## **PRISÃO DOMICILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: SUA ORIGEM E IMPLEMENTAÇÃO NA ATUALIDADE**

**EDSON KOSHIRO SEIKE:**

Bacharelado do curso de Direito da Universidade Brasil - Campus Fernandópolis

Orientadores: Prof. Me. Ademir Gasques Sanches e Prof. Me. Érica Molina dos Santos

**Resumo:** Nos últimos anos, registra-se, quer em razão da situação caótica dos presídios brasileiros à falta de suporte para a concretização do regime aberto, quer em busca de tratamento mais digno e humanitário as pessoas que se encontra em condições de vulnerabilidade, o legislador traçou implementação a decretação da prisão domiciliar. A prisão domiciliar pode ser decretada em cumprimento a uma pena privativa de liberdade decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgada, nos termos da Lei de Execução Penal, Lei 7210/84 e jurisprudencial, e sua decretação de forma cautelar, provisória ou processual em substituição a prisão preventiva, não descartando a possibilidade em decorrência da decretação da prisão temporária, presente os pressuposto *fumus boni iuris* e *periculum libertatis*. Inseridas no Código de Processo Penal Brasileiro, pelas Leis de números: 12.403, de 2011, 13.257, de 2016 e 13.769, de 2018. A substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, levará em consideração a idoneidade da prova, e nos casos da prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que o crime praticado não tenha sido nos casos mencionados na lei processual penal.

**Palavras-chave:** Prisão domiciliar; Prisão provisória; Execução.

**Abstract:** In recent years, due to the chaotic situation of Brazilian prisons, the lack of support for the implementation of the open regime and the search for more dignified and humanitarian treatment of people in vulnerable conditions, the legislator outlined. implementation of the decree of house arrest. House arrest may be ordered in accordance with a custodial sentence arising from a final judgment in accordance with the Law on Criminal Execution, Law 7210/84 and case law, and its decree in a precautionary, provisional or procedural manner. replacement of pre-trial detention, not ruling out the possibility as a result of the decree of temporary custody, bearing in mind the assumption *fumus boni iures* and *periculum libertatis*. Inserted in the Brazilian Criminal Procedure Code, by Laws numbers: 12,403, 2011, 13,257, 2016 and 13,769, 2018. The replacement of pre-trial detention by house

arrest will take into account the suitability of the evidence, and in cases of arrest Preventive measures imposed on pregnant women or those who are mothers or guardians of children or persons with disabilities will be replaced by house arrest, provided that the crime committed was not in the cases mentioned in the criminal procedural law.

**Keywords:** House arrest; Provisional arrest; Execution.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO. 2. ORIGEM DA PRISÃO DOMICILIAR NO BRASIL; 2.1 Conceito; 3. PRISÃO DOMICILIAR NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL; 3.1 Prisão albergue. 4. PRISÃO DOMICILIAR COMO MEDIDA CAUTELAR; 4.1 Considerações gerais; 4.2 Maior de 80 (oitenta) anos; 4.3 Extremamente debilitado por motivo de doença grave; 4.4 Imprescritível aos cuidados ao menor de 06 (seis) anos de idade ou com deficiência; 4.5 Gestante; 4.6 Mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; 4.7 Homem caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O intento da pesquisa é abordar a crescente evolução no ordenamento jurídico brasileiro da decretação da prisão domiciliar, como forma de cumprimento de pena privativa e liberdade em regime aberto, decorrente de uma sentença penal condenatória irrecorrível, bem como a prisão domiciliar cautelar, em substituição a prisão preventiva, e também a temporária, que não é citada no Código Processual Penal brasileiro, por ser regularizada em lei especial, mas, que permite sua substituição para o domicílio, uma vez presentes os requisitos que a justifica.

A situação caótica das penitenciárias, a superpopulação dos presídios, o grande índice de decretação de prisões cautelares, a exposição de idosos, doentes e gestantes concorreram para repensar em medidas alternativas ao cárcere. As crianças e pessoas deficientes que necessitam do cuidado e zelo do interno, que ficaram desprotegidos de apoio, ou na iminência de ficarem, foi objeto de preocupação, inserindo assim como hipóteses a prisão de seu representante, fazendo jus também ao benefício.

O trabalho traz seu desenvolvimento, partindo da origem da prisão domiciliar, naqueles casos de ausência de vaga para pessoas no cumprimento de uma prisão não penal, ou seja, provisória ou cautelar, que tem direito a uma prisão especial. Da mesma forma, a menção no Código Penal, antes da reforma de 1984, a Lei 6.416, em 24/05/77, trouxe a previsão da prisão albergue, no regime aberto,

que em razão da omissão do Estado, que não diligenciaram para obtenção de casas, passaram a cumprir pena em suas residências.

Na sequência, perscrutou a prisão domiciliar com sua previsão na Lei de Execução Penal, para algumas pessoas, em razão de situações que se encontram, por questão de humanidade e na dispensa de um tratamento benevolente, e nos casos da possibilidade da transferência do condenado para cumprir pena em sua residência, por não haver casa específica, denominada prisão albergue ou local similares.

O Código Processual Penal, em decorrência da Lei 12.403/2011, trouxe a previsão quanto a possibilidade de sua decretação com base na existência de filhos menores de 06 anos de idade dependentes do preso; das pessoas deficientes sujeitas a atenção e cuidados do preso(a), para sua subsistência, bem como para aqueles reclusos doentes, em estado grave de saúde, em busca de oferecer um tratamento condigno, mantendo-o em seu domicílio, ou seja um ambiente em separado.

No mesmo seguimento, novas modalidades de motivação da prisão domiciliar como medida cautelar, entram em vigor, a Lei 13.257 de 2016, na qual dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e, dois anos após, a Lei nº 13.769, de 2018 cuidou da prisão domiciliar, tendo como referência a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, será substituída por prisão domiciliar em determinados casos, ou seja desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; e não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

O tema trata-se de um assunto ventilado no cotidiano, inclusive pela mídia, envolvendo fatos de grande repercussão, onde foi concedida a prisão domiciliar, bem como sua revogação baseada em novos fatos.

## **2. ORIGEM DA PRISÃO DOMICILIAR NO BRASIL**

Surgiu a prisão domiciliar no Brasil, imposta ao preso provisório, com o advento da Lei 5.526, de 06 de abril de 1967, na ausência de estabelecimento adequado ao recolhimento daqueles que tem direito a prisão especial (MIRABETE, 2004, p.467)

Na legislação penal, a introdução do regime aberto efetuou-se pela Lei nº 6.416, em 24/05/77, constando a existência e seu cumprimento na casa do albergado. Ocorre que, o Poder Público foi omisso na construção de locais, ou realizaram obras insuficientes. Os juízes e tribunais, passaram a conceder a chamada

“prisão albergue domiciliar”, que segundo Mirabete, “transformada em verdadeiro simulacro da execução da pena”. (MIRABETE, 2004, p.467).

Na ausência de qualquer controle de fiscalização, se os condenados cumpriam ou não a determinação judicial no interior de suas residências ultimou por gerar descumprimento.

Antes da Lei 7.210 de 1984, a prisão domiciliar era banalizada no Brasil, pois era concedida, com a simples justificativa que o sistema não possuía casa do albergado. A prisão domiciliar passou a ser concedida de forma indiscriminada, com graves prejuízos a defesa social e contribuiu para o desprestígio da Justiça Penal (BITENCOURT, 2004, p.481).

Com a entrada da Lei de Execução Penal, embora não há recursos materiais e humanos para dar fiel cumprimento, disciplinou a matéria.

## **2.1 Conceito**

De acordo com o artigo 317 do Código de Processo Penal (CPP), a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Na prisão cautelar, pressupõe assim, qualquer saída de prévia autorização judicial, que segundo Renato Brasileiro de Lima, pode ser específica e genérica. Ou seja, trata-se de autorização específica para ausentar-se a residência para uma situação determinada; ao passo que autorização genérica, para situações mais amplas e corriqueiras. Ex.: frequência a cultos religiosos (LIMA, 2013, p. 979).

Porém, a prisão domiciliar aludida na Lei de Execução Penal tem a índole de pena, pressupondo, portanto, ao menos, a possibilidade de execução provisória da reprimenda aplicada, até o julgamento em breve pelo Supremo Tribunal Federal. Pode ser concedida quando se tratar de: a) condenado maior de 70 (setenta) anos; b) condenado acometido de doença grave; c) condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; d) condenada gestante.

É aplicada em favor dos condenados que cumprem pena em regime aberto, mas, como e há “algumas situações excepcionais em que se tem concedido a modalidade domiciliar mesmo quando o sentenciado não está no regime aberto.

## **3. PRISÃO DOMICILIAR NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

De conformidade com a lei, o regime aberto interpretado como “gênero”, deverá ser cumprido em prisão-albergue ou estabelecimento similar e a prisão domiciliar, presente os requisitos legais.

A Lei de execução trouxe os casos para a concessão da prisão domiciliar, em algumas excepcionalidades, diferenciando dos casos do cabimento da prisão albergue.

O artigo 117 aludido na Lei de Execução Penal a prisão domiciliar tem a índole de pena, estabelece que é cabível, quando presente os seguintes requisitos:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

É aplicada em favor dos condenados que cumprem pena em regime aberto, os casos acima, porém, há “algumas situações excepcionais em que se tem concedido a modalidade domiciliar mesmo quando o sentenciado não está no regime aberto e dentre elas sobressaem aquelas em que o preso se encontra em estado grave de saúde” (MARCÃO, 2017, p. 186).

E assim tem decidido o STJ:

“O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível a concessão de prisão domiciliar ao sentenciado, em cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, quando comprovada sua debilidade extrema por doença grave e a impossibilidade de recebimento do tratamento adequado no estabelecimento prisional” (HC 365.633/SP, j. 18/05/2017).

Conforme será analisado, as hipóteses de prisão domiciliar prevista na lei de execução penal, não são idênticas as traçadas no artigo 318 do CPP, que são ao maior de 80 (oitenta) anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade



ou com deficiência; - gestante; mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e ao homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; nesses casos como medida cautelar, em substituição a prisão preventiva.

### 3.1 Prisão albergue

Casa do Albergado é local destinado a cumprimento de pena privativa de liberdade no regime aberto e limitação de fim de semana, sem as características do cárcere tradicional.

No Capítulo IV da Lei de Execução Penal, menciona:

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. 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.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

A realidade brasileira é que não há casas para cumprimento da prisão em regime aberto, não há esforço para se dar cumprimento à lei. Havendo raríssimas comarcas que a tem.

A ausência de Casa do Albergado “tem proporcionado gravíssimas distorções no sistema progressivo e no processo executivo, visto que a solução encontrada, ausente alternativa viável, tem sido a concessão de albergue domiciliar, com flagrante violação a taxatividade do art. 117 da LEP”. (MARCÃO, 2017, p.241/242).

O Estado não proporciona recursos para se dar cumprimento nos termos da lei, e na falta da casa do albergado, nossos Tribunais, admitiu o cumprimento da

pena em locais similares, em especial em seu domicílio (STJ-HC. 1.721-1, DJU- 3-5-93), o que persiste até a atualidade.

Nessa seara, o cumprimento de pena, em local diverso do previsto em lei, principalmente nos casos de progressão de regime, a ausência de vagas para cumprimento no regime aberto ou semiaberto, ficando o interno prejudicado por ser mantido onde se encontra, a Suprema Corte considerou tratar-se de constrangimento ao preso.

Assim, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 56 (29/06/16), que tem o seguinte enunciado: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641320”. No julgamento do RE 641.320/RS, de que foi relator o Min. Gilmar Mendes, ficou decidido, basicamente, que o cumprimento de pena em regime mais rigoroso que o devido configura violação ao art. 1º, III, da CF (princípio da dignidade da pessoa humana), razão pela qual devem ser adotadas providências pelo Poder Judiciário, inclusive por força do disposto no art. 5º, II, XLVI e LXV, da Constituição Federal (CF). Conforme consta da Ata n. 13, de 11 de maio de 2016 (DJe n. 100, de 16-5-2016), ao apreciar o tema 423 da repercussão geral, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou tese nos seguintes termos: “a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como ‘colônia agrícola, industrial’ (regime semiaberto) ou ‘casa de albergado ou estabelecimento adequado’ (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas b e c); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (I) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (II) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (III) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado” (Informativo STF n. 825).

Faz-se aqui uma ressalva, que a prisão domiciliar não é a primeira medida a ser adotada; e nem sempre a manutenção do preso no mesmo estabelecimento é causa de constrangimento ilegal, logo é analisado o caso em concreto.

A doutrina de Alexis Couto de Brito, ao tratar da inexistência de vagas para cumprir pena, conforme o regime imposto cuida que:

(...) que o sistema possui um número de vagas é absolutamente retórica, porquanto serve apenas para impedir a progressão, e nunca para impedir o enclausuramento. Não há “vagas” no momento de conceder ao preso seu direito, mas sempre haverá vagas no momento de mandá-lo ao cárcere, seja pela condenação, seja pela regressão. Igualmente, é consenso prático que poderá sempre haver superlotação de um estabelecimento em regime fechado, mas curiosamente essa superlotação não pode existir nos estabelecimentos semiabertos ou abertos. (BRITO, 2019, p.317)

Trata-se de questionamentos e teses intermináveis, no sentido de fazer valer o cumprimento da pena privativa de liberdade conforme previsto em lei.

A previsão da casa do albergado, no cumprimento de uma pena privativa de liberdade em regime aberto é até esquecido na prática, justamente em razão da sua inexistência.

#### **4. PRISÃO DOMICILIAR COMO MEDIDA CAUTELAR**

##### **4.1 Considerações gerais**

A previsão da prisão domiciliar no CPP como medida cautelar é uma instituição fruto das previsões trazida no artigo 318 e seus incisos, pelas Leis nº 12.403 de 2011 e nº 13.257 de 2016, valendo lembrar que para haver aludida substituição, o indiciado (ou acusado) deve provar idoneamente que se encontra em alguma das circunstâncias abaixo previstas.

A prisão cautelar domiciliar, é substitutiva da prisão preventiva, é instituto introduzido inicialmente no Brasil com a Lei n. 12.403/2011, que trouxe quatro hipóteses para sua concessão, sendo elas: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; e para gestante a partir do 7º (sétimo) mês ou sendo esta de alto risco.

No ano de 2016, a Lei 13.257, alteração foi a retirou o tempo de gestação da mulher e o risco e vida, passando a constar a mulher, pelo fato de ser gestante, e incluiu duas hipóteses, os incisos V e VI no artigo 318, nos casos de mulher com

filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e ao homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Encontra-se a previsão a seguir, as hipóteses legais:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

A prisão domiciliar assim, só se decreta em substituição a prisão preventiva, que por sua vez só ocorre quando realmente for indispensável à investigação criminal ou ao processo, mais usual no curso da ação penal, uma vez que a prisão temporária é a apropriada nos casos de investigações, embora é possível a decretação da prisão preventiva também nos casos de investigação, e quando presente os pressupostos, quais sejam, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, elementos esses que dão ensejo ao *fumus commissi delicti*, sua decretação como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, *periculum libertatis* que estão previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

A prisão do instituto cautelar domiciliar substitutiva da prisão preventiva possibilita, segundo Renato Marcão, dentre outras coisas:

1º) restringir cautelarmente a liberdade do indivíduo preso em razão da decretação de prisão preventiva, sem, contudo, submetê-lo às conhecidas mazelas do sistema carcerário; 2º) tratar de maneira particularizada situações que fogem da normalidade dos casos e que, por isso, estão a exigir, por questões humanitárias e de assistência, o arrefecimento do rigor carcerário; 3º) reduzir o contingente carcerário, especialmente no que diz respeito aos presos cautelares; e 4º) reduzir as despesas do Estado advindas de encarceramento antecipado. (MARCAO, 2012, p.193).

Tal comentário mencionado, se deu antes das novas hipóteses trazidas no artigo 318 do Código de Processo Penal, no ano de 2018, que trouxe um tratamento humanitário as mulheres grávidas, mães de crianças, e ao homem, sendo o único responsável pela criança, embora a previsão de todas as situações diz respeito a dignidade da pessoa humana.

#### **4.2 Maior de 80 (oitenta) anos**

A primeira hipótese que envolve pessoa maior de 80 anos, o único critério utilizado pelo legislador foi o cronológico, sendo necessário, portanto, que o preso conte com 80 anos completos para que possa postular o benefício. Não exige, para o cabimento da substituição sob tal fundamento, a conjugação de qualquer outro requisito específico (Marcão, 2012, p. 194).

Entretanto para Renato Brasileiro, entende necessário somar-se a idade, um estado de saúde debilitado e fragilizado, o que demonstra a inconveniência e a desnecessidade de sua manutenção no cárcere, é possível a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. (MARCÃO, 2013, p.975).

O conceito de idoso, de acordo com a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), "considera-se idoso todo aquele que contar com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos" e o artigo 117 da Lei de Execução Penal, que

se trata da prisão pena, e não processual, traz a idade do condenado maior de 70 anos que estiver cumprindo pena no regime aberto, a pessoa maior de 80 anos, tem maior precisão desta substituição, pois realmente não dispõe de condições físicas e emocionais para submeter-se as mazelas de uma cela tradicional.

#### **4.3 Extremamente debilitado por motivo de doença grave**

A permanência do interno extremamente debilitado em razão de doença grave sofrerá maior dano no seu estado de saúde, pois nem sempre nos estabelecimentos penais dispõe de recursos necessários para tratamento. Não é razoável que o preso pereça no cárcere.

Segundo a lei, cabe a demonstração de que o preso se encontra acometido de doença grave para que consiga o benefício é imprescindível, em regra, a demonstração com base em parecer médico que ateste que, em razão da moléstia grave. "Isso não exclui a possibilidade de que, em alguns casos, possa o juiz, "de olho", verificar e constatar o grave quadro de saúde do preso e dispensar, em razão disso, previa apresentação de prova documental específica." (MARCÃO, 2013, p.195)

Permitiu a concessão da prisão domiciliar uma que que é possível o agravamento, a piora do estado de saúde do preso caso permaneça em estabelecimento penal, pois a debilitação da pessoa por motivo de doença grave, para que receba um tratamento condizente e digno exige maior zelo e cuidados, em especial de familiares. O tratamento que o preso necessita não pode ser ministrado no estabelecimento prisional, e sim no âmbito da sua residência.

#### **4.4 Imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência**

O benefício domiciliar, para os cuidados para com aqueles que dependem daquele que têm sua liberdade limitada é que são resguardados.

A tutela de criança e deficiente: busca-se uma bilateralidade na hipótese descrita; quer-se garantir o eficiente cuidado à criança menor de seis anos ou portadora de deficiência, ao mesmo tempo em que se considera razoável manter o acusado em domicílio, pois estaria muito ocupado para a tutela requerida. Na maior parte dos casos, destina-se a norma à mulher, pois é encargo seu cuidar dos filhos em tenra idade ou portadores de deficiência. O acusado que pretenda o benefício haverá de demonstrar, claramente, o seu vínculo com a criança e, em particular, os cuidados especiais e imprescindíveis a ela destinados. Não basta juntar aos autos a certidão de nascimento, provando a paternidade ou maternidade; há que se demonstrar a tutela existente. (NUCCI, 2016, p.599)



#### **4.5 Gestante**

A própria gravidez espelha a necessidade de prisão domiciliar, por ser um período que se exige um estado físico e emocional harmônico e sem turbulências, o que não existe em estabelecimento prisional. Não se descarta possíveis complicações inobstante de estar em estágio avançado ou não, deixando de considerá-la com direito a prisão domiciliar apenas no a partir do sétimo mês. Trata-se de concessão exclusiva à mulher presa e, mesmo assim, se o juiz reputar conveniente, embora se discuta tratar ou não de direito subjetivo.

#### **4.6 Mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos**

O objetivo foi o de proteger as mulheres, inclusive as pertencentes às minorias, bem como seus filhos, dando-lhes condições de responder ação penal ou cumprir suas penas, se condenadas, com dignidade. “Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok)”, editadas em 22 de julho de 2010 pela Assembleia Geral da ONU.

Nas regras de Bangkok não existe a previsão de recolhimento domiciliar adotada pelo CPP brasileiro. Todavia, a norma legal pátria se amolda perfeitamente ao objetivo previsto na Regra 52, cuja redação é a seguinte: Regra 52 1. “A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente”.

A nova norma processual visa, acima de tudo, à proteção dos menores, evitar que sejam separados de suas mães, considerando as consequências nocivas, físicas e psicológicas, que o fato poderá resultar. Portanto, a dispositiva tem em vista às crianças e não à mãe infratora, muito embora ela, com certeza, venha a ser a beneficiária direta.

#### **4.7 Homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos**

Aos homens, também foi incluído um inciso VI, pela Lei nº 13.257/16, relativo àquele responsável por filho menor de 12 anos. Mas, no caso dos homens, exige a lei que ele seja o único responsável pelos cuidados do filho. A diferença do pai em relação a mãe, é que em relação à mãe, obtém o benefício somente tendo o filho menor de 12 anos, enquanto o homem, na mesma condição, somente garante a benesse legal se for o único responsável pela criança.

## 5. CONCLUSÃO

A prisão domiciliar não visa somente diminuir a superlotação. A medida traz uma nova visão de tratamento ao indivíduo que incorreu ao erro, como cidadão e pessoa de direitos, garantindo a este dignidade e respeito. A finalidade é não pensar na prisão como meio de extirpar a pessoa que praticou um ilícito penal, mas também reintegrá-lo na sociedade de uma forma mais humanizada.

Qualquer pessoa está apta a mudanças, a reinserção e reeducação. Às vezes, é uma mera possibilidade positiva que estas precisam, de “pagar” pelos delitos em um ambiente mais benéfico, e, sobretudo próximo aos seus entes queridos, pois terão uma chance para se tornar melhor.

O estado vem buscando, com reiteradas introduções e alterações no ordenamento jurídico brasileiro, a execução de políticas públicas até com restrição na liberdade de locomoção de determinadas pessoas, sempre considerando a condição especial do detento e das pessoas que dele depende.

Diante das condições desumanas e insalubres oferecidas na prisão, sobretudo às presas provisórias em estado gestacional ou puerperal, a pena acaba por cumprir uma mera função retributiva, punindo o agente sem lhe possibilitar qualquer chance de reflexão a uma mudança de postura efetiva.

Assim, ao tratar de forma diferente pessoas em situações iguais, há ofensa ao princípio constitucional da isonomia. A condição gestacional não autoriza o desrespeito a um princípio constitucional, motivo pelo qual deveria ser observado o mesmo direito a presos preventivos que sejam os únicos responsáveis pelo cuidado do filho de até 12 anos.

## 6. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 18 Out. 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 18 Out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 Out. 2019.

BRASIL. **Lei de Execução Penal: Lei Nº 7.210, de 11 julho de 1984**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 16 Out. 2019.

BRITO, Alexis Couto Brito. **Execução penal**. 5 Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019

FREITAS, Vladimir Passos de. **Prisão domiciliar de mãe de menor exige bom senso**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-15/segunda-leitura-prisao-domiciliar-mae-menor-exige-bom-senso>>. Acesso em: 20 Out. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói-RJ: Impetus, 2013.

MARCÃO, Renato. **Lei de execucao penal anotada**. 6. ed. rev., ampl. e atual. – Sao Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. **Prisoes cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. rev. e ampl., Sao Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal: comentários a lei 7.210, de 11/07/1984**. 11 Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

## **O DIREITO COMO NORMA JURÍDICA: CONCEITO, NATUREZA, FUNDAMENTOS, CARACTERÍSTICAS E LEGITIMIDADE**

**FRANCISCO WILLIAM PINHEIRO LOPES:**

Auditor fiscal da Sefaz/CE. Universidade del Museo Social Argentino. Doutor

Trabalho apresentado à disciplina Teoria geral do Direito, do Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad Del Museo Social Argentino, ministrada pelo Professor Dr. Benjamín García Holgado.

**RESUMO:** Este trabalho teve como objetivo analisar, no âmbito da sociedade atual, os desafios e impedimentos ao avanço da luta pelo Direito, como norma que visa a assegurar a proteção aos seres humanos nas suas relações interpessoais, que definem as regras de convivência, por meio de normas do Direito, como instituto que as ordena, proíbe ou permite. Nessa perspectiva, o Direito visa a proteger e beneficiar a comunidade, os grupos, ou os indivíduos determinados ou indeterminados, por meio de normas, em razão das quais ele existe, pois ele não existe por natureza, mas em decorrência da lei. Viu-se, portanto, que o direito como norma objetiva pode ser visto ou reconhecido pelo Estado que o garante, sob a denominação de direito 'positivo'; que é o direito institucionalizado pelo Estado.

Palavras-chave: Direito. Normas. Leis. Proteção.

**RESUMEN:** Este estudio tuvo como objetivo examinar, dentro de la sociedad de hoy, los desafíos y los obstáculos para el avance de la lucha por la ley, por lo general destinadas a garantizar la protección de los seres humanos en sus relaciones interpersonales, que definen las normas de convivencia a través de normas legales, como el instituto en el que ordena, permite o prohíbe. Desde esta perspectiva, la ley tiene por objeto proteger y beneficiar a la comunidad, grupos o individuos, ya sea determinado o indeterminado, a través de normas, basadas en que existe, porque no existe en la naturaleza, sino por la ley. Se ve, pues, que la ley como una lente estándar puede ser visto o reconocido por el Estado se asegura de que, bajo el nombre de la ley "positiva", que se ha institucionalizado por la ley estatal.

**Palabras clave:** Derecho. Normas. Leyes. Protección.

**ABSTRACT:** This study aimed to examine, within today's society, the challenges and impediments to the advancement of the struggle for law, as a rule aimed at ensuring the protection of humans in their interpersonal relationships, which define the rules

of coexistence through legal norms, as the institute that ordains, permits or prohibits. From this perspective, the law aims to protect and benefit the community, groups or individuals either determinate or indeterminate, through standards, based on which it exists, because it does not exist in nature, but because of the law. It was seen, therefore, that the law as a standard lens can be seen or recognized by the State ensures that, under the name of law 'positive', that is institutionalized by the state law.

**Keywords:** Right. Standards. Laws. Protection.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 A TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA. 1.1 Os sujeitos da relação jurídica. 1.2 Unidade do Ordenamento Jurídico. 1.3 A coerência do Ordenamento Jurídico. 1.4 A Completude do Ordenamento Jurídico. 1.5 A eficácia da norma constitucional na posituação do Direito. 1.6 Princípio da unidade da Constituição. 1.7 Do efeito integrador. 2 OS DIREITOS HUMANOS. 2.1 Aspectos Históricos. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa os elementos centrais que caracterizam o contexto atual identificando nele os desafios para o avanço da luta pelo Direito, como norma que visa a assegurar a proteção aos seres humanos nas suas relações interpessoais que marcam o convívio humano, as quais são reguladas pelas normas do Direito, como instituto que as ordena, proíbe ou permite. Nesse sentido, o Direito visa a proteger e a beneficiar a comunidade, os grupos, ou os indivíduos determinados ou indeterminados. Pode-se afirmar, portanto, que as relações interpessoais reguladas pelo Direito são conhecidas como relações jurídicas que, segundo Amaral (1998, p. 156), são definidas como “relação social disciplinada pelo direito e, concretamente, é uma relação entre sujeitos, um titular de um poder, outro, de um dever.”

Referindo-se à relação jurídica, Betioli (1996, p.212) a define como um “vínculo entre pessoas, do qual derivam conseqüências obrigatórias, por corresponder a uma hipótese normativa. Campos (1995, p. 125) conceitua a relação jurídica como a “relação da vida disciplinada pelo direito, vinculando o titular do direito subjetivo e o obrigado, relativamente ao objeto ou bem jurídico.”

Percebe-se, portanto, que a relação jurídica pode ser conceituada no plano objetivo ou no subjetivo. No plano objetivo, uma relação jurídica é toda relação social disciplinada pelo direito, enquanto no plano subjetivo ela representa o

vínculo entre dois ou mais indivíduos, dotado de obrigatoriedade (BEM, 2004, p. 16). Nessa perspectiva, as situações subjetivas são momentos de uma relação jurídica, frações temporais de uma relação interpessoal regulada pelo Direito.

As relações jurídicas pressupõem a existência de um sujeito ativo e outro, passivo, envolvidos em um ato, devido ou permitido. Nesse caso, o sujeito ativo não é, necessariamente, aquele que pratica o ato, mas aquele que, na situação jurídica, encontra-se na posição subordinante. Simetricamente a este, está o sujeito passivo, aquele que se encontra na posição subordinada, em relação ao ato considerado. A subordinação é estabelecida pelo Direito em benefício de quem pratica o ato, a benefício de terceiro ou da comunidade.

Bem (2004, p. 16) conceitua a relação jurídica como a ligação ente dois ou mais sujeitos em razão de um fato previsto no ordenamento jurídico, em que um dos sujeitos tem o direito de exigir uma prestação e o outro, o dever de cumpri-la. Assim, vê-se que a existência de uma relação jurídica pressupõe o posicionamento de duas ou mais pessoas dotadas de poderes e deveres resultantes das normas jurídicas, daí porque só interessam ao direito as relações que estejam, de alguma forma, previstas em um modelo jurídico.

Fachin (2002, p. 4) refere-se à relação jurídica, definida no Código Civil como um elemento unificador, afirmando que ela apresenta vícios de abstração e generalização, que podem conduzir à exclusão social. Nesse sentido, o autor citado (*op. cit.*) afirma que,

[...] há divisão entre as relações sociais abrangidas pelo manto jurídico e aquelas que estão excluídas do âmbito da regulação [...] os modelos de relações juridicamente relevantes não poderiam se ater às vicissitudes das relações fáticas [...] o Código Civil é visto como um sistema *prêt-à-porter*. Mais do que isso, o direito se reduz a essas soluções prévias, se reduz a modelos.

Discordando dessa crítica expressa por Fachin (*op. cit.*), Bem (2004, p. 17) se justifica ao dizer que a relação jurídica é um fato geral e abstrato, por ser próprio da ciência jurídica, sendo impossível o legislador elaborar normas sem deixar de tutelar certos bens jurídicos, uma vez que sua intenção maior é “regular a vida das pessoas naquilo que elas têm de maior ou mais importante no cotidiano” (BEM, 2004, p. 17).

Quanto à abstração, não há dúvida de que a relação jurídica é um conceito geral e abstrato. Mas isso é próprio de qualquer ciência, por mais concreta que se queira fazê-la, porque é pelo pensamento, necessariamente abstrato, que o homem



apreende a realidade, sendo, portanto, abstrata a própria idéia de 'homem concreto'. Entretanto, algumas relações são reguladas pelo Direito e outras não, o que não caracteriza nenhuma perversidade. Ainda que o número dessas relações seja cada vez menor, é bom que ainda haja relações interpessoais imunes à autoridade do Estado, não havendo nenhuma caracterização de maldade nesses conceitos, mas dependência em relação à natureza do pensamento humano.

## **1 A TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA**

Em uma relação jurídica, duas pessoas buscam, no ordenamento jurídico, a solução para um conflito em que uma delas requer da outra o cumprimento de uma obrigação que lhe é devida. Nesse sentido, Bem (2004, p. 17) refere que a "relação jurídica é uma relação entre pessoas tuteladas pelo ordenamento jurídico." Nessa relação, dois requisitos são imprescindíveis para que se evoque a tutela pelo Direito, sendo um de ordem material, que se refere à ligação intersubjetiva e outro de natureza formal, correspondente à hipótese normativa que prescinde uma contenda entre as partes, necessariamente definida nas normas do direito privado.

As relações de direito privado são classificadas em quatro categorias: familiares, sucessórias, obrigacionais e contratuais que apresentam uma semelhança em relação aos elementos externos que nelas estão inseridos: sujeitos, objetos, fatos jurídicos e garantias. Assim, toda relação jurídica corresponde a uma ação com a intenção de assegurar a proteção do Estado aos litigantes, como meio processual.

O sujeito de direito é aquele que participa da relação jurídica, como sujeito ativo, o titular do direito, ou como sujeito passivo, aquele sobre o qual recai o dever de atender a uma norma do direito. O objeto da relação é o bem ou a prestação em que incide o poder jurídico, com a intenção de favorecer o sujeito ativo. O fato jurídico é todo e qualquer acontecimento que gera uma relação jurídica contribuindo com a criação, modificação ou extinção de direitos (BEM, 2004, p. 21).

Para Diniz (2002, p. 229), o fato jurídico é o "acontecimento previsto em norma de direito, em razão do qual nascem, se modificam, subsistem ou se extinguem as relações jurídicas." Reale (1973, p. 22) define fato jurídico como "todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito." Gomes (2001, p. 127), por sua vez, apresenta sua conceituação de fato jurídico, ao assegurar que ele é "o elemento propulsor da relação jurídica."

A garantia é outro requisito da relação jurídica, pela qual é assegurada a proteção ao direito ao sujeito, por meio da ação que, na concepção de Beviláqua (1979, p. 319), "é um dos elementos constitutivos do direito que, como tecido tegumentar, protege a parte nuclear do interesse." Assim, a garantia é um meio que leva o sujeito a reagir com a ajuda dos aplicadores do direito, quando se sentir desrespeitado em seus direitos e pretensões, conforme referido por Santos (1964, p. 231), quando esclarece que "o sujeito deixa a atitude de tranquilidade em que permanece, para se por em movimento, uma vez que seja violado o seu direito ou pretensão."

Para Monteiro (1968, p. 16), o princípio consagrado na lei, segundo o qual a todo direito corresponde uma ação que o assegura, "não é, senão, o próprio direito no esforço da própria conservação integral."

### **1.1 Os sujeitos da relação jurídica**

Para que um sujeito seja considerado sujeito de direito, é necessário que seja reconhecido como capaz para exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. Sobre essa capacidade, Beviláqua (1979, p. 110) assim se refere: "a capacidade é a manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade." Assim, concebe-se a capacidade como a medida da personalidade de um sujeito.

A capacidade pode assumir dois aspectos: capacidade de gozo ou de direito e a capacidade de exercício ou de fato. A capacidade de gozo é abstrata e todos os indivíduos a possuem em decorrência do princípio da igualdade (BRASIL, 2002, Artigo 1º.) e não podem ser privados dela pelo ordenamento jurídico. Outro aspecto é a capacidade de exercício ou de fato que concede aos indivíduos a possibilidade de praticar atos jurídicos que tenham valor econômico.

A incapacidade de exercício não suprime a capacidade de gozo, mesmo no caso dos incapazes, cuja capacidade de ser sujeito de direito não lhes é negada, podendo exercer seu direito por meio de representação (BEM, 2004, p. 24).

Sobre isso, Diniz (2002, p. 141) refere que "o instituto da incapacidade visa a proteger aos que são portadores de uma deficiência jurídica apreciável." Os absolutamente incapazes são os menores de dezesseis anos; aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o discernimento necessário a exercer atos da vida social, sendo reconhecidas como portadoras de doença ou deficiência mental permanente; os que, por deficiência mental, tenham seu discernimento reduzido, excetuando-se os eventualmente drogados ou alcoolizados; os pródigos. [1]

São relativamente incapazes, as pessoas impossibilitadas de expressar sua vontade em razão de causas transitórias; os ébrios ou alcoólatras e os viciados em tóxicos. A idade avançada não impossibilita o exercício de atos normatizados pelo direito, a não ser nos casos em que sejam comprovadas alterações que coloquem o idoso em discrepância com os padrões da normalidade. As pessoas consideradas relativamente incapazes necessitam de um assistente para acompanhá-los em certos atos da vida civil, sob pena destes serem considerados nulos.

A proteção aos absolutamente incapazes se dá pela representação, enquanto os relativamente incapazes são protegidos pela assistência legalmente constituída ou por medidas tutelares previstas pelo código penal ou pelas leis extravagantes (BEM, 2004, p.31).

Uma pessoa reconhecida como incapaz precisa ser submetida à interdição, de acordo com o artigo 1.177 e seguintes do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), que define a interdição como um ato judicial, pelo qual é declarada a incapacidade de determinada pessoa privada de discernimento para a prática de certos atos da vida civil, sendo-lhe nomeado um representante, geralmente escolhido dentre seus parentes muito próximos. A incapacidade cessará quando sua causa for eliminada, como é o caso do menor de dezesseis anos, ao alcançar a maioridade, ser emancipado por seus pais, ou se for comprovado o término de uma doença mental incapacitante (BEM, 2004, p.31).

A personalidade é um atributo jurídico capaz de caracterizar ou individualizar uma pessoa física ou jurídica, capacitando-a a se tornar sujeito ativo ou passivo de direitos. Para Miranda (1999, p. 154), "ser pessoa constitui a possibilidade de ser sujeito de direito. [...] a personalidade é um bem juridicamente relevante e de interesse central no ordenamento jurídico."

O início da personalidade natural é explicado por três teorias: a teoria natalista, segundo a qual só é sujeito de direitos aquele que nasceu vivo. Pela teoria da personalidade condicional, afirma-se que a personalidade jurídica começa com o nascimento do ser vivo, estando, entretanto, os direitos do nascituro sujeitos a uma condição suspensiva, portanto, sujeitos à condição, termo ou encargo. Ao ser concebido o nascituro poderia titularizar alguns direitos extrapatrimoniais, como, por exemplo, à vida, mas só adquire completa personalidade quando implementada a condição de seu nascimento com vida. A teoria concepionalista sustenta que o nascituro é pessoa humana desde a concepção, tendo direitos resguardados pela lei. Assim, ele é sujeito de personalidade plena desde a concepção e mesmo antes de seu nascimento (MIRANDA, 1999).

Nesse sentido, o nascituro pode ser considerado como autor de pedido de reconhecimento de paternidade, sendo representado por sua mãe (BEM, 2004, p. 40-41).

A personalidade civil, entretanto, só se inicia com o nascimento, colocando-se a salvo os direitos do nascituro. Com o nascimento sem vida, a pessoa não adquire a personalidade. Por outro lado, a personalidade se extingue com a morte, quando também se extingue a aptidão para figurar como titular de direitos e deveres, pondo-se fim às relações personalíssimas das quais o falecido era titular (BEM, 2004, p. 43).

O art.16 da Lei n.10.406, de 10.01.2002, enaltece o direito, agora positivado, segundo o qual cada pessoa física tem, entre outros direitos da personalidade, o de possuir o prenome e o nome e por eles ser identificada. No direito ao nome, o bem jurídico tutelado é a identidade.

Para França (1964, p. 183):

O nome, de modo geral, é elemento indispensável ao próprio conhecimento, porquanto é em torno dele que a mente agrupa a série de atributos pertinentes aos diversos indivíduos, o que permite a sua rápida caracterização e o seu relacionamento com os demais. De circunstâncias que tais, não discrepa o nome civil das pessoas físicas, porque é através dele que os respectivos titulares são conhecidos e se dão a conhecer.

A garantia do direito ao nome já era um tema acolhido pela doutrina e pela jurisprudência, ressaltando e respeitando o direito ao nome como elemento da identidade e, conseqüentemente, parte dos direitos da personalidade.

Vê-se, portanto, que o Direito que rege e controla as relações humanas define regras com a finalidade de normatizar a vida em sociedade. Juridicamente, essas regras expressam o modo de proceder, a conduta imposta no texto legal. Impõem, portanto, um preceito geral, que deve ser executado, sem restrições. Dentre os vários tipos de regras temos a regra de direito que é a denominação genérica dada a todo princípio fundamental de direito e que formula um princípio cardeal de direito ou uma norma jurídica fundamental, como preceito dominante e indiscutível.

## **1.2 Unidade do Ordenamento Jurídico**

A palavra regra vem do Latim *'regula'*, derivada de *regere* (dirigir, reger), seria algo destinado a servir de modo, forma ou ordem para que sejam executados os atos. Manifesta a regra, a pauta a ser seguida na execução de um ato ou serve para definir a "linha indicativa da ordem ou do modo de proceder".

Sobre isso, Silva (1996), expressa uma pertinente distinção entre regra e norma: a regra é um preceito tutelador de situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, reconhecendo, a faculdade de as pessoas ou entidades realizarem certos interesses, por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem enquanto as normas vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

Outro posicionamento significativo a respeito da norma jurídica é o de Korkounov (1914), segundo o qual a norma se caracteriza como uma limitação de interesses, fixando o limite entre o direito e o não-direito. Tal conceito é respeitado por englobar os campos de juridicidade e, sob o aspecto negativo, não vincular a essência da norma à origem estatal, não condicionando sua obrigatoriedade ao poder institucionalizado, ou coação.

Como conclusão da Hermenêutica dos princípios, a noção de que os princípios são normas e as normas compreendem os princípios e as regras foi integralmente aceita por vários juristas como Alexy (1985), Esser (1964) e outros. Nesse sentido, é reconhecida a função normativa dos princípios, figurando como parte jurídica e dogmática do sistema de normas, como ponto de partida que se abre ao desdobramento judicial de um problema (DWORKIN, 2003).

Considera-se, assim, a acepção de princípios como máximas doutrinárias ou guias do pensamento jurídico, com a possibilidade de se tornarem normas de Direito Positivo. Podem os princípios, segundo a doutrina, assumir a feição de ideias norteadoras, que se concretizarão na lei e na jurisprudência, ou de *'lex'* cristalizando-se em regras jurídicas de aplicação imediata, sendo estas, as únicas tidas como norma.

Os princípios gerais funcionam como vínculo que constituem um sistema, uma vez que o princípio também é norma, em sentido abstrato, aliás, uma espécie da norma primária, que expressa a vontade da sociedade, na base do sistema. Com Dworkin (2003), os princípios passam a ser definitivamente considerados como as normas e valores mais comuns nas constituições, tendo, por isso, eficácia suprema. Desse modo, fica resolvido, de uma vez, o conflito entre

princípio e norma, passando esta a ser gênero do qual os princípios e regras são espécies.

Os princípios passaram, então, a ser distinguidos das regras, mas não, das normas: o primeiro critério de distinção é o da generalidade, pois, os princípios são dotados de alto grau de generalidade relativa, ao passo que, as regras possuem baixo grau de generalidade. Segundo Alexy (1985), a distinção mais correta se dá no âmbito de graduação unida à qualidade. Nesse plano, os princípios têm sua medida de execução na dependência das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto que as regras devem ser cumpridas em seu conteúdo.

Tal questão entre princípio e normas se torna mais nítida nos conflitos de princípios e de regras. No conflito de regras, deve-se introduzir uma cláusula de exceção ou tornar nula uma das regras, situando, tal assunto, no âmbito da validade. Já no conflito de princípios, não há nulidade de princípio, havendo, apenas, uma preponderância do princípio de maior peso jurídico, porque se todo princípio pode estar presente em um conflito, deve possuir validade, o que coloca tal contradição num plano essencialmente valorativo.

Segundo Bobbio (1996), o ordenamento jurídico caracteriza-se pela sua plenitude, coerência e unidade, sendo essa última característica a mais relevante para que se tenha uma nítida interpretação de um ordenamento como um todo, pois este é composto por uma infinidade de normas que devem ser observadas como partes de um todo, não podendo, portanto, serem interpretadas isoladamente.

Ao se analisar essa característica, distinguem-se os ordenamentos em simples e complexos, caso as normas derivem de uma só fonte, ou de mais de uma. Os ordenamentos mais comumente relatados pelos historiadores do direito ou pelos juristas são complexos, como se estivéssemos em um grupo familiar, cuja fonte das regras de conduta dos seus membros não fosse, unicamente, a autoridade paterna. Bobbio (*op. cit.*) ainda vai além, em suas exemplificações, quando diz que, nem mesmo em uma concepção teológica do universo, as leis que regem o cosmo são derivadas todas de Deus, pois ele delegou aos homens a faculdade de produzir leis para regular sua conduta, atendendo aos ditames da razão (Direito Natural), ou de vontades superiores (Direito Positivo) (BOBBIO, 1996).

O ordenamento jurídico necessita de inúmeras regras de condutas, para manter a harmonia dentro da sociedade, o que jamais pode conseguir, a não ser por um ordenamento complexo e pleno, para cuja formação o poder supremo recorre, geralmente, não só às fontes diretas como às indiretas (fontes reconhecidas e delegadas), tornando-se, assim, complexo .



Como exemplo de fonte reconhecida tem-se o costume que, nos ordenamentos estatais modernos, é a fonte direta e superior da Lei, cujo uso acontece quando o Legislador atém-se expressamente ao costume, numa situação particular, ou ainda, de forma expressa ou tácita, nas matérias não reguladas pela Lei (*Cosuetudo Praeter Legem*) em que o Legislador acolhe normas jurídicas já feitas, enriquecendo o ordenamento.

O costume pode, ainda, ser colocado como uma fonte delegada, como acontece quando se tem o costume como uma autorização aos cidadãos para produzir normas jurídicas, através do seu comportamento uniforme. Nessa perspectiva, os usuários recebem uma qualificação de órgão estatal com autoridade para produzir normas jurídicas com seu comportamento uniforme. Deve-se observar uma significativa distinção entre a recepção e a delegação: enquanto, na primeira, o ordenamento acolhe um preceito já elaborado, na outra, manda fazê-lo.

Outra fonte de normas de um ordenamento jurídico é o poder atribuído aos particulares, de regular, mediante atos voluntários, os próprios interesses: trata-se do chamado 'poder de negociação'. O enquadramento dessa fonte na classe das fontes reconhecidas ou na das delegacias não é nítido. Coloca-se em destaque a 'autonomia privada', que é a capacidade dos particulares atribuírem normas a si próprios, em certa esfera de interesses.

Considerando-se os particulares como constituintes de um ordenamento jurídico menor, absorvido pelo ordenamento estatal, essa vasta fonte de normas jurídicas é concebida, como produtora independente de regras de conduta que são aceitas pelo Estado. Se o acerto, no poder de negociação, for colocado como delegado pelo Estado aos particulares, para regular os próprios interesses, em um campo estranho ao interesse público, a mesma fonte aparece como fonte delegada.

Nesse sentido, entende-se que, em cada ordenamento, o ponto de referência último de todas as normas é o poder originário, único que justifica o ordenamento e funda a unidade do mesmo. Como não se está diante de um ordenamento simples, mas em um ordenamento cujas normas afluem através de vários canais, pode-se dizer, conforme Bobbio (1996), que essa complexidade depende historicamente de suas razões fundamentais:

- a) um ordenamento novo nunca elimina completamente as estratificações normativas que o precederam, como normas morais, sociais, religiosas, usuais, consuetudinárias, regras convencionais.

Portanto, através de um reconhecimento expresso ou tácito, do novo ordenamento, essas regras precedentes passam a fazer parte deste e, assim limita-o, como se fosse um limite externo do poder soberano.

- b) O poder originário cria, ele mesmo, novas centrais de produção jurídica, como ocorre quando surgem as resoluções, os regulamentos, as normas adaptadas às necessidades locais, os negócios jurídicos, todos produzidos por centrais. Nesse caso, há uma multiplicação das fontes distintas da primeira, na qual não haveria uma derivação de uma limitação exterior, mas sim, de uma autolimitação do poder soberano, como um tipo de limite interno que acontece quando o poder soberano subtrai a si próprio, o poder normativo para dá-lo a outros órgãos ou entidades.

Bobbio (1996) ainda considera de elementar importância o conhecimento das fontes do Direito, a construção escalonada do ordenamento, os limites materiais e os limites formais, a norma fundamental e a distinção entre Direito e Força, exatamente por considerar a unidade como característica do ordenamento jurídico.

No entanto, Canotilho (1994), quando se refere ao valor determinante dos princípios, normas, fins e tarefas constitucionais, cita a unidade da constituição como um tópico categorial de certa utilidade, quando, com ela, se quer significar a unidade do texto constitucional, unidade hierarquicomaterial de todos os preceitos constitucionais e unidade de sua estrutura normativa (MÜLLER *apud* CANOTILHO, 1994, p. 92 e 170).

Canotilho (*op. cit.*) defende o princípio da unidade como a expressão da positividade da constituição, com base no pensamento de Bobbio (1996), ao referir-se ao sentido útil da unidade na interpretação sistemática dos preceitos constitucionais e da tarefa de concordância prática (CANOTILHO, 1994, p. 268).

### **1.3 A coerência do Ordenamento Jurídico**

O ordenamento jurídico constitui um sistema, um conjunto de partes que se integram, ou seja, as normas que o compõem devem estar relacionadas entre si determinando a coerência do ordenamento jurídico. Esse relacionamento entre as normas deve ser um relacionamento de compatibilidade, não se podendo falar em totalidade ordenada, em um conjunto de normas no qual duas normas contraditórias sejam ambas legítimas. Assim, em um sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de

incompatibilidade de duas normas, não a queda de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou, no máximo, das duas.

Mesmo com o Direito visando à coerência, há as antinomias, devido não se conseguir superar os obstáculos epistemológicos. Entende-se por antinomia jurídica aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade.

As antinomias, assim definidas, podem ser:

- a) Total-total à Se duas normas incompatíveis têm igual âmbito de validade, em parte, igual e, em parte, diferente.
- b) Parcial-parcial à Se duas normas incompatíveis têm âmbito de validade, em parte, igual e, em parte, diferente.
- c) Total-parcial à Se duas normas incompatíveis, uma têm um âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito.

Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o intérprete tende a eliminar. Assim, a jurisprudência elaborou algumas regras para a solução das antinomias. Essas regras, porém, não servem para resolver todos os casos possíveis de antinomia. Essas antinomias, às quais não se pode aplicar nenhuma das regras, são chamadas de reais e as outras, de aparentes. As regras para a solução das antinomias aparentes ou solúveis são três:

- a) Critério Cronológico: à Entre duas normas incompatíveis prevalece a norma posterior.
- b) Critério Hierárquico: à Entre duas normas incompatíveis prevalece a hierarquicamente superior, isto é, as normas superiores podem revogar as inferiores.
- c) Critério da Especialidade: à Entre duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial, prevalece a segunda, pois a lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente. Essas são as antinomias de primeiro grau.

Quando acontecer de duas normas compatíveis manterem, entre si, uma relação em que se podem aplicar concomitantemente, não apenas um, mas dois ou três critérios, tem-se a antinomia de segundo grau, segundo três critérios:

- I. conflito entre Critério Hierárquico e o Cronológico à O Critério Hierárquico prevalece sobre o cronológico, o que tem por efeito fazer eliminar a norma inferior, mesmo que posterior;
- II. conflito entre o Critério de Especialidade e o Cronológico à a lei geral, sucessiva, não tira do caminho a lei especial precedente;
- III. conflito entre o Critério Hierárquico e o de Especialidade à neste caso, não existe uma regra geral consolidada e a solução depende do intérprete, apesar de que, teoricamente, deveria prevalecer o Critério Hierárquico.

As antinomias reais são aquelas entre duas normas contemporâneas, devendo estar no mesmo patamar do ordenamento jurídico e na mesma hipótese de incidência. Quando se tem uma norma que obriga e outra que proíbe, deve-se criar uma terceira norma que permite.

Essa antinomia é por contrariedade. Quando se tem uma norma de permissão e proibição, ou permissão e obrigação, não há solução prévia, mas depende do intérprete. Essa antinomia é por contrariedade.

A coerência não é, portanto, condição de validade, mas é sempre condição para justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas e pode haver, indiferentemente, a aplicação de uma ou outra, conforme o livre arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências: a exigência da certeza e a exigência das justiças. Onde existe duas normas antinômicas ambas válidas e, portanto, ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, nem a justiça.

#### **1.4 A Completude do Ordenamento Jurídico**

Entende-se por completude a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular cada caso. De fato, pode-se demonstrar que, nem a proibição, nem a permissão de certo comportamento são dedutíveis do sistema incompleto, deixando uma lacuna no ordenamento jurídico.

O dogma da completude nasce, provavelmente, da tradição romântica medieval, dos tempos em que o Direito romano era considerado como o Direito por excelência. Esse dogma consiste em assegurar que o juiz deve julgar

permanecendo sempre dentro do sistema pré-estabelecido. A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para um juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não se pode afastar. Pode-se, ainda, dizer que a afirmação do dogma da completude de Direito se efetiva por parte do Estado.

Ao longo do tempo, começou a reação ao fetichismo legislativo e, ao mesmo tempo, o dogma da completude, que tem como um dos maiores representantes Eugen Ehrlich (1993). Os sustentadores da nova escola do Direito livre afirmam que o Direito constituído está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar, principalmente, no poder criativo do juiz. Esse novo pensamento recebeu forte influência da sociologia, que via o Direito livre como um fenômeno social, o que equivale dizer que o Direito livre tirava as consequências, não somente da lição dos fatos, mas também da nova consciência, que o desenvolvimento das Ciências Sociais ia difundindo, da importância da aparência das forças sociais latentes no interior da aparente estrutura granítica do Estado: assim, lição dos fatos e maturidade científica se ajudavam mutuamente a combater o monopólio jurídico do Estado e, com isso, o dogma da completude.

Os juristas tradicionais passaram ao contra-ataque, cujo efeito foi que o problema da completude passou de uma fase dogmática a uma fase crítica. O primeiro argumento usado foi o que se chama de espaço jurídico vazio, como um caso regulado pelo Direito e, então, é um caso jurídico ou juridicamente relevante, ou não está regulado pelo Direito e, então, pertence àquela esfera de livre desenvolvimento da atividade humana, que é a esfera do juridicamente irrelevante. Não há lugar para lacuna do Direito, então essa teoria sustentou que não há lacunas porque, onde falta o ordenamento jurídico, falta o próprio Direito. Assim, deve-se falar, mais propriamente, de limites só ordenamento jurídico do que de lacunas.

A segunda teoria sustenta que não há lacunas pela razão inversa, pois o Direito nunca falta. Existe uma norma que determina algo especificado, chamada de norma particular, e uma norma geral exclusiva, uma regra que inclui os comportamentos que não sejam aqueles previstos pela norma particular. Surgiu, assim, a norma geral inclusiva, segundo a qual, no caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos parecidos ou matérias análogas. Desse modo, não só parece impossível excluir as lacunas, uma vez que uma lacuna se verifica pela falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva, deve ser aplicada.

Não há somente o sentido de lacuna visto anteriormente, mas entende-se, também, por lacuna, não a falta de uma solução qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória. Essa lacuna não deriva da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre o ordenamento jurídico, como ele é e deveria ser, sendo chamada de lacuna de '*ideológica*', para distingui-la daquela que eventualmente se encontra no ordenamento jurídico como ele é, e que se pode chamar de lacuna '*real*'.

Existem outros tipos de lacunas. A lacuna prévia é a lacuna do sistema, completável por ordem do intérprete. A lacuna imprópria advém da comparação do sistema ideal, e é completável somente pelo legislador. Quando se diz que um sistema está incompleto, diz-se em relação às lacunas próprias e não, às impróprias.

As lacunas se distinguem, quanto aos motivos que a provocaram, em subjetivas e objetivas. As subjetivas são aquelas que dependem de algum motivo imputável do legislador e podem dividir-se em voluntárias, aquelas que o legislador deixa de propósito, quando a matéria é muito complexa, confiando na interpretação do juiz e involuntárias, aquelas que dependem de um descuido do legislador. As objetivas são aquelas que dependem do desenvolvimento das relações sociais, de todas as causas que provocam um envelhecimento dos textos legislativos.

Outra distinção é entre lacunas *praeter legem*, que existem quando as regras expressas, para serem muito particulares, não compreendem todos os casos que podem apresentar-se a nível dessa particularidade. *Intra legem* existem quando as normas são muito gerais e revelam, no interior das disposições dadas, vazios ou buracos que caberá ao intérprete preencher.

Há dois métodos diferentes para completar um ordenamento jurídico, segundo Carnelutti (2010): a autointegração e a heterointegração. O primeiro método consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recuo em relação a fontes diversas da dominante.

O segundo método consiste na integração operada através de recurso a ordenamentos diversos, ou de recurso a fontes diversas daquela que é dominante, nesse caso a lei. O tradicional método da heterointegração, mediante recurso a outros ordenamentos, consistia, no que se refere à obrigação do juiz, de recorrer, em caso de lacuna, ao Direito natural.

Durante o predomínio das correntes jusnaturalísticas, a função constante do Direito Natural, foi preencher as lacunas do Direito positivo. Mas esse pensamento, não excluía a possibilidade de, um dado ordenamento, recorrer, para operar a própria integração, a outros ordenamentos positivos.



No que diz respeito ao recurso a outras fontes, diversas da que é dominante, cuja fonte predominante é a Lei, a heterointegração assume três formas: recurso ao costume, considerado como fonte subsidiária da Lei, ao poder criativo do juiz e à opinião predominante na doutrina.

O método de autointegração apoia-se, particularmente, em dois procedimentos: na analogia, procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante, e nos princípios gerais do Direito que, frente ao problema da completude, segue o princípio de que o juiz deve julgar cada caso mediante uma norma pertencente ao sistema; assim, a completude é uma necessidade e uma condição necessária para o funcionamento do sistema.

### **1.5 A eficácia da norma constitucional na positivação do Direito**

A eficácia da norma constitucional envolve o problema das fontes jurídicas, do conflito normativo e da sistematização do Direito, pois ela sobrepõe todas as outras normas que compõem o ordenamento jurídico normativo e prescreve como se devem produzir outras normas, daí ser uma autêntica sobrenorma, por tratar do conteúdo ou das formas que a norma deve conter. As normas constitucionais são preceitos do controle do poder, constituindo diretivas ao órgão competente para, ao aplicá-las, criar outras normas que sejam com elas compatíveis.

A questão da eficácia constitucional é decorrente da Revolução Francesa que possibilitou a consolidação de condições sócio-políticas e jurídicas. A soberania nacional, no âmbito interno correspondente à efetividade da força pela qual as determinações da autoridade são observadas e tornadas de observância incontornável, mesmo diante da coação; num âmbito externo indica a não-rejeição a determinações de outros centros normativos, isso no sentido negativo.

Ao conceito de soberania estão conexos os do caráter originário e absoluto do poder soberano. A teoria da separação de poderes de Montesquieu, protegendo os indivíduos contra a tirania do poder, não só originou a concepção de Poder Judiciário, com caracteres próprios e autônomos, mas veio, também, garantir uma divisão entre política e Direito, regulando a legitimidade da influência da administração, aceitável no legislativo, em parte no Executivo e neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros do Estado e Direito. A separação dos poderes veio a limitar os poderes e garantir as liberdades políticas, e ela.

A separação dos poderes é uma condição sociopolítica do Estado contemporâneo, pois sua ausência poderia por em dúvida a existência de uma organização política compatível com o modo de vida correspondente à democracia. A divisão dos poderes está internamente ligada ao exercício do poder e ao seu controle pelo povo.

Constitui peça essencial na configuração do problema da eficácia, a supremacia da norma constitucional, como fonte juridicoformal, que dá forma ao Direito e é o modo pelo qual ele se manifesta e mediante o qual o jurista conhece e descreve o fenômeno jurídico. As fontes formais são meios que traduzem as normas em palavras para facilitar o seu conhecimento pelo jurista, como processo ou meio pelo qual a norma jurídica se positiva com vigência e eficácia.

O controle da constitucionalidade se efetiva através do Poder Judiciário, para garantir a supremacia à Lei Maior, sobre quaisquer atos legislativos, governamentais ou administrativos, constituindo-se numa técnica de limitações dos poderes, que não podem subtrair-se aos comandos constitucionais e à concepção da ordem jurídica como sistema. Nesse caso, o Direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser concebida de forma sistemática, pela Ciência do Direito.

As ideias de supremacia da Constituição e de controle da constitucionalidade estão ligadas à de rigidez constitucional, pois a constituição só poderá ser alterada por meio do processo especial que ela mesma prevê. Dessa forma, presencia-se a positivação do Direito, que se refere à contingência de todo e qualquer direito à positivação, e o fenômeno em que todas as valorações, regras e expectativas de comportamento, na sociedade, têm de ser filtradas antes de adquirirem validade jurídica, mediante processos didáticos formais, éticos ou fáticos. A Constituição precisa estar de acordo com as condições sociais e políticas, pois ela não pode ficar imutável.

A eficácia da norma constitucional dá respeito às condições fáticas e técnicas da alteração da norma jurídica ao sucesso, ao fato de se saber os destinatários da norma ajustam, ou não, seu comportamento em maior ou menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se cumprem, ou não, os comandos jurídicos, se os aplicam ou não.

A eficácia, que implica a produção de efeitos, supõe a existência jurídica da norma, requerendo seu nascimento em certa data, que é a de sua publicação, a partir da qual se pode dizer que ela entra em vigor e tem força vigilante. Há casos em que a norma pode ter vigência e não ter eficácia; a recíproca também ocorre,

pois pode, às vezes, ter eficácia sem ter vigência, mas a ineficácia não afeta à vigência e, além disso, a norma pode estar em vigor e não ter eficácia.

A validade real da norma ocorre quando se impõe para a solução de um conflito de interesses, em virtude de uma resposta de um autor nos quadros argumentados de uma doutrina. Aprecia-se essa validade quando se discute a questão da doutrina como fonte jurídica. Refere-se à validade ideal, a discussão sobre legitimidade do direito, por ter relevância doutrinária. A legitimidade pode ser entendida, em um sentido ampliativo e ideológico, como a validade ética ou fundamento axiológico do direito, cuja finalidade é implantar uma ordem justa na vida social.

A norma constitucional será legítima se advier de um título legítimo do poder constituinte. A Constituição de 1988 surgiu de um ato decisório do poder constituinte, pela convocação da Assembleia, logo, em parte, é legítima, por exprimir a vontade política. O povo se autogoverna, mas não pode exercer diretamente o poder, ele pode exercer seu exercício à Assembleia Constituinte, ou seja, ao grupo no qual se encarna a idéia de direito num dado momento. A Norma Constitucional, para ser legítima, corresponde aos ideais e aos sentimentos de justiça da comunidade que rege.

Segundo o critério extranormativo, a eficácia e a qualidade da norma vigente têm de ter a possibilidade de produzir, concretamente, seus efeitos jurídicos, não só em suas relações internormativas, mas também, relativamente à realidade social, aos valores positivos e ao seu elaborador e destinatários. A eficácia jurídica, nas relações internormativas, será efetiva, se a Norma Constitucional correspondente tiver condições de aplicabilidade. A eficácia jurídica indica a mera possibilidade de aplicação de norma.

Juridicamente, a aplicabilidade da norma constitucional depende de saber se a norma é vigente, legítima e se tem eficácia. A norma só será aplicável se for eficaz, capaz de produzir seus próprios efeitos jurídicos. A norma constitucional será sintaticamente eficaz se apresentar as condições técnicas de sua atuação, ou de aplicabilidade.

## **1.6 Princípio da unidade da Constituição**

É possível, ao estudioso do Direito Constitucional, encontrar pontos aparentemente divergentes no texto positivado de uma Lei Maior. Esses aparentes 'pontos de tensão' devem merecer especial cuidado do estudioso intérprete, de

modo a acomodar, em foco único, para evitar possíveis distorções que levariam a uma exegese de hipervaloração de um princípio em relação a outro, o qual não se conflituaria com nenhum outro, em leitura da principiologia constitucional em acepção *lata*.

Sobre isso, Canotilho (1994) refere que o princípio da unidade hierarquiconormativa significa que todas as normas contidas numa Constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra e infraordenação constitucional).

Nesse sentido, a Constituição é o elo de ligação entre os vários princípios os quais se apoiam e devem completar-se mutuamente. A ideia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta (BARROSO, 2009).

No bojo de uma sociedade plural emergem várias vertentes ideológicas e religiosas. Nesse confronto de ideias e de interesses, surge o consenso norteador sobre o qual se funda o texto constitucional. A Constituição não pode ser formada de peças que destoam entre si, mas que se completam de forma harmônica e interativa. Embora alguns autores façam alusão ao tema, Canotilho (1994) rejeita a tese das antinomias normativas bem como a tese das normas constitucionais inconstitucionais.

### **1.7 Do efeito integrador**

Ao se resolverem os problemas jurídicos constitucionais, devem-se utilizar critérios que beneficiem a integração política e social e o esforço da unidade política, conduzindo a sociedade e o Estado a soluções pluralisticamente integradoras, no momento em que não assenta numa concepção integracionista destes. São princípios de integração a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades e a busca do pleno emprego.

A defesa do consumidor é um dos direitos coletivos constantes do artigo 5º da Constituição, bem como princípio da ordem econômica. A defesa do meio ambiente, pela sua relevância, é capítulo constante da Constituição Federal de 1988 e tendo sido elevada no nível do princípio da ordem econômica, sua atuação reflete-se na atividade produtiva, ao condicioná-la à ecologia, podendo inclusive haver a interferência do poder público.

A redução das desigualdades regionais e sociais, além de princípio da atividade econômica, é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Por um lado, os direitos sociais e os mecanismos da seguridade social são direcionados em busca de um sistema que proporcione mais agilidade no

atendimento às necessidades da sociedade e, por outro lado, à preocupação com a solução das desigualdades regionais, prevendo mecanismos tributários e orçamentários.

A busca do pleno emprego é um princípio diretivo da economia que se opõe às políticas recessivas. Trata-se de pleno emprego da força de trabalho capaz, no sentido de propiciar emprego àqueles que estão em condições de desempenhar uma atividade produtiva. Almeja-se que o trabalho seja a base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção da sua posição na ordem econômica, harmoniza-se, assim com a regra de que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano. Interpretação é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro.

A interpretação constitucional é, sem dúvida, aquela que se prende aos ordenamentos estatais dotados de Constituição rígida, onde o jornalismo da produção jurídica de nível mais alto, sempre representou penhor de estabilidade do sistema e das instituições. Evidentemente, quando o sistema entra em crise e demanda rápidas reformas, todo o edifício constitucional estremece.

Suscita-se então, o problema de acomodar a Constituição à realidade em que ela se insere, servindo como instrumento regulador. Vê-se, portanto, a grande importância da interpretação constitucional, adequada à resolução das transformações sociais. Em um segundo momento, tem-se uma importância normativa dessa interpretação, que seria sua compatibilização com a Constituição, que elastece ou restringe a norma, de modo a torná-la harmônica com a Lei Maior, evitando, assim, a inconstitucionalidade.

## **2 OS DIREITOS HUMANOS**

A diversidade de denominações referentes aos Direitos Humanos não é uma questão superada, dada a sua diversidade, tanto terminológica quanto histórica. Na medida em que os Direitos Humanos evoluem e expandem-se, tendem a ter a abrangência de seu significado também expandido.

Os Direitos Humanos têm um lugar cada vez mais considerável na consciência política e jurídica contemporânea e os juristas só podem se regozijar com seu progresso. Implicam eles, com efeito, um estado de direito e o respeito às liberdades fundamentais sobre as quais repousa toda a verdadeira democracia, e

pressupõem um âmbito jurídico pré-estabelecido e, ao mesmo tempo, mecanismos de garantia que assegurem sua efetiva implementação.

Os Direitos Humanos tendem a se tornar, por todo o mundo, a base da sociedade. Isso dificulta o conhecimento dos Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais, podendo-se incorrer em tautologias, no sentido de afirmar que Direitos Humanos são os da humanidade, ou do homem. Nessa perspectiva, Luño (1995) define os Direitos Humanos como:

Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

É difícil, entretanto, conseguir encontrar um conceito definitivo e universal para os Direitos Fundamentais do homem, pois a definição desses direitos varia de lugar para lugar, de momento histórico para momento histórico e, principalmente, de ideologia para ideologia, tornando impossível uma conceituação fechada que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata, com validade universal e absoluta, o conteúdo material dos direitos fundamentais.

Outro obstáculo para essa conceituação é a ausência de uma terminologia única e científica. Há, nesse caso, uma verdadeira confusão na linguagem. Direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais, direitos inatos, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e Direitos Fundamentais do homem são alguns exemplos de expressões comumente utilizadas para designar os Direitos Fundamentais. Na própria Constituição, encontram-se as expressões 'Direitos Humanos' (art. 4º, inc. II), 'direitos e garantias fundamentais' (epígrafe do Título II, e art. 5º, §1º), 'direitos e liberdades constitucionais' (art. 5º, inc. LXXI) e 'direitos e garantias individuais' (art. 60, §4º, IV).

Bonavides (1998: 514), após questionar se as expressões Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e direitos do homem podem ser usadas indiferentemente, esclarece que, na literatura jurídica, há um uso promíscuo desses termos, sendo que os autores angloamericanos e latinos preferem a expressão Direitos Humanos e direitos do homem, enquanto a expressão Direitos Fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.

Para Silva (1998, p.163),



[...] Direitos Fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada (...), porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Tentando sistematizar o significado de cada termo, o juiz gaúcho Ingo Sarlet (1998) faz uma distinção bastante interessante e didática, fundamentado nas doutrinas alienígenas mais atuais, ao referir que os 'direitos do homem' referem-se aos direitos naturais, ainda não positivados, enquanto os 'Direitos Humanos' são aqueles positivados na esfera do direito internacional e os 'Direitos Fundamentais', os reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo Direito Constitucional interno de cada Estado.

Há situações, todavia, em que se torna útil - ainda que seja a mero título de compreensão de certo ponto - atribuir um significado próprio aos 'Direitos Fundamentais' ou, conforme a preferência, 'Direitos Humanos fundamentais'. Destarte, quando tratamos especificamente do Direito Constitucional interno, procuramos utilizar o termo 'Direitos Fundamentais'.

No mais, acredita-se que o uso 'promíscuo' desses termos, em nada dificultará o entendimento substancial deste trabalho. Aliás, o próprio Sarlet (1998, p. 57) reconhece que se encontra em pleno processo de maturação a gradativa e intensa aproximação dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, mediante a construção do que vem sendo denominado de um direito internacional constitucional, além do quê, é fácil verificar que a Constituição de 1988 tratou, de forma isonômica, todos os Direitos Fundamentais por ela consagrados, não criando mecanismos de proteção judicial a apenas determinado grupo de direitos, o que conduz à conclusão de que os Direitos Humanos são, por força do §2º, do art. 5º da Constituição Federal (1988), Direitos Fundamentais, ainda que apenas em sentido material.

Reconhece-se que a doutrina não é uníssona sendo, portanto, desnecessário enumerar as várias tentativas de definir os Direitos Fundamentais. No entanto, a despeito das querelas doutrinárias, todas as definições apontam a um mesmo rumo: os Direitos Fundamentais podem ser entendidos como a concreção histórica do princípio da dignidade humana (FARIAS, 1996, p. 17) [2].

O certo, porém, é que, nos dias atuais, o reconhecimento dos Direitos Fundamentais constitui paradigma de legitimação de regimes políticos. Nesse sentido, quanto mais um Estado procura torná-los eficazes, mais legitimidade adquire perante a comunidade internacional. Na contramão, será considerado menos democrático e legítimo o regime político que desrespeita e propicia a agressão a esses direitos (FARIAS, *op. cit.*, p. 17).

Bobbio (1992) faz uma brilhante e clara análise histórica e conceitual, prática e teórica, dos Direitos Humanos, alertando, em uma tese realista, para a necessidade de não apenas enunciá-los, mas sobretudo de protegê-los [3]. Partindo dessa concepção, pode-se perceber que a noção de Direitos Humanos é histórica, ou seja, acompanha a evolução da sociedade em suas lutas em defesa de novas liberdades e contra a opressão dos detentores do poder, entendendo-se, assim, que os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente (BOBBIO, 1992, p. 18).

No entanto, se é certo que a gama de direitos considerados como Direitos Humanos varia de um momento histórico para outro, parece correto, também, que não se pode, com base nesse argumento do relativismo, tornar certos Estados, de culturas diversas, imunes ao controle da comunidade internacional. Isso decorre de não se poder negar que existem certos parâmetros internacionais mínimos de tolerância de violação dos direitos e liberdades individuais de caráter universal. Não se pode, também, desconsiderar a existência de categorias universais e consensuais relativas à sua fundamentalidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana.

Dessa forma, malgrado a ocorrência de diferenças políticas e ideológicas existentes no mundo contemporâneo, os Direitos Fundamentais realizam em torno de si certo consenso de sua necessidade como valores essenciais para as sociedades contemporâneas, possibilitando, inclusive, que a Organização das Nações Unidas promulgasse a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, sem nenhum voto contrário de qualquer país.

O caráter universal dos Direitos Humanos, a cada momento, aflora mais intensamente, não podendo ser considerada como um sonho distante a expectativa de que, um dia, todos os seres humanos, cientes de tal qualidade, não divergirão

quanto à necessidade de se eliminar todas as violações, por menores que sejam, aos direitos inerentes à pessoa.

Nesse sentido, em 25 de junho de 1993, a Declaração de Viena chegou a estabelecer que:

Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os Direitos Humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. Enquanto o significado de particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas deve ser considerado, é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.

Bobbio (1992) chegou a asseverar que, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, o problema da fundamentação dos Direitos Humanos estaria resolvido, vez que ela representaria um consenso geral sobre determinados valores - *consensus omnium gentium* ou *humani generis*.

A par da relatividade histórica dos Direitos Humanos, e como consequência dessa mesma relatividade, não há como se conceber um elenco pleno e definitivo desses direitos. Alguns direitos, tradicionalmente vistos como invioláveis e absolutos, como o direito de propriedade, sofreram, no decorrer do tempo, tantas limitações que fica até difícil concebê-los como verdadeiros *direitos*.

Por fim, há de se resumir a conceituação dizendo que Direitos Humanos são os Direitos Fundamentais de todas as pessoas: homens, mulheres, negros, brancos, amarelos, homossexuais, índios, idosos, portadores de deficiência, populações de fronteiras, estrangeiros e migrantes, refugiados, portadores de HIV, crianças e adolescentes, policiais, presos, despossuídos e os que têm acesso à riqueza, trabalhadores sem terra, grupos étnicos. Todos devem ser respeitados. Mas direito humano não é só direito de não apanhar. Todos têm direito a educação, saúde, trabalho, habitação e informação com qualidade. Os Direitos Humanos são indissociáveis dos outros direitos: sociais, políticos, civis e econômicos.

## 2.1 Aspectos Históricos

Desde Rousseau (1712-1778), começou a expansão da noção dos direitos e das liberdades humanas. Ao afirmar que o homem é naturalmente bom, Rousseau (1983) nega a noção de que o mal lhe é inerente, sugerindo que, se o homem se torna fraco, ansioso ou infeliz é porque o meio no qual vive não é adequado à sua natureza. Para ele, o homem nasce com potencialidades que ele luta por desenvolver: se for impedido de fazê-lo, torna-se ambicioso, cheio de necessidades que o colocam em conflito com os outros homens, diante da impossibilidade de satisfazê-las.

Rousseau (*op. cit.*) estabelece uma estreita correlação entre a estrutura social e as condições morais e psicológicas do indivíduo, acreditando que a discórdia entre os homens advém da excessiva desigualdade de riqueza e do tamanho e da complexidade da sociedade moderna. O homem não poderia ser livre e feliz se não estabelecesse uma boa relação consigo mesmo e com os outros, o que somente poderia acontecer em uma comunidade pequena e simples, na qual todos pudessem participar em igualdade de condições das mesmas crenças, dos mesmos princípios, do estabelecimento das suas leis e do seu governo, onde haveria a possibilidade de um mundo inteligível. Em uma comunidade grande e complexa, segundo ele, surgem inevitavelmente a desigualdade e o controle de poucos sobre uma maioria passiva.

Atualmente, no Brasil, fala-se muito em Direitos Humanos, tornando-se politicamente correto e imprescindível mencioná-los. No entanto, à época da ditadura militar (1964), falar dos Direitos Humanos no Brasil era considerado um ato de subversão e seus divulgadores eram mal vistos e até execrados como 'defensores de bandidos' (fato que infelizmente se observa ainda nos dias atuais).

A deturpação do significado dos Direitos Humanos era proposital por parte de grupos de extrema direita, aos quais interessava a consolidação do *status quo* e do autoritarismo. Essas facções exploravam o medo da violência crescente e, sobretudo, a tomada de consciência das classes populares esmagadas ao longo de 21 anos de ditadura.

A acirrada incompreensão e a campanha contra os Direitos Humanos provêm do desconhecimento daquilo que eles representam ou até mesmo de posições egoístas dos interessados em manter situações de privilégios. Contudo, eles interessam a todos e a cada um em particular. Sem respeito aos Direitos Humanos, não pode haver sociedade livre, justa, solidária e tampouco democracia sólida.

Mesmo depois do fim da ditadura militar e do restabelecimento da democracia, certos setores da sociedade ainda encaram com desconfiança aqueles

que defendem os Direitos Humanos. Alguns policiais ainda afirmam: “fazemos um esforço enorme para prender um criminoso e quando o fazemos, os ‘Direitos Humanos’ atrapalham tudo, pois não permitem torturar e bater”.

O Direito, no Brasil, sempre teve um conceito vago, que significou privilégios para alguns. Em seus 500 anos de história, foi o autoritarismo e não o Direito que permeou as relações na sociedade e entre ela e o Estado.

A finalidade da colonização foi o enriquecimento europeu com a exploração predatória de recursos naturais, como o pau-brasil e o ouro, e de seus recursos humanos, a mão-de-obra indígena e a negra. A escravidão, durante três séculos, forneceu mão-de-obra barata e fortaleceu o autoritarismo. Para a classe dominante, o escravo era um objeto sem necessidades e sem direitos.

O dono do escravo podia conceder-lhe regalias por mera generosidade e não, como direito ou respeito à dignidade de sua pessoa. O escravo não era nem cidadão de segunda classe, como eram consideradas as mulheres, mas meros instrumentos, cujo finalidade era o trabalho a serviço dos mais poderosos.

As populações do campo, isoladas em imensas extensões de terra e que também dependiam diretamente dos donos do poder, não cogitavam em exigir direitos, mas ansiavam por dádivas e favores. A elite, única considerada capaz de dirigir a nação e de estabelecer a ordem, forjava leis que defendiam, antes de tudo, os seus próprios interesses. Não se pode, entretanto, esquecer que a elite burocrática ainda continua dirigindo a nação e forjando leis que lhes favoreçam.

O trabalho, sutilmente, era considerado desprezível, sobretudo o trabalho manual. O preconceito vinha disfarçado e diluído em sentimentos de generosidade, calcados em uma ideia de superioridade, o que, infelizmente, ainda continua prevalecendo. O Brasil foi um dos últimos países do mundo a abolir a escravidão e ela deixou marcas profundas na cultura do país. Nessa sociedade hierarquizada, dissimulada por uma ideologia de conciliação, ‘Direito’ era sinônimo de privilégios que não alcançavam a maioria.

Com a República, a situação mudou apenas na teoria. No início do século, as greves eram tidas como ‘um acinte’ e as questões sociais, uma ‘questão de polícia’. Ocorreram progressos, mas ainda perdura no povo a ideia de que tudo se deve esperar do governo, particularmente favores, e na relação entre o Estado a sociedade ainda permeiam os critérios do paternalismo e clientelismo.

Na década de 1960, a população brasileira começou a exigir seus direitos, os militares impuseram 'ordem' e, inspirados na Doutrina da Segurança Nacional, instalou-se uma ditadura que durou 22 anos. Com lutas, sacrifício e dor, a sociedade reconquistou as eleições diretas e o sufrágio universal, mas os direitos sociais ainda não têm eficácia plena.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem sua gênese, frequentemente, associada à Idade Moderna, com o nascedouro do conceito dos direitos naturais. A questão desse ponto de partida, entretanto, se analisada de uma forma mais abrangente do que pelo recorte legal, apresenta uma perspectiva muito mais ampla.

Antes de seguir esse caminho, é preciso entender dois conceitos. O primeiro é a ligação direta que tiveram os legados gregos e romanos para a formação do pensamento moderno. A democracia grega ao lado do direito romano, que sedimentara a tradição judaicocristã, formam a base do pensamento ocidental. O segundo reside no fato de a Europa crescer dialogando com o Oriente, sendo o exemplo mais contundente desse fato, a convivência entre cristãos, judeus, muçulmanos e ciganos na Península Ibérica, durante a Idade Média.

## **CONCLUSÃO**

Ao final dessas reflexões, pelas quais se procurou analisar a eficácia das normas do direito, que constituem o Direito Positivo previsto em normas (leis, decretos, regulamentos e outros dispositivos), tanto os direitos materiais como processuais podem estar positivados. Assim, só não seriam positivos os direitos naturais, aqueles que existem, mesmo que não existam as normas, como o direito à vida, que é universal e ainda que um Estado autoritário venha a suprimi-lo do seu ordenamento jurídico. O Direito Positivo é o direito posto, estabelecido pelo homem.

O direito como norma objetiva pode ser visto sob outro prisma, ou seja, pode ser focado como posto ou reconhecido pelo Estado que o garante, quando então se denomina direito 'positivo'; que é o direito institucionalizado pelo Estado.

A norma constitucional é uma diretiva aos órgãos com competência normativa, por delimitar atividade dos três poderes e por restringir a ação legislativa ao assegurar os direitos e garantias individuais. Decorrem da supremacia da Lei Maior dois fatores que repercutem na sua eficácia: a reforma e o controle da constitucionalidade.

A análise de eficácia constitucional possibilita que se leia o comando normativo relacionado com outros dispositivos, com a realidade faticossocial, com



os valores positivados e, ainda, com o constituinte e órgãos estatais detentores do poder normativo. Permite, assim, a verificação do papel desempenhado pelos fatores extranormativos na produção das significações jurídicas e na consecução de seus feitos.

A aplicabilidade e a eficácia da disposição constitucional são aspectos de um mesmo fenômeno, encarados sob prismas diversos: a eficácia como potencialidade e a aplicabilidade como realizabilidade. Poder-se dizer que é sintaticamente eficaz a norma constitucional que, tecnicamente, tiver condições de atuação, podendo produzir seus próprios efeitos jurídicos, decorrentes da sua incidência sobre outras normas, mesmo no âmbito temporal, revogando as que com ela forem incompatíveis, recepcionando as que não a contrariarem, condenando a reprimenda ou, ainda, operando a desconstitucionalização.

Por outro lado, é semanticamente eficaz a norma constitucional que encontrar, na realidade social e nos valores objetivos, as condições *de* obediência, cujos efeitos jurídicos produzidos decorrem de sua incidência sobre fatos e valores a que se refere. Além disso, é pragmaticamente eficaz, a norma que, atendendo às análises sintáticas e semânticas, tiver sucesso por conter a possibilidade de produzir concretamente os efeitos a que se destina. Nesse sentido, a eficácia seria um mecanismo de controle.

Sob o prisma pragmático o importante é a relação da autoridade e as condições de aplicabilidade da norma constitucional, mesmo que ela seja regularmente desobedecida abarcando os níveis sintático e semântico. O jurista, ao estudar o problema da eficácia da norma, deverá voltar-se, não só para as relações internormativas, mas também, para a realidade social voltada aos valores objetivos ou positivos, nos quais o material normativo se insere.

Ao analisar a eficácia constitucional deverá, além de verificar quais as coordenadas normativas, fáticas e valorativas, que servem de suporte à produção de efeitos jurídicos concretos, é imprescindível ater-se à atividade do constituinte e dos órgãos estatais a que se dirige o comando constitucional.

Casos há em que a busca da eficácia requer o conhecimento do *justum* concreto, que não é uma aferição pessoal do aplicador, mas a ideia da comunidade. O *justum* é uma ideia social. A norma constitucional, portanto, deverá subordinar-se a um processo céticoaxiológico para a consecução de seus efeitos, hipótese em que haverá harmonia entre vigência e eficácia.

A eficácia constitucional configura-se como uma relação de ocorrência entre fatos normativos, sociais e valorativos, que condicionam a possibilidade da produção de seus efeitos. A ideia de norma constitucional sem eficácia deve ser rejeitada. O conhecimento científicojurídico deverá apreender unitária e coerentemente os dados normativos integrantes do sistema criado epistemologicamente.

O próprio sistema apresenta mecanismos para isso: ação direta de inconstitucionalidade contra ato ou omissão contrários à Constituição; medida cautelar nas representações por inconstitucionalidade oferecida pelo Procurador-Geral da República; declaração de inconstitucionalidade contra ato legislativo ou executivo por meio de via de exceção, para resolver casos concretos (mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e ação popular); emprego dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (BRASIL, 2002), para a solução de lacunas técnica, ontológica ou axiológica; o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada e a revogação de normas, para prevenir conflitos normativos, que repercutem na cessação da eficácia. E se esses recursos técnicos forem insuficientes, será necessária a captação de regras de regulação do sistema.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Theorie Der Grundrechte*. Baden-Baden, 1985.

BARROSO, L.R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto *Estudios de Historia de la Filosofía. De Hobbes a Gramsci*. Madrid, Editorial Debate 1985 in BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: UNB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. **Constituição Federal**, Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406/02. Brasília: Senado Federal, 10 jan.2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito**. São Paulo: Servanda, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação de Legislador**. Coimbra: Almedina, 1994.

DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EHRlich, E. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

ESSER, Joseph. Grundsatz Und Norm *In Der Richterlichen Fortbildung Des Privatrechts*. Tuebingen, 1964.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Brasília: Sergio Antonio Fabris, 1996.

KORKOUNOV, N.M. Cours de Théorie Générale du Droit. Tradutor: J. Tchernoff. Paris : Giard et Brière. 1914

LUÑO, A.E.P. El Defensor del Pueblo y su impacto en España y América Latina. *In Estudios Básicos de Derechos Humanos* - Tomo II, San José, C.R.: IIDH, 1995.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social (1757)**. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os Pensadores).

SANTOS, E.P. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, revista, 1996.

VIENA. **Declaração de Viena**. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena, 1993.

NOTAS:

- [1] Pródigo - pessoa *sui generis* que dilapida, em prejuízo dos filhos, o patrimônio recebido por sucessão legítima dos parentes paternos.
- [2] Observe-se que não se trata de uma definição, mas apenas de uma percepção lógica do termo.
- [3] O importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los. [...] O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para efetiva proteção desses direitos (Bobbio, 1992: 37). No mesmo sentido Silva (1996: 169): A afirmação dos direitos fundamentais do homem no Direito Constitucional positivo reveste-se de transcendental importância, mas, como notara Maurice Hauriou, não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado.

## A PARIDADE DE TRATAMENTO ENTRE O PODER JUDICIÁRIO E AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

**DAVI HENRIQUE BARBOSA OLEGÁRIO:**

Acadêmico de Direito pela Universidade Brasil.  
Fernandópolis-SP

**RESUMO:** O presente trabalho tem o objetivo de analisar a paridade de tratamento aplicada na relação entre os magistrados e as funções essenciais à justiça, haja vista que apesar da constitucionalização processual após a emenda constitucional nº 45/2004 e da previsão expressa no ordenamento jurídico de ausência de hierarquia entre tais institutos, na prática contemporânea ocorre tratamento inadequado, sem respeito às diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo. Embora a figura central do ordenamento jurídico seja o magistrado, com a capacidade de aplicar a lei ao caso concreto, realizando o direito e recompondo o status quo ante, as funções essenciais à justiça, notadamente o Ministério Público, Advocacia Pública, a Advocacia como profissão liberal e a Defensoria Pública são imprescindíveis para que o Estado Democrático de Direito não se desvirtue de sua função precípua de proporcionar o bem comum e estabelecer equilíbrio social. O processo é o instrumento por excelência da tutela do direito e à vista disso, a independência funcional deve sempre se sujeitar aos ditames da ética, não havendo qualquer posição hierárquica ou de superioridade em relação aos órgãos em estudo. Faz-se necessário que a vontade do constituinte seja respeitada em detrimento de arrogância e vaidade pessoal, sem qualquer violação de garantia de isonomia de tratamento entre órgãos.

**Palavras-chave:** Paridade de tratamento; Poder judiciário; Funções essenciais à justiça.

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze the parity of treatment applied in the relationship between magistrates and the functions essential to justice, considering that despite the procedural constitutionalization after the constitutional amendment 45/2004 and the express provision in the legal order of absence In the hierarchy between such institutes, in contemporary practice there is inadequate treatment, without regard to functional differences within the roles they play in the process. Although the central figure of the legal system is the magistrate, with the ability to apply the law to the specific case, performing the law and recomposing the status quo ante, the functions essential to justice, notably the Public Prosecution Service, the Public Attorney, the profession as a profession. Liberal and the Public Defender's Office are indispensable so that the Democratic Rule of Law does not

deviate from its primary function of providing the common good and establishing social balance. The process is the instrument par excellence of the protection of the law and in view of this, functional independence should always be subject to the dictates of ethics, with no hierarchical or superior position in relation to the organs under study. It is necessary that the will of the constituent be respected to the detriment of arrogance and personal vanity, without any violation of guarantee of equality of treatment between organs.

**Keywords:** Parity of treatment; Judicial power; Functions essential to justice.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. PODER JUDICIÁRIO. 3. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA. 3.1 Ministério Público. 3.2 Advocacia e Advocacia Pública. 3.3 Defensoria Pública. 4. PARIDADE DE TRATAMENTO. 4.1 Projeto de lei 6262/2016. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

A teoria da separação dos poderes, esboçada inicialmente por Aristóteles, foi posteriormente traçada por Montesquieu para evitar a tirania do Estado, sobretudo para resguardar os direitos individuais.

Com base nisso, a Constituição cidadã de 1988 consagrou a independência e harmonia entre os Poderes em seu artigo 2º. Outrossim, com base no princípio da inércia processual, ao Estado-juiz é defeso a prestação de tutela jurisdicional *ex officio*, sendo necessário a parte ou o interessado a requerer, e para isso, imprescindível presença de determinadas funções essenciais à justiça para o exercício da jurisdição do Estado.

A relação entre advogados, juízes, promotores e demais serventuários deve ser pautada em respeito, discricção e urbanidade, atributos estes que a bem da verdade deveriam ser intrínsecos a qualquer ser humano que vive em sociedade.

O presente estudo tem a finalidade de discorrer, através de pesquisa bibliográfica, de forma individual, os principais atributos de cada instituto, salientando de forma simples e objetiva a sua importância jurídica para a construção do Estado Democrático de Direito.

Imprescindível para elucidação do tema da igualdade de tratamento entre as partes o entendimento de Luigi Ferrajoli (1997):

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada



das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das periciais ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acusações.

Inicialmente será dado ênfase ao Poder Judiciário e suas atribuições. A partir de então, o trabalho versará sobre as particularidades de cada instituição pertencente à previsão constitucional de Função Essencial à Justiça.

Por fim, será abordado a paridade de tratamento entre as instituições citadas ao longo do trabalho, refletindo-se acerca da necessidade de conscientização, de concretização da igualdade positivada constitucionalmente, e pondera-se a aplicação de medidas repressivas a quem viole a ausência de hierarquia perante tais instituições.

De relevante importância ao tema em questão, ainda será retratado o projeto de lei 6.262/2016, que visa estabelecer normas sobre a posição topográfica dos advogados nas audiências de instrução e julgamento, a fim de extinguir a possível superioridade entre tais membros.

## **2. PODER JUDICIÁRIO**

Ao Poder Judiciário cabe a função de distribuir justiça: dirimir conflitos, solucionando os litígios com base nas leis, declarando o direito aplicável ao caso concreto e, neste caso, cabe-lhe a função de "dizer o direito", ou seja, trata-se da função jurisdicional.

É regido pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, segundo a qual: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009) elucida a função jurisdicional como a função privativa e exclusiva do Estado de prolatar decisões que resolvem controvérsias com força de "coisa julgada", ou seja, em última instância pelo Judiciário, e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

O artigo 92 da Constituição Federal estabelece os órgãos do Poder Judiciário, e em virtude disso, cria os Tribunais de instância superior, em detrimento do

reexame das decisões judiciais, por respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, a fim de amparar aqueles que estão insatisfeitos com as decisões judiciais proferidas.

No entender de Cândido Rangel Dinamarco (1987), acerca da função jurisdicional do magistrado:

O conceito de jurisdição está associado à função estatal, como se vê a seguir: Jurisdição é uma função do Estado e ao mesmo tempo poder, função e atividade. Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que tem os órgãos jurisdicionais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz ou do árbitro no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhes comete.

A independência do Poder Judiciário, no atual Estado Democrático de Direito, tanto interna quanto externa, segundo Zaffaroni (1995), é mais sólida e melhor assegurada, em relação às constituições passadas; o controle de constitucionalidade é privilegiado com um tribunal designado mediante seleção dispersa; o Estado de Direito é fortalecido com tendência da forma constitucional.

Em relação à independência do Poder Judiciário, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2014) aprofunda:

A independência do Judiciário é uma necessidade da liberdade individual. Que existam no Estado órgãos independentes que possam aplicar a lei, inclusive contra o governo e contra a administração, é condição indispensável para a liberdade e a proteção dos direitos humanos. E não foi outra a razão que levou a doutrina clássica a erigir o Judiciário em poder do Estado, com função própria. De fato, que argumento melhor havia para retirar das mãos do governo a administração da Justiça do que afirmá-la, por natureza distinta dá a ele confiada?

Nesse mesmo sentido, José Wilson Gonçalves e Vinícius de Toledo Piza Peluso (2010) sustentam que a independência do magistrado não pode se cobrir de arrogância, rispidez e incivilidade, cabendo-lhe, em vista disso, tratar com respeito, cortesia e civilidade todos aqueles com os quais mantenha contato no

exercício de sua função jurisdicional, salvaguardando, assim, a dignidade e imagem pública do próprio Poder Judiciário.

O Poder Judiciário exerce posição de substancial importância na organização pública, em consequência à natureza de suas atribuições e seus efeitos políticos e sociais, sendo certo que vícios por motivos de má administração e atuação de forma parcial afetam a sua credibilidade.

Em relação às garantias e prerrogativas dada aos magistrados, estas não são para o magistrado em si, não se tratando de regalias, mas dizem respeito ao cargo da magistratura, com o principal objetivo de zelar da lei, da independência e da imparcialidade nas decisões dos magistrados. São prerrogativas de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

A vitaliciedade diz respeito à impossibilidade de perda do cargo, salvo por sentença judiciária transitada em julgado, proporcionando-lhes segurança no exercício das atividades judicantes. Há exceções constitucionalmente previstas, no caso de interesse público, em que poderá ocorrer ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, desde que a decisão seja por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada a ampla defesa.

Denomina-se inamovibilidade a garantia do juiz se manter no exercício do seu cargo, só podendo ser removido ou até promovido se houver o seu consentimento.

Por fim, aos juízes são garantidos irredutibilidade de vencimentos, bem como é estabelecido como teto, o subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Paulo Nader (2016) expõe seu entendimento sobre as garantias da magistratura da seguinte forma:

As garantias da magistratura constituem também um fator de segurança jurídica. Os juízes devem gozar de ampla liberdade no exercício de suas funções, tendo por limite apenas a ordem jurídica. A falta de garantias constitucionais pode levar ao temor ou constrangimento e comprometer o ato judicial.

Por outro lado, em relação aos deveres dos juízes, explana Sidnei Agostinho (2003):

São imposições de conduta constantes das normas legais, dentre eles o que aludido autor denomina de deveres pessoais, como o de cordialidade no trato pessoal com as partes, advogados, promotores, policiais, funcionários, participantes dos atos judiciais, sendo que a ausência dessa cordialidade é um indicativo de despreparo e tentativa de imposição prepotente em vez de convencimento por força institucional ou de racionalidade de argumentos poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

A Lei Complementar nº 35/1979, que versa sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), estabelece em seu artigo 35 que são deveres do magistrado, dentre outros, “tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência” (inciso IV).

É reconhecida a relevância da imparcialidade do juiz também no âmbito internacional, na Declaração Universal dos Direitos do Homem: “toda pessoa tem direito, em condições de igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial”.

Pertinente registrar o discurso do então Desembargador Getúlio Vargas de Moraes Oliveira em saudação aos novos juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na solenidade de posse realizada em 9 de março de 2001, *in verbis*.

*Zelem ciosamente pela sua reputação na vida pública e na vida privada. Os senhores não são representantes do Poder Judiciário, são o próprio Poder Judiciário. O juiz é a justiça andando, como já se observou. Sejam humildes. A magistratura é carreira vulnerável ao exercício da arrogância. Nunca levantem a voz, não gritem. Tenham o senso da medida nas palavras e nos atos. Mantenham com os Advogados e Membros do Ministério Público relações de respeito e urbanidade. Nunca cerrem a porta de seus gabinetes aos advogados, pois ali é a terra onde medram as teses que semeiam.*

Para Comparato (2004, p.151) o Poder Judiciário é visto com olhar diferente das funções essenciais à justiça porque o judiciário detém um “prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que [...] é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo”.

Levando em consideração a importância do papel do magistrado na condução do processo, como função balizadora, devem ser respeitados os limites de sua atuação, conforme estabelece a Constituição, sem pretensão de ocupar um status acima da lei, e ainda sem desvalorizar o grandioso papel exercido pelas demais instituições presentes no caso concreto.

Frisa-se que a situação melhorou após a reforma do Poder Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45/04, com a criação do Conselho Nacional de Justiça, com a função de controlar a atuação administrativa e financeira do Judiciário, assegurando que os magistrados cumpram seus deveres.

### **3. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA**

José Afonso da Silva (2005) afirma acerca do tema:

São compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, institucionalizadas nos artigos 127 a 135 da Constituição de 1988, discriminadamente: o Advogado, o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e a Defensoria Pública.

O legislador constituinte dedicou um capítulo próprio dentro do Título IV da Constituição Federal do Brasil, que estabelece acerca da organização dos Poderes, às funções que considera essenciais à Justiça.

#### **3.1 Ministério Público**

Com propósitos democráticos, o Ministério Público é tratado na Constituição Federal de 1988 no capítulo das Funções Essenciais à Justiça, conferindo à instituição, garantias jamais estabelecidas por outras constituições, tendo em vista que, anteriormente, os legisladores pátrios ora vinculavam com o Poder Executivo, ora com o Poder Judiciário e, às vezes não lhe davam o tratamento adequado, no que se refere a sua previsão legal.

Na época colonial, até 1609, somente havia no Brasil a justiça de primeira instância, sem nenhuma estimativa de existência do Ministério Público. Os processos penais tinham início pela parte ofendida ou pelo juiz. O órgão recursal competente era a Relação de Lisboa.

Por quase 400 anos o Brasil teve como forma de governo a monarquia. Nesse diapasão, vigorava em países desenvolvidos o sistema republicano de governo, como nos Estados Unidos e na França. Em verdade, a Revolução Francesa de 1.789, que removeu o absolutismo, abriu as portas para que muitas nações adotassem a república como forma de governo, a exemplo do Brasil.

A primeira previsão normativa em constituição do Ministério Público aconteceu com a promulgação da Constituição de 1934.

O Código Civil de 1916 proporcionou ao Ministério Público atribuições até hoje vigentes, tais como a curadoria de fundações, legitimidade ativa para interpor ação de nulidade de casamento defesa dos interesses de menores, interpor ação de interdição (art. 447, III) e ainda de efetuar a nomeação de curador de ausente, dentre outras.

Em suma, o Ministério Público é o órgão do Estado, fiscal da lei, titular da ação penal, ao qual incumbe velar por direitos e interesses, geralmente indisponíveis, de caráter público, familiar e social.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Notadamente, como integrante à função essencial à justiça, tem por escopo promover a defesa da ordem jurídica, da democracia e dos interesses da sociedade, bem como os interesses individuais indisponíveis, possuindo também autonomia funcional e administrativa.

Tal instituição não chega a ser considerado um quarto poder do Estado, não obstante a Carta Magna tutela a referida instituição da intervenção de outros Poderes.

Sérgio de Andréia Ferreira (1973) assim conceitua o Ministério Público:



Magistratura especial ou órgão constitucional representante da sociedade na administração da justiça, incumbido, sobretudo, de exercer a ação penal, de defender os interesses de pessoas e instituições às quais a lei concede assistência e tutela especiais (menores, incapazes, acidentados do trabalho, testamentos, fundações, etc...) e de fiscalizar a execução da lei.

O parquet tem como finalidade a concretização dos interesses da sociedade, e é competente, e considerando-se suas funções trazidas pelo art. 129, CF/88, o parquet atua como agente, sendo titular exclusiva da ação penal pública, ou ainda interveniente, atuando em processos como fiscal da lei.

Conforme o supra citado art. 129, inciso IX, o parquet é impedido de promover representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas, considerando ser parte imparcial e não advogado público.

Decorrente do princípio do juiz natural, revela-se o princípio do promotor natural, que está implícito na Constituição Federal, com base no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, *in verbis*: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Tal princípio garante, de acordo com Guilherme de Souza Nucci (2014, p.81) que "o indivíduo deve ser acusado por órgão imparcial do Estado, previamente designado por lei, vedada a indicação de acusador para atuar em casos específicos".

Frisa-se que há maior acessibilidade do Ministério Público para os jurisdicionados, não sendo mais entendido como um simples órgão de colaboração do governo, com a finalidade de coadjuv-lo.

Em verdade, a instituição em comento se perfaz como instrumento de tutelas de direitos e interesses sociais e liberdades legítimas, destinada à efetivação dos ideais democráticos nos justos limites dos princípios consagrados nas modernas democracias sociais contemporâneas.

### **3.2 Advocacia e Advocacia Pública**

O acesso à justiça é um direito fundamental positivado na Constituição da República Federativa do Brasil como verdadeira cláusula pétrea, tratando-se de um dos direitos intrínsecos à cidadania.

Cappelletti (1988, p.08) a determina como "reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico –

o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.

Walter Ceneviva (1991) enaltece a importância jurídico-social do profissional da atividade advocatícia:

O advogado é o porta-voz da sociedade, perante a máquina do Estado. Ninguém pode requerer em juízo a não ser através de advogado, salvo umas poucas exceções, como as da Justiça do Trabalho (em que raramente o processo tem desenvolvimento sem a participação advocatícia), do habeas corpus, e dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

O advogado como profissional jurídico tem a incumbência de tutelar os direitos de seus clientes, advertindo-os dos eventuais riscos e consequências que poderão surgir ao pleitear uma demanda.

Ressalta-se parte do julgamento proferido pelo Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática do julgamento do HC 88.015-MC/DF:

*O Advogado - ao cumprir o dever de prestar assistência técnica àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado - converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja o espaço institucional de sua atuação (Poder Legislativo, Poder Executivo ou Poder Judiciário), ao Advogado incumbe neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias jurídicas - legais ou constitucionais - outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, a prerrogativa contra a autoincriminação e o direito de não ser tratado, pelas autoridades públicas, como se culpado fosse, observando-se, desse modo, as diretrizes, previamente referidas, consagradas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.*

O procurador jurídico, ao postular em nome do cidadão, não exerce apenas sua atividade profissional, mas igualmente cumpre com uma função social primordial de contribuir com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, algo que devemos valorizar e lutar diante de ameaças constantes.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2007) acerca da independência funcional da advocacia:

A independência do advogado não se limita a sua atividade judicial; é também essencial à atividade extrajudicial de consultoria e assessoria, assim como importante fator de preservação do Estado de Direito, do governo submetido a leis, da contenção do abuso de autoridade e da limitação do poder econômico, porque foi instituída no interesse de todos os cidadãos, da sociedade e do próprio Estado.

Segundo Costa (2017, p. 270) "os advogados públicos, assim como os advogados privados, são indispensáveis à administração da justiça, sendo invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

Em relação à Advocacia Pública, a Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, entre cidadãos maiores de 35 anos, de notável saber jurídico reputação ilibada, prevendo necessária relação de confiança entre representado (Presidente, como Chefe do Executivo Federal) e representante, que justifique a livre escolha.

### **3.3 Defensoria Pública**

As funções essenciais à justiça formam um quarto complexo orgânico, autônomo dos demais poderes. A Defensoria Pública, inserida nas funções essenciais à justiça, se dá pelo fato de que a atividade prestada pela Defensoria ter natureza essencial, necessitando a instituição de autonomia e reconhecimento institucional.

Sérgio Luiz Junkes (2008) explana:

Desde o ano de 1934, todas as constituições brasileiras, excetuando-se a de 1937, estabeleceram a prestação judiciária aos necessitados como um dever do Estado. Porém, em nenhuma Carta havia a previsão de um organismo público instituído e estruturado com essa finalidade, até que surgiu a Defensoria Pública com a promulgação da vigente Constituição. Essa sua consagração no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é fruto de uma evolução lenta e tortuosa, marcada por constantes avanços e retrocessos. O

contexto dessa evolução, esclarecesse, por opção metodológica, tem como premissa não a assistência técnico-jurídica prestada aos necessitados, mas a estatização desse serviço.

Maria Tereza Aina Sadek (2013, p.23) elucida que a Defensoria Pública, investida com autorização constitucional, possui condições de romper com o ciclo de desigualdades cumulativas e de privações existentes na sociedade brasileira, uma vez que impulsiona a possibilidade de acesso aos direitos

Celso de Mello, em sua decisão no julgamento da ADIN 2903/PB, esclareceu a importância desse instituto, nos seguintes termos:

De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

São objetivos da Defensoria Pública, de acordo com a Lei Complementar 80/1994, artigo 3º-A:

Art. 3º-A: I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Esclarece Daniel Sarmento (2000):

Após a aprovação das EC nº 45/2004 e nº 74/2013, as Defensorias Públicas passaram a desfrutar de total independência em relação aos demais poderes do Estado. Com tais emendas, objetivou-se robustecer a Defensoria

Pública, assegurando-lhe verdadeira blindagem institucional perante os demais poderes, contra os quais ela tem, frequentemente, que pelear em prol das camadas socialmente vulneráveis da população. Essa autonomia, diga-se de passagem, é essencial para o efetivo cumprimento da sua missão constitucional.

O art. 134 da Constituição Federal também traz o parágrafo 4º, introduzido no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 80, de 2014, consagrando como princípios institucionais da instituição, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Erroneamente, o art. 134 estipula que a Defensoria é função essencial à “jurisdição”, ao contrário do capítulo que menciona como função essencial à justiça. Apesar de disso, a mera impropriedade técnica do constituinte não deve confundir o interprete.

Consoante entendimento de Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves da Silva (2014): “em virtude de sua peculiar posição constitucional, a Defensoria Pública não deve ser enquadrada em nenhuma categoria jurídica preexistente no universo do Direito, integrando grupo autônomo e singular, juntamente com o Ministério Público”.

#### **4. PARIDADE DE TRATAMENTO**

Para melhor entendimento da questão, Rosseau (2006) elucida de forma brilhante a respeito da igualdade:

*Concebo, na espécie humana, duas espécies de desigualdade: uma a que chamo de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma; a outra, a que se pode chamar desigualdade moral ou política, por depender de uma espécie de convenção e ser estabelecida, ou pelo menos autorizada, pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos diferentes privilégios que alguns usufruem em prejuízo dos outros, como serem mais ricos, mais reverenciados e mais poderosos do que eles, ou mesmo em se fazerem obedecer por eles.*

José Afonso da Silva (2005) destaca que a autonomia funcional conferida a uma instituição, nada mais é que “o exercício de suas funções livre de ingerência”.

De suma importância o entendimento do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1994):

A essencialidade à justiça não se deve entender que se refira apenas à ação que desempenham perante o Poder Judiciário, ou seja, perante a “Justiça” no sentido orgânico, mas, verdadeiramente, referida a todos os Poderes do Estado, enquanto diga respeito à realização do valor justiça por qualquer deles. Justiça está entendida, assim, no seu sentido mais amplo, condizente com todos os valores que deve realizar o Estado Democrático de Direito, como finalidade última do poder na vida social, sem nenhum qualificativo parcializante que possa permitir que se restrinja, de alguma forma, tanto o âmbito de atuação quanto a designação das advocacias dos interesses constitucionalmente garantidos. A essencialidade deve ser compreendida, em consequência, como qualidade das funções de controle que lhes cabe exercer.

O entendimento de José Renato Nalini (2006), ex Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, esclarece a matéria:

*Parceiros na realização da justiça, acorrentados às mesmas deficiências do sistema judicial, frutos de única formação jurídica, juízes e advogados têm o dever ético de compartilhar angústias e tentar construir a Justiça ideal. E se isso possível não for, ao menos deverão esquecer mesquinhas no relacionamento para a edificação da Justiça possível, deixando a surdez moral, que não é sensível ao clamor do povo, por uma justiça ágil, célere e efetiva, à qual todos tenham acesso e na qual todos possam confiar.*

O jurista segue afirmando que os sujeitos do processo devem cooperar e serem, do mesmo modo, *protagonistas encarregados da efetivação da justiça, sendo que todos são designados na missão de cumprir com a justiça, livres de sensibilidades exacerbadas ou de melindres corporativistas.*

Frisa-se que a independência funcional deve sempre se sujeitar aos ditames da ética. A vista disso, Pasquale Gianniti (1992) assevera que *toda atividade humana,*



*ao reivindicar sua própria e legítima autonomia, não pode deixar de reconhecer a harmonia e a subordinação ao critério supremo, que é o critério ético.*

Francesco Carnelutti (2005) assevera:

A disparidade, em lugar da paridade, entre acusador e o defensor está, ademais, escrita na designação do primeiro deles, que continua a chamar-se Ministério Público. Prescindindo do caráter genérico desse nome, que não expressa em absoluto a função acusatória, já que o ministério público exerce também o juiz, não há outra razão, que não seja a histórica, para atribuir um ofício público ao acusador e não ao defensor.

Explana Nalini (2006) que apesar de milhões de anos de existência na Terra, continuam os humanos a defrontar-se com os mesmos problemas comportamentais que sempre existiram, tais como o egoísmo, o desrespeito, a insensibilidade e a inadmissível prática da violência, devendo estas mazelas serem combatidas com a ética e bom senso.

Pondera Bittar (2013), acerca da ética jurídica:

É, sem dúvida nenhuma, além de algo de relevo para o indivíduo, algo de relevo para a sociedade, na medida em que o homem que professa uma atividade não vive sozinho, mas engajado numa teia de comprometimentos tal que uns dependem dos outros para que se perfaçam objetivos pessoais e coletivos.

No ano de 2015, um juiz do Distrito Federal foi amplamente criticado ao afixar cartaz na sala de audiências em que exigia que advogados e partes do processo levantassem no momento de sua entrada “em respeito à corte”. Evidentemente, a postura do magistrado proporcionou imediata reprovação de procuradores, juízes e inclusive da própria sociedade, o que levou à retirada do referido cartaz.

Vale lembrar o que dispõe o artigo 6º da Lei 8.906/94, Estatuto da Advocacia:

Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da Justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

Esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002):

Nos Poderes Judiciário e Legislativo não existe hierarquia no sentido de relação de coordenação e subordinação, no que diz respeito às suas funções institucionais. No primeiro, há distribuição de competências entre instâncias, mas uma funcionando com independência em relação à outra; o juiz da instância superior não pode substituir-se ao da instância inferior, nem dar ordens ou revogar e anular os atos por este praticados.

Advogados e magistrados, portanto, devem sempre superar as vaidades que não raramente assaltam o ego humano, velando pela sua independência, mas tendo sempre como norte a busca pelo justo, o que exige uma atuação cooperativa e isenta de sentimentos de rivalidade, pois, conforme discursou Calamandrei (1995), na condição de advogado, em palestra intitulada *Elogio aos Juízes*:

*Mesmo nas relações entre advogados e juízes, volta-se sempre ao que é o segredo de toda solução democrática: devem ser relações entre homens livres, guardas cada um deles da própria independência e da própria dignidade, mas ao mesmo tempo cônscios da solidariedade social que os une a todos para o fim comum. No processo, juiz e advogado são como espelhos, cada um deles olhando para o interlocutor, reconhece e saúda, espelha em si mesmo a própria dignidade.*

Outrossim, estabelece a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), em seu art. 31, § 2º, no capítulo que trata da ética do advogado, que "Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão", afirmando, mais uma vez, a independência do advogado perante ao juiz.

Juízes e procuradores jurídicos desempenham suas funções de modo análogo em relação à consumação da Justiça, concorrendo suas atribuições, embora distintas, para um mesmo desígnio, que é a efetivação do justo, as relações entre eles devem ser pautadas por critérios de fraternidade e cordialidade, sob pena de se macular a própria dignidade da Justiça.

É necessário ter consciência, sendo esta entendida tal como um tipo de advertência. Trata-se do intérprete de uma norma interior e superior, e, além disso, é o reclamo à conformidade que um ato deve ter com uma condição inata do homem; é o bom senso, a prudência.

Ademais, prevê o Código de Ética e Disciplina da OAB, destinando um capítulo para o tema, o dever de urbanidade do advogado e, em seu artigo 44, impõe aos profissionais, dentre outras condutas, o respeito às autoridades e o direito de exigir igual tratamento, bem como o já citado art. 35, inciso IV, da LOMAN.

Apesar de diversos dispositivos legais assegurando a igualdade e o dever de paridade de tratamento entre os membros do Poder Judiciário e das instituições que fazem parte das funções essenciais à justiça, no cotidiano forense é flagrante o desrespeito à ausência de hierarquia.

Como instrumento contra possíveis violações ao tema em questão, dependendo da gravidade do abuso e das prerrogativas violadas, deve ser utilizado a jurisdição civil, se houver repercussão no patrimônio moral ou material, ou ainda, se constituir conduta tipificada como crime, a jurisdição criminal.

Em suma, a função jurisdicional está sujeita a complexos de superioridade, fato notório e frequente na prática forense, que deve ser combatido através da conscientização e da ética profissional. O Estado deve servir ao cidadão e não está acima da lei.

#### **4.1 Projeto de lei 6262/2016**

O projeto de lei 6262/2016, proposto por Carlos Bezerra, tem o objetivo de alterar o art. 6º da Lei nº 8.906/94, (Estatuto da OAB) a fim de fixar normas sobre a posição topográfica dos advogados nas audiências de instrução e julgamento. Atualmente, a proposta está sob análise do Senado Federal.

Ainda que possa parecer irrelevante ou não merecedora de discussão e regramento, a posição topográfica dos advogados do requerente e do requerido é

tema que merece apreciação, tendo em vista que o lugar de destaque ocupado pelo membro do Ministério Público ao lado direito do órgão julgador e em plano superior aos dos demais, tanto nas audiências cíveis quanto nas criminais, demonstra uma insinuante posição de prevalência no processo em relação aos demais atores processuais.

O projeto de lei 6262/2016 defende que a seguinte alteração:

Art. 6º §2º. Durante as audiências de instrução e julgamento realizadas perante o Poder Judiciário, nos procedimentos de jurisdição contenciosa ou voluntária, os advogados do autor e do requerido devem permanecer no mesmo plano topográfico e em posição equidistante em relação ao magistrado que as presidir.

Grande parte dos advogados é favorável a tal projeto, Ophir Cavalcante Junior, acredita que não há problemas em o Promotor de Justiça se sentar no mesmo plano do juiz quando ele não é parte no processo. Contudo, quando é parte, deve ocupar o mesmo patamar que os defensores. “A realidade, o cotidiano dos foros tem mostrado que a proximidade do promotor com o juiz é muito maior do que a da parte, do advogado, com o magistrado. Logo, a possibilidade de que a tese da acusação seja acolhida é maior. Essa desproporção é que se quer corrigir”, conclui.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O legislador constituinte procurou estabelecer a independência de atuação e autonomia organizacional das funções essenciais ao Estado Democrático de Direito, com a finalidade de possibilitar sua ação independente na defesa da sociedade (nesse caso, o Ministério Público), do interesse e patrimônio público (em face, a Advocacia de Estado), dos direitos dos hipossuficientes (Defensorias Públicas), e a Advocacia Privada, como elemento essencial a administração da justiça, em defesa aos direitos e interesses da coletividade; sem o risco de sofrer ingerências indevidas de qualquer um dos demais poderes constitucionalmente estabelecidos.

O ideal de justiça é o exame da pretensão sob o prisma das garantias constitucionais e infraconstitucionais, aplicado através do Estado ao caso concreto, isto é, a resposta aos anseios processuais, amparado de princípios da ética processual, aos litigantes, inclusive a ele mesmo.

Todos devem exercer sua função sem qualquer subordinação ao outro, pois nem mesmo ao Juiz é permitido o direito de exercer a função de Advogado. Assim

é, que, somente ao Advogado posto que somente a este é dado o direito de representar o cidadão em juízo.

Isso posto, a solução deveria ser a autoconscientização dos próprios portadores desse mal, utilizando-se de consciência de bom senso e prudência.

O ideal é que haja mudanças de conceitos e comportamentos pessoais que permitam a sua completa extinção do sistema jurídico nacional, para que tenhamos a perspectiva de uma Justiça mais harmônica, dinâmica e eficaz.

## 6.REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEMFICA, Francisco Vani. **O juiz, o promotor, o advogado: seus poderes e deveres**. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. 3.<sup>a</sup> ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF, 5 de julho de 1994.

BRÜNIG, Jacó Raulino. **História do Ministério Público Catarinense**. Florianópolis, SC: Habitus, 2002.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005.

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón- Teoría del garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1997.

FERREIRA, Sérgio de Andréia. **Princípios Institucionais do Ministério Público**. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, 1973.

FILHO, FERRERIA, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 40ª ed. Saraiva, 2014.

GIANNITI, Pasquale. **Principi di deontologia forense**. Padova: Cedam, 1992.

GONÇALVES, José Wilson; PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. **Comentários à lei orgânica da magistratura nacional: lei complementar 35/1979 – LOMAN**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES NETO, Indalécio. **Independência entre os poderes e garantias da magistratura**. Revista do TST, 1994.

HERKENHOFF, João Baptista, **Ética da magistratura**. 2010

JUNKES, Sérgio Luiz. **O Princípio da Justiça Social como fundamento da Defensoria Pública**. Novos Estudos Jurídicos. 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. 4. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**, 38ª ed. São Paulo: Forense, 2016.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Ed. 11. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.



ROGER, Franklin; ESTEVES, Diogo. **Princípios institucionais da defensoria pública: De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União)**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Rousseau, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Tiago Rodrigues da Gama. 1ª Ed. São Paulo: Russel, 2006.

SEREJO, Lourival. **Comentários ao código de ética da magistratura nacional**.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Defensoria Pública: a conquista da cidadania. Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Volume I. Ed. Juspodivm, 2013. Brasília, DF: ENFAM, 2011.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SAUWEM FILHO, João Franciso. **Ministério Público Brasileiro e O Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **O advogado, seu estatuto e a ética profissional**. 2. ed. São Paulo: RT, 1967.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o acesso à justiça penal**. Porto Alegre: Núbia Fabris Ed., 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

## **O NOVO CPC E APLICAÇÃO DAS REGRAS DE EXPERIÊNCIA COMUM DO JUIZ: DIVERGÊNCIAS COM A PROPOSTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?**

**KELVYN LUIZ NEVES:** Graduando em Direito. Estagiário pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

**Resumo:** O presente trabalho tem por finalidade conduzir uma reflexão jurídica a respeito da experiência comum do juiz na recepção dos meios probantes, tendo como escopo o modelo imparcial corroborado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Baseando-se na pesquisa bibliográfica de leis e literaturas, o trabalho procurou abordar de forma crítica e inquisitiva, a relação da norma do art. 375 do novo Código de Processo Civil com os princípios e garantias corroboradas no texto constitucional, tendo em vista, que, ao juiz, seria razoável atribuir-lhe o dever de usar sua livre convicção para admitir as provas, ou melhor, à aplicação do direito? Espera-se ao final que o presente questionamento propicie a elucidação do tema, considerando-se que é de extrema importância o estudo e o debate do assunto, principalmente por parte dos operadores do direito, no exercício equânime e justo do direito.

**Palavras-chave:** Princípio da imparcialidade; Convicção; Aplicação do direito; Constituição

**Abstract:** The purpose of this paper is to address a legal reflection regarding the experience of the common judge in receiving evidence, has as scope the impartial model corroborated by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Based on the bibliographic research of laws and literature, the work sought to approach, in a critical and inquisitive way, the relation of the norm of art. 375 of the new Code of Civil Procedure with the principles and guarantees corroborated in the constitutional text, considering that, to the judge, it would be reasonable to attribute to him the duty to use his free conviction to admit the evidence, or better, to the application of the law ? In the end, it is expected that the present work will provide an elucidation of the topic in question, considering that it is extremely important to study and debate the subject, mainly by law operators, in the fair and equitable exercise of the law.

**Keywords:** Principle of impartiality; Conviction; Application of law; Constitution

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A experiência comum e o novo cpc: divergências e críticas. 3. Imparcialidade, convicção motivada e discricionariedade 4. Considerações finais. 5. Referências

### **1. INTRODUÇÃO**

A utilização da experiência comum do magistrado é um assunto ainda controverso na seara jurídica. Embora uma parcela da doutrina entenda ser plausível o uso da livre convicção do juiz no momento da instrução probatória, outra parte entende ser inadmissível, pois fere certos preceitos, tais como, a imparcialidade e os princípios gerais do direito. Tais controvérsias vêm impulsionando divergências com as propostas do modelo de Estado Democrático de Direito, o qual preza pela vinculação da jurisdição constitucional com o devido processo legal.

Dessa forma, tem-se no ponto de vista da doutrina e da literatura que o subjetivismo é uma realidade constatável à atividade jurisdicional, estando, em certos casos, presentes na atuação dos julgadores, nos julgamentos e demais decisões judiciais.

Tendo como escopo a referida crítica, o presente estudo adotará como norte os seguintes questionamentos: a aplicação da experiência comum fere as contribuições do Estado Democrático de Direito? Sobretudo, a imparcialidade? É possível o juiz utilizar sua livre convicção na recepção das provas?

Sem grande complexidade, o artigo analisará o dispositivo da norma do art. 375 do CPC em comparação com as garantias constitucionais, especialmente, a imparcialidade, tendo em mente que a atividade jurisdicional precisa se apoiar nos princípios e aportes incluídos na lei, mantendo uma postura equânime e justa na aplicação do direito.

O método de pesquisa utilizado foi o jurídico-dogmático, considerando as instituições, aportes e garantias sociais presentes no ordenamento jurídico, através de uma abordagem crítica e sistêmica dos diversos institutos jurídicos.

## **2. A EXPERIÊNCIA COMUM E O NOVO CPC: DIVERGÊNCIAS E CRÍTICAS**

No que diz respeito a nova perspectiva adotada no novo ordenamento processual, é fato consolidado que a promulgação da Lei nº 13.105/2015 revolucionou o direito processual civil brasileiro, uma vez que, proporcionou grande alento para a promoção de importantes alterações, tais como, a celeridade procedimental, a conversão das ações individuais em coletivas, a redução de recursos, a priorização da autocomposição e entre outros inúmeros feitos.

Houve também, neste íterim, um fortalecimento do vínculo entre os institutos processuais com as garantias dispostas na Carta Magna de 1988, como por exemplo, a eficácia e fundamentação das decisões judiciais e a imparcialidade

dos órgãos julgadores, que, indubitavelmente, reforçaram a aplicação das normas processuais.

No que tange as mudanças promovidas pelo atual código, há um assunto que ainda gera discussões no meio jurídico. Tal questão é o dispositivo incluído na norma do art. 375 do novo CPC, o qual estabelece que o juiz poderá aplicar as regras de experiência comum subministradas pela observação do que “ordinariamente” acontece (BRASIL, 2016, p. 91).

Apesar de promover mudanças dignas de elogios, a alteração proposta pelo CPC no mencionado dispositivo continua sendo alvo de numerosas críticas, se tratando para alguns como um retrocesso para o processo civil, no que se refere a adoção da experiência comum. Dentre esses críticos, Streck (2020) entende na redação do comentado dispositivo a existência de dois aspectos, a saber, o objetivo e o subjetivo. De certa forma, pondera-se que a reunião destes dois elementos é um espaço suscetível de debates e questionamentos, já que a norma está autorizando a aplicação da regra por meio de experiências pessoais e não aquelas decorrentes da lei.

Sobre o dispositivo, este encontrava-se previsto no CPC de 1973 na norma do seu art. 335, bastando o magistrado na falta de normas jurídicas, a aplicação da experiência comum quando lhe achasse melhor (BRASIL, 2019). Por sua vez, o novo código manteve inalterado o mesmo entendimento na recepção do meio probatório, oportunizando ao juiz adotar sua visão no que lhe acredita ser habitual. É possível, na presença de lacunas o uso da experiência comum? E a analogia, os costumes e os princípios basilares do direito?

Como bem observado por Câmara (2018, p. 234) o CPC de 1973 foi promulgado em um regime de exceção que não possuía em seu texto original qualquer compromisso com o Estado Democrático de Direito, não se importando sequer com os direitos inerentes aos jurisdicionados, devido ao seu caráter técnico.

Por conseguinte, nas observações de Maia Filho (2004, p. 59) a experiência comum do juiz continua sendo um conceito em branco e decorre de um vazio que a própria norma deixa em aberto, pois, o que é comum para um pode ser incomum para outro, e vice-versa. Noutra vértice, as regras de experiência comum poderiam ser uma via alternativa para que o julgador, com base no seu entendimento pessoal/habitual promova a tutela jurisdicional de forma unilateral. Assim, geram-se dúvidas ao intérprete à aplicação do dispositivo, tendo em vista que, diante da imparcialidade objetiva como é possível o juiz usar de sua própria consciência?

Depreende-se nesses casos que a prática das regras de experiência comum necessita de um juízo singular, haja vista que, cada indivíduo possui vivências únicas

do que lhe habitualmente acontece. Nesta senda, do dispositivo acima citado extrai-se certa subjetividade por parte do magistrado ao analisar determinado meio probatório, gerando certa contradição com as contribuições propostas pelo Estado Democrático de Direito, o qual propende a imparcialidade dos órgãos julgadores.

Neste diapasão, verifica-se uma inconstância com o que prega o texto constitucional e a legislação infraconstitucional, os quais respectivamente, tutelam pela imparcialidade e objetividade. Isto posto, como ficaria a imparcialidade do órgão julgador na utilização do seu próprio entendimento e experiência individual?

### **3. IMPARCIALIDADE, CONVICÇÃO MOTIVADA E DISCRICIONARIEDADE**

Consoante as lições de Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p. 58) a imparcialidade elabora uma cognição de distanciamento do juiz com os litigantes e os meios probatórios, sem que haja facilitação com uma parte ou com outra, servindo a imparcialidade como parâmetro no qual o julgador está entre os jurisdicionados, preservando a validade e legitimidade do procedimento judicial.

Em outros termos, segundo Theodoro Junior (2011, p. 254) declarar que o magistrado é imparcial significa dizer que o mesmo deve conduzir o procedimento sem inclinar a balança, no decorrer da ação, para qualquer um dos jurisdicionados, concedendo a um deles, como exemplo, oportunidades favoráveis à exposição dos fatos e provas disponíveis, sendo imperiosa a observação da moral, dos bons costumes e dos princípios.

Sobre a base principiológica da imparcialidade, esta encontra-se calcada na norma do art. 5º, XXXVII do texto constitucional, ao dispor que “não haverá juízo ou tribunal de exceção.” (BRASIL, 2018, p. 10). Além disso, somando-se ao referido mandamento, a lei maior também estabeleceu na norma do seu art. 5º, LIII que “ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 2018, p. 11), ou seja, por um indivíduo investido no cargo de magistrado, onde sua prática será realizada em conjuntura com os requisitos essenciais ao exercício da jurisdição, tais como, a investidura, o juízo natural e a imparcialidade.

Segundo alguns autores, dentre eles, Câmara (2019, p. 235) e Theodoro Júnior (2011, p. 257-258) entendem que a imparcialidade é o pressuposto de fundamentação e eficiência da chancela jurisdicional, dado como o princípio da fundamentação das decisões, o qual determina o texto constitucional na norma do seu art. 93, IX, que toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de ser considerada nula (BRASIL, 2018, p. 35).

Ainda assim, entre os diversos princípios instituídos no ordenamento jurídico pátrio está o princípio do convencimento motivado, que nas palavras de Gonçalves (2015, p. 489) serve como filtro no exercício da atividade judicante, em que o magistrado se mantenha adstrito aos elementos probatórios reunidos no feito, não se baseando na sua livre convicção. Cumpre ao juiz formar o seu convencimento analisando as provas produzidas, porém, esta deve ser embasada e fundamentada nos elementos constantes nos autos.

Nas afirmações de Câmara (2018, p. 234) enquanto a legislação anterior falava em livre admissão da prova, o código atual estabelece incumbir ao juiz a apreciação da prova. O desaparecimento do advérbio “livremente”, deve ser considerado pelo intérprete na procura da forma autêntica de entender-se o sistema, sendo que, a atividade jurisdicional não é e não possui natureza discricionária. Não se pode reconhecer ao juiz a possibilidade de, indiferentemente, escolher este ou aquele meio probatório na formulação de seu convencimento, ainda que posteriormente seja fundamentado.

Desse modo, a fundamentação do princípio em voga advém da perspectiva de que o juiz não goza de autonomia para agir de acordo com a sua cognição subjetiva, ou seja, de forma discricionária. Deve ele vincular seu exercício legal com os mandamentos dispostos no ordenamento jurídico.

Como bem levantado por Maia Filho (2004, p. 68), extrai-se no exame das regras de experiência comum que o juiz não tem permissão para prolar a decisão com base no seu conhecimento particular que possa ter dos fatos da lide, mas sim que o julgador tem a prerrogativa de “interpretar” os fatos provados no procedimento judicial, absorvidos pela experiência comum. Se o julgamento se basear em ciência pessoal do juiz, ter-se-á um julgamento nulo, eis que o julgador estaria despido da imparcialidade.

Outrossim, assevera-se o axioma no qual a atividade jurisdicional não é e não pode ser discricionária. É impossível reconhecer ao juiz a possibilidade de utilização de sua própria consciência, ou melhor, da experiência comum de acordo com sua própria vontade. Conforme leciona Câmara (2018, p. 232) é necessário buscar que um Estado que se diz Democrático e de Direito demanda-se de plena vinculação com os preceitos estabelecidos na lei, porquanto, não se pode admitir o pensamento no qual seria indiferente para o Direito e para a sociedade que o magistrado escolha este ou aquele meio, porque, ao final, se chegaria à conclusão que seria juridicamente indiferente dar-se razão a uma das partes ou à outra.

Sendo assim, fica a cargo dos juristas, estudiosos e operadores do direito a investigação jurídica sobre a instrução probatória e as regras de experiência



comum. A pesquisa associada ao diálogo crítico e racional concederão ótimos direcionamentos para a análise do assunto ao caso concreto, reafirmando assim, como já destacado por Theodoro Júnior (2011, p. 261) a devida proteção do devido processo legal e a efetivação do justo procedimento judicial.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo o exposto, porém sem que se esgote a discussão do tema proposto, vale a pena destacar alguns pontos para reflexão.

Sabe-se que o novo Código de Processo Civil foi um louvável avanço para o processo civil. Diferente do seu antecessor o novo código reestruturou os entendimentos concernentes à atividade judicante, principalmente o modo de aplicação do Direito, restabelecendo notadamente, o vínculo com a Constituição e seus princípios positivados.

Como já levantado pelo texto, existem diversos questionamentos e abordagens jurídicas a respeito do tema, o que leva a crer, que o Direito demanda de constantes reflexões, dado que, este não é uma ciência acabada e exata, pelo contrário, está sempre sujeito a alterações e discussões.

Apesar dos posicionamentos e críticas no tocante ao dispositivo, precisa-se perquirir que o atual paradigma processual/constitucional prioriza a utilização imparcial e equânime no exercício da jurisdição, posto que, sem a imparcialidade não haveria o que se falar igualdade e equidade, tampouco, na premissa de que vivemos em uma ordem jurídica justa. O Direito necessita ser revestido pela imparcialidade, a fim de que cumpra com o seu mister, que é servir como instrumento na manutenção da harmonia e do convívio social.

Destarte, fica a reflexão sobre o discutido dispositivo. Havendo dúvidas ao recepcionar a prova, o juiz deve adotar sua livre experiência no que lhe acredita ser comum, ou valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios, assim como dispõe o ordenamento jurídico? Sabe-se que no atual cenário jurídico é inconcebível a premissa na qual o Estado/juiz pode valer-se do seu próprio entendimento, ou ainda escolher este ou aquele jeito para promover a tutela jurisdicional, visto que, a prática judicante está longe de ser discricionária. Cabe a comunidade científica e aos operadores do direito zelarem pela imparcialidade e equidade dos atos processuais, ao passo que, a máquina judicial precisa apoiar-se nos princípios e prerrogativas inerentes ao sistema normativo, se abstendo de qualquer arbitrariedade.

## 5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de março de 2015**/ supervisão editorial Jair Lot Viera – 2º ed. – São Paulo: Edipro, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 26 dez. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo código de processo civil brasileiro**. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. – 12. ed. de acordo com o novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16-3-2015 – São Paulo: Saraiva, 2015.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. As Regras da Experiência Comum na Formação da Convicção do Juiz. **Revista dialética de Direito Processual (RDDP)**. São Paulo, n. 17, p. 59-75, ago. 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **O NCPC e as esdrúxulas "regras de experiência": verdades ontológicas?** 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-09/senso-incomum-ncpc-esdruxulas-regrasexperiencia-verdades-ontologicas>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190, p. 237-263, abr/jun, 2011.

## **A RELEVÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA USUCAPIÃO COLETIVO**

**NIVALDO RODRIGUES DE SOUZA:** Perito Judicial na área grafotécnica, falsidade documental, vistoria e avaliação de imóveis. - Consultor de TI, com experiência no mercado há mais de 30 anos - Graduando em Gestão de Negócios Imobiliários (2019/2021); - Pós-graduando em DIREITO IMOBILIÁRIO (2019/2020); - MBA – CSI – Crime Scene Investigation – Criminalística; - MBA – Contabilidade Forense e Investigação de Fraudes pela Faculdade UnYLeYa; - Pós-graduado em Gerencia de Projetos pela Universidade Estácio de Sá; - Pós-graduado em Gestão Estratégica de RH pela Universidade Estácio de Sá; - Graduação em Administração de Empresas pelas Faculdades Integradas Anglo-americano; - Graduação em Análise de Sistemas pelas Faculdades Integradas Anglo-americano; - Regularmente inscrito no CRA-RJ sob o nº 20.88452; - Cadastrado no Conselho Nacional dos Peritos Judiciais – CONPEJ/RJ sob o nº 01.00.2307; - Dentre diversos outros.

**RESUMO:** A Relevância da Função Social da Propriedade na Usucapião Coletivo procura conhecer as modalidades de usucapião que temos em nosso ordenamento jurídico; conhecer as características do terreno que pode ser usucapido coletivamente; entender a doutrina jurídica que configura a existência de obras de interesse econômico e social; entender quais pressupostos que se configura a utilização coletiva e não individual; conhecer quem deve pagar a indenização pelos danos na usucapião coletivo; entender quanto ao pagamento dos danos da usucapião coletivo. Se é pelo justo preço ou outro critério jurídico; entender qual a natureza jurídica que prevalece: se a desapropriação ou a usucapião. Trata-se de um estudo exploratório, dedutivo e qualitativo onde se privilegia os dados qualitativos das informações disponíveis, e são valorizados as citações das pessoas a respeito de suas experiências, as descrições detalhadas de fenômenos e comportamentos, as transcrições de trechos de documentos, correspondências,

registros variados e as gravações ou transcrições de entrevistas e discursos e Interações entre indivíduos, grupos e organizações. Através das pesquisas nas publicações, como base teórica, procurou-se valorizá-los, buscando respostas para os questionamentos. As respostas foram encontradas em Peixoto, Souza, Cardozo e Coelho (2016), Júnior (2005), Paiva (2017), ONU1 (2016), ONU2 (2016), Coutinho (1989), Loureiro e Lopes (2019), Rodrigues (2019), Venosa (2003), CFB (2018), Mendes (2017), Fernandes (2018), MST (2019), MTST (2019), Padinn (2010), Terra de Direitos (2013), Siqueira (2019), Egidio (2019), Melo (2013), Reis (2020), Rios (2014), Carvalho e Rorigues (2019) com elementos e caracterização detalhados para cada questionamento. A pesquisa não se esgota com esse trabalho, onde o leitor poderá, a partir das bibliografias apresentadas, se aprofundar no tema em busca de respostas para as suas dúvidas aqui não respondidas. Dessa forma ficou patente que os objetivos de conhecer as modalidades de usucapião que temos em nosso ordenamento jurídico; conhecer as características do terreno que pode ser usucapido coletivamente; entender a doutrina jurídica que configura a existência de obras de interesse econômico e social; entender quais pressupostos que se configura a utilização da usucapião coletiva e não individual; conhecer quem deve pagar a indenização pelos danos na usucapião coletivo; entender quanto ao pagamento dos danos da usucapião coletivo. Se é pelo justo preço ou outro critério jurídico; e entender qual a natureza jurídica que prevalece: se a desapropriação ou a usucapião, foram devidamente alcançados no presente trabalho, através dos autores pesquisados. Mas fica o alerta que o tema apresentado não se esgota com esse trabalho, pois necessário se faz que o leitor verifique nas literaturas pesquisadas que o tema é bastante abrangente, motivos que deverão ser considerados para o seu aprofundamento.

**Palavras-chaves:** Usucapião, invasão, coletivo, ideologia, sociais, movimento, marxismo, sociologia, capitalismo, socialismo, MST, MTST, urbana, rural, guerrilha, terrorismo

**ABSTRACT:** The Relevance of the Social Function of Property in Collective Usucapion seeks to know the types of usucapion that we have in our legal system; know the characteristics of the land that can be used collectively; understand the legal doctrine that configures the existence of works of economic and social interest; understand what assumptions are used for collective and not individual use; know who should pay the indemnity for damages in collective adverse possession; understand the payment of damages from collective adverse possession. Whether it is at a fair price or another legal criterion; understand the legal nature that prevails: whether expropriation or adverse possession. It is an exploratory, deductive and qualitative study where the qualitative data of the available information is privileged, and the citations of people regarding their experiences, detailed descriptions of phenomena and behaviors, transcriptions of excerpts from

documents, correspondence are valued. , varied records and recordings or transcripts of interviews and speeches and Interactions between individuals, groups and organizations. Through research in publications, as a theoretical basis, we sought to value them, seeking answers to questions. The answers were found in Peixoto, Souza, Cardozo and Coelho (2016), Júnior (2005), Paiva (2017), ONU1 (2016), ONU2 (2016), Coutinho (1989), Loureiro e Lopes (2019), Rodrigues ( 2019), Venosa (2003), CFB (2018), Mendes (2017), Fernandes (2018), MST (2019), MTST 2019), Padinn (2010), Land of Rights (2013), Siqueira (2019), Egidio (2019), Melo (2013), Reis (2020), Rios (2014), Carvalho and Rorigues (2019) with detailed elements and characterization for each question. The research does not end with this work, where the reader will be able, from the bibliographies presented, to delve into the theme in search of answers to his doubts not answered here. In this way, it became clear that the objectives of knowing the types of adverse possession that we have in our legal system; know the characteristics of the land that can be used collectively; understand the legal doctrine that configures the existence of works of economic and social interest; understand which assumptions the use of collective and not individual adverse possession is configured; know who should pay the indemnity for damages in collective adverse possession; understand the payment of damages from collective adverse possession. Whether it is at a fair price or another legal criterion; and understand the legal nature that prevails: whether expropriation or usucapion, were properly achieved in the present work, through the researched authors. But it is a warning that the theme presented does not end with this work, as it is necessary to make the reader check in the researched literature that the theme is quite comprehensive, reasons that should be considered for further study.

**Keywords:** Usucapion, invasion, collective, ideology, social, movement, Marxism, sociology, capitalism, socialism, MST, MTST, urban, rural, guerrilla, terrorism

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 1.1 TEMA. 1.2 PROBLEMA DE PESQUISA. 1.2.1 Quais modalidades de usucapião temos em nosso ordenamento jurídico. 1.2.2 Quais as características do terreno usucapido coletivamente. 1.2.3 Como se configura a existência de obras de interesse econômico e social. 1.2.4 Quais pressupostos que se configura a utilização da usucapião coletiva e não individual. 1.2.5 Quem deve pagar a indenização pelos danos na usucapião coletivo. 1.2.6 E quanto ao pagamento dos danos da usucapião coletivo. É pelo justo preço. 1.2.7 Qual a natureza jurídica que prevalece: a desapropriação ou a usucapião. 1.3 OBJETIVO GERAL. 1.4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS. 1.4.1 Conhecer as modalidades de usucapião que temos em nosso ordenamento jurídico. 1.4.2 Conhecer as características do

terreno que pode ser usucapido coletivamente. 1.4.3 Entender a doutrina jurídica que configura a existência de obras de interesse econômico e social. 1.4.4 Entender quais pressupostos que se configura a utilização da usucapião coletiva e não individual. 1.4.5 Conhecer quem deve pagar a indenização pelos danos na usucapião coletivo. 1.4.6 Entender quanto ao pagamento dos danos da usucapião coletivo. Se é pelo justo preço ou outro critério jurídico. 1.4.7 Entender qual a natureza jurídica que prevalece: se a desapropriação ou a usucapião. 1.5 JUSTIFICATIVA. 1.6 METODOLOGIA. 2 REFERENCIAL TEORICO. 2.1 Onde se aplica cada uma das modalidades de usucapião que temos em nosso ordenamento jurídico. 2.2 Como o possessor identifica as características do terreno que pode ser usucapido coletivamente. 2.3 Como a doutrina jurídica protege o possessor na existência de obras de interesse econômico e social. 2.4 Como são aplicados os pressupostos que se configura a utilização da usucapião coletiva e não individual. 2.5 Como é reconhecido juridicamente quem deve pagar a indenização pelos danos na usucapião coletivo. 2.6 Entender quanto ao pagamento dos danos da usucapião coletivo. Se é pelo justo preço ou outro critério jurídico. 2.7 Como o nosso ordenamento jurídico define qual a natureza jurídica que prevalece: se a desapropriação ou a usucapião. 3 DESENVOLVIMENTO. 3.1 Modalidades de usucapião. 3.2 Requisitos da usucapião coletivo. 3.2.1 Características do terreno que pode ser usucapido coletivamente. 3.2.2 Existência de obras de interesse econômico e social. 3.2.3 Pressupostos da utilização da usucapião coletiva. 3.2.4 Indenização pelos danos na usucapião coletivo. 3.2.5 Pagamento pelo justo preço ou outro critério jurídico. 3.2.6 Natureza jurídica que prevalece: se a desapropriação ou a usucapião. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## **1 INTRODUÇÃO**

Apresentaremos nesse trabalho que a relevância da função social da propriedade na usucapião coletivo está intimamente ligado, segundo Júnior (2005), para um crescimento mundial da população vivendo nas cidades, considerando que metade da população mundial vive em aglomerados urbanos. Estima-se que, em 2050, a taxa de urbanização no mundo chegará a 65%. Governar democraticamente as cidades, como territórios de grande riqueza e diversidade econômica, ambiental, política e cultural, de modo que sejam respeitados os direitos dos habitantes, é um desafio para a humanidade, no novo milênio, aponta ele.

Neste sentido o presente trabalho científico procurou conhecer as modalidades de usucapião que temos em nosso ordenamento jurídico; conhecer as características do terreno que pode ser usucapido coletivamente; entender a doutrina jurídica que configura a existência de obras de interesse econômico e social; entender quais pressupostos que se configura a utilização da usucapião



coletiva e não individual; conhecer quem deve pagar a indenização pelos danos na usucapião coletivo; entender quanto ao pagamento dos danos da usucapião coletivo. Se é pelo justo preço ou outro critério jurídico; e entender qual a natureza jurídica que prevalece: se a desapropriação ou a usucapião.

Para tanto pesquisou-se onde se aplica cada uma das modalidades de usucapião que temos em nosso ordenamento jurídico; como o posseiro identifica as características do terreno que pode ser usucapido coletivamente; como a doutrina jurídica protege o posseiro na existência de obras de interesse econômico e social; como são aplicados os pressupostos que se configura a utilização da usucapião coletiva e não individual; como é reconhecido juridicamente quem deve pagar a indenização pelos danos na usucapião coletivo; entender quanto ao pagamento dos danos da usucapião coletivo. Se é pelo justo preço ou outro critério jurídico; e; como o nosso ordenamento jurídico define qual a natureza jurídica que prevalece: se a desapropriação ou a usucapião.

Para fechar todo o escopo do presente trabalho será apresentado os capítulos sobre a modalidades de usucapião; requisitos da usucapião coletivo; características do terreno que pode ser usucapido coletivamente; existência de obras de interesse econômico e social; pressupostos da utilização da usucapião coletiva; indenização pelos danos na usucapião coletivo; pagamento pelo justo preço ou outro critério jurídico; e finalizamos com a natureza jurídica que prevalece: se a desapropriação ou a usucapião.

## 1.1 TEMA

A Relevância da Função Social da Propriedade na Usucapião Coletivo

## 1.2 PROBLEMA DE PESQUISA

### **1.2.1 Quais modalidades de usucapião temos em nosso ordenamento jurídico.**

1.2.2 Quais as características do terreno usucapido coletivamente.

1.2.3 Como se configura a existência de obras de interesse econômico e social.

1.2.4 Quais pressupostos que se configura a utilização da usucapião coletiva e não individual.

1.2.5 Quem deve pagar a indenização pelos danos na usucapião coletivo.

1.2.6 E quanto ao pagamento dos danos da usucapião coletivo. É pelo justo preço.

1.2.7 Qual a natureza jurídica que prevalece: a desapropriação ou a usucapião.

### 1.3 OBJETIVO GERAL

Demonstrar a Relevância da Função Social da Propriedade na Usucapião Coletivo que geralmente abrange obras de interesse econômico e social.

### 1.4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1.4.1 Conhecer as modalidades de usucapião que temos em nosso ordenamento jurídico.

1.4.2 Conhecer as características do terreno que pode ser usucapido coletivamente.

1.4.3 Entender a doutrina jurídica que configura a existência de obras de interesse econômico e social.

1.4.4 Entender quais pressupostos que se configura a utilização da usucapião coletiva e não individual.

1.4.5 Conhecer quem deve pagar a indenização pelos danos na usucapião coletivo.

1.4.6 Entender quanto ao pagamento dos danos da usucapião coletivo. Se é pelo justo preço ou outro critério jurídico.

1.4.7 Entender qual a natureza jurídica que prevalece: se a desapropriação ou a usucapião.

### 1.5 JUSTIFICATIVA

A motivação para a escolha do tema chamou a atenção, por estar bastante aderente ao curso, em andamento, de especialização em "Direito Imobiliário" e como graduando em "Negócios Imobiliários", que requer as credenciais do CRECI, para que se possa atuar nessa brilhante área juridico-imobiliário; e por ter uma

vasta bibliografia que aborda as questões suscitadas, com riquezas de detalhes, que vem de encontro a minha formação como detetive profissional pelo Instituto Bechara Jalkh (IBJ) e, Perito Judicial nas especialidades em Vistoria e Avaliação de Imóveis, Grafotécnico, Falsidade Documental, Auditoria Condominial e também, especialização em "CSI - crime scene investigation: criminalística" e Contabilidade Forense e Investigação de Fraudes, tendo a certeza que todo esse conhecimento estão bastante coeso entre si e muito acrescentará na minha carreira profissional.

Acredito que o material uma vez compilado e publicado servirá de consulta e apoio para as pessoas, que buscam respostas para os questionamentos apresentados. O universo de interessados nessas respostas encontra-se pesquisadores, auditores, peritos judiciais e extrajudiciais em vistoria e avaliação de imóveis, corretores de imóveis, investigadores, gestores de segurança pública, detetives, investigadores, promotores, juízes, estudantes, universitários, organizações públicas, privadas e não governamentais, que queiram conhecer a matéria em questão, e, porque não, aplicá-las no seu dia-a-dia dentro da sua área de interesse.

## 1.6 METODOLOGIA

Trata-se de um estudo exploratório, dedutivo e qualitativo onde se privilegia os dados qualitativos das informações disponíveis, e são valorizados as citações das pessoas a respeito de suas experiências, as descrições detalhadas de fenômenos e comportamentos, as transcrições de trechos de documentos, correspondências, registros variados e as gravações ou transcrições de entrevistas e discursos e Interações entre indivíduos, grupos e organizações.

Através das pesquisas nas publicações, como base teórica, procurou-se valorizá-los, buscando respostas para os questionamentos. As respostas foram encontradas em Peixoto, Souza, Cardozo e Coelho (2016), Júnior (2005), Paiva (2017), ONU1 (2016), ONU2 (2016), Coutinho (1989), Loureiro e Lopes (2019), Rodrigues (2019), Venosa (2003), CFB (2018), Mendes (2017), Fernandes (2018), MST (2019), MTST (2019), Padinn (2010), Terra de Direitos (2013), Siqueira (2019), Egidio (2019), Melo (2013), Reis (2020), Rios (2014), Carvalho e Rorigues (2019) com elementos e caracterização detalhados para cada questionamento. A pesquisa não se esgota com esse trabalho, onde o leitor poderá, a partir das bibliografias apresentadas, se aprofundar no tema em busca de respostas para as suas dúvidas aqui não respondidas.

## 2 REFERENCIAL TEORICO

2.1 Onde se aplica cada uma das modalidades de usucapião que temos em nosso ordenamento jurídico.

2.2 Como o posseiro identifica as características do terreno que pode ser usucapido coletivamente.

2.3 Como a doutrina jurídica protege o posseiro na existência de obras de interesse econômico e social.

2.4 Como são aplicados os pressupostos que se configura a utilização da usucapião coletiva e não individual.

2.5 Como é reconhecido juridicamente quem deve pagar a indenização pelos danos na usucapião coletivo.

2.6 Entender quanto ao pagamento dos danos da usucapião coletivo. Se é pelo justo preço ou outro critério jurídico.

2.7 Como o nosso ordenamento jurídico define qual a natureza jurídica que prevalece: se a desapropriação ou a usucapião.

### 3 DESENVOLVIMENTO

#### 3.1 Modalidades de usucapião.

A usucapião tem como pressuposto a posse ininterrupta da coisa durante um tempo determinado, que varia de acordo com uma de suas cinco modalidades previstas no Direito brasileiro, quais sejam, especial urbana, especial rural, ordinária, extraordinária e coletiva, nos auxilia Siqueira (2019, p. 14).

O Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10.jul.2001), ao dispor sobre a política urbana, pelo art. 10 criou a modalidade coletiva de usucapião, visando atender a situações especiais, atingindo pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza, e regularizar situações de fato sobre imóveis possuídos, Siqueira (2019, p. 19)..

Conforme o sistema adotado no Brasil, o registro público gera uma presunção juris tantum de domínio. O que está registrado prevalece enquanto não se prove o contrário judicialmente. Essa é a letra do art. 1.245, § 2º, do Código Civil. [...] O art. 252 da Lei dos Registros Públicos é claro nesse sentido, deixando inuvidosa, também, a presunção juris tantum de veracidade dos assentamentos públicos ao dispor que, enquanto não cancelado o registro, dele continuarão fluindo efeitos jurídicos. Enquanto não houver ordem judicial de alteração ou cancelamento do registro, este continua a produzir efeitos jurídicos, Siqueira (2019, p. 21).

A matrícula, o registro e a averbação (de imóveis... grifo meu) são suscetíveis de cancelamento, tanto por decisão judicial como por iniciativa dos interessados e na forma legal prevista, Siqueira (2019, p. 22).

Siqueira (2019, p. 22) nos aponta os princípios sobre o registro de imóveis conforme segue in verbis:

4. Princípio da prioridade: na hipótese de serem levados a registro dois ou mais títulos aquisitivos sobre o mesmo objeto, prevalece o apresentado e prenotado em primeiro lugar, observadas as disposições dos arts. 190 a 192 da Lei 6.015/73.

5. Princípio da adequação: por força deste, os assentamentos públicos devem espelhar a realidade. Se esta, por qualquer motivo, se modifica significativamente, o registro deverá ser retificado a fim de se adequar às novas características do objeto.

Diferente dos E.U.A e da Europa, que desenvolveram Estados de Bem-Estar Social, se construiu no Brasil um Estado desenvolvimentista, marcado pela industrialização vertiginosa sem o aumento salarial generalizado nem a “concessão” de direitos sociais. Essa estrutura resultou em uma das sociedades mais desiguais do mundo em que muitos não tinham acesso a necessidades básicas, como habitação. Além disso, há no Brasil um modelo excludente e predatório de cidade e essa estrutura condicionou um padrão histórico de moradia marcado pela autoconstrução na periferia ou ocupações de terrenos vazios, as favelas, apontam Peixoto, Souza, Cardozo e Coelho (2016).

A função social da propriedade no Brasil ganhou dimensão, segundo Peixoto, Souza, Cardozo e Coelho (2016), com a constituição de 1988, veio a promessa de uma série de direitos sociais, mas essas mudanças, com a chegada do paradigma neoliberal ao Brasil, não se efetivaram. A eleição de Collor marca o triunfo do neoliberalismo no país e, com ele, vem a ideia de que o Estado deve se retirar de setores onde o mercado pode supostamente ofertar mais e melhor. No governo FHC, se mantém o retraimento da intervenção estatal. A autora defende que nesse período não houve real redução dos gastos públicos, mas a reorientação deles para o desenvolvimento de um ambiente favorável ao mercado, em detrimento de serem usados para a promoção de direitos sociais.

Paiva (2017) corroborando com os apontamentos acima, nos mostra que a *CF/88 determinou as funções sociais que deve o Estado e o poder público defender e regularizar, conforme in verbis,*

Art. 30. Compete aos Municípios:

V - Organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

- II - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais, a serem posteriormente regularizados;

[...]

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

- III - promover a integração social e a geração de emprego e renda;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

X - Combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

- IV - estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre



Estado e sociedade;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se [...] pelos seguintes princípios:

VII - solução pacífica dos conflitos;

- V - conceder direitos reais, preferencialmente

em nome da mulher;

Art. 5º, XXII - é garantido o direito de propriedade;

VI - Garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas;

VII - ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus

habitantes;

Art. 3º, IV da Lei 11.977/09 – No Programa Minha Casa Minha Vida há prioridade de atendimento às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar.

[...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, [...]na forma desta Constituição.

[...]

Art. 170. A ordem econômica, [...] observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

[...]

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por

objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Surgiram então novos objetivos para se implantar a função social da propriedade pelo Estado, através do PL 12/2017, conclui Paiva (2017), in verbis:

Novo Inciso: II - criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;

Novo Inciso: VII - garantir a efetivação da função social da propriedade;

Novo Inciso: X - prevenir a formação de novos núcleos urbanos informais;

Modalidades da REURB:

- A REURB, como dito anteriormente, compreende duas modalidades, Art. 11 (PL 12/2017, Art. 13):

- Reurb de interesse social - Reurb-S:

É aplicável a núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, observado o disposto em ato do Poder Executivo Federal (necessidade de regulamentação).

A característica significativa da Reurb-S é a “população de baixa renda”, tendo em vista as isenções e particularidades deste tipo de regularização.

- Reurb de interesse específico - Reurb-E:

É aplicável a núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de que trata da Reurb-S.

Desta forma, a Reurb-E se aplica a população que não se enquadra como “baixa renda”, não percebendo as isenções de emolumentos e demais benefícios dispostos na MP.

Utilização Mista:

- Na Reurb, os Municípios e o Distrito Federal poderão admitir o uso misto de atividades como forma de promover a integração social e a geração de emprego e renda no núcleo urbano informal regularizado - Art. 11,

§4º (PL 12/2017, Art. 13, §4º).

- A regularização não está restrita a imóveis para moradia. Poderão ser regularizados imóveis utilizados

para fins sociais (creches, associações, centros culturais) e para fins comerciais (fomentar a geração de emprego). Cabe ao Poder Público que emite a Legislação de Posse reconhecer o interesse social - art. 22, §1º, III (PL 12/2017, Art. 23, §1º, III)

Área de Preservação Permanente:

- É possível a Reurb em área de preservação permanente (Art. 9º, §3º), desde que elaborado estudos técnicos que justifiquem as melhorias ambientais em relação à situação anterior, inclusive por meio de compensações ambientais, quando for o caso.
- A regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária.

PL 12/2017:

- Art. 12. A aprovação municipal da Reurb de que trata o art. 10 corresponde à aprovação urbanística do projeto de regularização fundiária, bem como à aprovação ambiental, se o Município @ver órgão ambiental capacitado.
- § 4º A aprovação ambiental da Reurb prevista neste artigo poderá ser feita pelos Estados na hipótese de o

Município não dispor de capacidade técnica para a aprovação dos estudos de que trata este artigo.

E observamos que toda as iniciativas públicas do Estado brasileiro, estão atreladas as determinações das Delegações presentes na Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável (Habitat III), realizada em Quito, no Equador, adotaram na quinta-feira (20) a Nova Agenda Urbana — documento que vai orientar a urbanização sustentável pelos próximos 20 anos. “Analisamos e discutimos os desafios que as cidades enfrentam e concordamos com um roteiro comum para as próximas duas décadas”, disse o diretor-executivo do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos

Humanos (ONU-Habitat), Joan Clos, no último dia da conferência, que reuniu cerca de 36 mil pessoas de 167 países na capital equatoriana nos últimos seis dias, conforme nos apontam a ONU1 (2016).

Conclui a ONU1 (2016, apud Clos) afirmando que o documento final orientado para a ação — que está agora consagrado na Declaração de Quito Sobre Cidades sustentáveis e Assentamentos Urbanos para Todos — deve ser visto como uma extensão da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

E segundo a ONU2 (2016) em seu Roteiro Para Localização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, as Nações Unidas no Brasil esperam que o exercício consubstanciado por esta publicação e outras previstas sobre o tema sejam úteis para a construção de agendas propositivas e comprometidas com a implementação da Agenda 2030 em âmbito local por todo o país.

O escopo do presente trabalho é demonstrar a relevância da função social da propriedade na usucapião coletivo que geralmente abrange obras de interesse econômico e social, conforme introduzimos acima e já consagrado pela ONU1 (2016), ONU2 (2016), nossos ordenamentos jurídicos e demais legislações extravagantes.

### 3.2 Requisitos da usucapião coletivo

O Estatuto das Cidades regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes e dá providências. Através desta Lei 10.257/2001, nos arts. 9º ao 13º, os quais dispõem sobre a política urbana, visa ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantir o bem-estar dos habitantes, regulamentar a usucapião especial urbano e Usucapião Especial Urbana Coletiva, acrescenta RODRIGUES (2019) e aponta ele que no art. 10 da referida lei consta os requisitos para a usucapião coletivo, conforme in verbis:

Art. 10 - As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º - A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º - Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo, escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º - O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º - As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

Não obstante a lei brasileira impõe requisitos que possibilitam uma ação de usucapião. Dentre eles, os requisitos pessoais, que pressupõem que o adquirente deva ser pessoa capaz, dentro das definições jurídicas, habilitado para os atos da vida civil. Os incapazes civilmente poderão usucapir através de seus representantes legais, em benefício exclusivo do representado e não do representante. As pessoas jurídicas públicas e privadas podem alvitrar ação de usucapião através de seus representantes. A usucapião indígena é regulamentada pela Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio). Esta ação ocorre em nome do próprio possuidor em caso do mesmo ter capacidade plena, do contrário o mesmo é representado pela Funai ou curador especial. Quanto aos requisitos reais, poderão ser usucapidas as coisas corpóreas, que estão no comércio, capaz de ser prescrito e que podem ser alienados: bens móveis, imóveis e os direitos reais de fruição (servidão). Ainda há os requisitos formais que têm que estar presentes em qualquer ação de usucapião. São eles: *accessio possessionis* (posse), o tempo e o *animus domini* (intenção de ser dono). Há, também, os requisitos suplementares que são o justo título e boa-fé. O justo título é todo o ato formalmente adequado a transferir o domínio, ou o direito real de que trata, mas deixa de produzir tal efeito em virtude de não ser o transmitente senhor da coisa ou do direito. E a boa fé é considerada a convicção de ser o dono (ignorância dos obstáculos ou defeitos que impeçam a aquisição), presumida em favor de quem possui justo título (art. 490, § único, do Código Civil), conclui RODRIGUES (2019).

Interessante notar que esse dispositivo (art. 10 da Lei 10.257/2001 – grifo meu) se apresenta sob a mesma filosofia e em paralelo ao artigo 1.228, parágrafo 4º do novo Código Civil, admite que o proprietário pode ser privado do imóvel que reivindica, quando este consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico. Aqui não se menciona que o dispositivo se dirige a pessoas de baixa renda. O dispositivo é altamente polêmico, corrobora Venosa (2003).

Entretanto, naturalmente, a evolução social apresentou questões novas e complexas ao direito, que não puderam ser solucionadas pelo sistema normativo existente, foi o caso, por exemplo, das invasões de áreas urbanas por famílias de baixa renda. Deste modo, surgiu a necessidade de adequação legislativa à realidade social, sob pena de ineficácia do sistema normativo atual. Como resposta às questões sociais relacionadas à moradia, criou-se uma ramificação do instituto do Usucapião, denominado Usucapião Especial Coletivo, observou Mendes (2017), corroborando com o que apresentamos acima.

### 3.2.1 Características do terreno que pode ser usucapido coletivamente.

Código Civil, admite que o proprietário pode ser privado do imóvel que reivindica, quando este consistir **em extensa área**, na posse ininterrupta e de boa-fé... como apontou Venosa (2003). No entanto outra questão a ser analisada, caso a caso, pelo Judiciário é o quesito “extensa área”, já que uma área pode ser considerada extensa em determinada região e não ter o mesmo conceito em outra, principalmente diferenciando-se áreas rurais de urbanas, nos alerta Padinn (2010). Veja abaixo in verbis o referido diploma jurídico:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

[...]

§ 4o O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em **extensa área (grifo meu)**, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.



Segundo o editorial Terra de Direitos (2013), o Tribunal de Justiça do Paraná publicou decisão inédita (<http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2013/05/ACÓRDÃO-APELAÇÃO-917511-7.pdf>) com relação à função social da propriedade urbana. Por dois votos a um, os desembargadores do TJ confirmaram a sentença ([http://terradedireitos.org.br/wpcontent/uploads/2013/05/Sentença-TJ\\_Boqueirão.pdf](http://terradedireitos.org.br/wpcontent/uploads/2013/05/Sentença-TJ_Boqueirão.pdf)) de procedência do pedido de usucapião de cerca de 30 famílias de catadores de material reciclável, que ocupam terreno de uma massa falida no bairro Boqueirão, em Curitiba, desde 1999.

A decisão diz respeito à ação de reintegração de posse proposta pela massa falida da empresa Tecnicom LTDA, em 2004, depois de avisada pela prefeitura sobre a ocupação da área. Desde o decreto de falência da empresa, em 1997, o imóvel estava inutilizado, não edificado e sem qualquer manutenção por parte da massa falida. A situação caracterizou-se como descumprimento da função social da propriedade do terreno. Com a decisão do TJ, o pedido de reintegração de posse foi negado e o caso se torna o primeiro em que uma ação de usucapião especial urbana coletiva é aceita para ocupação em imóvel de massa falida. Para a assessora jurídica da Terra de Direitos que acompanha o caso, Julia Ávila Franzoni, a decisão é de extrema importância para consagração das disposições constitucionais sobre direito à moradia, direito à cidade e função social da propriedade, aponta o editorial Terra de Direitos (2013).

“O Poder Judiciário passa assim a dar efetividade aos direitos humanos, através dos instrumentos jurídicos já previstos em nosso ordenamento e pouco utilizados. Os instrumentos do Estatuto da Cidade, como a usucapião especial urbana, pensados para garantia do justo acesso à cidade, saem vitoriosos à compreensão da propriedade privada como direito absoluto”. Na avaliação da assessora jurídica, a decisão é emblemática e simbólica no que diz respeito ao direito à moradia, e por isso contribui para luta dos movimentos sociais e das comunidades urbanas, acrescenta o editorial Terra de Direitos (2013).

A usucapião urbana coletiva está prevista no Estatuto das Cidades como instrumento para assegurar direito à moradia de populações de baixa renda, conclui o editorial Terra de Direitos (2013). Para a execução da usucapião, outros direitos sociais também precisam ser garantidos às famílias, como saneamento básico e acesso aos serviços públicos de infraestrutura urbana.

Os movimentos sociais sabem melhor que todos nós esses direitos e garantias constitucionais sobre as funções sociais da propriedade e recentemente o nosso

então presidenciável Jair Bolsonaro, divulgou a seguinte nota, in verbis, segundo Fernandes (2018),

"Banir os marginais vermelhos", "tipificar o MST e o MTST como terroristas", são alguns dos indicativos do espírito antidemocrático do presidenciável Jair Bolsonaro (PSL). Embora esses movimentos sejam tratados de maneira abstrata e superficial pelo candidato da extrema direita, trata-se de milhões de homens e mulheres trabalhadores que, devido à ausência do Estado, não tiveram outra escolha senão se organizar, como explica Natália Szermeta, dirigente do **Movimento dos Trabalhadores Sem Teto** (MTST).

"A maior parte das famílias que estão ou se deparam com a realidade de uma ocupação, ou estão em situação de aluguel muito alto, gastando todo o seu salário com aluguel e vivendo em situação precária, ou estão morando em casa de favor, de algum parente, em condições desumanas também. Nenhuma família vai para uma ocupação, pisar no barro, viver em um barraco de lona, em todas as condições que existem em uma ocupação, por escolha, ou porque é vagabundo, ou porque quer afrontar ou tomar o que é dos outros, nada disso. Elas vão porque é a realidade com a qual elas se deparam".

Em seu programa de governo, Bolsonaro considera tipificar os movimentos de ocupação urbanas e rurais como **terroristas**. Para isso, pretende retirar da chamada lei antiterrorismo (Lei nº 13.260/2016) um dispositivo que retira da tipificação as ações de movimentos sociais de caráter reivindicatório.

Para o advogado Leandro Scalabrin, membro da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (Renap), trata-se de uma das mais graves iniciativas de criminalização da luta social no Brasil desde a redemocratização do país. "Para mim, essa é uma das mais graves propostas e tentativas de criminalização dos movimentos populares afirmada por um candidato à Presidência da República dos últimos anos no Brasil. Criminalizar como terrorismo os movimentos reivindicatórios dos povos indígenas por demarcações, dos atingidos por barragens, que têm seus direitos violados pela construção de grandes projetos, o movimento da moradia, que realiza ocupações de vazios urbanos para a especulação imobiliária, e assim garantir a efetividade da função social da terra, e também os movimentos do campo, que ocupam os latifúndios improdutivos, reivindicando a reforma agrária", conclui Fernandes (2018).

Coutinho (1989) contribui com a polemização sobre o ordenamento jurídico nos Estados Unidos, que por exemplo, a Lei de Terras ignorou os flagrantes desrespeitos às divisas originais das reservas florestais e indígenas e legalizou a propriedade sobre áreas originalmente destinadas àquele fim. De Soto minimiza ou ignora o dilema que uma opção tal deveria enfrentar. Ainda que a concessão de títulos e a regularização da posse sejam capazes de trazer crescimento econômico, será que elas, de fato, poderão se traduzir em efetivos ganhos sociais? Amartya Sen, que também crê na relevância das instituições para o sucesso econômico, nega este caráter estritamente instrumental da reforma institucional e afirma que o crescimento econômico, isto é, a melhora da economia, não pode se dar com prejuízo do bem-estar da população; mas sobre isso De Soto nada fala.

Como mostrado acima as características do terreno e/ou imóvel que podem ser usucapidas são aquelas que o ordenamento jurídico defende como não atender a sua função social, momento que os movimentos sociais são os mais antenados sobre o conhecimento dessa matéria. Prova disso é a própria existência do MST, que segundo o próprio MST (2019) de que o Movimento Sem Terra está organizado em 24 estados nas cinco regiões do país. No total, são cerca de 350 mil famílias que conquistaram a terra por meio da luta e da organização dos trabalhadores rurais. Mesmo depois de assentadas, estas famílias permanecem organizadas no MST, pois a conquista da terra é apenas o primeiro passo para a realização da Reforma Agrária, segundo alegam as suas lideranças.

Já o MTST, na mesma linha de atuação do MST, tem como seu maior objetivo a luta contra o capital e o Estado que representa os interesses capitalistas. Sabemos que na atual forma de organização social não há espaço para a realização dos interesses da maioria, os trabalhadores. Tudo é transformado em mercadoria, inclusive os nossos direitos. Apenas uma minoria tem acesso a condições dignas de vida. E o Estado atende exatamente a esta minoria. **Por isso nossa luta é muito mais ampla do que a conquista de um pedaço de terra (grifo meu)**. Mas é preciso um intenso e longo acúmulo de forças para atingirmos nossos objetivos principais. Todas nossas ações devem estar voltadas para fortalecer nosso caminho rumo a estes objetivos. Isso significa ampliar nossa referência nas periferias urbanas, nosso número de militantes, nossas conquistas, nossa capacidade de mobilização, dentre muitos outros fatores, afirmam o próprio MTST (2019).

### 3.2.2 Existência de obras de interesse econômico e social.

Esse requisito está intrinsecamente relacionado ao princípio da função social da propriedade, diferenciando-se expressamente das demais modalidades de

usucapião, com este elemento, o legislador deixou claro que não basta o preenchimento dos requisitos de posse mansa e pacífica por longo espaço de tempo, é necessário também a realização, em conjunto ou separado, de obras e serviços de interesse econômico e social, colabora Padinn (2010).

Esses critérios e interesse econômico e social são diferentes para o âmbito rural e urbano, podendo adotar-se para o primeiro a ideia de produtividade contida no parágrafo 6º da Lei Federal n. 8.629/93, acrescenta Padinn (2010, apud Viana) complementando que em se tratando de imóvel rural, devemos ter em mente o mandamento contido no art. 6º da Lei 8.629/93, que estatui que uma propriedade rural é produtiva quando, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, Segundo índices fixados pelo órgão federal competente. O Grau de utilização da terra há de ser igual ou superior a 80%, calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel.

Conclui Padinn (2010) que para os espaços urbanos, a preocupação deverá ser acerca do grau de progresso ou desenvolvimento social implementado pelos ocupantes, quiça com a criação de unidades de moradia, de lazer, saúde, ou seja, situações criadas de forma a incrementar o bem-estar da população, tutelado em âmbito constitucional nos arts. 182 e 183.

### 3.2.3 Pressupostos da utilização da usucapião coletiva.

No o art. 10 do Estatuto da Cidade define ser admissível a soma do tempo de posses (§ 1º). A declaração da usucapião coletiva será feita por sentença, para fins de registro no cartório de imóveis (§ 2º). Nela, o juiz “[...] atribuirá igual fração ideal do terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo a hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas”. Trata-se de situação *sui generis*, onde se torna impossível identificar a divisibilidade do bem com o fulcro da individualização necessária. É um condomínio especial que se estabeleceu, não sendo passível de extinção, emenda Egidio (2019).

O art. 11 do Estatuto da Cidade manda sobrestar qualquer ação de propriedade ou possessória que venha a ser proposta até a decisão final da usucapião coletivo, acrescenta Egidio (2019). E complementa dizendo trata-se de aplicação direta do fim social, pois entende-se que aquele morador dessa espécie de condomínio está em grau de vulnerabilidade perante qualquer outro.

Na sequência, nos informa Egidio (2019), que o art. 12 define que sobre a questão da legitimação ou legitimidade para a propositura da ação. Partes legítimas são as pessoas titulares da relação jurídica, ou seja, aqueles que podem demandar,

no caso, os autores da ação de usucapião. Assim, pode ser autor quem atribui a si o direito que pleiteia, sendo que a legitimidade é uma das condições da ação, e sem ela, não haverá prosperidade do pedido. No caso, são os possuidores que estão em estado de composesse, sendo possível ter nessas ações como substituto processual as associações de moradores da comunidade, desde que regularmente constituída, com personalidade jurídica própria, regular e explicitamente autorizada pelos representados.

No Estatuto da Cidade consta a intervenção do Ministério Público, embora o novo CPC não apresente esta necessidade. Intervenção esta necessária, pois está claro o interesse social, ou seja, há um fim social aplicável, razão pela qual o "*parquet*" deve acompanhar todos os passos processuais, contribui Egidio (2019) e acrescenta que a sentença é documento hábil para o reconhecimento da propriedade. Sendo declaratória ou constitutiva, como é debatido pelos doutrinadores, não se faz exequível, se não for levada ao devido registro de imóveis. O importante é que tornará proprietários todos os condôminos, ou melhor, coproprietários, valendo-se da sentença para o devido registro do Cartório de Registro de Imóveis.

Segue a usucapião coletiva, da mesma forma que nas demais modalidades, a boa-fé das posses anteriores, admitidas para completar o prazo exigido, desde que, logicamente, sejam mansas, pacíficas e ininterruptas, conclui Egidio (2019).

#### 3.2.4 Indenização pelos danos na usucapião coletivo.

Carvalho e Rorigues (2019) comemora em sua monografia que Ao longo do processo de formação e crescimento das cidades brasileiras, a legislação urbanística teve um importante papel de servir aos interesses de uma minoria hegemônica, atuando como instrumento de segregação ou exclusão social, e delimitando acessos distintos a elementos urbanos dos mais essenciais. Naturalmente, com o passar do tempo, os movimentos sociais e instituições ligados à causa da Reforma Urbana passaram a lutar por uma elaboração legislativa condizente com os anseios e necessidades da população urbana. O resultado disso foi significativo, já que resultou na criação de uma nova ordem jurídico urbanística, inaugurada com alguns capítulos da Constituição Federal de 1988 (CF/88), e mais tarde fortalecida com o advento do Estatuto da Cidade de 2001 (EC).

Neste diapasão o código civil de 2002 prevê instituto semelhante, em seu art. 1.228, § 4º e 5º, intitulado por alguns de "usucapião coletivo", diferenciando-se por dispensar o critério de baixa renda e adotar a exigência da boa-fé e da existência

no imóvel de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse econômico e social, introduz Padinn (2010).

Além disso, acrescenta Padinn (2010), o citado artigo menciona o pagamento de uma indenização ao proprietário do imóvel, no entanto, não indica a quem deverá efetuar-lo. Em razão disso, há quem considere que o instituto não se trata propriamente de forma de usucapião, aproximando-o da desapropriação, já que caberá ao juiz fixar justa indenização devida ao proprietário quando da proposição de ação reivindicatória e, em sendo pago o preço, a sentença valerá como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Neste diapasão colabora Melo (2013) apontando que a função social da propriedade permite ainda que a coisa seja utilizada pela autoridade competente, independentemente da vontade do proprietário, em caso de iminente perigo público, assegurada ao proprietário indenização ulterior, mas apenas se houver dano à coisa da qual é dono (art. 5.º, XXV, da CF). O Código Civil, por sua vez, é claro ao dispor que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (art. 1228 do CC). Embora o dispositivo não afirme expressamente, é óbvio que o proprietário também não pode, sob pena de violar a função social da propriedade, contaminar o solo do bem imóvel do qual é dono.

E corroborando nesse sentido Reis (2020), sinaliza o que diz o Código Civil, que segue in verbis:

*Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*

*[...]*

*§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.*

*§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. (BRASIL, 2002).*



*Em suma, não obstante o direito individual de propriedade não deixe de merecer a tutela jurídica, inclusive de ordem constitucional, deve ceder passagem em confronto com o interesse maior da coletividade. Destarte, pode o proprietário ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por utilidade pública ou interesse processual. A coisa pode ser ainda reivindicada pelo poder público, em caso de perigo iminente (v. g., guerra, enchentes, requisição de imóvel para abrigo de pessoas desalojadas por catástrofes naturais etc.). Obviamente, o proprietário tem direito à indenização justa.” Alerta Melo (2013, apud LOUREIRA, 2008, pág. 116).*

Não obstante Carvalho e Rorigues (2019) aponta as divergências do nosso ordenamento jurídico onde o progressismo que marcou a renovação da legislação urbanística nacional, por outro lado, não tem conseguido lidar com a premissa de que existe uma relação de antagonismo entre lei e realidade social {CASTRO, 2000, p. 79}, um claro distanciamento entre teoria e prática. E a referida premissa não é exclusividade do Direito brasileiro. Em documento preliminar da Habitat 3, a conferência da Organização das Nações Unidas {ONU} sobre moradia e desenvolvimento urbano sustentável, existem evidências de que, independentemente do direito à moradia ser positivado constitucionalmente em praticamente todos os países do mundo, a insegurança jurídica na posse de imóveis urbanos ainda é uma realidade global. Anualmente, milhões de pessoas são expulsas de suas habitações contra a sua vontade, por meio de decisões judiciais facilmente contestáveis, e sem receberem as compensações devidas (ONU, 2015, p. 4).

Mas a doutrina jurídica contemporânea já superou a concepção mais limitada do direito à moradia, fazendo referência a um direito "de" moradia, nos apresenta Carvalho e Rorigues (2019). E em sequência diz que quando se modifica a locução destacada, o conteúdo desse direito se amplia. Passa a abarcar, por isso, não apenas a prestação de políticas habitacionais por parte do Estado, mas também a possibilidade de ser invocado durante conflitos possessórios entre particulares. Essas previsões não se encontram estruturadas em um conjunto específico de normas jurídicas, mas podem ser facilmente verificáveis como "consequência jurídica da proteção possessória, eventualmente dada ao possuidor de boa-fé, de um imóvel urbano para habitação" (CASTRO, 2000, p. 93). A esse despeito das exigências constitucionais relativas ao cumprimento da função social da propriedade e à essencialidade do direito de moradia, as soluções judiciais aplicadas aos conflitos fundiários urbanos ainda costumam ignorar as particularidades públicas desses embates. As origens do litígio dificilmente são enfrentadas, o que acaba por gerar ainda mais passivos sociais e jurídicos,

sobretudo nas cidades mais populosas observa Carvalho e Rorigues (2019, apud BRASIL, 2015, p. 1).

Para reduzir a distância existente entre os processos judiciais e a concretização do direito à moradia, diversos movimentos sociais e instituições ligados à causa da Reforma Urbana procuraram levar ao Legislativo nacional orientações para mudanças nas regras processuais das ações possessórias<sup>7</sup>. Tendo em vista que na época um novo CPC estava sendo elaborado, as aludidas orientações foram incluídas no Projeto de Lei (PL) do novo Código, para que fosse devidamente votada ao longo do processo legislativo. Nesse interim, as forças conservadoras do Congresso Nacional conseguiram se articular para frear parte das demandas que viriam a ser absorvida pelo novo CPC, algo que, como será verificado nos próximos tópicos, acabou por limitar o caráter social das ações possessórias vigentes a partir de 18 de março de 2016, questiona Carvalho e Rorigues (2019).

Segundo o artigo 3º da Resolução nº 87, emitida pelo Ministério das Cidades Segundo Carvalho e Rorigues (2019, apud BRASIL, 2013, p. 19), o conflito fundiário urbano é definido como a:

Disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade.

E, adentrando no objeto análise do presente artigo, o que dizer das ações possessórias iniciadas contra a ocupação de imóveis não dotados de sua função social? Na complexidade das relações sociais do mundo contemporâneo, é natural que, em alguns casos, dois ou mais sujeitos tenham direitos distintos sobre um mesmo objeto. Quando os limites de exercício desses direitos não estão bem estabelecidos, o conflito surge naturalmente questiona Carvalho e Rorigues (2019, apud CASTRO, 2000, p. 89). No caso das ações possessórias analisadas, vê-se, recorrentemente, o embate entre dois direitos distintos: a propriedade *versus* o direito de moradia consubstanciada na posse temporária de um imóvel<sup>8</sup>. Mas, analisando a questão criticamente, esse conflito não é decorrente da técnica jurídica, mas de questões políticas e culturais. Não se pode dizer que existem direitos colidindo. O que ocorre é o choque entre um direito e um privilégio, conclui ele in verbis,

- O acesso à moradia por parte de grupos sociais vulneráveis, e

- Privilégio de uma minoria que acumula propriedades imóveis urbanas sem lhes dar qualquer função social.

Diante da disparidade existente entre os interesses em questão, a ação possessória utilizada por um proprietário de imóvel sem função social contra uma coletividade não poderia ter as mesmas regras processuais de conflitos individuais, acrescenta Carvalho e Rorigues (2019). A ocupação, como exercício legítimo de posse, é de fundamental interesse público, [...] e precisa ser protegida através de meios processuais eficazes.

É justamente quando a posse irregular dos ocupantes confronta o exercício irregular do direito à propriedade que a defesa possessória deve assumir bases jurídicas mais amplas. No caso das ocupações de imóveis carentes de função social, a manutenção dos ocupantes nos imóveis acaba se tornando mais legítima do que o despejo que acarretará um retorno do bem a um estado de subaproveitamento, pondera Carvalho e Rorigues (2019).

É claro que esse entendimento necessita de uma exegese mais ampla, que considere as ações possessórias dentro de um sistema jurídico constitucionalizado, que deve prezar pela harmonização das diferentes regras e princípios que convivem no sistema, reclama Carvalho e Rorigues (2019). E aponta que uma interpretação mais ampla é a forma mais justa e eficaz de resolver conflitos jurídicos como o analisado no momento.

Nas palavras de Carvalho e Rorigues (2019, apud Marcus Dantas, 2013, p. 482), in verbis:

Como se indicou, nas ocupações normalmente realizadas o objetivo não é "passar a ser o proprietário do bem", até mesmo porque o juiz não pode, pura e simplesmente, desapropriar um imóvel e passá-lo para o nome dos ocupantes. Em verdade, a atuação dos movimentos sociais [...] têm o objetivo de chamar a atenção das autoridades públicas para a existência de uma dúvida acerca do cumprimento da função social por parte do proprietário do bem ocupado.

Independente do forte embasamento jurídico e social que existe na ocupação urbana praticada por movimentos sociais, na maioria dos conflitos fundiários coletivos a defesa possessória não funciona devidamente. E aqui reside uma questão arraigada na cultura brasileira, perpetuada pela mídia e confirmada pelas

decisões dos magistrados: a criminalização dos movimentos de ocupação, que se tornam "caso de polícia", situações que devem ser extirpadas das cidades em nome da paz social e da defesa da propriedade privada, conclui Carvalho e Rorigues (2019).

Carvalho e Rorigues (2019) nos mostram que ainda há falhas a serem corrigidas no nosso ordenamento jurídico sobre o tema, onde apontam que o CPC de 1973 foi outorgado durante um regime de exceção, iniciado no Brasil com o golpe militar de 1964. Na época, as demandas sociais eram tidas como opostas à ordem e à segurança nacional, e as ocupações coletivas juridicamente tiveram o mesmo tratamento simplório dado aos conflitos individuais (VIANA, 2014, p. 67). Deste modo, as demandas diversas contidas nos aludidos conflitos nunca teriam espaço adequado para ser discutidas ao longo do processo judicial. É claro que a CF/88 renovou toda a ordem jurídica do país, a ponto de muitos institutos jurídicos passarem a ser reinterpretados com o fim de se alinharem ao sistema. Infelizmente, isso não ocorreu, em termos práticos, com as ações possessórias.

Independentemente das modificações do novo CPC serem tímidas, elas precisam ser conhecidas e aproveitadas ao máximo. Além disso, as suas limitações precisam ser bem delimitadas, para que se tornem fundamentos de futuros debates na arena política. Reconhecendo essas necessidades, [...], de forma objetiva, para alguns pontos que merecem atenção de todos aqueles que se debruçam sobre a temática do direito à cidade e do direito à moradia, conclui Carvalho e Rorigues (2019).

Quando os conflitos possessórios envolvem um choque entre o uma posse ilegítima e uma propriedade exercida de forma irregular, o direito à moradia e a função social da propriedade devem ser invocados para produzir decisões judiciais condizentes com o ordenamento constitucional brasileiro.

### 3.2.5 Pagamento pelo justo preço ou outro critério jurídico.

A perda da propriedade por desapropriação foi expressamente prevista no parágrafo 3º do art. 1.228, do Código Civil de 2002, sendo, portanto, casos diversos. Além do que, se o legislador considerasse tratar o instituto de modalidade de desapropriação, teria assim o intitulado, como, por exemplo, fez no art. 184 da Constituição Federal, acrescenta Padinn (2010).

Contudo, Padinn (2010) nos informa que não se pode tratar a matéria em apreço como se fosse uma desapropriação, posto que esta possui requisitos e procedimentos totalmente diversos. Na desapropriação, é delegada sua competência, a depender da matéria, à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal, aos Territórios e mais atualmente, às autarquias e concessionárias

de serviços públicos. Contrário a este argumento, o relator Ricardo Fiuza defende a possibilidade do poder de desapropriar ser atribuído também ao juiz, conforme se verifica nas palavras do Prof. Carlos Alberto Dabus Maluf,

[...] no tocante aos § 4º e 5º, o relatório Fiuza, recepcionando por sua vez o relatório Ernani Sátiro, acolhe os argumentos o Prof. Miguel Reale quando afirma que se trata de “um dos pontos mais latos do Projeto, no que se refere ao primado dos valores do trabalho como uma das causas fundantes do direito de propriedade. De outro lado, não há, a nosso ver, nada de surpreendente no fato de ser atribuído ao juiz competência para, no caso especialíssimo previsto no art. 1.266, declarar a desapropriação dos bens reivindicados, a fim de que seja pago ao reivindicante o justo preço de seu imóvel, sem se locupletar ele à custa dos frutos do trabalho alheio. Como bem observou o Relator especial, os múltiplos casos de “desapropriação indireta”, que são casos típicos de “desapropriação pretoriana”, resultantes das decisões de nossos tribunais, estão aí para demonstrar que o ato expropriatório não é privilégio nem prerrogativa exclusiva do Executivo ou do Legislativo. Nada existe que torne ilegítimo que, por lei, em hipóteses especiais, o poder de desapropriar seja atribuído ao juiz, que resolverá em função das circunstâncias verificadas no processo, em função do bem comum [...].

Concluimos que de acordo com o art. 1.228, em seu 4º e § 5º o preço justo é devido ao proprietário conforme in verbis,

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

### 3.2.6 Natureza jurídica que prevalece: se a desapropriação ou a usucapião.

Devemos fazer uma análise dos dispositivos introduzidos pelo Código Civil de 2002, que implementam a filosofia da função social. Eles apontam restrições

previstas desde a Constituição Federal, bem como em outras leis administrativas. A função social, como atributo da propriedade, integra o elenco dos princípios fundamentais da Constituição da República, especificamente no inciso XXIII do famoso art. 5º. Ao efetivar formas de aplicar a função social da propriedade, o legislador, ao mesmo tempo, estabeleceu mecanismos de conversão da posse em domínio, seja com a multiplicação para cinco das modalidades de usucapião, seja com a desapropriação indireta, aponta Siqueira (2019).

O primeiro parágrafo do art. 1.228 do Código Civil sublinha o dever jurídico de o proprietário preservar, na forma de lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitar a poluição do ar e das águas, assevera Siqueira (2019) e continua nos afirmando que são valores não limitados à sociedade brasileira, mas uma conquista da humanidade, que, em todos os quadrantes, reivindica a proteção aos valores vitais à sua própria sobrevivência. A função social obriga que o interesse do proprietário não deva prevalecer sobre os da sociedade. Nisso há previsão pelo § 3º do mesmo artigo: a desapropriação da coisa por iniciativa do poder público, quando houver necessidade, utilidade pública ou interesse social. Esse dispositivo tem referência com o previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal. Há possibilidade, também, de requisição da coisa, havendo perigo público iminente.

Por serem diversificados os fins colimados pelo Poder Público, Rios (2014) afirma que diferentes são também as formas de intervenção na propriedade. Há, primeiramente, a intervenção restritiva, na qual o Estado impõe restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem, no entanto, tirá-la de seu dono. Este não poderá utilizá-la a seu exclusivo critério, devendo subordinar-se às imposições do Poder Público, conservando-a em sua esfera jurídica. São modalidades deste tipo a servidão administrativa, a requisição, a ocupação temporária, as limitações administrativas e o tombamento. Há, ainda, a intervenção supressiva, pela qual o Estado, valendo-se da supremacia que lhe é inerente, transfere coercitivamente para si a propriedade de determinado particular, tendo como modalidade por excelência a desapropriação.

Tais ordenamentos jurídicos segundo Rios (2014), fundamenta-se diretamente no artigo 216, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, ao dispor que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Por último tem-se a desapropriação. Que segundo Rios (2014), apud Silva (2011), é a limitação que afeta o caráter perpétuo da propriedade, porque é o meio pelo qual o Poder Público determina a transferência compulsória da propriedade



particular, especialmente para o seu patrimônio ou de seus delegados. Este instituto só pode ser verificado por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, conforme determina o artigo 5º, XXIV, da Constituição Federal. Fora estas hipóteses, somente é cabível a desapropriação sob a forma de sanção, por não estar a propriedade cumprindo sua função social, através de indenizações por título da dívida pública ou da dívida agrária.

Loureiro e Lopes (2019) Inova apresentamos a Lei nº 13.465/2017 onde elenca vários instrumentos (institutos jurídicos) que podem ser empregados para a Reurb, Regularização Fundiária Urbana (grifo meu), como usucapião, concessão de direito real de uso, doação, a compra e venda, a desapropriação por interesse social, entre outros. Contudo, neste ponto, é importante frisar dois novos instrumentos dispostos pelo projeto de lei: a legitimação fundiária e a legitimação de posse. Quanto a legitimação fundiária Aqui, colaciono a definição dada pela nova lei, em seu art. 23: "A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016", conclui Loureiro e Lopes (2019).

#### 4 CONCLUSÃO

O trabalho foi desenvolvido em busca de responder as questões sobre: quais modalidades de usucapião temos em nosso ordenamento jurídico; quais as características do terreno usucapido coletivamente; como se configura a existência de obras de interesse econômico e social; quais pressupostos que se configura a utilização da usucapião coletiva e não individual; quem deve pagar a indenização pelos danos na usucapião coletivo; e quanto ao pagamento dos danos da usucapião coletivo. É pelo justo preço; e por fim; qual a natureza jurídica que prevalece: a desapropriação ou a usucapião.

Para responder as questões acima, foram apresentado os capítulos sobre a modalidades de usucapião; requisitos da usucapião coletivo; características do terreno que pode ser usucapido coletivamente; existência de obras de interesse econômico e social; pressupostos da utilização da usucapião coletiva; indenização pelos danos na usucapião coletivo; pagamento pelo justo preço ou outro critério jurídico; e finalizamos com a natureza jurídica que prevalece: se a desapropriação ou a usucapião.

Dessa forma ficou patente que os objetivos de conhecer as modalidades de usucapião que temos em nosso ordenamento jurídico; conhecer as características do terreno que pode ser usucapido coletivamente; entender a doutrina jurídica que configura a existência de obras de interesse econômico e social; entender quais pressupostos que se configura a utilização da usucapião coletiva e não individual; conhecer quem deve pagar a indenização pelos danos na usucapião coletivo; entender quanto ao pagamento dos danos da usucapião coletivo. Se é pelo justo preço ou outro critério jurídico; e entender qual a natureza jurídica que prevalece: se a desapropriação ou a usucapião, foram devidamente alcançados no presente trabalho, através dos autores pesquisados.

Mas fica o alerta que o tema apresentado não se esgota com esse trabalho, pois necessário se faz que o leitor verifique nas literaturas pesquisadas que o tema é bastante abrangente, motivos que deverão ser considerados para o seu aprofundamento.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Peixoto, Ana Clara dos Santos Lima; Souza, Marize Figueira de; Cardozo, Juliana Venâncio; Coelho, Thábata Ribeiro. 2016. RESENHA DO LIVRO "GUERRA DOS LUGARES: A COLONIZAÇÃO DA TERRA E DA MORADIA NA ERA DAS FINANÇAS", DE RAQUEL ROLNIK. Disponível: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/226/90>>

Acessado em: 19/08/2019.

Júnior, Nelson Saule. 2005. O Direito à Cidade como paradigma da governança Urbana democrática. Disponível: <<http://www.polis.org.br/uploads/750/750.pdf>>. Acessado em: 19/08/2019.

Paiva, João Pedro Lamana. 2017. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA REFLEXÕES SOBRE AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS. Disponível: <<https://pt.slideshare.net/IribImprensa/regularizacao-fundiria-reflexes-sobre-as-inovacoes-legislativas-76560882>>. Acessado em: 19/08/2019.

ONU1.2016. Habitat III: países adotam nova agenda para urbanização sustentável.

Disponível: <<https://nacoesunidas.org/habitat-iii-paises-adotam-nova-agenda-para-urbanizacao-sustentavel/>>. Acessado em: 19/08/2019.

ONU2. 2016. Roteiro para a Localização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Implementação e Acompanhamento no nível subnacional. Disponível:

<<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/06/Roteiro-para-a-Localizacao-dos-ODS.pdf>>. Acessado em: 19/08/2019.

Coutinho, Laura. 1989. Hernando de Soto e a sua tentativa de solucionar o mistério do desenvolvimento. Disponível: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/hernando-de-soto-sua-tentativa-de-solucionar-misterio-desenvolvimento>>. Acessado em: 19/08/2019.

Loureiro, Antonio José Cacheado ; Lopes, Tiago Oliveira. 2019. Regularização fundiária urbana: breve análise à luz da Lei n. 13.465/2017. Disponível: <<https://jus.com.br/imprimir/72429/regularizacao-fundiaria-urbana-breve-analise-a-luz-da-lei-n-13-465-2017>>. Acessado em: 19/08/2019.

Rodrigues, Rita Machado. 2019. Usucapião Especial Coletiva Urbana. Disponível: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_26931022\\_USUCAPIAO\\_ESPECIAL\\_COLETIVA\\_URBANA.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_26931022_USUCAPIAO_ESPECIAL_COLETIVA_URBANA.aspx)>. Acessado em: 19/08/2019.

Venosa, Sílvio de Salvo. 2003. ucapião[NS1] coletivo no novo Código Civil.

Disponível: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI944,31047-Usucapiao+coletivo+no+novo+Codigo+Civil>>. Acessado em: 19/08/2019.

CFB. 2018. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado em: 19/08/2019.

Mendes , Jéssica Radai. 2017. ASPECTOS RELEVANTES DO USUCAPIÃO ESPECIAL COLETIVO. Disponível: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=18915](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=18915)>. Acessado em: 19/08/2019.

Fernandes, Leonardo. 2018. MST e MTST: Você realmente conhece esses movimentos?. Disponível: <<https://www.brasildefato.com.br/2018/10/25/mst-e-mtst-voce-realmente-conhece-essas-organizacoes/>>. Acessado em: 25/08/2019.

MST. 2019. Quem Somos - Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. Disponível: <<http://www.mst.org.br/quem-somos/>>. Acessado em: 25/08/2019.

MTST. 2019. As linhas políticas do MTST. Disponível: <<https://mtst.org/quem-somos/as-linhas-politicas-do-mtst/>>. Acessado em: 25/08/2019.

Padinn, Patricia Waldmann. 2010. Aspectos Fundamentais do Usucapião Coletivo. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP. Disponível: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-18112011-144415/publico/Aspectos\\_fundamentais\\_do\\_usucapiao\\_coletivo\\_Patricia\\_Waldman.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-18112011-144415/publico/Aspectos_fundamentais_do_usucapiao_coletivo_Patricia_Waldman.pdf)>. Acessado em: 30/11/2019.

Terra de Direitos. 2013. Em decisão inédita, Justiça do Paraná reconhece direito à moradia por usucapião em imóvel de massa falida. Disponível:

<<https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/em-decisao-inedita-justica-do-parana-reconhece-direito-a-moradia-por-usucapiao-em-imovel-de-massa-falida/10279>>. Acessado em: 30/11/2019.

Siqueira, Luciano. 2019. Apostila de Teoria Geral da Propriedade. Editada pela Universidade Estácio de Sá no Curso de Pós-graduação de Direito Imobiliário.

Egidio, Celio. 2019. Apostila de Usucapião. Editada pela Universidade Estácio de Sá no Curso de Pós-graduação de Direito Imobiliário.

Melo, José Mário Delatiti de. 2013. A função social da propriedade. Disponível: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-funcao-social-da-propriedade/>>. Acessado em: 20/01/2020.

Reis, Larissa. 2020. A inexistência de conflito entre o Direito à Propriedade Privada e o Princípio da Função Social da Propriedade. Disponível: <<https://lyfr.jusbrasil.com.br/artigos/343736809/a-inexistencia-de-conflito-entre-o-direito-a-propriedade-privada-e-o-principio-da-funcao-social-da-propriedade>>. Acessado em: 23/02/2020.

Rios, Thiago Meneses. 2014. Direito de propriedade, função social e limitações constitucionais. Disponível: <<https://jus.com.br/artigos/27032/direito-de-propriedade-funcao-social-e-limitacoes-constitucionais>>. Acessado em: 20/01/2020.

Carvalho, Cláudio Oliveira de; Rodrigues, Raoni. 2019. O NOVO CPC E AS AÇÕES POSSESSÓRIAS - NOVAS PERSPECTIVAS PARA OS CONFLITOS FUNDIÁRIOS COLETIVOS. Revista de Direito da Cidade, vol. 07, nº 4. Número Especial. ISSN 2317-7721 pp.1750-1770 1769. Disponível: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/20912/15356>>. Acessado em: 25/08/2019.

## **VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR**

**BEATRIZ COSTA ALVES:** Graduanda em Direito pela Universidade Brasil, Campus Fernandópolis-SP

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção de título de Bacharel em Direito. Orientador Prof. Me. Rafael Valério Iglesias e Coorientadora Prof. Me. Márcia Kazume Pereira Sato.

**RESUMO:** O presente artigo trata-se de casos de agressões que ocorrem dentro do âmbito familiar, que são considerados como violência intrafamiliar. Ela é conceituada como um ato intencional do agressor, pela força física ou ameaças, que resulta em dano psicológico, ferimentos, mal desenvolvimento e privação, ou seja, a violência é uma relação de poder que uma pessoa tem com a outra; pode ser autodirigida e auto abuso, como também maus tratos de menores. Ocorre com diversas vítimas, sendo a empregada doméstica (no âmbito familiar), a mulher, crianças e adolescentes, pessoas idosas e até mesmo deficientes físicos, seja pela desigualdade de gênero, renda, ou uma ausência de relações afetivas entre os familiares, gerada por ato interpessoal. São apontados os casos concretos e o que aconteceu em relação a eles; também ressalta-se do que decorre a violência e quais são suas garantias de proteção e direitos contra os agressores. E para tanto, a disponibilidade dos grupos de apoios junto e precisamente com o Estado, para combater a este tipo de violência.

**Palavras-chave:** Violência; Família; Direitos; Garantia.

**ABSTRACT:** This article deals with cases of aggressions that occur within the family, which are considered as intrafamilial violence. It is conceptualized as an intentional act of the aggressor, by physical force or threats, which results in psychological damage, injury, poor development and deprivation, ie violence is a power relationship that one person has with another; it can be self-directed and self-abuse as well as child maltreatment. It occurs with several victims, being the maid (in the family context), the woman, children and adolescents, the elderly and even the

physically handicapped, either due to gender inequality, income, or an absence of affective relationships between family members, generated by interpersonal act. The concrete cases are pointed out and what happened in relation to them; It also highlights what stems from violence and what are its guarantees of protection and rights against aggressors. To this end, the availability of support groups, together with the state, to combat this type of violence.

**Keywords:** Violence; Family; Rights; Warranty.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE FAMÍLIA. 3. VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR CONTRA A MULHER. 3.1 Casos de violência intrafamiliar contra a mulher. 3.2 A Violência intrafamiliar contra empregada doméstica, direitos e garantias. 3.3 Lei Maria da Penha. 3.4 Competência da ação penal. 3.5 Lesão corporal de natureza leve qualificada pela violência doméstica. 4. A VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR E AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. 4.1 Estatuto da criança e do adolescente (ECA). 4.2 Reestruturação e manutenção da criança no lar. 4.3 Casos de violência infantil. 4.3.1 Menina sofre abuso sexual durante 11 anos. 4.3.2 Duas crianças foram vítimas de abuso sexual pelo pai. 4.3.3 Menina é maltratada pelo padrasto enquanto havia omissão da mãe. 5. VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR CONTRA IDOSOS. 5.1 Estatuto do idoso. 5.2 Tipos de violência contra idosos. 5.2.1 Abandono em cativo doméstico. 6. A VIOLÊNCIA CONTRA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. 7. O PAPEL DO ESTADO E DA SOCIEDADE. 7.1. Auxílio e proteção nos casos de violência intrafamiliar. 8. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Violência intrafamiliar é aquela praticada na seara familiar, onde a figura da vítima varia entre cônjuge, filho(s), pais, avós e, ainda, empregada doméstica. A conduta é caracterizada por diversas espécies de agressão, qual seja física, psicológica, emocional, patrimonial ou simbólica. As cicatrizes, muitas vezes, são invisíveis aos olhos.

Os casos são diversos, mas poucos são os registros, já que, as vítimas evitam a procura de ajuda especializada em razão do medo.

É recorrente que as crianças e os idosos sejam os mais prejudicados, pois são silenciadas, ainda que de maneira tácita, visto que ora não têm discernimento da violência, ora não têm respaldo ou meios confiáveis de amparo.

O início da vida, fase de estimo aprendido, torna-se uma experiência traumática quando aborda agressividade ou ausência de diálogo. Crianças em ambiente de violência intrafamiliar tendem a tornar-se ansiosas, rancorosas, insensível e até mesmo tornar-se o opressor.



Conceitua Guerra apud Silva:

A violência doméstica contra crianças e adolescentes representa todo ato de omissão, praticados por pais, parentes ou responsáveis, contra crianças e/ou adolescentes que, sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima, implica, de um lado uma transgressão do poder/dever de proteção do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, isto é, uma negação do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.(GUERRA apud SILVA, 2002, p.32)

Por sua vez, a terceira idade trás com ela a debilitação, momento em que há cada vez mais escassez da força e da atividade psicomotora.

No caso das mulheres, vulgarmente reputada frágil, é recorrentemente submetida a fazer o que verdadeiramente não quer, bem como é maltratada e agredida. Ainda assim, mesmo quando toma conhecimento da violência, sente-se constrangida em explanar seu sofrimento e revelar o agressor.

## **2. CONCEITO DE FAMÍLIA**

O Estado, através do ordenamento jurídico pátrio, protege a família, base da sociedade e núcleo fundamental para a organização social.

A palavra família, embora padronizada, tem amplo entendimento quanto sua constituição. Todavia, não há controvérsias de que é base efetiva e de caráter instrumental formada pelo lar, através da consideração, do acolhimento e do amor.

Embora a Constituição Federal (CF) descreva o casamento, a união estável e a família monoparental como entidades familiares, são diversas as existentes, já que, todo grupo de pessoas que divide o mesmo espaço, tipo sanguíneo ou sentimento mútuo, tornar-se família um ao outro. Portanto, a família deve existir em função de seus membros.

## **3. VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR CONTRA A MULHER**

Prevê o Código Penal (CP), as violências elencadas nos crimes contra a pessoa e uma delas é a violência doméstica. Praticado contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, estabelece como medida

destinada a garantir a execução das normas protetivas, uma pena de prisão preventiva.

Dispõe Fernando Capez:

A prisão preventiva é modalidade de prisão provisória [...], possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil. Trata-se de medida excepcional imposta somente em último caso (CPP, art. 282, §6º). Nesse sentido: a prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada. (CAPEZ, 2018, p.341)

Há também a violência doméstica e familiar contra a mulher, que é configurada conforme aludem Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini:

Como qualquer forma de violência, por ação ou omissão, baseada no gênero e praticada no âmbito da família, do convívio doméstico ou de relação íntima de afeto, atual ou pretérita, ainda que ausente a coabitação, que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (arts.5º e 7º). (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p.88)

### **3.1 Casos de violência intrafamiliar contra a mulher**

Uma vítima conversou com um programa de TV e contou a própria história. Relatou que no começo achava que era amor, porque o companheiro tinha aquele cuidado, sempre queria estar perto, mas não a deixava sair sozinha. Depois viu que não era o que imaginava; primeiro rolou as crises de ciúmes, agressões verbalmente e depois começou corpo a corpo.

Em um outro caso, mulheres são agredidas com socos em casos de violência doméstica. O primeiro caso, uma mulher de 44 anos, foi agredida pelo companheiro, um homem de 26 anos. Foi uma discussão, pois ela não queria mais morar com ele. Foi agredida com socos no rosto e chutes nas costas. Após as agressões, o suspeito fugiu do local.

Terceiro caso, a vítima teve uma discussão com o marido, um homem de 29 anos, que a agrediu. A mulher teve hematomas e escoriações pelo corpo. O suspeito foi conduzido à central de Polícia e enquadrado na Lei Maria da Penha.

### **3.2 A Violência intrafamiliar contra empregada doméstica, direitos e garantias**

A Constituição Federal de 1988, assegura os direitos e as garantias salariais, suas integridades físicas e psicológicas, com o intuito de a mulher não ser discriminada em seu local de trabalho. Essa violência refere-se ao ato do agressor nos locais de convivência da vítima, que prevê tratamento diferenciado pelo Estado, como medidas protetivas de urgência e cautelar, não apenas em sua residência, mas também no âmbito familiar de trabalho.

A constatação desse crime não deve ser presumida e sim, ajuizada com provas judiciais. A Lei 11.340/2006, não assegura a estabilidade da empregada, caso haja o seu afastamento e não há jurisprudência sobre essa situação, pois nos tribunais não tiveram julgamentos semelhantes que pudessem gerar controvérsias.

Ademais, há três possibilidades quanto ao afastamento da empregada em caso de violência doméstica e familiar, tais como: afastamento por auxílio-doença, comprovado por atestado médico a sua incapacidade para realizar suas tarefas cotidianas; afastamento por licença não remunerada, mesmo que seja capacitada para seu trabalho, tenha a garantia e a proteção até que cesse a violência; e o pagamento facultativo pela empresa ou acordo coletivo de trabalho.

No entanto, a empregada tem proteção do Estado; uma vez assegurada pelo Juiz, fica vedada a sua dispensa arbitrária e para que isso ocorra, é necessário o seu ajuizamento da medida protetiva, pela Justiça Criminal ou Cível.

### **3.3 Lei Maria da Penha**

É uma lei bastante popular, tem por função tentar evitar a violência intrafamiliar, doméstica, contra a mulher. Busca dar um tratamento diferente, pela desigualdade histórica e social que existe entre homens e mulheres. Assim, com fulcro no artigo 5º, inciso I, da Lei 11.340/2006, é atribuída para os casos em que ocorrem no âmbito da unidade doméstica, que seja o espaço de convivência constante de pessoas, com ou sem ligamento íntimo, inclusive as esporadicamente reunidas.

Com relação ao assunto aqui tratado, a violência doméstica ou intrafamiliar ocorre na maioria das vezes por ser de um sexo frágil e ter uma desigualdade perante a sociedade. Sofre maus tratos, agressões físicas ou verbais e são submetidas a fazerem algo contra sua vontade; aquelas que são donas de casa e têm um marido onde é submissa a ele, obrigada a ter um convívio que não a

satisfaça, é vítima de violências, geralmente por motivo fútil, não possui coragem para ir em busca de ajuda, seja pelo medo ou pela vergonha.

Afirma a promotora Ana Lara Camargo de Castro:

Alcoolismo, drogas e questões financeiras são fatores exacerbadores, mas é o machismo revelado no sentimento cotidiano de posse que determina a maioria absoluta de coisas do tipo: ela estava de saia curta, chegou em casa fora do horário combinado ou não havia feito a comida na hora certa. Estas são principais afirmações dos agressores que veem as mulheres como objetos de sua propriedade, e ainda tentam culpa-las pelo ocorrido. (NUCCI apud CASTRO, 2018, Online)

Deste modo, deve realizar-se diligências para a priorização de políticas públicas de luta contra à discriminação de gênero, assim como investir soluções para melhoria no fasto protetivo e repressor, mas sem cobrar das autoridades a punição aos agressores, pois o enfrentamento à violência é discussão de apoio coletivo.

### **3.4 Competência da ação penal**

Não compete ao Juizado Especial Criminal, mesmo que a penalidade for menor que dois anos e que seja de menor potencial ofensivo, os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra mulher no ambiente de família.

Conforme alude o artigo 41 da Lei 11.340/2006:

Art. 41. - Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Ademais, não será permitido a aplicabilidade de uma sanção de pagamento quando o crime for praticado com violência doméstica e familiar. O Juizado Especial Criminal é qualificado apenas para processar e julgar infrações de menor potencial ofensivo, isto é, contravenção e crime com pena máxima não superior a dois anos. Assim, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher legítimos para processar e julgar os crimes de violência familiar contra mulher.

### **3.5 Lesão corporal de natureza leve qualificada pela violência doméstica**

Anteriormente a lesão corporal de natureza leve, qualificada pela violência doméstica necessitava de representação da vítima, ação penal pública condicionada elencada na Lei n. 9.099/95 pelo art.88 e pelo art.16 da Lei n. 11.340/2006, dispõe sobre a renúncia a representação da ofendida, que só será admitida perante o juiz, antes do recebimento da denúncia e, portanto, continua sendo condicionada.

Para tanto, o Superior Tribunal de Justiça modificou o entendimento de que a atuação do Estado dependeria da vontade da vítima para coibir a violência no âmbito das relações familiares. Foi aprovada a Súmula 542 em 31 de agosto de 2015, que regula: “a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher, é pública e incondicionada”.

Contudo, o crime comum de lesão corporal leve do art.129, caput, do Código Penal, infração de menor potencial ofensivo, a ação penal depende de representação e já para as lesões leves qualificadas pela violência doméstica, elencada no mesmo artigo em seu parágrafo 9º, a ação é incondicionada se a vítima for mulher.

#### **4. A VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR E AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

A socialização e a disciplina da criança e do adolescente é, culturalmente, a família e a escola, sendo ambos grupos de referência na infância e juventude, já que, em seu convívio social o acompanhamento de um adulto é primordial, desde que confiável. Conclui-se, desde já, que o elemento vital para produzirem cidadãos saudáveis é a característica das relações afetivas postas.

Em via de regra, a bagagem de conflitos e frustrações vivenciados na infância dos pais, se ajuízam na educação de seus filhos, conforme demonstra J. Petit Senn (2018): “os filhos tornam-se para os pais, segundo a educação que recebem, uma recompensa ou um castigo”.

No tocante a processos judiciais, mais precisamente as ações de violência contra menores de idade, é cabal de que, em sua grande maioria, ocorrem no ambiente doméstico e são, por muitas vezes, potencializadas em decorrência da ingestão de drogas e bebidas alcoólicas.

Ressalta-se que a violência doméstica diretamente ligada à intrafamiliar, também está inserida no sentido de abandono, miséria, deixar a criança passar por necessidades e não dar o devido discernimento para a vida a fora, enfim, são formas de violências que são tão prejudiciais, quanto são as agressões físicas, que merecem

ter respaldos do Estatuto da Criança e do Adolescente, para prevenir esses tipos de situações.

#### **4.1 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**

O Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 13 de julho de 1.990, objetiva a reintegração, tutela ou adoção familiar, com intuito de esclarecer o resguardo institucional de vítimas de maus tratos ou crianças abandonadas.

Para as condutas que violam as normas de proteção à criança ou adolescente, estabeleceu-se a pena de multa a pessoas jurídicas e físicas e as infrações administrativas, sendo aplicado, em alguns casos, o confisco do comércio.

O ECA, é um meio de reestruturar em casos de convívio familiar e dar proteção necessária a criança e ao adolescente, para que possam ter uma realização futuramente melhor. Sendo amparados, são capazes de lidarem com as dificuldades que prejudicam o seu pleno desenvolvimento.

#### **4.2 Reestruturação e manutenção da criança no lar**

Estruturar novamente a criança para que mantenha o convívio com a família, que o banimento da situação familiar seja um conceito inusitado aplicado apenas nas situações de grave risco à sua integridade física e psíquica. O afastamento traz bastante implicações, seja para a família ou para os filhos; portanto se aplica quando houver riscos de danos que atrapalhem o seu desenvolvimento.

É necessário assegurar à família, o ingresso à organização de serviços públicos que devem reforçar as qualidades de oferecer à criança ou ao adolescente um lugar seguro de convivência. É imprescindível que se faça o fortalecimento, a emancipação e a inserção social das famílias, pelo ingresso às políticas públicas e aos atos comunitários.

Alude o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que a precariedade de recursos materiais, não finda o motivo para a carência ou privação do ambiente familiar. O convívio deve ser preservado e medidas previstas no artigo 101 do ECA, obrigatoriamente tem que ser incluídas em programas oficiais e comunitários de apoio:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;



- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta.

A organização de ocupações tem que dispor da proteção e defesa a toda criança e adolescente que necessite de amparo. Devem ser arguidas quaisquer formas de discernimentos, conforme situações socioeconômicas, seio familiar, etnia, religião, gênero, orientação sexual, ou ainda, por serem pessoas com necessidades especiais em decorrência de deficiência física ou mental.

O direito de conviver em um lugar que satisfaça o seu desenvolvimento, com segurança e amparo, é de todos. A privação quando necessária, pelo motivo de buscas de soluções para a retomada à vivência familiar, é para que os serviços de acolhimento sejam prestados com qualidades, condizentes com os direitos e necessidades físicas e psicológicas da criança.

Portanto, sempre que os direitos e interesses da criança e do adolescente, serem confrontados, é necessário afastá-los do ambiente familiar, porém, antes de qualquer decisão a ser tomada no caso concreto, assistências jurídicas e psíquicas devem ser aplicadas, tanto para os pais, quanto para os filhos. Caso não haja progresso ou melhoria na situação, o juiz da vara da infância pode determinar o acolhimento institucional ao menor, ou até mesmo sua colocação em família substituta, como guarda e tutela, observando o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente e o princípio da proteção integral.

Itamar Gonçalves da ONG Childhood Brasil, (2016), comenta:

Para mudar este cenário é importante criar ambientes que sejam acolhedores e inclusivos nos espaços frequentados pelas crianças e adolescentes, nas famílias, escola, igrejas... Um trabalho de prevenção se faz com informação, especialmente sobre o funcionamento do corpo, a construção da sexualidade, visando ponderar nossas crianças. (GONÇALVES, 2016, Online)

### **4.3 Casos de Violência Infantil**

A maior parte dos casos de violência contra crianças e adolescentes ocorrem no lar e os agressores são pessoas do convívio das vítimas, geralmente familiares.

A título de exemplificação do tema, são casos concretos:

#### **4.3.1 Menina sofre abuso sexual durante 11 anos**

Aos 5 anos, Maria (nome fictício) e o irmão, para que a mãe pudesse trabalhar, ficaram aos cuidados do tio materno enquanto a mãe estava fora. (G1, 2014)

O tio, embora responsável por zelar do bem-estar das crianças, enquanto sozinho com Maria, a colocou de um banquinho e começou a molestá-la. Satisfeito, deu um doce à menina e a tratou com naturalidade. Dali em diante, Maria passou a ser molestada com frequência.

Mais tarde, o agressor passou a obrigá-la a praticar sexo oral e a manter relações sexuais. A menina se submetia à violência, mas jamais contou a alguém.

Quando Maria o indagou, ele a ameaçou, dizendo que ninguém acreditaria nela e que nunca tinha a forçado.

Com medo, sem saber a quem recorrer, começou a apresentar sintomas de depressão e de se mostrar uma adolescente revoltada. Aos 16 anos, em um ato de desespero, tentou suicídio ingerindo veneno para carrapato. A jovem foi para a UTI, onde passou por um longo tratamento de recuperação, ocasião em que contou para a mãe o que a levou tomar a decisão de ceifar sua vida.

#### **4.3.2 Duas crianças foram vítimas de abuso sexual pelo pai**

Durante anos, sem que a mãe percebesse, o pai abusou dos próprios filhos. Relata a mesma de como notou os sinais e tomou conhecimento:

foi através do meu filho que eu descobri, ele começou a falar que o papai mexia na genitália dele. E uma tarde a gente estava brincando e ele abaixou a cueca do nada e falei para não fazer isso; perguntei quem o ensinou a fazer isso e ele disse que foi o pai. (G1, 2014, Online)

#### **4.3.3 Menina é maltratada pelo padrasto enquanto havia omissão da mãe**

Em um condomínio de luxo, uma menina de três anos foi maltratada pelo padrasto. Ele a submetia a situações de tortura psicológica, como não a deixar dormir, dar sustos e amarrar suas pernas com fita adesiva. (G1, 2014)

Por fim, o padrasto e a mãe foram presos e a menina foi levada para um abrigo, sob os cuidados de uma tia-avó.

### **5. VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR CONTRA IDOSOS**

#### **5.1 Estatuto do idoso**

Dispõe o Estatuto do idoso, os direitos fundamentais à pessoa humana, preservação de sua saúde física e mental, aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Garante prioridades em atendimentos, com preferência privilegiadas, tanto para recursos públicos, quanto para execução de políticas sociais públicas específicas.

A Lei 10741/2003, em seu art.4º, pune aqueles que cometem negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão e àqueles que violam os direitos do idoso:

Art. 4º "Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados.”

## 5.2 Tipos de violência contra idosos

Os casos mais frequentes são os maus tratos. Na forma física, os ferimentos e lesões que são causados por não aceitarem a realizar algo e devido a fragilidade física, podem gerar até a morte; violência psicológica, que muitas vezes causada pela restrição de sua liberdade, negação aos seus hábitos de lazer; abuso financeiro, que são praticados pelos membros da família, as suas economias e benefícios por uma exploração ilegal; abuso sexual, que infelizmente ocorre bastante, por conta de sua fragilidade, ameaças sem o consentimento do idoso; e também a negligência, que é a omissão ou a negação em fornecer assistência básica e o abandono.

A respeito do tema, um dos casos concretos:

### 5.2.1 Abandono em cativeiro doméstico

Raimundo Vieira dos Santos, de 72 anos, foi encontrado abandonado em um cativeiro doméstico e dormindo em um colchão velho e sujo. O resgate foi realizado pelo Ministério Público após denúncia de vizinhos. Segundo ele, não havia outro lugar para ficar. (G1, 2014)

Além de Raimundo Vieira, Genarina Alves e José João estavam desamparados quando denúncias de vizinhos levaram as autoridades a encontrá-los e resgatá-los. Genarina Alves, de 92 anos, foi resgatada pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) e pelo Ministério Público (MP) do Maranhão após denúncias de vizinhos de que ela estaria sendo maltratada pelo seu filho. Josafa Alves, filho da idosa, foi preso por suspeita de maus-tratos.

## 6. A VIOLÊNCIA CONTRA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em se tratando de pessoas com deficiência, é um caso muito delicado e é cada vez mais comum, independente da faixa etária e acontece mais precisamente, em ambiente familiar. Os abusos sexuais, no caso do portador com deficiência, a possibilidade de a pessoa ter vivenciado um trauma na infância, é muito grande.

Portanto, são equiparados pelo Estado, as suas garantias e proteções para combater esse tipo de situação. A Lei brasileira da inclusão da pessoa com deficiência, entrou em vigor em janeiro de 2016 e garante direitos e punições para os atos cometidos contra eles.

## **7. O PAPEL DO ESTADO E DA SOCIEDADE**

É de encargo do Estado, mas as provocações partem da sociedade. O modo como se deve agir, são elencados em etapas:

Primeiramente, é encaminhada ao todo da população e a realização de instruções de vigilância depende da produção legislativa, com caráter abrangente. As estratégias abarcam a orientação competente sobre o planejamento familiar e apropriada assistência no pré-natal; recreações de informações, orientações e apoios às famílias e campanhas de divulgação de informações pela mídia.

Em segundo, vem precisamente a identidade previa de uma multidão de pessoas de risco, para que possa impedir o progresso. Incluem-se nas estratégias, projetos de treinamento dos agentes públicos e em especial de saúde, educação, justiça e segurança; visita domiciliar para prover cuidados médico-sociais aos pais do grupo de risco, informação dos telefones de crise ao quais se recorre em momentos difíceis, obtendo ajuda e encaminhamento especializado, recepção de auxílio material, entre outros.

Por último, visar a concessão imediata da agressão e a redução das consequências do processo de vitimização, que é dirigida aos indivíduos que já são agressores ou vítimas, onde a violência já está instalada. As estratégias incluem tratamento psicossocial e jurídico, sensibilização e capacitação dos profissionais de saúde para atendimento às vítimas de violência doméstica intrafamiliar, auxiliando no processo de recuperação da autoestima, atendimento e acompanhamento ao agressor e esforços para organizar infraestrutura para as vítimas, programas de reabilitação física e social.

### **7.1 Auxílio e proteção nos casos de violência intrafamiliar**

Para atuar em combate à violência iminente, é necessário, conjuntamente, Estado e Sociedade mobilizarem-se e adotarem medidas que transmita segurança e eficácia:

- a) Formação de núcleos interdisciplinares como medida preventiva e repressiva, abrangendo profissionais especializados na seara jurídica, médica e social.
- b) Desempenhar trabalhos junto ao Conselho Municipal de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente.
- c) Publicidade e debate em escolas e na mídia.

- d) Formação de pessoas especializadas na temática, tornando-os agentes sociais de prevenção ao combate a violência intrafamiliar, estimulando surgimento de profissionais ao cuidado e apoio necessário à segurança da vítima.
- e) Continuar com as Campanhas de conscientização da violência contra a pessoa Idosa, para que possam ter um envelhecimento digno e saudável.
- f) Para a violência contra pessoas com deficiência, o Programa Estadual de Prevenção e Combate à violência, instituído junto a Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência, pelo decreto nº 59.316, de 21 de junho de 2013.
- g) Em situações de violência contra empregada doméstica no âmbito familiar, o Estado por meio da Lei 11.340/2006 em seu artigo 9º, prevê acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta e manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até 6 (seis) meses.

## 8. CONCLUSÃO

Contudo, a violência intrafamiliar é um dos casos frequentes que ocorrem no âmbito familiar, seja com pessoas do mesmo tipo sanguíneo ou com aquelas por mera afinidade. Há muitos casos em que a vítima é mulher e tem receio de procurar ajuda, mesmo sendo amparada pelo Estado, tendo seus direitos e garantias. A Lei Maria da Penha garante a proteção e pune os agressores, mas para que isso aconteça, é preciso ter conhecimento do fato ocorrido e é aqui, onde entra o papel do Estado e da sociedade, com as suas campanhas e grupos de apoio, para dar segurança à vítima e combater a violência.

Ocorre também a violência contra crianças e adolescentes, que passam a sua infância sendo maltratados, levando isso para a vida adulta e passando para as pessoas ao seu redor. Os seus pais são os espelhos para a vida a fora e muitos se calam diante de um choro, carregando a mágoa dentro de si; acontece que um dia isso tudo vem à tona e infelizmente para alguns, a solução é o suicídio; a bandidagem; entrar para o mundo das drogas ou até mesmo se tornar agressivo. Para tanto, são amparados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante os seus direitos fundamentais e possuem tratamento psicológicos para a sua reestruturação no ambiente familiar.

Outras situações, são aquelas com as vítimas sendo idosas ou deficientes físicas. A falta de paciência para com pessoa de idade ou incapacitada, pode ser um fator que gera a agressão, sendo ela física, verbal ou psicológica. E para as suas garantias de proteção, existe o Estatuto do Idoso e a Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência.



Com efeito, resta claro que as pessoas precisam uma das outras e serem amparadas pelo Direito. Assim, o Estado junto com a sociedade, dispõe de diversas maneiras para o combate à violência intrafamiliar e para que não haja receio ou dificuldades ao acesso à essas medidas protetivas, é fundamental a incomplexidade da norma jurídica, para facilitar a sua execução.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE E MELO, Ana Angélica Campelo de; PEREIRA, Juliana Maria Fernandes. **Orientações Técnicas: serviços de acolhimento para crianças e adolescentes.** 2. Ed. Brasília: Conanda, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 04 Out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 59.316, de 21 de junho de 2013: Institui o Programa Estadual de Prevenção e Combate à Violência contra Pessoas com Deficiência e dá providências correlatas.** Disponível em:

<<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2013/decreto-59316-21.06.2013.html>>. Acesso em: 29 Set. 2019.

BRASIL. **Estatuto do Idoso.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 14 Set. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 Jan. 2019

BRASIL. **Lei Maria da Penha: cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 29 Set. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 25. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CESCA, Taís Burin. **O Papel do Psicólogo Jurídico: possíveis articulações.** Setembro de 2004. Universidade Luterana do Brasil. Disponível em:

<http://www.scielo.br/pdf/%0D/psoc/v16n3/a06v16n3.pdf>>. Acesso em: 10 Out. 2019.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

G1. **Casos de Violência Infantil**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2014/10/recentes-casos-de-violencia-infantil-chamam-atencao-no-noroeste-paulista.html>>. Acesso em: 10 Out. 2019.

JORNAL SANTA. Blumenau/Santa Catarina. **Mulheres são agredidas com socos em caso de violência doméstica**. Disponível em:

<<https://www.nsctotal.com.br/noticias/mulheres-sao-agredidas-com-socos-em-casos-de-violencia-domestica-em-blumenau-0>>. Acesso em: 12 Out. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Renan. **Causa da violência contra mulheres é motivo fútil, afirma promotora**.

Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/causa-da-violencia-contra-mulheres-e-motivo-futil-afirma-promotora>>. Acesso em: 15 Out. 2019.

## DIREITO DE FILIAÇÃO E SUCESSÃO DE FILHOS NASCIDOS POR REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM

**INGRID STEFANI DE BRITO SANTOS:**

Escrevendo no conteúdo jurídico desde:  
27/09/2019

**RESUMO:** O presente estudo visa elucidar a problemática acerca da sucessão dos filhos que nascem por meio de reprodução humana post mortem. A grande discursão se inicia após a morte de um dos doadores do material genético, pois mesmo com sua devida anuência de conceder a utilização de seu material genético ou não, a jurisprudência se controverte acerca de como seria dividido os bens do "de cujus". Tal desentendimento se dá ao fato de não existir uma legislação que regule a situação. Além dos problemas sucessórios, a pesquisa elenca ainda como podem ser atingidas as crianças nascidas por meio de reprodução humana post mortem, e como as consequências ético-jurídicas podem ser cruéis em se tratando de igualdade e principalmente do princípio do melhor interesse da criança. Tal estudo conta ainda com um paradoxo entre os princípios e direitos constitucionais e com a ausência de legislação vigente que proteja os filhos póstumos, tendo em vista o Código Civil de 2002 que em sua omissividade dá a entender que filhos "legítimos" são somente os que nascem em vida, ou seja, os filhos nascidos por reprodução humana post mortem são excluídos da sucessão. Seria mesmo justo já que são filhos da mesma forma? Questões assim que serão tema do debate da pesquisa em questão.

**Palavras-chave:** reprodução humana; família; sucessão; inseminação artificial; filhos post mortem.

**SUMMARY:** The present study aims to elucidate the problematic about the succession of the children who are born through human reproduction post mortem. The great discourse begins after the death of one of the donors of the genetic material, because even with its consent to grant the use of its genetic material or not, the jurisprudence is controversial as to how the assets of the "de cujus" would be divided. Such disagreement is due to the fact that there is no legislation that regulates the situation. In addition to inheritance problems, the research also examines how children born through postmortem human reproduction can be affected, and how ethical and legal consequences can be cruel in terms of equality and, above all, in the best interests of the child. This study also has a paradox between constitutional principles and rights and the absence of existing legislation protecting posthumous children, in view of the Civil Code of 2002, which in its

omission suggests that "legitimate" children are only those who are born in life, that is, children born by human reproduction post mortem are excluded from the succession. Is it really fair since they are children in the same way? Questions that will be the subject of the research debate in question.

**Keywords:** human reproduction; family; succession; insemination; children; post mortem.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. O DIREITO SUCESSÓRIO E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. 3. O RECONHECIMENTO DOS FILHOS PÓSTUMOS COMO HERDEIROS LEGÍTIMOS. 4. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM E OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho serão abordados aspectos relativos ao direito sucessório dos filhos nascidos por reprodução humana assistida *post mortem*, e não somente tais direitos sucessórios serão discutidos, o presente tema abrange além de um testamento ou uma vontade de pais inférteis, este tema relaciona-se a problematidade da inseminação artificial, suas consequências sociais e jurídicas.

Existem perguntas caóticas acerca da discursão, por exemplo: por que o filho nascido por reprodução humana assistida *post mortem* não possuem direitos sucessórios caso exista outro herdeiro "legítimo" ou quando o falecido doador do material genético, não deixa expressa sua vontade de ter um filho? A jurisprudência e a legislação são claras: deve-se existir uma anuência expressa dos interessados, é compreensível até então, mas porque o doador falecido coletaria seu material genético se não fosse usá-lo futuramente para ter um filho?

Por outro lado, se a viúva utilizar o material genético de seu falecido sem sua devida anuência seria o mesmo que violar o direito do falecido, fazendo com que a simples vontade subjetiva em almejar ter um filho não seja o suficiente, e neste norte a pesquisa se debruça gradativamente às consequências ético-jurídicas, tais como: a inseminação *post mortem* não envolveria a violação da identidade do falecido? Mesmo que com sua autorização, o filho póstumo nasceria órfão de pai, e nesta premissa há de se considerar o direito á origem da criança, sem contar nos seus direitos sucessórios, uma vez que, como denota-se acima: estes não são considerados idôneos para suceder o falecido ou falecida.

O trabalho conta com posições doutrinárias e jurisprudenciais que divergem quanto a reprodução humana assistida homóloga e heteróloga, doutrinadores que radicalizam suas opiniões de que a reprodução humana assistida deve parar definitivamente, pois afrontam o direito á personalidade biológica, e claro, a

eventualidade de o doador reclamar a paternidade futuramente em casos de reprodução assistida heteróloga.

A importância dessa pesquisa está em trazer a sociedade, as dificuldades que se tem uma criança nascida por reprodução humana assistida, principalmente a reprodução post mortem, de se igualar aos “filhos legítimos” diante do direito sucessório e testamentário, A pesquisa irá abordar o tema de forma compassiva e visando sempre o princípio do melhor interesse da criança, discutindo possíveis problemas ético-jurídicos, psicológicos e o rejeito de seus direitos pelo Código Civil.

A pertinência do tema em questão se dá ao fato de não existir uma legislação específica que resguarde os direitos dos filhos nascidos por reprodução humana assistida post mortem e o descumprimento do princípio da igualdade entre os filhos. E diante de impasse a doutrina se divide em opiniões extremas e incisivas, Maria Helena Diniz considera que a reprodução humana assistida *post mortem* deve ser proibida, uma vez que “o filho concebido post mortem não terá um lar sob o amparo do país”.

O estudo possibilita a reflexão entre dois lados diferentes, um deles é a possibilidade de se erradicar a reprodução humana póstuma, assim como preceitua Maria Helena Diniz, tendo em vista os problemas ético-jurídicos, psicológicos, familiares e jurídicos, por outro lado, há de se pensar, no qual falho é nosso ordenamento jurídico, uma vez que deixa nascer desamparado os filhos concebidos por meios alternativos, ambos os lados tem “prós e contras” que devem ser analisado, fazendo com que se questione acerca do tema em questão.

Entre posições e argumentos esta pesquisa vem mostrar as dificuldades de ser uma criança nascida por reprodução humana assistida, principalmente a *post mortem*, que conta com diversos entraves que causam no filho póstumo uma grande dificuldade já que desde sua concepção, seja ela como for, não consegue se equacionar como o herdeiro legítimo. O projeto em questão irá apresentar possíveis soluções e opiniões a serem debatidas e fundamentadas em uma trabalhosa pesquisa.

Já no meio acadêmico, o tema vem reiterando o que se esquadrinha desde os primeiros períodos em uma faculdade – o direito brasileiro é falho – existem leis que desnecessariamente são promulgadas, e quando feitas, não respeitam princípios constitucionais, tampouco a própria constituição. O que faz se pensar: será mesmo que uma legislação acerca do presente tema solucionaria a

repercussão? Ou será que a reeducação das famílias brasileiras em não hostilizar os filhos concebidos por reprodução humana post mortem seria a eficiente solução? Seja qual for a solução, a pesquisa trará um grande aperfeiçoamento crítico e moral.

## **2.O DIREITO SUCESSÓRIO E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Os dias de hoje são definidos como “a era da tecnologia e informação”, a facilidade de se ter coisas que antes não era possível é incrivelmente propícia, especialmente aos casais que com a correria desta nova geração, querem postergar ao máximo a concepção de uma família. Pois no decorrer dos tempos evoluímos para uma sociedade capitalista e consumista, onde os desejos materiais se sobrepõem ao sentimento natural de reprodução.

O direito existe desde que o mundo é mundo, e por este motivo, algumas coisas que cercam a doutrina e as leis são descompassadas com a evolução, e principalmente no Brasil, o direito não consegue acompanhar a ascensão da sociedade dando preceitos a grandes polêmicas, uma delas é a reprodução humana assistida, e é importante ressaltar que existem vários métodos de reprodução humana assistida.

As técnicas de reprodução assistida no Brasil não são mais uma coisa incomum, pois além de realizarem o sonho de algumas pessoas que por alguma razão são inférteis ou biologicamente estéreis, possibilita que possa ser exercido o princípio do livre planejamento familiar, sendo assim as técnicas de reprodução humana assistida integram este princípio, independente de sexo, classe social, opção sexual ou cultura, o planejamento familiar é universal e igualitário.

Ademais, a CF preceitua o princípio do livre planejamento familiar em seu art. 226, § 7º *in verbis*:

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

(...)

§ 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. (BRASIL, 1988)



O princípio do livre planejamento familiar não é problema quando se fala de reprodução assistida, o direito de planejamento e de se ter uma família é ingênito e não carece de melhores argumentos, tendo em vista estar amparado pela CF, pela Declaração universal dos Direitos Humanos (DUDH), que assegura: “ Os homens e as mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar a família” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948), e por obvio, pelo Código Civil.

Afastado o princípio constitucional que rege tais técnicas, é importante citar algumas técnicas de reprodução humana assistida, que de acordo com o site “Origen” no Brasil são utilizadas cinco formas diferentes de reprodução humana assistida, que são: Relação sexual programada ou coito programado, inseminação intrauterina (IIU), Fertilização In Vitro (FIV), Injeção Intracitoplasmática de espermatozoides (ISCI), e pôr fim a doação de óvulos. (disponível em: <https://origen.com.br/reproducao-assistida-conheca-as-5-tecnicas-mais-utilizadas/>. Acesso em: 23 de agosto de 2019).

Todavia, não se pode admitir que as técnicas de reprodução humana assistida sirvam para objetivos obscuros, como por exemplo para que os pais escolham as características dos filhos, se ele terá um olho azul ou pele negra, se ele será potencialmente intelectual, esta técnica deve ser realizada por quem realmente não pode ter filhos.

Antes de dissertar e explicar o procedimento de cada técnica de reprodução humana assistida, é importante salientar o conceito desta expressão:

A reprodução Assistida é um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem como principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar. Muitas vezes essas dificuldades, até mesmo a infertilidade do casal ou um de seus membros, podem trazer sérios prejuízos ao relacionamento conjugal. (CORRÊA, 2014).

A primeira técnica de reprodução humana assistida a ser analisada é a de relação sexual programada, que apesar de ter poucos índices de sucesso, é bastante utilizado, pois é indicado quando o casal não consegue obter o diagnóstico ou o motivo que os fazem não conseguir reproduzir.

Segundo uma reportagem da revista “veja”, este procedimento consiste em: A mulher faz um tratamento com hormônios que estimulam a ovulação, como o hormônio folículo-estimulante (FSH) e o hormônio luteinizante (LH), e realiza exames de ultrassonografia, que observam o tamanho do Folículo de Graaf – uma espécie de bolsa que protege o óvulo enquanto ele se desenvolve. Quando ele atinge 19mm, a mulher toma uma injeção de HCG – hormônio que promove a maturação do óvulo e sua liberação – e deverá ter relações sexuais com o parceiro em 36 horas. (disponível em: <http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2013/05/veja>. Acesso em: 24 ago 2019)

Em seguida, a técnica de reprodução assistida a ser exaltada é a mais famosa de todas, pelo fato de ser a mais utilizada, que é a inseminação artificial, que consiste em um tratamento para o esperma do homem, que após serem filtrados e analisados são injetados no útero da mulher através de um cateter.

O próximo artifício utilizado por casais que possuem dificuldades em reproduzir é a fertilização in vitro (FIV), essa técnica em especial é necessário ter mais minúcia, tendo em vista ser o foco desta pesquisa, o procedimento é parecido com o da reprodução assistida, contudo, de acordo com a mesma reportagem da revista veja citada acima:

Por fim se tem a doação de ovulo, que é quando os ovários da mulher param de funcionar, e uma doadora cede seus óvulos para serem fecundados na mulher infértil.

Após esclarecidos pontos relevantes sobre a reprodução humana assistida, é importante salientar que existe um outro tipo de reprodução humana assistida que será a essência deste trabalho. Trata-se da reprodução humana assistida *post mortem*, ou reprodução humana póstuma.

Não há na doutrina um conceito padrão para esse tipo de reprodução humana, pois o nome já clarifica muita coisa, uma reprodução póstuma é uma reprodução ocorrida após a morte de um dos doadores de materiais genéticos destinados a fazer o procedimento de reprodução assistida.

Citou-se por exemplo um casal que por decisão própria decide não ter filhos agora, sendo assim, procuram uma clínica especializada e iniciam o processo de fertilização artificial, é necessário que se congele o ovulo da mulher e o esperma do homem, no entanto, não se pode contar com a sorte, caso um dos companheiros venha a falecer, como fica o material genético congelado? Pode o viúvo utilizar-se dele para gerar uma criança do falecido?

A resposta para esta pergunta é simples: “desde que o casal assine a autorização para utilizar seu material genético, é possível gerar um feto nessas condições”, contudo, esta criança terá uma longa jornada juridicamente para ser reconhecida como herdeira legítima no momento da sucessão, isso porque, o nosso código civil não a considera como herdeira legítima.

Esta premissa abre brecha para a questão do direito sucessório no âmbito da reprodução humana assistida, principalmente a reprodução humana *post mortem*, que é sem dúvida uma das mais polêmicas formas de reprodução assistida, pois para alguns, o cônjuge não tem direito de fazer uso do material genético do falecido, e para outros, o tema deve ser melhor abordado pelo código civil, visando o melhor interesse da criança.

Para alguns doutrinadores, a reprodução humana assistida *post mortem* viola o princípio da isonomia material entre os filhos, e um desses doutrinadores entende não ser admissível a reprodução humana assistida *póstuma*, pois somente pessoas existentes e os nascituros são considerados capazes para a sucessão hereditária. (BERALDO, p.41, 2012).

Com o mesmo pensamento, a autora Maria Helena Diniz, também considera que deva ser proibido a reprodução *post mortem*, já que “o filho concebido *post mortem* não terá um lar sob amparo dos pais nem uma vida normal devido ao prejuízo de as personalidade e integração social”. (DINIZ, p.457, 2001).

Afirmando tal argumento do Ilustre autor ora citado, o CC/02 em seu artigo 1.798 elucida com todas as palavras que são legítimos a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou seja, no momento da morte do de cujos.

Neste diapasão, é interessante ressaltar que tal artigo faz confronto com o princípio constitucional do livre planejamento familiar, já que o cônjuge sobrevivente tem a permissão do de cujos para que seja utilizado seu material genético para conceber um filho mesmo após sua morte, porque então este não seria considerado um herdeiro legítimo? Sobretudo, há ainda o princípio da igualdade entre os filhos, mas a inconstitucionalidade e os efeitos jurídicos de tal artigo serão analisados em momento posterior.

Por enquanto, analisar-se-á os pressupostos para a concepção por meio de reprodução humana assistida *post mortem*, em primeiro lugar, é que os gametas, ou seja, o material genético deve ser do cônjuge falecido, existe uma exceção, no

caso de antes de a pessoa falecer ela manifeste seu consentimento para que seja usado material genético de terceiros, tendo em vista sua infertilidade.

Outro dos pressupostos para a reprodução post mortem é a anuência do casal, pois este é o primeiro dos vários formulários e documentos que o casal preenche quando do início do processo de reprodução assistida, sendo assim, caso um dos conjugues ou companheiros não consentirem com a utilização de seu material genético caso venha a falecer, não será possível a reprodução póstuma.

Apesar do art. 1.597, III, e IV do CC/02, não se referir a este consentimento acima elucidado como um pressuposto, sequer faz menção a esta anuência, as clínicas que realizam esse tipo de procedimento se resguardam pois como já dito, a reprodução humana assistida post mortem é muito polêmica, principalmente quando a questão envolve os bens do falecido (a).

Não é por outra razão que Carlos Roberto Gonçalves adverte que, na Jornada de Direito Civil realizada no Superior Tribunal de Justiça em 2002, foi aprovado um enunciado para interpretação do inciso III, do art. 1597, do CCB/02114. Assim, esclarece: Para que se presuma a paternidade do falecido marido, "que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte". (disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewfile/2644/286>).

No presente momento é afastada a pretensão de entrar na polemica sobre os direitos sucessórios dos filhos nascidos por reprodução humana assistida post mortem, pois neste capítulo somente elucida-se o efeito e as consequências que a reprodução humana assistida tem sobre o direito civil e sobre até mesmo da Constituição Federal, mas talvez a polemica não está no tema da reprodução póstuma, e sim a urgência de o código civil legislar acerca do tema.

### **3.0 RECONHECIMENTO DOS FILHOS PÓSTUMOS COMO HERDEIROS LEGÍTIMOS**

No capítulo anterior foi exposto de forma minuciosa o procedimento de reprodução humana assistida, especialmente a reprodução post morte. E conhecendo suas especificidades, pode-se dizer que é um assunto bastante abrangente no que se refere aos direitos inerentes aos filhos póstumos, ou seja, o filho concebido de material genético de um falecido.

O direito sucessório, assim como todo o ramo do direito civil da área de família, é um terreno complexo e com preceitos complexos e específicos a cada caso concreto. No entanto, há algo que chama a atenção no que se refere ao direito das sucessões: os filhos nascidos por reprodução humana assistida post mortem não são considerados herdeiros legítimos.

Desta forma tem-se que o filho havido de fecundação artificial homóloga é considerado havido na constância do casamento mesmo que falecido o marido, portanto, filho legítimo do *de cujus*. Poderíamos, então, dar interpretação conforme e avocar ao embrião, na hipótese de ser concebido após a morte do *de cujus*, os direitos sucessórios que receberia do pai, se concebido ao tempo da morte deste, haja vista que a paternidade já está presumida e, portanto, aplicar-se-á a este os direitos de sucessão, apesar de que, no momento da abertura da sucessão, o embrião ainda não estava posicionado dentro do útero materno. Ademais pode-se raciocinar que, aqueles que congelam seus espermatozoides ou óvulos com intenções de fertilização artificial, já têm manifestadas as suas vontades de terem filhos. (PUPULIM, 2017).

Bom, diante desta informação pode-se analisar melhor como esta disposição está contida no Código Civil e em que conflita com a Constituição e as normas infraconstitucionais.

Antes de tudo, é necessário dissertar acerca da sucessão, que no âmbito do direito civil possui duas espécies, a sucessão legítima e a sucessão testamentária. Em síntese a sucessão legítima, (prevista no artigo 1.788 do CC/02) é aquela que está regida pela lei, e a testamentaria, (prevista no art. 1.829 do CC/02) por sua vez é aquela que o testador dispõe sua última vontade.

A sucessão legítima ocorre quando o autor, ou o testador não teve a oportunidade de fazer seu testamento dispondo sua última vontade, e por este motivo a sucessão se dará conforma o art. 1788 do Código Civil, obedecendo a ordem sucessória de herdeiros legítimos.

Quando o autor da herança faz o testamento, pode dispor até cinquenta por cento de seus bens da forma que desejar, e quando isso acontece, os outros cinquenta por cento serão divididos de formas iguais aos seus herdeiros legítimos.

No que se refere a legitimidade para suceder, Lobo afirma:

São legitimados a suceder, no direito brasileiro: a) as pessoas físicas; b) os nascituros; c) as pessoas físicas ainda não concebidas, ou prole eventual de

determinadas pessoas, contempladas em testamento. (...) d) as pessoas jurídicas, designadas em testamento; e) as entidades não personificadas, porém existentes, como as sociedades em comum ou as sociedades em cota de participação, designadas em testamento; f) as pessoas jurídicas futuras, que serão constituídas com legados deixados pelo testador, sob forma de fundações. (LOBO, 2014, p. 62).

Os sucessores classificam-se em herdeiros e legatários, onde os primeiros recebem a totalidade ou fração do patrimônio do *de cujus* por vontade de lei ou do testador, que haja individualização dos bens. Já os legatários, recebem a coisa certa ou valores determinados. Herdeiros, com previsão no Direito Brasileiro, classificam-se em: Necessários: são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Artigo 1845 C.C. / 2002. Facultativos: podem ser preteridos por força de testamento Artigo 1850 do CC/2002 já que não possuem a proteção da legítima. É o caso do companheiro e dos colaterais até quarto grau (irmão, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos). (FARIA, 2015).

Feita esta distinção, agora sim a discussão se inicia com uma simples indagação: porque os filios póstumos não são herdeiros legítimos? Para Maria Helena Diniz, o filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu “pai” genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou ab intestato. (DINIZ, 2009, p. 550).

A grande discussão gira em torno da ausência legislativa acerca do fato. Não há lei proibindo ou admitindo a possibilidade da inseminação post mortem. O legislador brasileiro não acompanhou os avanços da medicina e tecnologia, os quais influenciaram diretamente na forma como a sociedade se comporta. Atualmente, apenas uma resolução do Conselho Federal de Medicina trata do tema, exigindo a expressa manifestação de vontade para armazenamento e preservação dos gametas. Portanto, não trata de direitos fundamentais, haja vista não ser sua competência.

O direito sucessório proporciona segurança jurídica e patrimonial às famílias, e durante séculos, era regulamentado sobre conceitos da igreja e religião com caráter absoluto. Decidia sobre direitos, bens e até obrigações após a morte, garantindo a viúva e filhos o direito a suceder, excluindo filhos havidos fora do casamento, denominados bastardos. Este direito sucessório remonta aos primórdios da humanidade, desde que o homem começou a reunirem-se em grupos, clãs ou famílias. (MIRANDA, 2015).

Nesse contexto, Veloso preleciona:

Quem tem herdeiro necessário possui liberdade testamentária limitada, restrita. Só pode decidir sobre a quota



ou porção disponível – metade dos bens, como enuncia o art. 1.789, pois a outra metade pertence, de pleno direito, aos herdeiros necessários, constituindo a legítima. Legítima, então, é a porção dos bens que a lei reserva aos herdeiros obrigatórios ou forçados: descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente. São de ordem pública as normas que regulam o direito do herdeiro necessário à legítima. (VELOSO, 2008, p. 2.032).

No direito sucessório no que se refere a parte da capacidade e personalidade dos herdeiros legítimos, deve ser compreendido o que é ser um herdeiro legítimo e um herdeiro testamentário, e como antes já fora citado os conceitos de ambos, a pesquisa prossegue sobre analisando as especificidades da legitimidade da sucessão diante de filhos nascidos por reprodução humana assistida post mortem.

No código civil, o art. 1.799 e 1.800 definem quem pode ser chamado na sucessão testamentária:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;(grifo meu);

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos. (BRASIL, 2002).

Ainda se ressalta que quanto a sucessão legítima, de acordo com a posição de vários doutrinadores, inclusive a autora MARIA HELENA DINIZ:

Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de ser pai genético, e por isso é afastado da sucessão legítima ou ab intestado. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca a vontade do doador do sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação homóloga post mortem (LICC, arts. 4º e 5º). (DINIZ, 2009, p.104).

É importante frisar que no ordenamento jurídico brasileiro, não são idôneos para suceder os entes que ao tempo da morte do autor da herança, não foram concebidos, e é por este motivo que alguns doutrinadores têm a referencia de que os filhos póstumos não são herdeiros legítimos e sendo assim, incapazes de suceder de acordo com a ordem hereditária sucessiva constante nos termos do art. 1.798 do CC/02.

Sendo assim, nos termos do Código Civil, são legitimados e aptos para suceder na sucessão legítima e na sucessão testamentaria as pessoas que nasceram ou existiam na época da abertura da sucessão, ou seja, da morte do autor da herança. Atualmente é utilizado como argumento de que a capacidade sucessória condicional do nascituro pode ser reconhecida no valor e no principio da dignidade da pessoa humana por já estar em gestação, contudo, esta ainda é uma seara de estudo que ainda não se pode abordar neste capítulo.

Ademais, quando a autora da herança mencionar em sua declaração de vontade, ou seja, em seu testamento que deixa seus bens para o filho póstumo, não se pode confundir com o consentimento por aquele manifestado para o acesso a técnica de reprodução assistida póstuma. Significa dizer que quando o de cujos

assina os documentos autorizando o congelamento de seu material genético, não quer dizer que ele está consentido com a sucessão para seu filho póstumo.

Desposando, ainda, do mesmo entendimento, o professor EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, comentando o art. 1.800, do Código Civil esclarece que:

Quanto à criança concebida por inseminação post mortem, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação post mortem. Sem aquela previsão não há que se cogitar a possibilidade de eventuais direitos sucessórios. (LEITE, 2003, p. 110).

No âmbito da capacidade sucessória, a legislação ainda é bastante vaga e injusta quanto aos filhos póstumos, pois como já elucidado estes não entram na sucessão como herdeiros legítimos, e isso incita a pergunta: e os direitos e princípios constitucionais, como por exemplo o princípio da igualdade entre os filhos?

#### **4. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM E OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS**

O instituto do direito sucessório no que se refere a legitimidade dos filhos nascidos por reprodução humana post mortem, pois seu impacto sucessório é muito grande e interfere a vida de outro ser humano, e é aí que se inicia a discussão acerca dos princípios e direitos constitucionais quanto a legitimidade sucessória dos filhos póstumos.

Até aqui já se sabe como é o procedimento da reprodução assistida e quais as consequências jurídicas e psicológicas para a prole futura, o que ainda não fora debatido são os princípios infraconstitucionais constantes no direito de família e os princípios constitucionais, que também conflitam com a norma do Código Civil, que não reconhece os filhos póstumos como herdeiros legítimos.

Diante desta premissa, o primeiro princípio a ser citado é claro que é o princípio da igualdade entre os filhos, que está contido na Constituição Federal, em seu art. 227, § 6º, veda o tratamento discriminatório dos filhos. Assim, a origem ou as circunstâncias de sua concepção não podem interferir no tratamento dispensado a ele.

Apesar de ser um princípio constitucional e basilar do direito de família, de acordo com a doutrinadora Andrea Araújo:

Porém, tal igualdade não é absoluta, uma vez que é possível o deferimento de percentuais diferentes para cada filho, dependendo da particularidade e da necessidade de cada descendente, por exemplo: o filho portador de alguma necessidade especial poderá receber um percentual ou valor diferenciado em relação ao filho saudável, pois possui uma necessidade específica, o que justifica a distinção, não havendo qualquer ofensa ao princípio constitucional da igualdade. (ARAÚJO, 2018).

Além do princípio da igualdade entre os filhos, há de salientar o princípio do melhor interesse da criança, mesmo que apesar de que quando criança o filho póstumo não poder usufruir da herança por ser menor e precisar de um tutor ou curador, esta criança não estará desamparada quanto a sua vida financeira e seu futuro estaria teoricamente garantido, este princípio reflete não somente no âmbito patrimonial, mas também no âmbito emocional, onde a criança deve receber o nome do pai e ter em sua certidão de nascimento seu reconhecimento como filho do de cujos.

Em suma, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente prima de maneira absoluta para que seja assegurado a eles o direito “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, 4, inclusive conforme preceituam a Carta Magna, em seu artigo 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º:

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.” (BRASIL, 2002).

“Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1988).

Ainda de acordo com a principiologia que se aplica ao direito sucessório da filiação póstuma, não pode faltar o princípio da dignidade da pessoa humana, que basicamente é o resguardo que a Constituição dá em casos de ofensa a honra e a integridade física ou moral de uma pessoa.

Aplicando isso no direito sucessório, pode-se dizer que a honra e a integridade do filho póstumo são afetadas quando da sua exclusão da sucessão devido a sua falta de legitimidade, ou seja, quando o direito não o reconhece como um filho legítimo, está afrontando vigorosamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua iminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. (SILVA, 2000, p. 146).

Além desses princípios citados acima, pode-se destacar ainda o princípio da igualdade, que está previsto no caput do art. 5º da CF/88 que assegura que todos são iguais perante a lei.

O princípio da igualdade prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Por meio desse princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular. (AMARAL, 2017).

O princípio constitucional da igualdade pode ser aplicado no direito sucessório assim como o princípio da igualdade entre os filhos, porém, seus preceitos devem ser relacionados a igualdade perante a lei e não a igualdade de tratamento como o princípio da igualdade entre os filhos.

Para Moraes, o princípio da igualdade constitucional é:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a

peças que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social. (MORAES, 2002, p. 65).

Com relação ao direito sucessório, pode-se citar apenas estes princípios que são confrontados pela letra da lei do código civil, onde expressa a ilegitimidade de um filho concebido após a morte. E diante desses princípios, resta clarividente a inconstitucionalidade desta parte específica do código civil.

Apesar de ser a lei divergente quanto ao assunto, a jurisprudência, principalmente do Tribunal de Minas Gerais, entende que jamais deve haver discriminação entre filhos no que tange a patrimonialidade ou de qualquer outro tipo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE FAMÍLIA - DIREITO SUCESSÓRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO/PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM - RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA - VEDAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO MORAL OU PATRIMONIAL - ASSEGURAÇÃO DOS DIREITOS HEREDITÁRIOS DECORRENTES DA EVENTUAL COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE FILIAÇÃO - REGRA GERAL: RESERVA DO QUINHÃO HEREDITÁRIO - EXCEÇÃO: MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL NA FORMA DE PARTILHA DE BENS - RESPEITO À ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA.

- De acordo com a legislação civil, a filiação socioafetiva constitui uma das modalidades de parentesco civil (artigo 1.583, do CC/02), sendo vedado qualquer tipo discriminação decorrente desta relação (artigo 1.582, do CC/02), sejam eles de caráter moral ou patrimonial.

- Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, a paternidade engloba diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação (REsp 1618230/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 10/05/2017).

- Em regra, a determinação de reserva de quinhão se mostra medida suficientemente apta a resguardar os interesses dos



pretensos herdeiros até a resolução definitiva da ação na qual se discute o reconhecimento do estado de filiação (§2º, do artigo 628, do CPC/15). - Nas hipóteses em que, excepcionalmente, o reconhecimento da filiação socioafetiva implicar, por força da ordem de vocação hereditária (artigo 1.829, do CC/02), substancial modificação na forma da partilha dos bens, é recomendada a suspensão do inventário em curso (alínea "a", do inciso V, do artigo 313, do CPC/15). - No caso, com o eventual acolhimento da pretensão deduzida pelo pretense filho socioafetivo, a ordem de vocação hereditária será substancialmente alterada, irradiando efeitos sobre o desfecho patrimonial do inventário, já que o autor da herança o teria como único herdeiro (inciso I, do artigo 1.829, do CC/02), o que autoriza a suspensão do processo de inventário. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.14.339648-9/001, Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/04/0018, publicação da súmula em 13/04/2018) (TJMG, 2018).

Infelizmente O reconhecimento do direito à herança aos filhos póstumos, gerados por emprego das técnicas de RA, divide a opinião dos doutrinadores. Há quem defenda que apenas os gerados por implantação de embrião excedentários teriam legitimação para suceder, por já estarem concebidos à época da abertura da sucessão (PEREIRA, 2017, p. 50-51), não sendo reconhecida a legitimação dos filhos póstumos gerados por meios da técnica de inseminação artificial, seja na modalidade homóloga, seja na heteróloga, devendo se submeterem à petição de herança (art. 1.824 do CC/02), nos termos do enunciado 267, da III Jornada de Direito Civil.

Além da discordância doutrinária e legislativa acerca da legitimidade da sucessão dos filhos concebidos por reprodução humana assistida post mortem, há autores que renegam os meios conceptivos alternativos, como as técnicas de reprodução assistida, com o argumento de que a criança nasce sem identidade ou com vários problemas psicológicos por não se ter um pai ou uma mãe.

Acontece, que de fato essas consequências são reais, contudo, estes argumentos também afrontam o princípio do livre planejamento familiar, encontra respaldo legal no artigo 226, §7º da Constituição Federal.

A conceituação deste princípio se baseia em:

O Livre Planejamento Familiar pode ser entendido como sendo um direito fundamental que visa garantir a efetividade e o exercício de inúmeros outros direitos fundamentais - e, admitindo-se uma espécie de sopesamento entre estes, até mais basilares do que ele, como o direito à vida (da criança e da mãe), o direito à autonomia da vontade e à dignidade da pessoa humana. É, pois, um direito fundamental que serve como pano de fundo para a efetivação de outros direitos, também fundamentais, em sua plenitude. Contudo, antes que se possa debater a efetivação dos direitos que seriam alcançados com a efetivação do planejamento familiar, faz-se necessário analisar a efetivação dele próprio na prática. (GOZZI, 2019).

O livre planejamento familiar, tratando-se de um direito fundamental, não pode ser restringido, devendo ter seus inúmeros obstáculos efetivamente enfrentados e vencidos. Como direito fundamental que é, ao livre planejamento familiar é conferido uma eficácia reforçada em sua aplicabilidade, dado que os direitos fundamentais, considerados em seu sentido amplo, ainda que não tenham sua intangibilidade expressamente assegurada, afiguram-se como pontos indissociáveis da própria condição de subsistência da Lei Maior. (QUARANTA, 2010).

De modo resumido, o direito sucessório é um tanto quanto complicado quando se refere a técnicas de reprodução humana assistida post mortem, pois infelizmente, nossa cultura é reprimir os pensamentos sobre a morte sempre que possível, dificilmente se vê algum planejamento sucessório ou testamentário, mas mesmo que fossem um povo com tal cultura, nossa legislação não suportaria tais atitudes, pois é divergente dentre elas, a Constituição diz "sim", o Código Civil diz "não" e a jurisprudência diz "talvez".

Por este motivo a reprodução assistida póstuma é um risco que muitos casais - quando sabem do assunto - evitam, pois conhecem das consequências para o filho que esta por vir, e sabendo de todo o transtorno que esta criança poderá passar por falta de uma equipolência de normas legais, esses casais preferem conceber filhos de maneiras diversas, ou então, se resguardarem com um testamento onde faz desta prole futura herdeira dos bens.

De todo modo, essa discrepância que ocorre no código civil em não aceitar como herdeiros legítimos os filhos concebidos após a morte de um dos genitores

é em seu todo inconstitucional, não só porque desrespeita vários princípios e direitos constitucionais, mas como também fere a dignidade do filho póstumo.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Chegando ao fim desta pesquisa, pode-se concluir que o código civil realmente falhou em questão de legislar acerca da reprodução assistida post mortem. É totalmente incoerente pensar que a única lei que deveria fazer este papel não o faz. Pois o grande problema desta pesquisa é: o não reconhecimento dos filhos nascidos post mortem como herdeiros legítimos.

De fato, é um tema bastante estafante de se falar, pois as opiniões são um tanto quanto fatigantes, não existe meio termo quando se fala em legitimidade de filhos nascidos após a morte do autor da herança, e no primeiro capítulo do trabalho, cuidou-se de dissertar apenas sobre a sucessão no âmbito do direito civil e sobre as especificidades da reprodução humana assistida, que vale ressaltar mais uma vez, que alguns doutrinadores são estritamente contra, pois argumentam que a reprodução humana assistida fere preceitos constitucionais, tais como o da identidade e a igualdade, enfim, esta é uma divergência que não nos cabe ao fim de uma pesquisa tão portentosa.

Seguindo a linha de raciocínio do trabalho, o capítulo seguinte entrou de fato dentro da polemica e usou de doutrinas e jurisprudências para apontar meu ponto de vista, e de como o não reconhecimento dos filhos póstumos como filhos legítimos poderia ferir gravemente a constituição e principalmente o princípio da igualdade entre os filhos.

Por certo este capítulo fez com que o leitor pensasse pelo outro lado da história e de como seria desleal uma briga judicial onde um filho legítimo e herdeiro legítimo luta por sua herança e como um filho tido como "bastardo" pelo próprio código civil pode ser uma lide pérfida.

Por fim, o último capítulo é daqueles que faz o leitor pensar e repensar em seus preceitos, atingindo especificamente onde a ferida pode ser curada, o último capítulo dissertou acerca dos direitos constitucionais e a reprodução humana assistida post mortem, e como este conflito pode gerar uma lide daquelas em que ambos os herdeiros o legítimo e o filho póstumo podem se discrepar em uma lide judicial, sendo assim, os filhos nascidos post mortem devem ser reconhecidos como filhos e herdeiros legítimos de acordo com a constituição.

## **REFERÊNCIAS**

AMARAL, Mauricio Campelo. **O princípio constitucional da igualdade.** Pub: nov 2017. Disponível em: > <https://anajus.jusbrasil.com.br/noticias/2803750/principio-constitucional-da-igualdade><. Acesso em: 28 out 2019.

ARAÚJO, Andréia. **Princípio da igualdade entre os filhos: Excepcionalmente, é admissível a fixação de alimentos em valores ou em percentuais diferentes entre os filhos.** Disponível em: > <https://andreaaraujoadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/613568467/principio-da-igualdade-entre-os-filhos><. Acesso em: 28 out 2019.

BERALDO. Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem.** Rio de Janeiro: Lume juris. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar. Disponível em: > <http://www.planalto.gov.br><. Acesso em: 23 ago 2019.

CORRÊA. Milena C.D. **Reprodução assistida.** Disponível em: > <http://www.ghente.org>< acesso em: 25 ago 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. **Artigo XVI.** Disponível em: > <http://www.pge.sp.gov.br><. Acesso em: 23 ago 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 6, Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ. Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

FARIA, Dario da Silva. **Direito da sucessão hereditária do embrião fecundado post mortem.** Pub: nov/2015. Disponível em: > <https://jus.com.br/artigos/44703/direito-a-sucessao-hereditaria-do-embriao-fecundado-post-mortem><. Acesso em: 19 out 2019.

GLOBO. **Veja como funciona as diferentes técnicas de reprodução humana assistida** Pub: 31 mai 2014. Disponível em: > <http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2013/05/veja-como-funcionam-diferentes-tecnicas-de-reproducao-assistida.html>< Acesso em: 24 ago 2019.

GOZZI, Camilla Monzanni. **O princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental.** Pub: 07 ago 2019. Disponível em: > <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+familiar+como+direito+fundamental><. Acesso em: 28 out 2019.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:  
> <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewfile/2644/2836>< Acesso em: 25 ago 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões**. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Fátima. **Direito a sucessão hereditária do embrião fecundado post mortem: A Constituição Federal e o Código Civil inovaram na área da família e sucessões**. Disponível em:  
> <https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/257625464/direito-a-sucessao-hereditaria-do-embriao-fecundado-post-mortem><. Acesso em: 28 out 2019.

MORAIS, Arthur Libertino. **O princípio da igualdade constitucional e suas características**. Disponível em:  
> <https://anajus.jusbrasil.com.br/noticias/2803750/principio-constitucional-da-igualdade><. Acesso em: 28 out 2019.

ORIEN. **Reprodução assistida: conheça as 5 técnicas mais utilizadas**. Disponível em:> <https://origen.com.br/reproducao-assistida-conheca-as-5-tecnicas-mais-utilizadas/>< Acesso em: 23 ago 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito de Família**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v.5.

PUPULIM, Vitória Venezia. **Possibilidade de reconhecimento da vocação hereditária ao embrião fecundado post mortem**. Disponível em:  
> <https://jus.com.br/artigos/62545/possibilidade-de-reconhecimento-da-vocacao-hereditaria-ao-embriao-fecundado-post-mortem><. Acesso em: 28 out 2019.

QUARANTA, Roberta Madeira. **O direito fundamental ao planejamento familiar**. Disponível em: > <https://jus.com.br/artigos/14354/o-direito-fundamental-ao-planejamento-familiar><. Acesso em: 28 out 2019.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular – Estudo sobre a Constituição**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

VELOSO, Zeno. **Direitos das Sucessões**. In: FIUZA, Ricardo (Coord). Código Civil Comentado. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TJMG, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Pesquisa jurisprudencial: Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.14.339648-9/001.** Disponível em: ><https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=14&procCodigo=1&procCodigoOrigem=24&procNumero=339648&procSequencial=1&procSeqAcordao=0><. Acesso em: 28 out 2019.



## DA ILEGALIDADE DA PRISÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

### **THAIS FERNANDA DE PAIVA BAZZO:**

Graduanda no curso de Direito pela Universidade Brasil, Campus Fernandópolis;

Artigo Científico apresentado no Curso de Direito da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis, como complementação dos créditos necessários para obtenção de título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. Rafael Valério Iglesias e Coorientadora: Prof. Me Márcia Kazume Pereira Sato.

**RESUMO:** O presente versa acerca da ilegalidade da prisão e quais suas consequências perante o Estado, tendo este o dever de indenizar. Desenvolve-se com o conceito de prisão, suas hipóteses e formalidades para a decretação do encarceramento. Prolonga-se com o que é a prisão ilegal, quais as formas para tal decretação e os instrumentos que recorrem a esta situação. Completa-se com a responsabilidade civil, trazendo conceitos, e como o Estado age e indeniza o indivíduo que sofreu o dano de ser preso fora das formalidades apontadas pelo ordenamento jurídico. Sabe-se que prisão é o encarceramento do indivíduo que pratica o delito, e, pode acontecer, em razão de um erro do agente administrativo, a ilegalidade da prisão, pois há um conjunto de fatores para esta decretação, que estabelecem um conjunto de garantias contra o encarceramento extralegal. O Estado, sendo o ente maior, é responsabilizado pelo erro do seu agente e tem o dever de indenizar aquele que sofreu a prisão contra as normas estabelecidas pela lei.

**Palavras-chave:** Ilegalidade; Indenização; Prisão; Estado.

**ABSTRACT:** The present one deals with the illegality of the prison and what its consequences before the State having the duty to compensate. It develops with the concept of prison its hypotheses and formalities for the decree of imprisonment. It goes on with what is illegal imprisonment what are the forms for such decree and the instruments that resort to this situation. It is completed with civil liability bringing concepts and how the state acts and compensates the individual who suffered the damage of being arrested outside the formalities pointed out by the legal system. It is known that imprisonment is the imprisonment of the individual

who commits the offense and it may happen due to an error of the administrative agent the illegality of the arrest because there are a number of factors for this decree which establish a set of guarantees. against extralegal incarceration. The State, being the largest entity is liable for the error of its agent and has a duty to indemnify the one who has been imprisoned against the rules established by law.

**Keywords:** Illegality; Indemnity; Prison; State.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. PRISÃO. 2.1 Noções e Conceito. 2.2 Hipóteses de Prisão Cautelar no Direito Processual Brasileiro. 2.3 Da Prisão em Segunda Instância. 2.4 Formalidades da Prisão. 3. PRISÃO ILEGAL. 3.1 Ilegalidade da Prisão por Abuso de Autoridade. 3.2 Ilegalidade da Prisão Preventiva Devido à Falta de Pressupostos Legais. 3.3 Instrumentos de Impugnação da Prisão Ilegal. 4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PERANTE A PRISÃO ILEGAL. 4.1 Conceito Sobre Responsabilidade Civil. 4.2 A Responsabilidade Civil do Estado. 4.3 Indenização da Prisão Ilegal. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda sobre a prisão ilegal e como o Estado pode ser responsabilizado diante de tal situação. Intitulado como “A Ilegalidade da Prisão e a Responsabilidade Civil Estatal” tem como foco principal, a importância da ocorrência da decretação da prisão com todos os seus requisitos e formalidades para não acontecer a prisão extralegal, e conseqüentemente, a responsabilização do Estado.

O artigo é desenvolvido em cinco tópicos contando com introdução e conclusão, realizados por meio de pesquisas bibliográficas em livros e sites jurídicos. Começa conceituando o que é prisão, quais suas circunstâncias e seus preceitos de acordo com o ordenamento jurídico pátrio. Entende-se que prisão é o recolhimento do indivíduo que comete um crime, perdendo sua liberdade como forma de reparação pelo delito cometido. Existe uma série hipóteses e formalidades para a decretação da prisão, apontados nos tópicos infra mencionados.

O tema se desenrola com o que é prisão ilegal, considerando que é a decretação da prisão faltando as devidas determinações ou pelas presunções de abuso de autoridade de quem a decretou, incumbindo àquele que sofreu o encarceramento ilícito, para apresentar instrumentos de objeção a situação vivida.

E, por fim, não menos importante, apresenta o que é a responsabilidade civil e suas noções gerais, como o Estado concorre para a situação mencionada no parágrafo anterior e como o indivíduo que foi lesionado, moralmente e

profissionalmente pode recorrer a justiça para garantia dos seus direitos como consta na Constituição Federal, seguidos de conclusão.

## 2. PRISÃO

### 2.1 Noções e Conceito

Dentro da evolução penal, a prisão apenas surgiu no século XX. Ainda que na antiguidade se falava em encarceramento, esta conduta era reconhecida como uma custódia. Considera-se prisão, aquele indivíduo que tem abstenção de sua mobilidade no meio social, em razão de um delito que está em oposição ao ordenamento jurídico pátrio. As sanções são impostas pelo Estado, por meio de um mandado escrito e fundamentado da autoridade judiciária competente.

Para Renato Brasileiro de Lima (2016), pode-se afirmar que:

No sentido que mais interessa ao direito processual penal, prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei (CF, art. 5º, LXI) (p.1146).

Existem modalidades de prisão, entre as estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, os quais são entendidos por prisão penal, processual e civil.

A prisão pena ou prisão penal é aquela que tem uma finalidade processual e não acautelatória, ou seja, é uma prisão atribuída por conta de uma sentença condenatória transitada em julgado. A privação da liberdade é determinada pela passagem do indivíduo pelo devido processo legal, tendo o intuito de exercer uma decisão judicial, na qual foi determinada a pena privativa de liberdade.

A prisão sem pena ou prisão processual assegura o desempenho das investigações, do processo penal ou futura execução penal. Sua natureza é processual com a finalidade cautelar. Este tipo de prisão está enquadrado na prisão em flagrante, prisão preventiva e a prisão temporária. Deve-se atender os requisitos do *"fumus bonis juris"* (caracterizada apenas pelo aspecto da tipicidade, sinal ou indício de que o crime de fato existe, não se requerendo nenhuma prova sobre a ilicitude e culpabilidade, bastando a suposição) e *"periculum in mora"* (caracterizada

pela ameaça de um dano, em virtude de uma decisão que o impeça). Tem caráter auxiliar e fundamento de possibilitar a precisa eficiência da persecução penal.

Prisão civil: trata-se de uma medida coercitiva, econômica, social, considerada como extrapenal, com a finalidade de cumprir uma fixação alimentar diante de uma obrigação familiar. Ocorre no Processo Civil, e se difere da prisão penal, pois esta depende de sentença condenatória, já naquela não precisa de trânsito em julgado, pois trata de medida coercitiva como citado acima. Esta espécie de prisão é prevista pelo artigo 5º, inciso LXVII da Carta Magna de 1988.

A prisão administrativa e prisão para averiguação não estão mais configuradas no ordenamento jurídico. Refere-se a uma força repressiva para o cumprimento de uma obrigação, que constitui abuso de autoridade, sendo assim conduta ilegal, pois “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.” (BRASIL, 1988).

## **2.2 Hipóteses de Prisão Cautelar no Direito Processual Penal Brasileiro**

No Direito brasileiro existem hipóteses distintas de prisão. Aqueles encarceramentos que acontecem antes do trânsito em julgado de uma condenação, são as chamadas cautelares e podem acontecer em casos de prisão preventiva, flagrante delito e prisão temporária. Todavia, apenas permanecerá nesta condição em caso de prisão preventiva e temporária.

A decretação da prisão preventiva é feita pela autoridade judiciária competente e está presente apenas nos casos de crimes dolosos, como expressos no artigo 313 do Código de Processo Penal. Esta privação pode acontecer de duas formas: por decretação da prisão temporária; e, quando necessária à garantia da ordem econômica e pública, garantir a aplicação da norma penal, por conveniência da instrução criminal, houver prova da existência do crime ou indícios de autoria. Ocorre tanto na fase policial, quanto no processo penal e é decretada pelo juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público, querelante ou assistente ou representação da autoridade judicial, desde que previstas as condições do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão em flagrante, é decretada no momento em que está acontecendo o delito ou logo após. Este instituto trata-se de uma pena restritiva de liberdade, que compete várias situações. Para Mirabete, “flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a ‘certeza visual do crime’” (1997, p. 383).

Dentre as prisões em flagrante, as principais são:

- **Flagrante próprio:** é aquele em que o agente é surpreendido cometendo o delito, ou logo após de cometer em que a autoridade policial tenha certeza de quem foi ele quem cometeu;
- **Flagrante impróprio:** é a situação de que o agente é perseguido, logo após a prática do crime, pela autoridade policial, pela vítima, ou qualquer outra pessoa que faça presumir ser o autor do delito;
- **Flagrante preparado ou provocado:** situação em que o suposto autor do crime é induzido a praticar o delito, em um ambiente montado para esta destinação. Neste caso, a decretação da prisão em flagrante será ilegal, pois controverte crime impossível.
- **Flagrante ficto ou presumido:** hipótese, na qual o indivíduo é encontrado, posteriormente ao crime, sem perseguição, com instrumentos, objetos ou armas que façam entender ser o autor da infração
- **Flagrante esperado:** neste caso, a polícia já tem a informação de que um crime está sendo cometido, então se antevê ao infrator, e aguarda o momento do ato para iniciar a efetivação da prisão em flagrante.
- **Flagrante prorrogado:** trata-se de uma ação controlada, fundamentada legalmente pela Lei nº 12.850/2013[1] e Lei nº 11.343/2006[2], ocorrendo por meio da autoridade policial, na qual retarda o momento da prisão para adquirir melhores provas, e descobrir se existem coautores e partícipes.
- **Flagrante forjado:** é uma situação totalmente artificial, desenvolvido por terceiros, para incriminar o indivíduo de uma prática ilícita, que em verdade, ele não cometeu.

A prisão temporária, por sua vez, não está no Código Penal, e sim na Lei nº 7.960/89[3], sendo criada com a finalidade de garantir a eficácia da investigação criminal, quando o delito apurado é considerado grave. Ela poderá ser decretada por decisão fundamentada do juiz competente, por representação da autoridade policial ou do Ministério Público, não podendo ser decretada de ofício. Terá seu prazo de 05 dias, nos casos de crimes comuns, podendo ser prorrogados por igual período se for o caso de extrema comprovada necessidade e para 30 dias sendo estes hediondos, sendo prorrogados pelo mesmo tempo no mesmo caso mencionado acima.

Outras hipóteses diversas das citadas acima, estão a prisão em decorrência de pronúncia; prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível; condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia.

As referidas supra, trata-se de condução coercitiva, o qual significa conduzir um indivíduo à presença da autoridade policial ou judiciária. Desse modo a apresentação ocorre antecedente a apresentação ou realização do ato formal, o qual o esse indivíduo esteja sendo aguardado.

Nucci (2012) comenta que: “atualmente somente o juiz pode determinar a condução coercitiva, visto ser esta uma modalidade de prisão processual, embora de curta duração.”

### **2.3 Da Prisão em Segunda Instância**

Atualmente, tem-se discutido sobre a prisão após a condenação em segunda instância, o qual o Supremo Tribunal decidiu, em 07 de novembro de 2019, por maioria dos votos, que a prisão só poderia ter seu cumprimento depois de esgotar todos os recursos, entretanto não afastou a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, desde que fossem preenchidos os requisitos para a prisão preventiva do Código de Processo Penal.

Esta decisão relaciona-se à disposição pátria, no qual menciona que o réu condenado à pena privativa de liberdade entabule a sua execução após decisão em segunda instância, ainda que pendentes recursos e instâncias superiores, quais sejam o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Dessa discussão geraram duas correntes, sendo uma contra e outra a favor da prisão em segunda instância, no qual a primeira, tem como principal argumento utilizado, o princípio da presunção da inocência, considerado uma cláusula pétrea, previsto no artigo 5º, inciso LVII, que afirma que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Outros argumentos em oposição a esta condenação, é que não há comprovação do indiciado depois do julgamento em segunda instância, pois dados citados pelo ministro Ricardo Lewandowski, um terço dos pedidos de habeas corpus tem suas penalidades revisadas, e que situação do sistema prisional brasileiro é compreendida por negros e pobres, isto é são estes a maiorias que tem suas garantias violadas, devido as decisões do Supremo, em segunda instância.

Já a corrente que apresenta ser a favor desta condenação, afirma em seus argumentos que o objetivo fundamental da Constituição Federal é proteger as garantias constitucionais. Os recursos aos tribunais superiores, não têm como



objetivo julgar o mérito individual de cada caso, podendo beneficiar indiretamente um ou mais réus. Outro argumento apontado, diz a respeito da impunidade de quem cometeu o crime, e tardança para a execução de sua pena, neste caso, impediria àquele que cometeu o delito a procrastinar a efetivação da sanção. Além disso este modelo de prisão antes do trânsito em julgado, é adotado por vários países, entre eles a Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, França, Canadá, Portugal, Argentina e Espanha.

## 2.4 Formalidades Da Prisão

O Código de Processo Penal apresenta uma série de formalidades para a decretação da prisão que estabelecem um conjunto de garantias contra prisões ilegais. Caso ocorra de forma diferente, e haja violação de alguma das regras expostas a seguir, é incontestável que a defesa requeira o relaxamento da prisão, em virtude de sua ilegalidade.

A prisão em flagrante, para ser aprovada, precisa de respectivo mandado, elencado no artigo 285 do Código de Processo Penal:

Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.

Parágrafo único. O mandado de prisão:

- a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;
- b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;
- c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;
- d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;
- e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução.  
(BRASIL, 1941)

O mesmo Código supracitado possui alguns institutos, os quais tem a intenção de regulamentar o cumprimento do mandado quando este foi expedido em comarca diversa, do qual o acusado está preso.

Para Vitor Eduardo Rios Gonçalves (2018), pode-se afirmar:

Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado (art. 289, caput). Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o seu motivo, bem como o valor da fiança se arbitrada (art. 289, § 1º). A autoridade a quem se fizer a requisição da prisão tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação (art. 289, § 2º). Cumprido o mandado, o Juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de trinta dias, contados da efetivação da medida (art. 289, § 3º). (pág. 348)

Também pode ocorrer situações em que a autoridade competente tenha que cumprir o mandado quando o indiciado estiver solto. Para isso, a apreensão poderá ser solicitada através de qualquer meio de comunicação, tomadas pela jurisdição, uma vez adquirido a ordem judicial, pode-se comunicar a autorização de captura mediante qualquer maneira confiável, como, por exemplo, e-mail, telegrama, telefone, contanto que se tome o cuidado para a confirmação da veracidade do pedido. NUCCI (2016, p.553) "Antes da modificação introduzida pela Lei 12.403/2011, somente se poderia transmitir a ordem de captura por meio diverso da precatória, quando se tratasse de delito inafiançável"

O mandado de prisão é expedido em duas vias, e o agente executor entregará ao preso, com a data, horário e local da prisão. Entregue ao preso o mandado, passará um recibo na outra via que ficará com a polícia. Caso ele não saiba ou possa escrever, ou até mesmo, se recuse, duas testemunhas precisarão estar presentes para assinar declaração, no qual o fato será mencionado pelo agente.

Caso a prisão seja inafiançável, a ausência de apresentação do mandado não atrapalhará à prisão e o encarcerado, logo será imediatamente apresentado ao juiz que tiver decretado sua prisão. Este, sendo competente, assim que decretada a prisão do acusado, deverá expedir uma ordem de prisão, encaminhando registro para o Conselho Nacional de Justiça, onde mantêm arquivos reunidos. Desta forma, poderá qualquer agente policial efetuar a prisão, mesmo que fora da comarca, sem burocracia. Se o registro não estiver centralizado no órgão, ainda assim poderá qualquer agente efetuar a prisão fora da comarca, desde que tome as devidas precauções para averiguação de autenticidade e comunicando imediatamente ao tanto o juiz local, quanto aquele que a decretou, fazendo os mesmos procedimentos citados acima.

O acusado, nos termos da Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXIII, ficará ciente sobre todos os seus direitos, inclusive, caso não informe o nome de seu defensor, a Defensoria Pública será comunicada e, esta providenciará um gratuitamente.

Finalmente, nenhum indivíduo poderá ser recolhido à encarceramento sem que seja exibido mandado ao respectivo diretor da penitenciária, será entregue um transcrito assinado pelo executor, e o recibo do preso constando a data e horário da prisão.

### **3. PRISÃO ILEGAL**

Conceitua prisão ilegal quando o encarceramento é executado faltando algum pressuposto da formalidade imposta pelo ordenamento jurídico, por erro do ente estatal. Assim, interfere nos direitos e garantias individuais estabelecidos pela Carta Magna de 1988.

A prisão ilegal se apresenta como toda providência decretada em processo penal que prive alguém de sua liberdade de locomoção, sem observância dos requisitos mínimos exigidos em lei. Toda prisão que não ocorre em flagrante delito ou com mandado judicial é ilegal, esta é uma regra que está na Constituição. Prisão ilegal, portanto, significa, antes de tudo, ilegalidade e invasão lesante do status *dignitatis* e *libertatis* (TEIXEIRA, 1997).

Logo, pela regra constitucional qualquer prisão que não ocorra em flagrante delito ou com um mandado judicial se torna ilegal. Em circunstâncias que coloque o suposto acusado nessa situação, não importa qual propósito, terá o direito à indenização, sobre o Estado. A poderosa regra constitucional faz refletir na obrigação determinada pela norma, distanciando a dúvida relativamente ao componente incomum à regra. A compensação ressarcida pelo Estado, é adquirida com o dinheiro dos impostos arrecadados, assim fazendo presumir igualdade a todos, porque a responsabilidade que o cofre público assume é por conta desta indenização por indevida supressão.

#### **3.1 Ilegalidade Da Prisão Por Abuso De Autoridade**

Abuso de autoridade é conceituado como uma pessoa que em razão do seu cargo e poder, se prevalece para satisfazer suas vontades particulares. O nosso sistema de democracia direta, se opõe a este tipo de caso. Do mesmo modo, quem

prática qualquer violação contra a liberdade de deslocamento do indivíduo, bem como inviolabilidade do domicílio, a discricção da correspondência, liberdade de crença, associação, e exercício do culto religioso, expondo-se à uma sanção administrativa civil e penal com base na legislação, variando de advertência até à exoneração.

Para Ricardo Alexandre (2015, p.293), o abuso de poder é argumentado como: “é possível que a autoridade, ao exercer o poder, ultrapasse os limites de sua competência ou o utilize para fins diversos do interesse público. Quando isto se verifica, diz-se que houve abuso de poder.”

A ilegalidade da prisão, no que lhe concerne, retrata de modo que, toda determinação no processo penal que impossibilite a liberdade de locomoção de alguém, sem o acatamento dos requisitos exigidos por lei. Considera-se ilegal, em norma que se localiza na Constituição Federal, toda prisão que não ocorre com ordem judicial ou em flagrante delito.

### **3.2 Ilegalidade Da Prisão Preventiva Devido À Falta Dos Pressupostos Legais**

De acordo com o formalismo constitucional, o acusado será considerado inocente até sua sentença e o trânsito em julgado dela. Entretanto, existem algumas condições excepcionais, nas quais o acusado poderá ser preso pelas medidas cautelares, seguindo os requisitos, já mencionados anteriormente.

A prisão preventiva, por sua vez, é aceita quando depois de homologada a prisão em flagrante, a conduta do acusado não pode ser substituída por medida cautelar. Esta conversão da prisão em flagrante para a preventiva deve atender os requisitos, *periculum libertatis* (perigo em liberdade) e *fumus commissi delicti* (sinais de presença de um delito), além de fundamentação justificando as razões pelas quais o juiz não concedeu as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Sua legalidade está relacionada aos pressupostos afirmados no artigo 312 do mesmo Código, que diz:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (BRASIL, 1941)

O fundamento *periculum libertatis* (perigo em liberdade), é imprescindível para a efetuação da prisão preventiva, pois precisa ser certa a ameaça estando o

réu transitando em liberdade. Está relacionado na primeira parte do artigo supra, no que diz respeito à garantia da ordem pública, ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. Incumbe ao magistrado verificar se o crime cometido cabe prisão preventiva, e se couber, ao decretá-la deverá embasar nesses fundamentos, caso contrário a medida será considerada ilegal e pode o incriminado solicitar *habeas corpus*.

Já o pressuposto *fumus commissi delicti* (sinais de presença de um delito) está na segunda parte do artigo mencionado, no qual significa que precisa-se de indícios que se prove a autoria ou a existência do crime, não implicando em um juízo de certeza, mas sim de probabilidade. Entretanto se existir alguma hipótese de que o acusado foi amparado por alguma excludente de ilicitude, a prisão não poderá ser exigida, visto que se tornará ilícita.

Exemplificando o entendimento da ilegalidade da prisão preventiva, observa-se que:

[...]a decretação da prisão preventiva, quando o juiz se limita a repetir os termos genéricos do art. 312 do Código de Processo Penal, dizendo, por exemplo, que decreta a prisão preventiva para “garantia da ordem pública”, sem demonstrar, efetivamente, conforme os fatos do processo ou procedimento, de onde se origina esse abalo. Nesse caminho: STJ: “Viola o disposto no art. 315 do CPP a decretação da prisão preventiva sem fundamentação vinculada ou concreta. O juiz deve sempre, para tanto, indicar efetivamente o suporte fático, de caráter extratípico ou de peculiar e grave modus operandi, que justifique a segregação antecipada”. (NUCCI, 2016, p. 594 *apud* STJ, 1999, p.181)

Portanto quando houver ausência destes requisitos, e mesmo assim for executada a prisão, o ilícito será praticado pelo ente estatal, pois está descumprindo um dever legal para aderir as cautelas mencionadas na norma para efetivação da medida.

### **3.3 Instrumentos De Impugnação Da Prisão Ilegal**

Quando a pessoa for apreendida por uma ação que indique uma repressão, não regulamentada pelo ordenamento jurídico, compete a ela repeli-la, por

intermédio de instrumentos de impugnação, os quais são previstos em lei, o habeas corpus, relaxamento da prisão, e revisão criminal, sintetizados abaixo:

O *habeas corpus*, vem do latim que significa “tenha o corpo”, trata-se de um remédio constitucional, ou seja, instrumento que é usado para garantir seu direito de locomoção quando este é coibido pelo Estado. Está previsto na Constituição Federal, e poderá ser pedido por qualquer pessoa, independente de representante legal, por meio de um argumento específico, no qual seja, prevenir restrição ilegal ou possível prisão ilegal decorrente de abuso de poder de autoridade. Esta restrição ilegal, compreende quando não houver justa causa, a ação for visivelmente nula, o agente que executou a coação é competente para tal ato, o preso estiver apreendido mais do que determina a lei, não aceitarem a prestação de fiança já determinada por lei.

O relaxamento da prisão é cabível em todas as espécies de prisão desde que contenha ilegalidade. Está previsto por norma constitucional, fundamentada no artigo 5º, LXV e no artigo 310, inciso I do Código de Processo Penal. É muito comum, este instrumento ser usado nas prisões em flagrante, determinadas pelo juiz ou pelo delegado de polícia, o qual, através de decisão procedente, cabe recurso em sentido estrito. Sobrevém na ocorrência de vícios na composição do auto de prisão em flagrante ou quando a situação da prisão não é configurada no Código de Processo Penal, como por exemplo, pessoa presa em flagrante após alguns dias do fato ocorrido.

Atualmente implantaram-se as audiências de custódia em casos de prisão em flagrante o, em que o autuado deve ser levado a apresentação do magistrado em até 24 horas, disposto no Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 7, item 5, de 22 de novembro de 1969, o qual diz que “toda pessoa presa, detida ou retida, deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem seu comparecimento em juízo.”

A revisão criminal, é um instituto que revê determinado julgamento, em que o réu pelo seu entendimento, foi condenado de forma injusta. É considerada ação autônoma de impugnação, pois não se sujeita a prazos, visto que dispõe desfazer uma sentença ou decisão condenatória deve estar transitada em julgado, sendo somente requerida após esta determinação. Tem fundamentação legal no artigo 5º, inciso LXXV, da Carta Maior que diz “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”, ou seja, só pode ser aceita para beneficiar o condenado, sendo vedado



o agravamento de pena. Pode ser requerida pelo próprio condenado ou pelo seu representante legal, e, em caso de morte deste, pode ser requerida pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, tendo o seu cabimento quando há erro inequívoco no judiciário, quando a sentença condenatória se basear em depoimentos e documentos falsos, ou após esta revelarem provas de inocência do condenado, em que autorize diminuição de pena.

Os meios de impugnação previstos, podem ser decretados de ofício pelo juiz ou pelo tribunal observando as normas de hierarquia e utilizando ferramentas judiciais apropriadas. Ainda que uma sentença sem fundamentação seja totalmente nula, poderá ser determinada pela instancia superior, mas em nenhuma hipótese pelo juízo prolator.

#### **4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PERANTE A PRISÃO ILEGAL**

##### **4.1 Conceito**

Trata-se de um ressarcimento de um dano seja ele, material ou moral, decorrente de um ato ilícito causado por outrem. Estão previstos nos artigos 927 a 943 do Código Civil. Sua natureza jurídica, baseia-se na imputação do fato nocente ilícito, a quem lhe deu causa, para o fim de compensar segundo a disposição jurídica aquele que sofreu danos injustos. De acordo com a regra, quem comete um ato ilícito que acarrete danos a outra pessoa, fica obrigado a repará-lo.

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar *sentillento* de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. (CAVALIERI, 2012, p.14)

Ou seja, deve-se reparar o dano, independentemente de culpa, em casos específicos por lei, ou quando acarretar riscos para o direito de outrem, por sua natureza.

Existem dois tipos de responsabilidade civil, sendo elas a objetiva e a subjetiva. A primeira, diz respeito ao dever de indenizar independentemente de comprovação, apenas conformado o elemento nexa causal com aquele ato consumado. A segunda, é adotada pelo Código Civil como regra, com fulcro nos artigos 186 e 187. Acontecerá quando a pessoa que ocasionou o feito ilícito, chegou nesse resultado pelo dolo ou culpa, ficando obrigado a reparar o dano causado em caso da consumação do crime.

## 4.2 A Responsabilidade Civil Do Estado

A responsabilidade estatal, baseia-se no compromisso ressarcir o dano que acarretou aos domínios juridicamente resguardados pela Constituição Federal causados pelo mesmo na atuação de suas ações ou omissões, tanto legais quanto ilegais. De tal forma o agente que sofreu prejuízo terá o prazo de cinco anos contados a partir da data do fato danoso, tendo o Estado, a obrigação fundamental de reparar ações cometidas por seus administradores pelas insatisfatórias atuações, sem extinguir a prerrogativa de recuo estatal em oposição ao ocasionador anotado do dano.

Visto que não se precisa da comprovação do acontecimento e sim exclusivamente da analogia causal entre o Estado e o indivíduo que sofreu o dano, aquele tem responsabilidade objetiva. Sendo assim, apenas satisfaz a constatação pela vítima, do fato sofrido injustamente para que o ente estatal seja indenizado.

Faz obedecer a Carta Magna, a qual disciplinou a ampliação da responsabilidade civil do Estado, em seu artigo 37, parágrafo 6º que diz:

**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. (BRASIL, 1988)

O Poder Público também terá responsabilidade subjetiva, no caso em que o lesado terá que comprovar o dolo ou culpa deste ente em casos de negligência, imprudência e imperícia, estando assim diante de uma omissão do Estado.

No Código Civil, existem duas teorias quanto a responsabilidade estatal, entre elas a teoria do risco integral, o qual não se aceita motivos de excludentes de responsabilidade, devendo o Estado arcar com todos os danos, mesmo que não tenha dado causa. Outro preceito que é o adotado pelo nosso ordenamento jurídico é a teoria do risco administrativo, o qual se admite excludentes de culpabilidade, sendo em casos de força maior, culpa exclusiva da vítima e caso fortuito.

### **4.3 A Indenização Da Prisão Ilegal**

A prisão ilegal, além de estar em contraposição a Constituição Federal, também provoca inúmeros dispositivos do nosso ordenamento jurídico, entre eles o princípio da presunção da inocência, dignidade da pessoa humana, e o direito à liberdade, à honra e imagem. O Estado, ao encarcerar impropriamente a pessoa, provoca dano moral, refletindo em suas funções tanto profissionais quanto sociais.

Para o cidadão é garantido o direito de indenização, pelo ente estatal, em caso ser injustamente preso violando o seu direito à liberdade, em razão de erro praticados agentes públicos.

No Código Civil, a legislação afirma que:

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I - O cárcere privado;

II - A prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III - A prisão ilegal. (BRASIL, 2002).

Para configurar erro do judiciário, a responsabilidade do Estado precisa ser objetiva, visto que não é necessário da comprovação de culpa, bastando apenas o nexos causal. Assim, é incontestável o direito de indenização.

O relator Julizar Barbosa Trindade, apresentou uma ementa no sentido de que o Estado é civilmente responsável por dano moral, verificando o teor do seguinte julgado, vejamos:

**E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – PRISÃO ILEGAL – MANDADO JÁ CUMPRIDO – DANO E NEXO DE CAUSALIDADE – REPARAÇÃO DEVIDA – QUANTUM PROPORCIONAL – RECURSO PROVIDO.** O valor indenizatório do dano moral deve guardar correspondência com a gravidade objetiva da lesão, as circunstâncias em que se deu o fato e as condições econômicas das partes, sendo a hipótese de sua majoração.(TJ-MS - APL: 08100669720178120002 MS 0810066-97.2017.8.12.0002, Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade, Data de Julgamento: 27/05/2019, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 28/05/2019)

No mais, em outro julgado apresentado abaixo, é possível ver que embasados nos artigos 37, parágrafo 6º, da Carta Maior, o Estado é indenizado a danos morais com provimento parcial:

**APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - CONDUTA ILÍCITA E ABUSIVA PRATICADA POR AGENTES PÚBLICOS - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - PRISÃO ILEGAL - ART. 37, 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL- VALOR DA INDENIZAÇÃO FORA DOS PARÂMETROS RAZOÁVEIS - REDUÇÃO - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO - DECISAO POR MAIORIA.(TJ-SE - AC: 2010213725 SE, Relator: DES. RICARDO MÚCIO SANTANA DE ABREU LIMA, Data de Julgamento: 19/10/2010, 2ª.CÂMARA CÍVEL)**

Ante os fatos, não existe outra alternativa a não ser entender que o Estado deve se responsabilizar objetivamente pelos prejuízos causados àquele que teve seus direitos restringidos, sejam eles administrativos, legislativos ou judiciais.

## **7. CONCLUSÃO**

Foi estudado, preliminarmente, sobre o conceito e noções gerais de prisão, o qual significa a privação da liberdade do indivíduo que comete um ato ilícito. Foi apresentado quais suas hipóteses do encarceramento cautelar e as formalidades para sua decretação. Ademais, foi

Destarte, é sabido que a ilegalidade da prisão acontece com o cercamento da liberdade individual fora dos padrões previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, representa um grave prejuízo a condição da dignidade e liberdade constitucional do agente lesionado. Se não houver os pressupostos legais ou abuso de autoridade, a prisão não poderá ser decretada.

Deste modo, ressalta-se que na presença de qualquer imprevisibilidade sob à limitação da liberdade pessoal, particularmente pela ilegalidade da prisão, o Estado propende a ser responsabilizado pelos prejuízos causados ao indivíduo para que sejam integralmente reparados.

A teoria adotada pelo Brasil para a responsabilidade civil foi a objetiva, no qual apura-se o nexo causal no âmbito da conduta do agente estatal e o dano suportado pelo indivíduo. A possibilidade de erros é natural na atividade jurisdicional, tornando o Estado responsável pelos danos e sendo obrigado a indenizá-los.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Administrativo Esquematizado**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

ALVARENGA, Letícia. **A prisão ilegal e a responsabilidade civil do Estado**. JusBrasil, 2015. Disponível em <<https://leticiaalvarenga93.jusbrasil.com.br/artigos/301967610/a-prisao-ilegal-e-a-responsabilidade-civil-do-estado>> Acesso em 10 de out. de 2019.

ASSIS, Dulcéia Maria dos Santos. **Da Prisão ilegal: algumas considerações**. **Revista Brasileira de Direito de Gestão Pública**. Disponível em: <<https://gvaa.com.br/revista/index.php/RDG P/article/view/2491>> Acesso em: 12 de out. de 2019.

BIGAS, Jhonata. **A responsabilidade civil do Estado perante prisão ilegal**. Jus.com.br, 2018. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/66588/a-responsabilidade-civil-do-estado-perante-a-prisao-ilegal>> Acesso em 12 de out. de 2019.

BLUME, Bruno André. **Prisão em segunda instância: argumentos contra e a favor**. Politize, 2016. Disponível em <<https://www.politize.com.br/prisao-apos-decisao-em-segunda-instancia-argumentos-contras-e-favor/?gclid=Cj0KCQjAn8nuBRCzARIsAJcdIfNdJ3G0yScu0>>

[a96snltFprbMbAQ0y6YNOdG3eTJWmV1-6cGzUihsC0aAttHEALw\\_wcB](#)> Acesso em 14 de nov. de 2019.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1.988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1.940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – v. 7: responsabilidade civil. 21 Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GASPAROTO, Gustavo dos Santos. **Prisão em flagrante, e agora: relaxamento da prisão ou liberdade provisória?** Canal Ciências Criminais, 2018. Disponível em: [https://canalciencias\\_criminais.com.br/prisao-em-flagrante-relaxamento/](https://canalciencias_criminais.com.br/prisao-em-flagrante-relaxamento/)> Acesso em: 12 de out. de 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – v.4: responsabilidade civil. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado.** 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. Editora Saraiva, 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal** – v. único. 4. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 11 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



TJ-MS - **APL: 08100669720178120002 MS 0810066-97.2017.8.12.0002**, Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade, Data de Julgamento: 27/05/2019, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 28/05/2019. Disponível em < <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760789410/apelacao-apl-8118048620188120002-ms-0811804-8620188120002?ref=juris-tabs> > Acesso em 20 de out. de 2019.

NOTAS:

- [1] Lei 12.850/2013 de 2 de agosto de 2013 – Lei das Organizações Criminosas
- [2] Lei 11.343/2006 de 23 de agosto de 2006 – Lei de Tóxicos
- [3] Lei 7.960/1989 de 21 de dezembro de 1989 – Lei da Prisão Temporária

## **COTAS PARA DEFICIENTES EM CONCURSO PÚBLICO: DIREITOS HUMANOS VERSUS EXCLUSÃO SOCIAL**

**LENON MOREIRA IQUEGAMI:**  
Bacharelando em Direito pela  
Universidade Brasil Campus  
Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado a Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Prof. Dr. Rodrigo Soncini de Oliveira Guena e e Coorientadora Prof. Me. Márcia Kazume Pereira Sato.

**RESUMO:** O Relatório Mundial sobre Deficiência de 2011, publicado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pelo Banco Mundial, revelou que cerca de 15% da população do planeta é composta por pessoas com deficiência e que esse número continuará a crescer, devido ao aumento na expectativa de vida, bem como em problemas crônicos de saúde que agravam o risco de adquirir uma incapacidade causando incapacidade. O que precede é necessário, pois, não tendo um entendimento adequado do conceito de deficiência, é difícil ter certeza sobre o número exato de pessoas com essa condição, bem como as barreiras que enfrentam, o que impede a eficácia formulação e implementação de políticas públicas inclusivas. Isso é evidente pela observação de discrepâncias estatísticas importantes entre estimativas globais, regionais e locais. As pessoas com deficiência são normalmente afetadas pela discriminação, principalmente no que tange o seu direito ao trabalho. Há uma mistura de imaginários sociais em torno da ideia de que essas pessoas não são capazes de executar um trabalho, ou que o fariam com menos produtividade. Há também uma grande quantidade de ignorância sobre o assunto e uma rejeição à necessidade de adaptar estes indivíduos ao mercado de trabalho. Isso levou à criação de uma variedade de políticas públicas de integração profissional, uma das quais é a obrigação de participar posições para as pessoas com deficiência, incluindo cargos públicos, surgindo assim a ideia das cotas para deficientes. Partindo desta premissa o trabalho objetivou discorrer sobre a inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, através de cotas em concursos públicos.

**Palavras-chave:** cargos públicos. Deficiência. Direitos fundamentais. Igualdade. Inclusão.

**ABSTRACT:** The World Disability Report 2011, published by the World Health Organization and the World Bank, revealed that about 15% of the planet's population is made up of people with disabilities and that number will continue to

grow due to increased life expectancy, as well as chronic health problems that aggravate the risk of acquiring a disability causing disability. The foregoing is necessary because, without having a proper understanding of the concept of disability, it is difficult to be sure about the exact number of people with this condition, as well as the barriers they face, which hinders the effective formulation and implementation of public policies. inclusive. This is evident from the observation of significant statistical discrepancies between global, regional and local estimates. People with disabilities are usually affected by discrimination, particularly as regards their right to work. There is a mix of social imaginary around the idea that these people are not able to do a job, or that they would do it less productively. There is also a great deal of ignorance on the subject and a rejection of the need to adapt these individuals to the job market. This has led to the creation of a variety of professional integration public policies, one of which is the obligation to participate in positions for persons with disabilities, including public office, thus giving rise to the idea of quotas for persons with disabilities. Based on this premise, the study aimed to discuss the inclusion of people with disabilities in the labor market, through quotas in public tenders.

**Keywords:** public office. Disability. Fundamental rights. Equality. Inclusion.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. REVISÃO DE LITERATURA. 3. CONCLUSÃO.

## 1. INTRODUÇÃO:

É sabido que para construir um mundo sustentável e inclusivo para todos, pessoas com deficiências de todos os tipos precisam estar totalmente envolvidas no cotidiano de nossa sociedade, porém sabe-se que tal fato, reside com mais força no campo teórico, em relação a prática, ainda engatinha-se, políticas inclusivas tem sido trabalhadas para mudar tal fato, exemplo disso são as cotas asseguradas em concursos públicos.

No Brasil, esse direito é previsto no artigo 37 da Constituição Federal (CF) de 1988, a qual determina que se deva reservar um percentual dos empregos públicos a pessoas com deficiência. É fato que os critérios de admissibilidade são estabelecidos e especificados por lei, porém é preciso salientar que toda legislação referente a essas cotas vem sofrendo adaptações (novas medidas) ao longo dos anos. Além da CF, no ano de 1990, sancionou-se a Lei n. 8.112, a qual estabeleceu um teto de 20% dos cargos para indivíduos que se enquadrassem na categoria. A regra passou a valer para autarquias, fundações públicas e outras entidades federais.

Pode-se citar ainda o Decreto 3.298/99, o qual regulamentou que portadores de deficiências têm o direito de se inscreverem em concursos públicos, devendo estar em pé de igualdade com os demais concurrenseiros, para tanto é primordial atender as possíveis adaptações para a realização da prova, as quais previamente devem constar no edital, bem como, as atividades designadas para o cargo devem ser compatíveis com as condições do candidato, garantindo que o indivíduo aprovado, mesmo apresentando limitações físicas tenham plenas condições de exercer a função estabelecida para o cargo.

É preciso salientar que nem toda deficiência requer atendimento individualizado e especializado, por exemplo, quem tem surdez em um ouvido ou um problema moderado de visão, por exemplo, dificilmente irá entrar no grupo de cotistas, para entender tal conceito é preciso recorrer novamente ao decreto 3.298/99 que define critérios, estabelecendo os tipos de deficiência:

- Deficiência física: caracteriza-se pela alteração completa ou parcial de uma parte do corpo, o que ocasiona desempenho comprometido da função física, como exemplo os casos de paraplegia, tetraplegia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo e deformidade congênita ou adquirida; exceto as que não dificultem o trabalho.
- Deficiência auditiva: Perda bilateral, parcial ou total, de pelo menos 41 decibéis (dB). Essa condição pode ser aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz.
- Deficiência visual: São os casos de cegueira total e de baixa visão. Essa última significa uma acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica, e/ou um campo visual igual ou menor que 60 graus.
- Deficiência mental: Caracteriza-se pelo funcionamento intelectual inferior à média, com manifestação antes dos 18 anos. As dificuldades estão associadas a competências como comunicação, trato social, higiene pessoal, estudos, lazer e trabalho.
- Deficiência múltipla: É a associação de duas ou mais deficiências.

É primordial salientar que em casos de discordância entre a avaliação médica e os resultados apresentados pelo concurrenseiro, este por sua vez, pode-se recorrer a Justiça, nestes casos será o Magistrado que decidirá através de interpretações as possíveis limitações do candidato, casos assim são mediados pela Lei de cota n. 8.112/90.

## 2. REVISÃO DE LITERATURA:

Deficiência é uma questão de direitos humanos, portanto dentro de nossa sociedade todos tem o mesmo valor e, portanto, os mesmos direitos. A maioria das pessoas, incluindo políticos e outras autoridades, concordam com essa premissa, o problema é que eles não estão cientes das consequências desse princípio e muitas vezes não estão dispostos a tomar as medidas correspondentes.

Para entender a natureza e o significado da adoção de uma perspectiva de deficiência baseada nos direitos humanos, é necessário ter uma percepção clara dos valores que sustentam a missão de direitos humanos. Esses valores formam a base sobre a qual um sistema complexo de liberdades fundamentais, apoiado e promovido pelo direito internacional dos direitos humanos, é apoiado. A deficiência desafia a sociedade a viver de acordo com seus valores e confia ao direito a tarefa de alcançar mudanças positivas (BARROS, 2019).

O problema central de colocar esses valores em prática no contexto da deficiência, um problema derivado em grande parte da invisibilidade relativa que pessoas com deficiência sofrem. Até agora, essas pessoas costumavam ser consideradas objetos, e não sujeitos de pleno direito, e as proteções legais normalmente associadas ao Estado de Direito não eram aplicadas a elas ou eram severamente restringidas. Ver a pessoa com deficiência como sujeito e não como objeto significa dar-lhe acesso a todos os benefícios das liberdades fundamentais que a maioria das pessoas dá como garantidas, e fazê-lo de maneira respeitosa e sensível à sua diferença. Significa abandonar a tendência de perceber a pessoa com deficiência como um problema, de vê-la no contexto de seus direitos (ROCHA, 2018).

Os valores básicos da missão de direitos humanos constituem os fundamentos de um sistema de liberdades fundamentais que protege contra o abuso de poder e cria um espaço para o desenvolvimento do espírito humano. Quatro valores, dignidade, autonomia, igualdade e solidariedade, são particularmente importantes tanto em termos gerais quanto no contexto da deficiência (SILVA, 2018).

A dignidade humana é a norma básica dos direitos humanos. Cada pessoa tem um valor inestimável e ninguém é insignificante. As pessoas precisam ser valorizadas não apenas porque são úteis de um ponto de vista econômico ou outro, mas por seu valor intrínseco. O reconhecimento do valor da dignidade humana nos lembra fortemente que as pessoas com deficiência têm um papel e um direito na sociedade que deve ser tratado com absoluta independência de qualquer consideração de utilidade social ou econômica. Essas pessoas são um fim em si mesmas e não um meio para os fins dos outros. Essa perspectiva contrasta profundamente com o

impulso social oposto que tenta classificar as pessoas de acordo com sua utilidade e deixar de lado aqueles que apresentam diferenças importantes (CLEMENTE, 2018).

A dignidade como valor tem sido um fator crucial para avançar em direção a uma perspectiva de deficiência baseada nos direitos humanos. Devido à sua relativa invisibilidade, as pessoas com deficiência costumam ser tratadas em outros momentos como objetos a serem protegidos ou com pena. A mudança crucial ocorreu quando essas mesmas pessoas se viam e eram vistas pelos outros, como sujeitos e não como objetos. Nos últimos anos, o "modelo médico" da deficiência tem sido frequentemente contrastado com o modelo "direitos humanos". O modelo médico concentra-se em características médicas de pessoas como suas deficiências específicas. Isso tem o efeito de colocar o "problema" da deficiência na pessoa. O modelo médico contém uma atitude social mais ampla e profunda, a tendência de associar o problema à pessoa e considerá-lo um objeto de intervenção clínica (DINIZ et al., 2019).

O modelo de direitos humanos concentra-se na dignidade intrínseca do ser humano e em seguida, mas apenas se necessário, nas características médicas da pessoa. Coloca o indivíduo no centro de todas as decisões que o afetam e, o que é ainda mais importante, coloca o principal "problema" fora da pessoa, na sociedade. Nesse modelo, o "problema" da deficiência decorre da falta de sensibilidade do estado e da sociedade civil em relação à diferença que a deficiência representa. Conclui-se que o Estado tem a responsabilidade de enfrentar obstáculos criados socialmente, a fim de garantir o respeito pleno da dignidade e dos direitos iguais de todas as pessoas (CLEMENTE, 2019).

Outra maneira de levantar o mesmo argumento é descrever a deficiência como um "conceito social". Essa ideia é bastante simples e clara, embora muitas vezes seja obscurecida pela análise teórica. A primeira premissa do modelo do "conceito social" é que a diferença humana não é inata, mas algo inventado pela sociedade e aplicado através de rótulos como "os deficientes". Assim, não se nasce "negro" ou "mulher" ou "deficiente". Recebe-se esse rótulo em relação a alguma norma não expressa como masculinidade, ser branca ou não sofrer de incapacidade (na ausência de uma expressão melhor) (MELLO, 2018).

A segunda premissa é que a norma em relação à qual alguém é avaliado e rotulado geralmente não é escolhida por um processo neutro ou altruísta. A seleção geralmente ocorre através de um aparato de poder cujo objetivo mínimo é preservar esse poder. De fato, muitos defensores dos direitos dos deficientes consideram que a expressão "deficientes" deve ser usada em vez de "pessoas com deficiências", precisamente para destacar o fato de que é a sociedade que incapacita a pessoa (FONSECA, 2018).



A terceira premissa é crucial, o conceito social de deficiência é usado não apenas para separar as pessoas, mas também para mantê-las separadas. Todos os pontos de acesso às estruturas da vida cotidiana (mundo da educação, trabalho, família ou interação social) são amplamente estabelecidos em relação à norma dominante, neste caso a das pessoas sem deficiência. Como normalmente não são fornecidas adaptações para desvios ou diferenças da norma escolhida arbitrariamente, a diferença serve como base para uma exclusão sutil (e às vezes não tão sutil). Por exemplo, o ambiente arquitetônico é projetado para pessoas que podem andar e não para quem usa cadeiras de rodas. O ambiente de comunicação geralmente assume a capacidade de ouvir e falar. O ambiente educacional dificilmente prevê soluções para outras formas de aprendizado. E o mesmo acontece em todas as áreas (MELLO, 2018).

É possível criar um elo poderoso entre o modelo conceitual deficiência e a perspectiva da deficiência com base nos direitos humanos. A empresa não levou em consideração ou excluiu a diferença implícita de incapacidade ao regular as condições de entrada e participação na corrente geral, excluindo 10% de qualquer população. Isso não é apenas irracional do ponto de vista econômico, mas também viola a dignidade intrínseca de todo ser humano. Para levantar a questão de uma maneira positiva, o objetivo final, na perspectiva do modelo de direitos humanos, é construir sociedades verdadeiramente integradoras, sociedades que valorizem a diferença e respeitem a dignidade e a igualdade de todos os seres humanos, independentemente de suas diferenças. Nesse sentido, o movimento pelos direitos das pessoas com deficiência está amplamente integrado a um movimento mais profundo e amplo em favor da criação de sociedades genuinamente inclusivas para todos (FONSECA, 2018).

De acordo com Lima (2018), dizer que "a deficiência é uma questão de direitos humanos" implica pensar e agir de acordo com essa premissa. A deficiência como uma questão de direitos humanos consiste basicamente em:

- Adotar um paradigma social consistente com os direitos humanos (modelo social);
- Adotar e aplicar os regulamentos internacionais atuais que consagram os Direitos Humanos das pessoas com deficiência;
- Revisão permanente de leis e programas para adaptá-los aos regulamentos nacionais e internacionais atuais;

- Reconhecer e dar às pessoas com deficiência um papel claro nas decisões que as afetam;
- Consagrar mecanismos legais que promovam, garantam e reajam a atitudes que ameaçam os Direitos Humanos das pessoas com deficiência: Sistema de proteção de direitos;
- Educar e conscientizar a sociedade em geral sobre o respeito pelos direitos humanos das pessoas com deficiência.

Deve-se parar de falar sobre "deficiência" e começar a falar sobre pessoas com ou em situação de deficiência, sujeitos, de direitos, pois infelizmente, há invisibilidade das pessoas com deficiência, sendo um paradigma socialmente aceito, tal premissa pode ser afirmada quando nossa legislação não reconhece a capacidade jurídica destes indivíduos; quando presencia-se tratamentos médicos de esterilização sem consentimento; ou a institucionalização forçada e a declaração de interdições arbitrárias, são situações de reificação de pessoas com deficiência pelas próprias instituições e leis em vigor (DINIZ, 2019).

O exposto acima não se limita às nossas instituições e leis, é também um comportamento socialmente aceito. Vamos revisar algumas situações bastante comuns: Ao conversar com uma pessoa com deficiência, ele se dirige ao acompanhante, ignorando completamente a pessoa com deficiência; o uso de termos como inválido, incapacitado ou desabilitado; realizar atividades públicas em salas inacessíveis para pessoas com mobilidade reduzida ou que não tenham acessibilidade nas comunicações para pessoas com deficiências sensoriais; Ter um tratamento "infantilizante" para um adulto em situação de deficiência intelectual. Estes são exemplos claros de uma invisibilidade socialmente aceita em relação às pessoas com deficiência (LIMA, 2018).

Pensar e tratar as pessoas com deficiência como sujeitos de direitos implica trabalho pessoal e social. Implica mudar o paradigma do modelo individualista ou médico para um modelo social, pois o modelo médico individualista ou de reabilitação concebe a pessoa com deficiência como inválida, com uma ou mais deficiências ou problemas que o impedem de se adaptar à sociedade. Pelo contrário, entender as pessoas com deficiência como sujeito da lei implica concebê-las como sujeitos com a mesma dignidade, liberdade e direitos que todos os demais, colocando o foco não mais em seu processo de deficiência e normalização, mas em barreiras que a sociedade coloca em seu caminho. Ele não é deficiente, é a sociedade que é. Portanto, é a sociedade que deve se ajustar às necessidades e conceder o apoio necessário para que esse sujeito da lei alcance seu pleno desenvolvimento. Essa é a premissa básica do paradigma social ou de direitos (CRUZ, 2018).

A consagração dos direitos humanos das pessoas com deficiência é a conquista do próprio grupo de pessoas com deficiência, que, como outros grupos vulneráveis, levantou suas demandas sociais por uma mudança no paradigma social e jurídico. No entanto, os direitos humanos das pessoas com deficiência têm um desenvolvimento relativamente novo e nem sempre adotaram o paradigma social que se conhece atualmente (CLEMENTE, 2019).

É assim que se pode fazer uma breve revisão da evolução dos tratados internacionais de Direitos Humanos das pessoas com deficiência:

- 1948 - Declaração Universal de Direitos Humanos;
- 1955 - Recomendação nº. 99 – Organização Internacional do Trabalho (OIT) “Reabilitação e emprego de Inválidos”;
- 1971 - Declaração dos direitos do atraso mental;
- 1975 - Declaração dos direitos dos desativados;
- 1977 - Declaração dos direitos das pessoas surdas e cegas;
- 1982 - Resolução da Organização das Nações Unidas (ONU): Programa de ação global para pessoas com deficiência;
- 1983 - Acordo (nº. 159) relativo à readaptação profissional e ao emprego de pessoas inválidas;
- 1989 - Convenção sobre os direitos da criança;
- 1991 - Princípios para a proteção de doenças mentais e para a melhoria da saúde mental;
- 1993 - Regras uniformes de igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência;
- 1999 - Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas com deficiência;
- 2000 - Declaração de Pequim sobre os direitos das pessoas com deficiência (Cúpula de Ongs sobre deficiência);
- 2006 - Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência.

Sem dúvida, o mais importante, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o primeiro tratado de Direitos Humanos do século XXI. A Convenção e seu protocolo opcional foram aprovados pela Organização das Nações Unidas em 2006. Consagra a mudança de paradigma em relação às pessoas com deficiência e estabelece o novo modelo social. A Convenção declara o direito das pessoas com deficiência de usufruir de todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais. Percebe-se que a legislação considera as pessoas com deficiência aquelas que apresentam deficiências físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, previsivelmente permanentes que, ao interagir com várias barreiras, podem impedir sua participação (BARROS, 2019).

As pessoas com deficiência constituem um setor populacional heterogêneo, mas todas têm em comum que, em maior ou menor grau, precisam de proteção exclusiva no exercício dos direitos humanos e das liberdades básicas, devido às necessidades específicas derivadas de sua situação. Incapacidade e sobrevivência de barreiras que impedem sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com outras pessoas. A maneira pela qual a sociedade está estruturada e funciona geralmente mantém condições de exclusão conhecidas. Esse fato levou à restrição de seus direitos e liberdades básicas condicionando ou impedindo seu desenvolvimento pessoal, como o desfrute dos recursos e serviços disponíveis para toda a população e os possibilidade de contribuir com suas capacidades para o progresso da sociedade (TERRÃO, 2018).

O desejo de uma vida plena e a necessidade de realização pessoal movem todas as pessoas, mas essas aspirações não podem ser satisfeitas se forem restritas ou ignoradas, portanto, todos têm direitos à liberdade, igualdade e dignidade. Apesar do inegável progresso social alcançado, esses direitos são limitados no acesso ou uso de ambientes, processos ou serviços que não foram concebidos levando em consideração as necessidades específicas ou restritivas de pessoas com deficiências. Existe, portanto, um conjunto variado e profuso de impedimentos que privam pessoas com deficiência do exercício pleno de seus direitos e dos efeitos desses obstáculos se materializam em uma situação de exclusão social, que deve ser indesculpável pelas autoridades públicas (TERRÃO, 2018).

A promoção de medidas que promovam a igualdade de oportunidades, suprimindo os inconvenientes que se opõem à presença integral de pessoas com deficiência diz respeito a todos os cidadãos, organizações e entidades, mas, primeiro, a legislador, que deve coletar as necessidades detectadas e propor as soluções e linhas gerais de ação mais apropriadas. Como já mostrado antes, é necessário que o marco regulatório e as ações públicas relacionadas à deficiência intervêm na organização social e em suas expressões materiais ou relacionais que com suas estruturas e ações segregadoras, adiam ou separam pessoas com deficiência da vida social

comum, tudo com o objetivo final de que esses podem ser participantes, como sujeitos ativos de direitos, uma vida igual em condições para todos os cidadãos (CLEMENTE, 2018).

A deficiência deve basear-se em suporte complementar, assistência técnica e serviços especializados para permitir que eles levem uma vida normal em seu ambiente, estabelecendo um sistema de benefícios e serviços econômicos, bem como medidas de integração trabalhista, subsídios econômicos e de acessibilidade, e uma série de princípios que são subsequentemente incorporado as leis de saúde, educação e emprego. As políticas de equalização de pessoas com deficiência, concentram-se especialmente em duas estratégias de intervenção: a luta contra discriminação e acessibilidade universal. Passa-se a ver as pessoas com deficiência como detentores de uma série de direitos e autoridades públicas como garantidores do exercício real e efetivo desses direitos, de acordo com as disposições da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência. E estabelece o regime de infrações e sanções que garantem as condições básicas em termos de igualdade de oportunidades, não discriminação e acessibilidade universal das pessoas com deficiência (BARROS, 2019).

Reconhece-se expressamente que o exercício dos direitos das pessoas com deficiência é realizado de acordo com o princípio da liberdade na tomada de decisões, sendo assim, indivíduos com algum tipo de deficiência são protegidos exclusivamente por lei. O sistema de cotas teve origem na Europa, no entanto, nem todos os países europeus o adotaram. Alguns, como Suécia, Dinamarca, Noruega e Finlândia, entendem que o sistema de cotas é contrário às suas orientações doutrinárias e tradições políticas e preferem adotar medidas destinadas a convencer os empregadores a oferecer oportunidades de emprego a pessoas com deficiência e fornecer aos trabalhadores com deficiência que procuram emprego o treinamento necessário para melhorar suas habilidades e outras ajudas complementares. Outros países, como Estados Unidos, Canadá e Austrália, preocupam-se principalmente em garantir acesso igual ao trabalho e não discriminação no emprego. Em alguns países que possuem um sistema de cotas, há uma violação geral, acompanhada de uma certa passividade dos governos e autoridades (CRUZ, 2018).

Normalmente, a reserva de emprego é estabelecida por disposição legal, uma vez que implica tratamento discriminatório em relação aos trabalhadores sem deficiência, discriminação positiva que é admitida pela generalidade dos sistemas jurídicos, desde que apoiada por uma causa justificada e é adotado sob a norma com classificação suficiente. Em alguns países, embora a obrigação seja estabelecida por lei, um amplo espaço de manobra é deixado para a decisão dos

agentes sociais por meio de negociação coletiva. Embora as cotas estabelecidas muitas vezes não sejam cumpridas, a mera existência do sistema de cotas foi revelada como uma ferramenta de promoção do emprego. Em muitos países, a cota definitivamente abriu a possibilidade de introduzir medidas positivas de discriminação na legislação trabalhista, superando assim as discussões sobre a admissibilidade ou não dessas disposições (CLEMENTE, 2018).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) conclui, após examinar a experiência da aplicação desses sistemas em vários países, que o sistema de cotas acompanhado de taxas parece ser o que mais incentiva o emprego de pessoas com deficiência. Outras conclusões da OIT são as seguintes:

- Para que o sistema de cotas tenha impacto na prática, um mecanismo de aplicação deve ser fornecido.
- Os sistemas de cotas podem ser usados para conceder incentivos adicionais aos empregadores para contratar trabalhadores com maiores dificuldades de inserção.
- O sistema de cotas deve ser aplicado aos empregadores do setor público e privado. Excluindo esse mecanismo, um dos dois setores reduz consideravelmente seu escopo, bem como o número de empregos reservados para pessoas com deficiência.
- Os sistemas de cotas são um exemplo de ação positiva. A ação positiva é uma resposta à discriminação estrutural ou institucional sofrida por um grupo social específico e é considerada uma exceção justificada ao princípio da igualdade de tratamento que não é discriminatório.

É essencial salientar que a Lei de Cotas, já está em vigor há 28 anos, vem apresentando resultados aquém do esperado, tanto pelo governo como por entidades que atuam na defesa dos direitos de pessoas com deficiência, porém é preciso salientar que houve algumas atualizações no Decreto 3.298/99, as novas regulamentações segue princípios estabelecidos pela Lei Brasileira de Inclusão (LBI), sendo válidas para concursos da Administração Pública Federal direta e indireta e detalha trechos do decreto original editado em 1999, que ainda não trazia especificidades para este público (CLEMENTE, 2018).

Dentre as mudanças inclui:

- Ambiente totalmente adaptado para recebe-los;
- Presença de equipe multidisciplinar para auxilia-los;
- Disponibilidade de tecnologias no auxílio da realização das provas.



Anteriormente os candidatos realizavam suas provas em ambientes sem adaptação, com pessoas totalmente despreparadas e a “seu favor”, tinham apenas um médico que dava a palavra final sobre a efetivação da pessoa no cargo. Dentre as mudanças previstas, por exemplo, pode-se citar o exemplo de candidatos com deficiência visual, estes poderão realizar a prova em braile, com os caracteres ampliados, gravados em áudio por um fiscal ou com o uso de software de leitura de tela ou de ampliação de tela. Esse candidato também poderá pedir a ajuda de um fiscal para ajudar a transcrever as respostas (MOTTA, 2018).

No caso de pessoas com deficiência auditiva também poderão fazer a prova gravada em vídeo por fiscal intérprete da Língua Brasileira de Sinais (Libras) ou pedir autorização para usar aparelho auricular, inspecionado e aprovado pela organização do concurso público. No caso de deficiência física, será possível usar móveis e espaços adaptados ou pedir também a ajuda de um fiscal para manusear a prova e transcrever respostas. As fases dos concursos públicos ou dos processos seletivos em que forem usados esses serviços de assistência de interpretação por terceiros aos candidatos serão registradas em áudio e vídeo e disponibilizadas nos períodos de recurso. Outra mudança com o decreto de hoje foi sobre a distribuição dessa reserva de vaga em ofertas regionais. O percentual passa a ser aplicado pelo total de vagas previstas para a região e não sobre a fração destinada a cada município. Isto, porque, pela estratégia anterior, a distribuição desse percentual poderia ser tão baixa que acabaria não contemplando a reserva em nenhum dos locais (MOTTA, 2018).

Ressalva-se apenas que havendo necessidade de adaptações para a realização dos concursos, as mesmas devem ser pedidas durante a inscrição, caso haja necessidade de maior disponibilidade de tempo do que o previsto, deve-se apresentar justificativa, devidamente acompanhada de parecer emitido por equipe multiprofissional ou por profissional especialista. Salvo essas exceções os candidatos portadores de deficiência cumpriram as mesmas condições dos demais candidatos, tais como horários, conteúdo disciplinar, avaliação, critérios de aprovação, local das provas, assim como a nota mínima exigida. Importante frisar que não havendo inscrição ou mesmo a aprovação de candidatos com deficiências em concursos públicos e processos seletivos, as vagas disponibilizadas deverão ser preenchidas pelos demais candidatos. A proteção e inclusão de pessoas com deficiência ainda é uma tarefa pendente na maioria das entidades federais (BARROS, 2019).

O cumprimento das responsabilidades do Estado visa o respeito e o exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, implicando em constantes desafios,

como a harmonização efetiva do sistema jurídico com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, para que esse grupo populacional tenha apoio especializado para a tomada de decisões deverá haver: a criação de mecanismos de acesso à justiça que protejam a igualdade material; o desenho de mecanismos para sancionar e reparar danos para garantir efetivamente os direitos das pessoas com deficiência; a implementação de mecanismos que garantam a inclusão educacional e trabalhista de pessoas com deficiência por meio de um sistema de apoio e acomodação razoável; implementação de ações afirmativas e medidas de nivelamento para garantir que as pessoas com deficiência que vivem em comunidades rurais e indígenas acessem sem discriminação o exercício e o gozo de seus direitos; tornar a acessibilidade um princípio fundamental na elaboração e implementação de políticas públicas; desenvolvimento de políticas públicas que garantam o acesso a tecnologias, informações e comunicações em formatos acessíveis e planejem esquemas iguais de participação na vida política e pública das pessoas com deficiência (TERRÃO, 2018).

Vale ressaltar que, para alcançar um progresso significativo na área da deficiência, é essencial priorizar a agenda nacional e construir políticas públicas transversais, com foco em direitos humanos e não discriminação, nas quais a participação de pessoas com deficiência, suas famílias e das organizações que os representam é uma constante, além de fortalecer a configuração e a funcionalidade efetiva dos mecanismos locais e nacionais de implementação e supervisão. Da mesma forma, é imperativo atender e cumprir, o mais rapidamente possível, as recomendações e observações feitas pelo Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CLEMENTE, 2019).

### 3. **CONCLUSÃO:**

Os direitos humanos promovem e apoiam, um sistema flexível o suficiente para incorporar a maioria dos sistemas socioeconômicos e forte o suficiente para apoiá-los. A diferença que a deficiência representa foi percebida como um motivo de exclusão, e não como um motivo para celebrar a diversidade da família humana. A diversidade de circunstâncias políticas, econômicas e sociais presentes no país se traduz em efeitos diferenciados para a população com deficiência.

Frequentemente, as pessoas com deficiência são excluídas da participação ativa na sociedade e, até o presente momento, não têm pleno reconhecimento de seus direitos humanos, pois se considera erroneamente que não podem realizar as mesmas atividades em igualdade de condições do que o resto das pessoas. Culturalmente, foram construídas idéias que colocam esse setor em condições de maior vulnerabilidade, diante de barreiras físicas, institucionais, de informação, atitude e comunicação impostas pela sociedade.

Por outro lado, as políticas públicas de atendimento às pessoas com deficiência não são apenas insuficientes, como também não têm uma perspectiva de inclusão que impeça o pleno desenvolvimento das pessoas com deficiência, bem como sua participação eficaz e equitativa na sociedade, o que traduz na violação de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, M.M.S.de. Portadores de deficiência e o concurso público. Disponível em: [www.http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2639](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2639). Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 3.298. Regulamenta a Lei n.º 7.853.** Dispõe sobre a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/legis1/legislacao4.asp#conteudo>. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 3298, de 20 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm). Acesso em setembro de 2019.

CLEMENTE, C.A. **Trabalho decente para a pessoa com deficiência: leis, mitos e práticas de Inclusão.** Osasco, SP: Espaço da Cidadania, 2018.

CLEMENTE, C.A. **Pessoas com deficiência e mercado de trabalho: Lei de Cotas e imagens da responsabilidade social.** Osasco, SP: Espaço da Cidadania, 2019.

CRUZ, Á.R.de S. **O direito à diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência.** 15ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

FONSECA, R.T.M. **A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2018.

DINIZ, D.; MEDEIROS, M.; BARBOSA, L. **Deficiência e igualdade.** Brasília, DF: UNB, 2019.

LIMA, I.R.M. Política de cotas nas Universidades e concursos públicos: Igualdade Material Ou Exclusão Social? **De Jure**, v. 17, n. 30, jan.-jul., 2018, p. 185-229.

MELLO, C.A.B. de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 4<sup>a</sup>. ed. Brasil: Malheiros, 2018.

MOTTA, F. **A reserva de vagas nos concursos públicos para os portadores de deficiência**: análise do art. 37, inc. VIII, da Constituição Federal. In: MOTTA, Fabrício (coord.). Concurso público e Constituição, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ROCHA, C.L.A. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n.115, p. 187, 2018.

SILVA, J.A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 45<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

TERRÃO, C.C. Reserva de vagas na administração pública para as pessoas com deficiência: ação afirmativa e concurso público. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Edição Especial — ano XXVIII. 2018.

## A PROVA INDICIÁRIA NA TUTELA INIBITÓRIA

### RUBENS SAMPAIO CARNELOS:

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Especialista e mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP. Advogado.

**Resumo:** O presente artigo procura analisar o fenômeno probatório na tutela inibitória. O tema envolve a análise da função da tutela inibitória, o âmbito de cognição que será exercido para sua concessão, bem como o papel da prova indiciária na formação do convencimento judicial a respeito da ameaça da conduta ilícita. Será indicada a necessidade de compreender os institutos processuais, como a prova, sob a perspectiva do futuro, dissociando-os da estrita compreensão do processo como mecanismo de atuação da tutela jurisdicional repressiva. Na análise do papel da prova indiciária na ação judicial que veicule a tutela inibitória, procurar-se-á apontar a importância da adequada compreensão dos conceitos de indício, raciocínio presuntivo, regra de experiência, presunção e juízo. A pesquisa será pautada em conteúdo biográfico e jurisprudencial a respeito do tema, de modo a tornar possível uma discussão teórica com implicações práticas.

**Palavras-chave:** tutela inibitória; cognição; prova indiciária; presunção e juízo.

**Sumário:** Introdução. 1. Tutela inibitória e a proteção contra o ilícito. 2. Âmbito de cognição da tutela inibitória. 3. Fato indiciário, prova indiciária, raciocínio presuntivo, presunção e juízo. 4. Prova indiciária e seus desdobramentos na tutela inibitória. Conclusão.

### Introdução

A tutela inibitória tem a finalidade de impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. Portanto, a ação que veicula a tutela inibitória possui nítido caráter preventivo, voltando-se para o futuro, com o intuito de evitar a consumação de um ilícito. Percebe-se que a tutela inibitória não atua após o dano, como faz a tutela ressarcitória.

Como a tutela jurisdicional passa a ser exercida com a finalidade de proteger o direito contra atos que o ameçam, o direito processual deve conceber técnicas tendentes a dar efetividade à tutela jurisdicional, também nessa perspectiva: o

futuro. Na sua gênese, o processo civil foi concebido para atender ao passado, ou, mais precisamente, para remediar a violação já praticada. Trata-se de concepção com inspiração nos valores do Estado liberal, em que se privilegia as liberdades individuais em detrimento da possibilidade de intervenção estatal.[1]

A jurisdição no contexto do Estado liberal clássico somente podia entrar em ação após a violação da lei, atuando para garantir a reintegração do direito subjetivo violado, voltando-se, assim, para o passado. Os institutos do direito processual eram concebidos dentro dessa realidade. Dentre os institutos concebidos para o passado, destaca-se a prova. Com a mudança de perspectiva da tutela jurisdicional, que passa a ser exercida preventivamente, os institutos processuais adquirem, também, novas perspectivas. A prova, historicamente pensada apenas em relação à reconstrução dos fatos, adquire a função de se desenvolver em relação à conduta ilícita futura.

O presente artigo possui a finalidade de enfrentar o seguinte problema: a prova na tutela inibitória. Na medida em que a tutela inibitória é pensada para o futuro, a prova adquire função nova, já que a conduta futura não pode ser diretamente provada. Assim, a prova indiciária apresenta-se como mecanismo importante para compreensão do fenômeno probatório na ação inibitória, já que assume a função de trazer ao juízo a possibilidade de identificar a probabilidade do ilícito futuro, atuando para evitar sua consumação.

O artigo procurará analisar como o fenômeno probatório deve ser compreendido na tutela inibitória, sopesando-o com o âmbito de cognição a ser exercido nessa espécie de tutela. Por fim, procurar-se-á indicar a forma como a prova indiciária é concebida na ação inibitória, sobretudo no que tange ao manejo dos conceitos de indício, raciocínio presuntivo, regras de experiência, presunção e juízo.

## **1. Tutela inibitória e a proteção contra a ameaça do ilícito.**

Para a adequada compreensão do papel da tutela inibitória, faz-se necessário indicar algumas das características e escopos da jurisdição, pois, antes de tudo, tutela inibitória é tutela jurisdicional.[2]

A jurisdição é manifestação de poder, de sorte que se impõe imperativamente, criando e aplicando o direito a situações concretas que são submetidas aos órgãos jurisdicionais incumbidos de exercê-la.[3] Como a jurisdição é manifestação do poder estatal[4], é corolário lógico que esteja adstrita aos escopos do próprio Estado, que encontra no processo o mecanismo para cumprir os seus fins. Por isso, Cândido Rangel Dinamarco assevera que o direito processual é a “disciplina do exercício do poder mediante atos imperativos.”



O atual modelo de Estado constitucional assume uma série de compromissos sociais, que moldam a razão de ser e os escopos da jurisdição. Dentre os compromissos assumidos, destaca-se o acesso à justiça, que encontra previsão no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Portanto, sendo a jurisdição manifestação do poder estatal, cuja função é tutelar o direito de modo imperativo e criativo, protegendo situações e interesses juridicamente respaldados, e concretamente deduzidos, o exercício da tutela jurisdicional está condicionado ao acesso à justiça, tal como previsto na Constituição, que assegura “uma tutela qualificada contra qualquer forma de negação de justiça”. [5]

Como o acesso à justiça prevê a proteção contra a ameaça de direito, a tutela jurisdicional, para alcançar tal desiderato, deve atuar preventivamente, atuando antes da conduta contrária ao direito (ilícito). A tutela inibitória é o mecanismo que permite a satisfação do direito de prevenção contra o ameaça do ilícito, permitindo a atuação de técnicas processuais que busquem evitar (inibir) a prática da conduta contrária ao direito. Portanto, a tutela inibitória pode atuar antes de qualquer ilícito, decorrendo da mera existência de probabilidade da conduta contrária ao direito, conforme expressamente estabelecido no art. 497 do Código de Processo Civil. [6]

A Constituição Federal de 1988, ao estruturar e definir as funções do Estado Democrático de Direito brasileiro, ampliou o rol dos direitos fundamentais, de modo que cada vez mais se destacam direitos e questões de cunho não patrimonial, exigindo, para sua adequada proteção, técnicas que garantam a observância do direito material antes de ser violado. Assim, não sendo possível, em muitos casos, o restabelecimento do direito após sua violação, faz-se necessária a existência de meios preventivos, que atuem a fim de evitar que o ilícito aconteça.

Percebe-se, assim, que a tutela inibitória passa a ganhar destaque como forma de proteção dos novos direitos, como os de personalidade, ambiental e consumidor, eis que a tutela ressarcitória, que atua após a prática ilícita, se apresenta ineficaz para protegê-los, já que não atua preventivamente. A ausência de tutela preventiva para a adequada e efetiva proteção dos direitos garantidos constitucionalmente, transformá-los-ia em meras declarações políticas, destituídas de eficácia. Não há dúvida, portanto, que o compromisso do Estado em garantir a todos o acesso à ordem jurídica (acesso à justiça) prevê o direito à técnica processual capaz de viabilizar o exercício do direito à tutela inibitória.

Pelo fato de o Estado ter assumido o compromisso de tutelar os direitos antes da lesão, a jurisdição passa a ser dimensionada não apenas para o passado,

mas também para o futuro, atuando preventivamente. Assim, vários institutos do direito processual, vislumbrados à luz dos princípios que somente entendiam que a tutela jurisdicional atuava após a lesão do direito subjetivo, devem ser revistados e sopesados de acordo com a nova situação. Nesse ponto, o tema da prova na tutela inibitória ganha especial destaque, pois a doutrina construiu a “teoria da prova a partir da premissa de que o processo de conhecimento deve permitir a reconstrução dos fatos passados”. [i][7]

A tutela inibitória tem a finalidade de inibir a prática de uma conduta futura, de modo que tal conduta não pode constituir objeto de prova direta. O fato futuro não pode ser diretamente provado. Portanto, o tema da prova, na tutela inibitória, requer uma reflexão especial, por meio da qual seja possível visitar a função que se costuma atribuir ao próprio fenômeno probatório.

## **2. O âmbito de cognição na tutela inibitória**

Entende-se a cognição como ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar os meios de provas produzidos pelas partes, tendentes a elucidar as questões de fato e as de direito que são formadas no processo. O enfrentamento de tais questões constituirá o fundamento do julgamento do objeto litigioso do processo.[8]

A cognição tem papel importante para compreender o fenômeno da coordenação direito-processo, pois após longo período de preocupação com o processo considerado em si mesmo (questões endoprocessuais), a dogmática processual voltou-se para o resultado pretendido pelo direito material, e o papel do processo na sua satisfação. O processo começa a ser compreendido como instrumento cuja utilidade é aferida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse tutelado pelo direito material.[9][10]

Como atividade racional por meio da qual o órgão judicial analisa a causa para decidir a lide, a cognição deve se pautar em parâmetros advindos do direito material que constitui a base da controvérsia que deu ensejo à formação do processo. A cognição amolda-se às necessidades dos interesses juridicamente protegidos pelo direito material. Por exemplo, a cognição pode se apresentar como técnica para garantir mecanismos adequados para a proteção dos direitos, eis que, em determinadas situações, o Estado prevê procedimentos que limitam alegações e questões que possam ser enfrentadas pelo juízo, ou seja, estabelece técnicas que legitimam a restrição da cognição judicial com o fim de tutelar de forma adequada o direito material.

Portanto, a cognição encontra o seu objeto e os seus limites no direito material cuja tutela é buscada no processo, destinando-se à análise das questões

de fato e de direito que estejam ligadas à relação jurídica de direito material controvertida. Percebe-se, assim, que a técnica da cognição judicial possui estrita relação com a temática da prova, sobretudo porque, para alcançar sua finalidade, deve identificar no direito material qual matéria será objeto da atividade probatória.

Pelo exposto, para compreender o fenômeno probatório na tutela inibitória, impõe-se identificar a matéria que pode ser objeto da cognição, cuja previsão se encontra no direito material. Sendo a tutela inibitória atividade jurisdicional que busca inibir a prática do ilícito, faz-se necessário identificar os elementos que o constituem, pois serão eles o objeto da cognição judicial na tutela inibitória.

Quanto ao ilícito, construiu-se um dogma – de origem romana – de que a tutela reparatória do dano é a única forma de tutela apta a protegê-lo.[11] Assim, já à época do direito romano, unificou-se as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil. Referida unificação reverberou na construção teórica sobre o ilícito, que ficou identificado com o ato danoso, ainda que para fins de caracterização da responsabilidade civil.

Todavia, há direitos, como os transindividuais (direito ao meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural etc.), que demandam, para a adequada proteção, atuação preventiva da responsabilidade civil, a fim de evitar a ocorrência do próprio dano. Pelas características dos referidos direitos, não se pode esperar a caracterização do dano para que haja a responsabilidade do sujeito, pois impossível será o retorno *ao status quo ante* ou a sua quantificação em pecúnia. Assim, tem havido um esvaziamento dos conceitos tradicionais da responsabilidade civil[12], como o dano, porquanto se mostram insuficientes para amparar adequadamente as novas situações de direito material surgidas com a sociedade de massa.

Em que pese entendimentos diversos[13], a própria responsabilidade civil não se restringe aos casos em que o dano esteja presente. É possível a responsabilidade civil do ato ilícito sem o dano. Assim, entende-se que a responsabilidade civil adquire a função de atuar preventivamente. Há situações em que a violação da regra jurídica (norma), ainda que não produtora de dano, deve ser sancionada por meio da adequada tutela jurisdicional. Por exemplo: a exposição à venda de produto nocivo à saúde do consumidor. No caso, a simples exposição do produto nocivo à saúde constitui ato ilícito, suscetível de repressão por meio da tutela jurisdicional, que poderá ser efetivada por meio da técnica processual de busca e apreensão da mercadoria.[14]

Identifica-se, assim, a necessidade de a tutela jurisdicional atuar para proteger o direito, prescindindo do dano. As técnicas processuais podem ser aplicadas para evitar ou remover o ilícito (compreendido como simples ato contrário ao direito), extirpando-o independentemente dos danos que provocou ou possa provocar. Para a adequada proteção das regras jurídicas, faz-se necessário repensar o conceito de ilícito, possibilitando sua proteção preventiva.

Fica evidenciado que a atuação da tutela inibitória independe da aferição da presença do dano, tendo seu exercício voltado para inibir a prática do ato contrário ao direito, pura e simplesmente. A tutela inibitória visa conservar e proteger uma situação jurídica. Parte-se da premissa de que o ato contrário ao direito e o dano não se confundem. O dano é consequência eventual do ilícito, e não necessária. Pontes de Miranda já identificava tal situação, deixando claro que “pode haver delito, ou melhor, ato ilícito, sem dano, e, pois, sem que se possa reclamar a reparação”.<sup>[15]</sup>

Por sua vez, como corolário do fato de a tutela contra o ilícito não se fundar na reparação do dano, tem-se a constatação de que a culpa é um elemento cuja perquirição também é desnecessária. A ideia de culpa somente tem utilidade quando se busca identificar o responsável por um dano, porquanto se apresenta como nexos que liga a conduta com evento danoso, possibilitando com que o causador do ato por ele responda. Partindo-se da ideia de ilícito aqui delineada, que o afasta do elemento dano, não há razão para se cogitar sobre culpa ou dolo para fins de atuação da tutela inibitória, pois tais elementos constituem critérios para imputação da sanção ressarcitória.<sup>[16]</sup>

Ademais, na medida em que a tutela inibitória se volta para o futuro, não é possível valorar preventivamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro, de sorte que o dolo e a culpa não são elementos necessários para atuação da tutela inibitória, que tem o ilícito futuro como evento a ser evitado. Aqui, vale destacar o ensinamento de Pontes de Miranda: “a pretensão e a ação de abstenção não são pretensão e ação *ex delicto*. Nem a culpa lhe é pressuposto necessário. Se a culpa existe, é *plus*. Só se exige o ser contrário a direito o ato que se teme, ou cuja continuação se tem por fim evitar”.<sup>[17]</sup>

O Código de Processo Civil, no artigo 497, parágrafo único, esposou tal entendimento ao afirmar, expressamente, que “para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou a existência de culpa ou dolo”.

Impende destacar que a tutela contra o ilícito não visa apenas atuar após a consumação da conduta contrária ao direito, mas também é exercida contra sua probabilidade. Quando a tutela contra o ilícito atua contra a sua probabilidade, está-se diante da tutela inibitória. A tutela inibitória visa inibir atos futuros dos sujeitos, que estejam em desacordo com um existente dever de conduta. Pretende-se ver garantida a integridade e o respeito ao direito afirmado, que se encontra ameaçado pela futura conduta que lhe contraria.

Quando se fala em tutela contra a futura conduta contrária ao direito, deve-se entender tutela exercida contra a probabilidade do ilícito. Na esteira do que se expôs acerca do conceito de ilícito, a tutela contra a sua probabilidade não diz respeito apenas à probabilidade do ilícito danoso. Ou seja, pode-se asseverar que a causa de pedir próxima para o exercício jurisdicional da tutela inibitória é a demonstração da ameaça da prática de ato violador de direito. O escopo é evitar que se concretize o justificado receio de que um ato seja praticado contra interesse juridicamente protegido.[18]

Conclui-se, portanto, que o *thema decidendum* na ação que veicula a tutela inibitória fica restrito à questão da futura ocorrência de um ilícito, podendo ser decomposto em dois elementos: (i) a ameaça da prática de ato e (ii) a sua ilicitude.

Para fins probatórios, entende-se que exigir prova plena da ameaça do direito inviabilizaria a tutela inibitória, sendo suficientes fundadas razões e indícios veementes. Pode-se afirmar que a ameaça ao direito, para atuação da tutela inibitória, deve ser aferida por meio da presença de critérios objetivos que indiquem a situação fática na qual está inserida a probabilidade da conduta ilícita.

Quando se teme a futura prática de um ilícito, faz-se necessária a prova de alegações de fato que sejam suficientes para que o órgão judicial forme um juízo de convicção sobre a provável prática da ilicitude. Pelo fato de referida tutela ser voltada para o futuro, percebe-se que a prova na tutela inibitória terá como objeto fatos (afirmações) que indiquem a probabilidade da prática do ilícito. Trata-se, assim, de provar fatos indiciários que ensejem a oportunidade de o juízo se convencer sobre a probabilidade da prática de ato que se deseja inibir.

Portanto, na formação de convicção sobre a probabilidade de um ato futuro, é fundamental dominar de forma adequada os conceitos de fato indiciário, prova indiciária, raciocínio presuntivo, regras de experiência, presunção e juízo.

### **3.Fato indiciário, prova indiciária, raciocínio presuntivo, presunção e juízo.**

O fato indiciário é aquele que serve para, indiretamente, convencer o juiz sobre a verdade das afirmações de fato que estejam relacionados ao *thema probandum*, ou, mais precisamente, aos “argumentos do autor, que embasam seu pedido, e pelos argumentos do réu, que conformam exceções apresentadas para rejeição do pedido (ou seja, somente no espaço das afirmações de fato controvertidas no processo)”. [19] Trata-se de fato conhecido, que, por via de raciocínio, indica a veracidade do fato desconhecido (fato probando), do qual é causa e efeito. [20]

O valor do indício está relacionado com sua aptidão para possibilitar o conhecimento de outro fato, que com ele possui uma relação de causa e efeito. O indício suscita uma operação por meio da qual é possível chegar ao conhecimento dos fatos que se relacionam com o mérito da causa. Ou seja, o único critério relevante para se considerar o valor probatório do indício é a sua utilidade; a partir dela, o juiz deve poder obter conclusões inferenciais sobre a verdade ou falsidade do enunciado sobre um fato em litígio.

Ao contrário da legislação processual civil, o Código de Processo Penal, no art. 239, fornece um conceito adequado para o indício: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

O fato indireto permite que o juiz chegue, por meio de raciocínio dedutivo, à veracidade da afirmação do fato direto. Para que o fato indiciário seja considerado para a construção do raciocínio que leva à convicção sobre a veracidade do fato direito, deve ser objeto de prova, que, no caso, são denominadas provas indiciárias ou indiretas. A prova indiciária não se refere às afirmações de fato diretamente relacionadas com o *thema probandum*, mas aos fatos indiciários, dos quais, por trabalho do raciocínio, chega-se àqueles.

“O indício é um fato que, por essa razão, é chamado de fato indiciário, e, assim, deve ser colocado no mesmo plano classificatório do fato direto. O indício não é prova, pois, ainda que tenha o objetivo de demonstrar, de forma indireta (através de raciocínio judicial dedutivo), a afirmação do fato direto, antes de ser elucidado por meio de prova. Se o indício pode servir para o juiz pensar, por meio de raciocínio dedutivo, sobre a afirmação do fato direto, não se pode esquecer que ele, para ser tomado em consideração para o juiz formar seu convencimento, também deve ser objeto de prova.” [21]



Pelo exposto acima, fica claro que o indício não é prova, mas sim elemento para a formação da convicção do juiz acerca da veracidade da afirmação do fato direto. Como a prova indiciária é uma prova do indício, o que é indireto, nessa perspectiva, é o indício em relação ao fato direto. A diferença em relação à prova direta reside na finalidade, pois pela prova indiciária são provados os fatos indiciários, dos quais se pode deduzir o fato direto.

Apontadas as características e finalidade do indício e da prova indiciária, faz-se necessário indicar o que significa presunção. A presunção é o resultado de um raciocínio, que toma por ocorrido um fato a partir da prova de outro. Assim, a presunção não é meio e nem fonte de prova.[22]

O fato indiciário é o ponto de onde o juiz parte para a construção do raciocínio até o fato direto. Portanto, a presunção está mais próxima do raciocínio judicial do que da prova. Nesse ponto, esclarece Barbosa Moreira:

" [...] essa presunção não constitui, a rigor, meio de prova, ao menos no sentido que se dá a semelhante locução quando se afirma que é meio de prova, *v.g.*, um documento ou o depoimento de uma testemunha. O processo mental que, a partir da afirmação do fato *x*, permite ao juiz concluir pela afirmação também do fato *y* não se afigura assimilável à atitude da instrução, em que se visa a *colher* elementos para formação do convencimento judicial. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, por meio do raciocínio 'se ocorreu *x*, deve ter ocorrido *y*', nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis*. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire *mais uma prova*: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente".[23]

O juiz raciocina a partir do fato indiciário para chegar a uma conclusão, que é a presunção, de sorte que raciocínio presuntivo e presunção são conceitos que não se confundem. A presunção é a conclusão do raciocínio judicial.[24] Presume-se ocorrido um fato a partir da prova de outro.

Por sua vez, uma vez estabelecido que a presunção é o resultado do raciocínio judicial, impõe destacar que a presunção não se confunde com juízo a respeito da procedência ou improcedência do pedido. A presunção se apresenta

como elemento para formação da convicção do juízo, uma vez que pode coexistir com outras presunções ou mesmo provas de fatos diretos. Por exemplo: no caso da tutela inibitória, pode haver presunção de que um ato será praticado, mas, também, exista meio de prova que demonstre a ausência de ilicitude do ato, o que, por conseguinte, leva a um juízo de improcedência.

Pelo exposto, fica claro que a presunção e o juízo sobre a procedência ou improcedência do pedido são resultados do raciocínio judicial. Ocorre que o juízo sobre o mérito é mais abrangente do que a presunção. A presunção é um dos elementos utilizados para a formação do juízo sobre o mérito, de sorte que possui uma relação de instrumentalidade com esse último.

Para a construção do raciocínio que descobre a verdade sobre a afirmação de um fato a partir da prova do outro, o juiz deve utilizar as regras de experiência. “As regras de experiência são noções, generalizações e critérios que fazem parte do *sensu comum* do homem médio e são retiradas de sua experiência de mundo”[25]. São hipóteses construídas por indução a partir da observação do que normalmente acontece.

Na construção do juízo sobre o mérito, o juiz raciocina a partir das provas e presunções, julgando com base nas regras jurídicas e nas regras de experiência, conforme preceitua o art. 375 do CPC: “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a essas, o exame pericial”.

Quando se compreende a presunção judicial como conclusão de um silogismo, a regra de experiência se apresenta como a premissa maior e a premissa menor, o indício. Trata-se de relação, verificável pelas regras de experiência, entre o indício (fato conhecido e provado) e o fato probando (fato desconhecido) que autoriza a presunção judicial (conclusão).[26]

Para o juiz formar a presunção, deduzindo a veracidade do *fato probandum* a partir do fato indiciário, utiliza as regras de experiência como base para o raciocínio.[27] Assim, fica clara a distinção entre presunção e regra de experiência, pois a última é caminho para se chegar à primeira.

A regra de experiência tem a função de indicar se o fato indiciário pode ou não servir de premissa de uma inferência que conduza a uma conclusão relativa ao *factum probandum* (fato direto) especificamente. “Se essa inferência for possível, a circunstância será verdadeiramente *probans*, pois sustentará uma conclusão sobre a veracidade de um enunciado acerca de um fato em litígio; se não for, essa circunstância carece de qualquer valor probatório, não podendo ser propriamente um elemento de prova”[28]. Portanto, a questão é saber se o fato indireto

(indiciário) pode ser ou não a premissa de uma inferência que conduza a uma conclusão relativa ao fato em litígio (fato direto).

O núcleo do raciocínio que leva à presunção da ocorrência de um fato pela prova de outro é a utilização das regras de experiência. Por meio delas, o julgador pode realizar as inferências que ligam os dois fatos. São regras derivadas da experiência que funcionam como premissas de inferências dedutivas que ligam o fato indireto com o fato direto.

Na medida em que as regras de experiência se apresentam como ponto nevrálgico para a construção do raciocínio presuntivo, mostra-se imprescindível que estejam devidamente indicadas na motivação da decisão judicial. O fundamento lógico que o juiz utilizou para construção do raciocínio que levou à presunção deve ser conhecido pelas partes, sob pena de o contraditório não ser observado.

A prova indiciária e a compreensão do raciocínio judicial que a relaciona com o fato direto são meios úteis para a prova de fato de difícil verificação ou ocorrência, bem como para prova de fatos futuros, como no caso das demandas relativas à tutela inibitória.

#### **4. Prova indiciária e seus desdobramentos na tutela inibitória**

Conforme acima indicado, a ação que visa a tutela inibitória tem por fim impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. Portanto, trata-se de ação voltada para o futuro, que se dissocia da concepção do processo civil que se desenvolve apenas para o passado, ou, mais precisamente, para remediar a violação já praticada.

A tutela inibitória permite a atuação do Estado na esfera jurídica do sujeito antes de a lei ser violada, de modo que a jurisdição adquira o condão de agir antes da violação do direito subjetivo. A jurisdição passa a ter função preventiva, consolidando mandamento constitucional que assegura a todos o direito de exigir do Judiciário uma tutela capaz de impedir a violação dos direitos. Trata-se do estabelecido no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Sobre a atividade judicial na perspectiva da tutela preventiva (inibitória), oportunas as palavras de Ada Pellegrini Grinover:

*"a priori*, com o objetivo de evitar o dano que deriva da ameaça de lesão a um direito, antes que esta se consuma. Foi justamente salientado que, na tutela preventiva, o interesse

de agir não decorre do prejuízo, mas do perigo do prejuízo: em outras palavras, da ameaça de lesão ou, mais precisamente, frente a sinais inequívocos de sua incidência. (...) A superioridade da tutela preventiva foi recentemente assinalada, frente à inviabilidade da modalidade tradicional de tutela que consiste na aplicação de sanções, quer sob a forma primária de restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou ressarcimento. E a gravidade do problema, afirmou-se, aumenta de intensidade quando se passa das relações jurídicas de caráter patrimonial àquelas categorias em que se reconhece ao homem uma situação de vantagem insuscetível de traduzir-se em termos econômicos: os direitos da personalidade".[29]

Pelo exposto, fica claro que a tutela inibitória, como tutela preventiva, possui caracteres e finalidades diversos da tutela ressarcitória, de sorte que vários institutos do direito processual devem ser adaptados a essa nova modalidade de tutela. Dentre tais institutos, destaca-se o tema da prova.

A teoria da prova foi construída a partir da premissa de que o processo deve permitir a reconstrução dos fatos passados. Todavia, tal desiderato não pode ser alcançado na tutela inibitória, eis que essa visa inibir a consumação de um fato futuro. O fato futuro não pode ser diretamente provado.

Por sua vez, conforme aduzido acima, na tutela inibitória não é necessária a alegação de probabilidade de dano, nem a sua prova. Deve-se provar que a violação do direito é provável, não sendo necessário provar que, ao lado da provável violação, há probabilidade do dano. Na ação inibitória é necessário verificar a probabilidade da prática do ato, e se tal ato configura ilícito. Basta, assim, a probabilidade de ato contrário ao direito, ou melhor, basta o temor da prática de um ilícito.

O perigo, próprio à ação inibitória, não se liga ao dano, mas ao ato contrário ao direito. O que se teme é a probabilidade de ato contrário ao direito, que consiste em um prejuízo futuro. Aqui, fica evidente a desnecessidade de aferir a existência da culpa, já que não é possível valorar subjetivamente um comportamento futuro. A questão da futura ocorrência do ilícito, como objeto a ser apreciado no julgamento da ação inibitória, pode ser decomposta em dois elementos: a ameaça da prática de ato e a sua ilicitude.

O conceito de ilicitude depende, em regra, da mera comparação do ato com o ordenamento jurídico. Indica-se a conduta hipótese, eis que futura, e a compara

com as regras do ordenamento jurídico, qualificando-a como lícita ou ilícita. Assim, a afirmação de ilicitude da conduta futura, normalmente, não dependerá de prova, reduzindo-se à análise de uma questão de direito.[30]

Quanto à prova da ameaça, a questão se apresenta mais complexa, pois se trata de matéria de fato. A ação inibitória exige a prova da ameaça de lesão ao direito, de modo que, para verificar o grau de convicção que se exige para a concessão da tutela inibitória, faz-se necessário analisar as características dessa espécie de lesão.

Para compreender como a prova atua em relação à ameaça de ilicitude, faz-se necessário compreender o grau de convicção que a prova deve produzir para que a tutela inibitória seja concedida. Em apertada síntese, destaca-se que a convicção não se apresenta uniforme para todas as causas, mas impõe ao juiz a necessidade de analisar as particularidades do caso concreto, sobretudo àquelas relacionadas com o direito material.

A convicção judicial deve considerar as diferenças entre as várias situações de direito material, de modo que nas ações que veiculam tutelas preventivas, a formação do convencimento judicial é desenvolvida com vistas à probabilidade de concretização de uma ameaça. Assim, não é possível falar em convicção de certeza sobre a consumação da prática do ilícito para concessão da tutela inibitória.

Apesar de não se exigir convicção de certeza para a concessão da tutela inibitória, a questão da prova da ameaça não pode ser pautada apenas em critérios subjetivos, como se a afirmação de que se sente ameaçado fosse suficiente para a atuação de técnicas tendentes a dar concretude à tutela jurisdicional preventiva. A concessão da tutela inibitória exige a probabilidade da prática de conduta contrária ao direito, de sorte que o mero temor da prática não é suficiente para sua concessão, exigindo-se elementos objetivos que indiquem a intensidade da probabilidade apta a ensejar a atuação da tutela inibitória.

A doutrina construiu eficiente análise sobre as características da ameaça em outras ações que visam a atuação da tutela preventiva, como, por exemplo, o mandado de segurança preventivo. Por esse ângulo, urge reproduzir o ensinamento de Caio Tácito:

“o mandado de segurança preventivo tem, como pressuposto necessário, a existência de ameaça a direito líquido e certo, que importe justo receio de que este venha ter intensidade

bastante para gerar o elemento subjetivo (justo receio), um e outro sintomáticos da ilegalidade ou abuso de poder virtual ou potencial. Não é suficiente temor ou receio de que a autoridade exorbite seus poderes. Para que esse receio se torne justo, é mister que a autoridade tenha manifestado objetivamente, por meio de atos preparatórios ou de indícios razoáveis, a tendência de praticar atos ou omitir-se a fazê-los, de tal forma que, a consumar-se este propósito, a lesão do direito se torne efetiva. Assim como na violência consumada, o que o juiz atende reparando o direito, também na ameaça ou expectativa de violência ter-se-á sempre um dado objetivo que se caracteriza no ato ou omissão da autoridade”.[31]

Portanto, para indicar a probabilidade de ser consumada a conduta contrária ao direito, a ameaça deve estar embasada em fatores exteriores, em dados objetivos, que caracterizem uma verdadeira ameaça. “O que importa é a seriedade da ameaça, sua credibilidade, sua aptidão para infundir num espírito normal o estado de receio.”[32] A tutela inibitória não pode ser concedida com base em um perigo genérico, sendo imprescindível a presença de uma situação específica a ameaçar o direito. Referida situação específica é demonstrada por meio de atos preparatórios e concretos, que indiquem que a ação ou omissão virá a atingir patrimônio jurídico da parte.[33]

Conforme indicado acima, a tutela inibitória é exercida contra a ameaça de futura conduta contrária ao direito. A probabilidade da ilicitude será identificada pelo grau de gravidade da ameaça, que deve ser séria e grave, não podendo ser examinada sob o enfoque do seu elemento subjetivo. A ameaça de prática de ato antijurídico, impõe a presença do perigo da conduta ilícita que pode praticada no futuro, sendo, portanto, o pressuposto para a concessão da tutela inibitória.[34]

O perigo de dano jurídico e a ameaça de lesão, significam, objetivamente, sinais inequívocos de probabilidade de conduta ilícita, de modo que a ameaça deve ser objetiva e atual. Objetiva é a ameaça real, não invocada com base em suposições, mas por meio de atos e fatos. Por seu turno, atual será a ameaça que exista quando a tutela inibitória é pedida.

Como os atos concretos são preparatórios para um fato futuro (conduta ilícita), conclui-se que são indícios (indicativos) de que a violação ocorrerá. Por meio dos referidos indícios (fatos indiciários), indica-se a probabilidade de que a ilicitude será consumada, impondo a atuação da tutela inibitória. A ilicitude é o fato direto, que se relaciona com os atos concretos e preparatórios, que lhe são indícios. Por meio da prova dos fatos indiciários, forma-se um juízo de probabilidade sobre algo



que ocorrerá no futuro. Assim, urge destacar que, para enfrentar o problema da prova na ação inibitória, é importante conhecer os temas da prova indiciária, raciocínio presuntivo e presunção, expostos no tópico acima.

“De qualquer forma, é inevitável concluir que, se a prova recai em um indício, e o juiz, a partir dele, raciocina com base na experiência e no senso comum para elaborar uma presunção sobre a ocorrência de um fato futuro, o juízo sobre o mérito, na ação inibitória, não se submete aos mesmos rigores dos juízos ‘tradicionais’.”[35]

Para fins probatórios, entende-se que exigir prova plena da ameaça do direito inviabilizaria a tutela inibitória, sendo suficientes fundadas razões e indícios veementes. Pode-se afirmar que a ameaça ao direito, para atuação da tutela inibitória, deve ser aferida por meio da presença de critérios objetivos que indiquem a situação fática na qual está inserida a probabilidade da conduta ilícita. Não basta mero receio, pautado em temor estritamente subjetivo, que se encontra fundado em especulações psíquicas do titular do direito.[36]

Impende apontar que a questão da prova é mais problemática na tutela inibitória, se comparada com a tutela que busca a remoção dos efeitos do ilícito. Na ação judicial que visa a atuação da tutela inibitória, além de não importar o dano, mas apenas o ato contrário ao direito, leva-se em conta um ilícito futuro e não um ilícito já ocorrido. Na hipótese de haver ato ilícito anterior, da sua análise se pode inferir a probabilidade de sua continuação ou repetição no futuro. Por sua vez, maior dificuldade na produção da prova haverá no caso de ato que será praticado quando nenhum ilícito anterior foi cometido.[37]

Quando o ilícito já foi praticado, e a ação inibitória visa impedir a repetição da mesma conduta ilícita, o primeiro ilícito se apresenta como indício que, por meio de um raciocínio presuntivo, levará à conclusão (presunção) de que o ilícito provavelmente será repetido. Agora, quando se tratar de ação que busca a cessação da continuidade do ilícito, a prova de que o ilícito, ou uma atividade ilícita já se iniciou é prova indiciária apta a permitir com que o juiz realize um raciocínio presuntivo que chegue a uma presunção e ao juízo de procedência. Aqui, a prova indiciária recai sobre fato do mesmo porte daquele que se visa inibir.

Por sua vez, quando se teme a futura prática de um ilícito, e nenhum ilícito já foi praticado, faz-se necessária a prova de alegações de fato que sejam suficientes para que o órgão judicial forme um juízo de convicção sobre a provável prática da

ilicitude. Pelo fato de referida tutela ser voltada para o futuro, percebe-se que a prova na tutela inibitória terá como objeto fatos (afirmações) que indiquem a probabilidade da prática do ilícito. Trata-se, assim, de provar fatos indiciários que ensejem a oportunidade de o juízo se convencer sobre a probabilidade da prática de ato que se deseja inibir. Nesse caso, somente é possível demonstrar fato de natureza diversa daquele que se procura inibir, pois não há ato ilícito anterior que possa servir de indício para outro futuro. A prova da ameaça se faz em relação a atos preparatórios, ou a fatos objetivos que podem indicar o ilícito temido como provável.[38]

Como resultado de um raciocínio que parte da prova indiciária, a presunção não se apoia em convicção de absoluto de certeza, mas sim no que provavelmente se mantém da relação entre o fato-base e o presumido. Nesse sentido, o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco:

“Nenhuma presunção apoia-se em juízo absoluto de certeza. Presumir significa apenas confiar razoavelmente na probabilidade de que se mantenha constante a relação entre o fato-base e o presumido, sendo essa probabilidade havida por suficiente para neutralizar maiores temores de erro. (...) Todo o direito - e especialmente o processual - opera em torno de certezas, probabilidades e riscos, sendo que as próprias ‘certezas’ não passam de probabilidades muito qualificadas e jamais são absolutas porque o espírito humano não é capaz de captar com fidelidade e segurança todos os aspectos das realidades que o circundam.”[39]

Ainda quanto à ação inibitória sem um ilícito anterior, não é possível imaginar um grau de convicção para o juízo de procedência uniforme para todas as situações de direito material. A dificuldade probatória varia conforme a situação de direito material objeto da ação, de modo que há circunstância em que o juiz deverá, com vistas às particularidades do direito material envolvido, diminuir a exigência da prova. No caso, deve o juiz justificar a redução da exigência probatória a partir do direito material e das circunstâncias do caso concreto.

### **Conclusão**

Por todo o exposto, é possível perceber que a adequada compreensão e aplicação da tutela inibitória passa pela revisitação de institutos do direito processual civil, que devem ser conformados com a atual realidade do Estado constitucional, cujos contornos e estrutura se encontram pautados por uma série de compromissos sociais, como o dever de assegurar a todos a proteção

jurisdicional contra a ameaça ao direito. Assim, o desenvolvimento do processo não tem apenas como perspectiva o passado, buscando atuar após a lesão, mas, também, o futuro, com vistas a evitar a consumação do ilícito, que deve ser compreendido de forma dissociado do dano.

Na tutela inibitória, o fenômeno probatório tem como objeto um fato que ainda não aconteceu, mas que, diante de uma ameaça objetivamente exteriorizada, apresenta-se como provável de acontecer. Ocorre que o fato futuro não pode ser diretamente provado, de modo que a prova deve incidir sobre fatos que têm relação com o fato futuro, que, no caso, é uma conduta ilícita. Todavia, é importante destacar que a ação judicial que veicula a tutela inibitória não exige uma convicção de certeza sobre consumação da ilicitude futura. A tutela inibitória atua contra a probabilidade da ilicitude, ou seja, sua concessão é permitida quando atos objetivos demonstram que a ameaça do ilícito tem o condão de ser efetivada.

Para aferir se os atos que constituem a ameaça do ilícito são suficientes para formação de uma convicção sobre a probabilidade da conduta futura, o juízo deverá se pautar em provas indiciárias, que têm os atos de ameaça como indícios, e, por conseguinte, seu objeto. Por meio de um raciocínio, que parte das provas indiciárias, o juízo, pautado em regras de experiência, as relaciona com a conduta ilícita futura, que, no caso, é presumida. A presunção é sobre a probabilidade do ilícito, de sorte que o resultado é aceitação de um fato, sem dele ter conhecimento direto.

Entende-se que a finalidade comum e imediata de todas as presunções é a facilitação da prova. Referida finalidade é observável na tutela inibitória, pois, por meio do raciocínio presuntivo e a presunção, pode-se chegar ao conhecimento de fato futuro, ainda que provável, sem que seja diretamente provado.

Portanto, na ação que veicula a tutela inibitória, é imprescindível o adequado manejo dos conceitos de fato indiciário, prova indiciária, raciocínio presuntivo, regras de experiência, juízo e presunção. A prova do fato indiciário, e a construção do raciocínio que leva à probabilidade da ilicitude, como conduta a ser inibida, é de suma importância para o desenvolvimento da tutela preventiva, pois são por seu intermédio que a ação voltada para o futuro se torna possível.

NOTAS:

---

[1] RAPISARDA, Cristina. *Profili dela tutela civile inibitória*. Padova: Cedam, 1987. p. 16.

[2] Concorde-se com Cândido Rangel Dinamarco no sentido de ser a ordem processual marcada pelo publicismo, tendo objetivos que se inserem no sistema político-jurídico da nação, de modo que o estudo do direito processual tem como centro a jurisdição, considerada como um dos compromissos do Estado. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 91-92.

[3] A jurisdição desempenha atividade criativa, pois constrói significados para o texto normativo, com o fim de resolver a lide. Apesar de a função criativa da jurisdição ser ponto de extrema importância para a adequada compreensão dos institutos processuais, o presente artigo não o enfrentará, eis que não se coaduna com os fins aqui pretendidos.

[4] Para os fins do presente trabalho, entende-se como poder estatal o que é institucionalizado, ou seja, aquele que o Estado exerce em nome do povo, conforme estabelece o art. 1º da Constituição Federal.

[5] WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 21-31.

[6] Todavia, a possibilidade da atuação da tutela inibitória antes do ilícito, não significa que não possa também atuar para impedir a continuação ou repetição de um ilícito já praticado. Assim, a tutela inibitória pode ser utilizada (i) para impedir a prática de um ilícito; (ii) para impedir a repetição de um ilícito ou (iii) para impedir a continuação da atividade ilícita. Trata-se de possibilidade expressamente prevista no art. 497 do Código de Processo Civil.

[7] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *PROVA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 220.

[8] WATANABE, Kazuo. *Op. Cit.* pp. 58-59.

[9] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 14-15.

[10] Tendo em vista a relação indispensável entre o direito processual e o material, pode-se asseverar que a preocupação do Estado em tutelar de maneira diferenciada o direito está em consonância com a efetividade do processo. Quando o Estado confere direitos, deve, também, garantir mecanismos adequados para viabilizar a

efetividade do direito outorgado. Do contrário, a legislação estatal não passaria de garantia formal, destituída de conteúdo.

[11] RAPISARDA, Cristina. *Inibitoria (azione)*. Enciclopedia Giuridica Treccani, v. 17, p. 1.

[12] SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, ano 6, n. 22, p. 47, abr/jun. 2005.

[13] SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 226-227.

[14] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2001, p. 22.

[15] PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. T. LIII, p. 85.

[16] SPOLIDORO, Marco Saverio. *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*. Milano: Giuffrè, 1982, 161-163.

[17] PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado das ações*. São Paulo: ed. RT, 1970, t. I.

[18] SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 100.

[19] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019, p. 114.

[20] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova. Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 56-57.

[21] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 117.

[22] Apesar disso, o art. 212 do Código Civil refere-se à presunção como meio de prova. Há um erro técnico evidente no texto legislativo.

[23] BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *As presunções e a prova. Temas de direito processual civil – 1ª série*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 59.

- [24] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019, p. 119.
- [25] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 124.
- [26] DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª edição. Salvador: JusPodvm. 2016, p. 75.
- [27] A Lei 9.099/1995 trata expressamente das regras de experiência, autorizando o magistrado a considerá-las no momento de apreciação da prova (art. 5º). O CPC de 2015 as prevê no art. 375.
- [28] TARUFFO, Micheli. *A prova*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 103.
- [29] GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: *habeas corpus* e mandado de segurança. *RePro*, n. 22, São Paulo, Ed., 1981, p. 27.
- [30] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019, p. 267.
- [31] TÁCITO, Caio. Mandado de Segurança Preventivo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 61, Rio de Janeiro, FGV, jul.-set. 1960, p. 222.
- [32] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. III, p. 341-342.
- [33] “Mesmo no mandado de segurança preventivo, não basta o simples risco de lesão a direito líquido e certo, com base apenas no julgamento subjetivo do impetrante. Impõe-se que a ameaça a esse direito se caracterize por atos concretos ou preparatórios de parte da autoridade impetrada, ou ao menos indícios de que a ação ou omissão virá a atingir patrimônio jurídico da parte. Em direito tributário, se o autor inquina determinada exação, prevista em lei, de inconstitucional ou ilegal, mas não demonstra qualquer ameaça a seu direito de não pagá-la, descabe ação mandamental, que não tem por escopo interpretar a lei em tese” (STJ, REsp 18414/CE, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 15.06.1996, p. 9.223).
- [34] DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. MILANO: Giuffrè. 2ª ed. 1993, p. 149.
- [35] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 277
- [36] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, Vl. 8, t. III, p. 453.



[37] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 114.

[38] “Logo, nos termos da mencionada súmula, considerando que a autora, incontroversamente, percebia gratificação de função por mais de 10 anos, não poderia o empregador, sem justo motivo, revertê-la a seu cargo efetivo sem garantir-lhe a incorporação da gratificação, em clara ofensa ao princípio da estabilidade financeira e da irredutibilidade salarial. (...) Em que pese ausente reversão da reclamante ao cargo efetivo, assim como não houve cessação da gratificação de função, entendo que é pertinente a concessão da tutela inibitória a fim de que caso a obreira seja revertida ao seu cargo originário, deve ser mantida no cômputo de sua remuneração mensal o valor da maior gratificação da função”. (TST, AIRR 3095020175130030, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 08/05/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/05/2019).

“A ação inibitória para impedir a invasão de área de venda de concessionária autorizadas da mesma marca. Instrução do feito com documentos que trazem indícios veementes da atuação irregular da ré, que vem comercializando veículos na área da autora (Belo Horizonte) por meio de ‘bloqueios’. Infringência, em tese, da Lei que regula a comercialização de veículo e do contrato entre as concessionárias e o fabricante. Antecipação concedida. Recurso provido.” (1TACSP, AgIn 1040985-1 (42137), 6ª. C., j. 13.11.2001, rel. Juiz Windor Santos).

[39] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros. 2009. V. III. 6ª edição, p. 115.

### **Bibliografia:**

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*. Temas de direito processual civil – 1ª série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª edição. Salvador: JusPodvm. 2016.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. MILANO: Giuffrè. 2ª ed. 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros. V. III. 6ª edição. 2009.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1984, VI. 8, t. III.

FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). Enciclopedia del diritto. Milão: Giuffrè, 1971. Volume XXI.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: *habeas corpus* e mandado de segurança. *RePro*, n. 22, São Paulo, Ed., 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

\_\_\_\_\_ e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado das ações*. São Paulo: ed. RT, 1970, t. I.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. T. LIII.

RAPISARDA, Cristina. *Inibitoria (azione)*. Enciclopedia Giuridica Treccani, v. 17.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011

SPADONI, Joaquim Felipe. Ação inibitória. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SPOLIDORO, Marco Saverio. *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*. Milano: Giuffrè, 1982, 161-163.

TÁCITO, Caio. Mandado de Segurança Preventivo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 61, Rio de Janeiro, FGV, jul.-set. 1960.

TARUFFO, Micheli. *A prova*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

## A INCLUSÃO DO AUTISTA NO AMBIENTE DE TRABALHO

**LARYSSA BIANCA DOS SANTOS SENHORETO:**

Bacharelada em Direito pela Universidade Brasil.

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Professor Doutor Rodrigo Freschi Bertolo e Prof. Me. Marcia Kazume Pereira Sato.

**RESUMO:** O presente trabalho nos proporciona uma pesquisa sobre a inclusão do autista no ambiente de trabalho. Desde que o transtorno exspectro autista ficou conhecido, a realidade da sociedade dentro do mercado de trabalho é conhecida pela exclusão, as quais quem sofrem, não são somente os autistas, são os deficientes em geral. O alvo do trabalho é atingir o aumento dos postos de trabalho, mostrando os benefícios que podem possuir dando oportunidade aos autistas. Iniciamos sobre o conceito e características do transtorno exspectro autista, explicando os graus e as possíveis causas, em seguida a pesquisa explora as chances para alcançar oportunidades dentro do mercado de trabalho com a equiparação do ordenamento jurídico brasileiroespecialmente com as novas modificações adentradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. E o aspecto principal é a proteção jurídica dos indivíduos com TEA, bem como a inclusão e a preparação dos colegas de trabalho dentro da empresa.

**Palavras-chave:** Autismo; Inclusão; Mercado de trabalho.

**ABSTRACT:** This paper provides research on the inclusion of autism in the workplace. Since the self-expulsion disorder has become known, the reality of society within the labor market is known by exclusion, as people who suffer, not just autists, are generally disabled. The goal of the job is to achieve job growth by showing the benefits that autistic opportunities can offer. We start with the concept and features of automatic spectrum disorder, explaining the degrees and possible causes, then research explores the chances of reaching opportunities within the labor market with equalization of the Brazilian legal system especially with the new ones entered by the Statute. People with Disabilities. The key aspect is the legal protection of TEA members, as well as the inclusion and preparation of co-workers within the company.

**Keywords:** Autism; Inclusion; Labor market.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. O TRANSTORNO EXPECTRO AUTISTA (TEA).

2.1 Conceito e características . 2.2 A profissionalização do autista. 2.3 Diferença entre deficiência, incapacidade e desvantagem. 2.4 Lei Berenice Piana. 3. A PROTEÇÃO DO AUTISTA NO MERCADO DE TRABALHO. 3.1 A não discriminação do autista. 3.2 Acessibilidade da pessoa com autismo no mercado de trabalho. 4. A EMPRESA NA INCLUSÃO. 4.1 A adequação do ambiente de trabalho com a pessoa com autismo. 4.2 A função social da empresa na inclusão do autista no ambiente de trabalho. 4.3 A inclusão da pessoa com autismo por meio do estabelecimento com vínculo empregatício .5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

## 1.INTRODUÇÃO

O conceito geral nos diz que autismo é um tipo de transtorno que interfere na maioria dos casos a comunicação social, a interação e o comportamento dos indivíduos. Danificando assim, o início das atividades no ambiente de trabalho.

É um assunto muito significativo nos dias de hoje pois vem aumentando os casos que estamos lidando com o determinado contexto e precisamos entender definitivamente que o transtorno espectro autista não é uma doença complexa de se entender.

A descriminalização quanto a este conteúdo tem se tornado cada vez mais comum, e é por isso que escolhi falar sobre determinado tema a seguir manifesto. Há mais ou menos um ano atrás, meu sobrinho Hugo de apenas 3 anos, foi diagnosticado com o transtorno, e desde já comecei a pesquisar sobre o tema e decidi que queria fazer minha parte, mostrando que os autistas expõem o desenvolvimento físico normal. Mas têm muita dificuldade para tornar sólido as relações sociais ou afetivas e mostram viver em um mundo “espaçado”.

Existem cotas que obrigam as empresas a possuírem pelo menos uma determinada quantidade de funcionários com certa deficiência, porém o prejulgamento ainda fala mais alto e as empresas não cumprem com o determinado.

Os autistas são seres altamente inteligentes e se entendidos e explorados de uma maneira caracterizada podem trazer altos benefícios para a empresa e uma nova visão da sociedade.

Neste pensamento, a presente pesquisa tem por base analisar a inclusão dos autistas no ambiente de trabalho, tendo por apoio o ordenamento jurídico, revistas, livros sobre o tema.

“Mais do que leis, precisamos mudar mentes e corações”. (Pablo StolzeGagliano)

## **2.0 TRANSTORNO EXPECTRO AUTISTA (TEA)**

### **2.1 Conceito e características**

O autismo — nome técnico oficial: Transtorno do Espectro do Autismo (TEA) — é uma condição de saúde caracterizada por déficit na interação social, comunicação e comportamento. Não há só um, mas muitos subtipos do transtorno. E suas causas ainda não são certas.

Tão abrangente que se usa o termo “espectro”, pelos vários níveis de comprometimento - há desde pessoas com condições associadas (comorbidades: duas ou mais doenças ao mesmo tempo, na mesma pessoa), como deficiência intelectual e epilepsia, até pessoas independentes, que levam uma vida comum. Algumas nem sabem que são autistas, pois jamais tiveram diagnóstico e vivem dentro da normalidade.

Não é conhecida completamente a causa do autismo ainda, por ser um transtorno multifatorial. Porém, estudos recentes têm demonstrado que fatores genéticos são os mais importantes na determinação de suas causas (estimados entre 70% a 90% — e ligados a mais de mil genes), além de fatores ambientais, ainda controversos, poderem estar associados. (PAIVA JR, 2019, p. 36).

As principais características que os autistas possuem são objeção para comunicação social, dificuldade com a linguagem e hábitos repetitivos e limitativos. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), 70 milhões de pessoas em todo o mundo são autistas, com maior incidência no sexo masculino.

### **2.2 A profissionalização do autista**

Entende-se que o Direito à Profissionalização é considerado um direito fundamental, assegurado pela Constituição brasileira nos artigos 205 e 227, os quais assim dispõem:

**“Art. 205.** A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua **qualificação para o trabalho.**”

**Art. 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.”

Ainda, embora exposto na nossa Constituição Federal, no Brasil pouco se fala sobre a profissionalização do autista no âmbito brasileiro. Além disso, é muito insignificante as políticas que encorajam, e estimulam à inclusão da pessoa com TEA (Transtorno Espectro Autista) no ambiente de trabalho.

Para as pessoas com autismo o acesso à escola é complexo, porém se torna muito mais difícil nas universidades e cursos técnicos. No mais, a profissionalização gera uma ligação entre o indivíduo e o mercado de trabalho, e quanto menos qualificação ele possuir, mais complicado e maior dificuldade ele terá.

O acesso ao ensino superior ainda mais complicado para o autista, uma vez que “os métodos avaliativos e a rotina são mais sujeitas a variação” (NORA; KONS; AMORIM, 2017.)e, traz bastante incômodo e situações desagradáveis para estes indivíduos, pois são neurologicamente intolerantes às mudanças na rotina, tendo reações tormentosas quando isso ocorre.

Assim, é preciso que exista um maior estímulo para o ingresso das pessoas com o transtorno no ensino fundamental e superior, porém é preciso a preparação das escolas e dos determinados estabelecimentos e empresas para lidar com as diferenças se adaptar com as características específicas das pessoas com autismo.

A legislação brasileira vem se adaptando aos poucos. Posto isso, em 2016 entrou em vigor no estado do Amazonas a Lei Estadual nº 4.316, conforme estabelece a criação de centros de estudos profissionalizantes para as pessoas com o transtorno do espectro autista. Este princípio é uma inovação importante que visa complementar a Lei Federal nº 12.764 de 2012, que trata do direito ao trabalho para o autista. (**Lei proposta por Josué Neto prevê profissionalização para autistas**, de 13 de abril de 2016).



Deste modo, conforme todas as observações, conclui-se que para existir uma verdadeira inclusão do autista no ambiente de trabalho, primeiro é preciso existir reformas e mudanças da educação, iniciando desde as escolas até as universidades. Porque assim existirá melhores, novas e mais chances de introduzir-se ao mercado de trabalho.

### **2.3 Diferença entre deficiência, incapacidade e desvantagem.**

Existe um diferente entendimento sobre o conceito de deficiência, incapacidade e desvantagem, no âmbito nacional.

A IX Assembleia da Organização Mundial de Saúde, em 1976, propôs um novo tipo de classificação para a deficiência. Da análise existem três conceitos:

**Deficiência:** é a perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que pode ser temporária ou permanente. Incluem-se nessas ocorrências de uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer outra estrutura do corpo, inclusive das funções mentais.

**Incapacidade:** restrição, resultante de uma deficiência, da habilidade para desempenhar uma atividade considerada normal para o ser humano.

**Desvantagem:** prejuízo para o indivíduo, resultante de uma deficiência ou uma incapacidade, que limita ou impedem o desempenho de papéis de acordo com a idade, sexo, fatores sociais e culturais caracteriza-se por uma discordância entre a capacidade individual de realização e as expectativas do indivíduo ou do seu grupo social.

Nesta classificação dos termos estão conexos, porém não podem ser confundidos, pois a pessoa com deficiência não necessariamente será incapaz, pois a limitação causada pela deficiência não classifica a incapacidade absoluta do sujeito.

O autista possui grande dificuldade de comunicação social, embora não esteja hábil a exercer determinadas funções, é capaz de trabalhar em setores que não utilizam a interação da mesma.

O artigo 2º, da Lei 13.146, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), nos trás:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

## 2.4 Lei Berenice Piana

Aprovada a Lei Federal nº 12.764, em 27 de dezembro de 2012, que passou a ser conhecida como Lei Berenice Piana e constituiu a Política Nacional De Proteção Dos Direitos Da Pessoa Com Transtorno Do Espectro Autista no Brasil aumentando assim as perspectivas e direitos dos autistas.

O artigo 1º no seu § 1º dispõe sobre as originalidades para a distinção do transtorno autista, veja-se:

§ 1º Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II:

I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;

II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.

O andamento dessa lei teve início em 2009, através dos empenhos de Berenice Piana, mãe de um autista. Após o requerimento de Berenice, neste ano, o Senador José Henrique Paim Fernandes convocou várias audiências públicas, responsáveis pela elaboração do Projeto de Lei 1813/2011 que, posteriormente, deu origem a essa norma.

Somente depois desta lei é que a pessoa com autismo foi beneficiada com as mesmas garantias e direitos das pessoas com deficiência, como por exemplo, o Benefício de Prestação continuada da Assistência Social, reserva de vagas no serviço público e na iniciativa privada.

### 3. A PROTEÇÃO DO AUTISTA NO MERCADO DE TRABALHO

#### 3.1 A não discriminação do autista

A doutrina abrange a discriminação como “a diferenciação em vista de fator injustamente desqualificante”, ou seja, um tratamento desigual motivado por questões que não o justificam.

O princípio da não discriminação, embora esteja diretamente relacionado ao princípio da igualdade, não pode ser com ele confundido. Isso porque, o princípio da não discriminação tem um caráter negativo, de objeção a determinadas atitudes, visando a proteção da pessoa humana, enquanto que a isonomia vai além da questão da discriminação, não tendo somente uma faceta negativa, mas também tendo um lado positivo. (DELGADO, 2016).

Pode-se dizer que a não discriminação é apenas uma forma de expressar o princípio da igualdade, mas não somente a única, compondo, assim, o conteúdo deste princípio.

A Carta Magna estabelece como direito dos trabalhadores urbanos e rurais “Art. 7º, XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Existe uma grande falta e falha na contratação de trabalhadores com deficiência, e os com transtorno espectro autista, e isso configurou a edição da Lei nº 8.213, de 1991, que dispõe no artigo 93 sobre percentuais de reserva de vagas nas empresas para as pessoas com deficiência, como uma maneira de ajudar esses indivíduos com a facilidade ao trabalho, que em grande proporção sempre vivem excluídos.

A discriminação também ocorre quando existe uma questão referente ao salário. As pessoas com autismo não podem, devido as suas limitações, receber menos que outro funcionário que faça as mesmas funções, pois constitui grave

afronta a dignidade do empregado. Tendo assim o direito de possuir igualdade perante os demais.

### 3.2 Acessibilidade da pessoa com autismo no mercado de trabalho

A acessibilidade é considerada um direito fundamental, que representa um grupo de garantias que não são necessárias para o desempenho de direitos, e serve como ferramenta para concretizar direito à educação, saúde, trabalho e muito mais.

A busca por diversidade tem sido uma tendência do mercado de trabalho, ainda que mais tímida do que o desejável. Muitos podem pensar que isso se refere tão somente a diferenças raciais, de gênero ou orientação sexual. Mas, vai além. Abrange também a neurodiversidade – conceito que considera o desenvolvimento neurológico atípico uma diferença humana, que deve ser respeitada. E é isso o que algumas empresas estão fazendo ao contratarem profissionais com Transtorno do Espectro do Autismo (TEA). (PAIVA, 2019, p. 36).

Existem vários programas de inclusão que apoiam os autistas, um exemplo destes é o Abads (Associação Brasileira de Assistência e Desenvolvimento Social – antiga Pestalozzi de São Paulo), e a grande maioria de pessoas atendidas no projeto são autistas com deficiência intelectual, muitos deles não alfabetizados, e existem casos de autismo de alto funcionamento e um deles é de um advogado, passou no exame da OAB, porém tem muita dificuldade de comunicação e não atua na área, hoje trabalha com outra profissão de controle de entrada de mercadorias e é muito feliz com sua profissão.

A instituição atende 315 pessoas com deficiência sendo que 38 são autistas e 14% deste são devidamente empregados.

No início do programa é feito um acolhimento para conhecer as atividades que a Abads mantém logo em seguida eles assistem uma apresentação e preenchem um cadastro com o perfil do serviço desejado, e em seguida passa por uma avaliação. Depois ele precisa se cadastrar no Emprego Apoiado e receber um atendimento individual. “Apenas depois disso classifica-se o indivíduo conforme o apoio que ele precisa, e não pela deficiência que ele tem.” (PAIVA, 2019, p. 40).

Outro programa que auxilia a inclusão é o ITS (Instituto de Tecnologia Social). Que atendem todos os tipos de deficiência, autismo e risco psicossocial.

Existem também aqueles autistas sem apoio de programas especializados, que a família acredita ser o maior apoio.

“A ideia era ele aprender sobre o que significa trabalho, hierarquia, ter colegas de trabalho etc. E as terapeutas dele adoraram a ideia e se prontificaram a ir na escola dar orientações sobre os pontos principais e necessários a serem trabalhados, como assiduidade, pontualidade, responsabilidade, respeito”, lembrou a mãe, “AnaLu”. (PAIVA, 2019, p. 40).

No Brasil, podemos dizer que tenha começado uma conscientização por parte das empresas no papel social de inclusão, porém esse fator precisa aumentar.

A conhecida como Lei de Cotas (art. 93 da Lei nº 8.213/91), verifica que em 2018, 46.900 pessoas com deficiência foram contratadas por causa das fiscalizações do governo.

Precisamos entender que a obrigatoriedade das cotas mostre e indique os benefícios de contratar pessoas com limitações e o quanto torna o ambiente melhor e muito acolhedor, indicando assim a igualdade social e de direitos.

A esperança é que no futuro não precisamos ter mais leis de cotas, sim que as empresas percebam que incluam e dar oportunidade a diversidade traz mais crescimento profissional para a empresa e no âmbito dos clientes, também.

## **4.A EMPRESA NA INCLUSÃO**

### **4.1 A adequação do ambiente de trabalho com a pessoa com autismo**

Introduzir-se no mercado de trabalho é imprescindível para a pessoa se tornar independente. A proteção essencial ao ambiente de trabalho está expressa no artigo 200, VIII, da Constituição Federal de 1988, o que sugere o seu reconhecimento e a importância como um direito fundamental do trabalhador, consolidando as normatizações esparsas da CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas.

A adequação do ambiente de trabalho merece atenção especial nos casos de empregados com TEA. É que, a maioria dos autistas de todos os graus apresentam limitações de ordem sensorial, o que acarreta uma maior sensibilidade dos sentidos, principalmente da visão e da audição. (CAMINHA, 2008).

O lugar de trabalho para as pessoas com autismo precisa ser adequado com luzes, cores neutras e sem poluição sonora, que prejudica muito a socialização dos mesmos quando ficam irritados, por ambientes que não se sintam confortáveis.

As condições que ajudam o sentido, não pode sobrecarregar o sistema nervoso do empregado, pois afeta sua concentração e desenvolvimento do trabalho.

O mercado de trabalho precisa estar apto a acolher de forma justa e inteligente aqueles que possuem o autismo. Pois os profissionais com TEA enfrentam muitos obstáculos no seu dia a dia.

As pessoas com autismo possuem sensibilidade com vários sentidos, um deles é o tato, possuem também uma grande necessidade de criação de rotinas, e exercícios repetitivos, existe também como elencado anteriormente uma dificuldade de socialização com muitas pessoas, pois não é fácil criar uma interação. Porém possuem facilidade em trabalhar em atividades com rotina e padronizadas, não gostam do descumprimento de algumas normas estabelecidas, dificilmente se atrasam e são focados com seu trabalho, possuem uma memória extraordinária, mantém o local de trabalho limpo e organizado, se motivam com muita destreza. Quando proposta alguma tarefa, eles pesquisam muito além, completando de maneira exata, apresentam muitas habilidades e qualidades.

#### **4.2 A função social da empresa na inclusão do autista no ambiente de trabalho**

No âmbito de proteção, em especial na perspectiva dos autistas, precisamos atar-se a importância daqueles que geram empregos, contratam, é preciso verificar como as empresas podem usar métodos para as pessoas com TEA e ajudar nas suas dependências.

No campo do Direito Civil e do Direito Empresarial existem diversas normas que versam sobre a função social empresarial, vale citar: o artigo 47 da Lei 11.101/05, os artigos 116 e 154 da Lei 6.404/96 e o artigo 421 do Código Civil de 2002.



**Art. 47.** A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua **função social** e o estímulo à atividade econômica. (grifos nossos).

**Art. 116.** Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

**a)** é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

**b)** usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua **função social**, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. (grifos nossos).

**Art. 154.** O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da **função social da empresa**. (grifos nossos).

**Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da **função social** do contrato. (grifos nossos).

As ações e funções que versam incluir, adaptar e capacitar os funcionários com autismo, e até mesmo conscientizar os demais companheiros de trabalho, são atitudes determinadas positivas e corretas que nos explica o verdadeiro significado de função social.

Sobre a esta perspectiva inclusiva da função social da empresa, Marta Gil aduz ainda que à inclusão no mercado de trabalho, é necessário assegurar as condições de comunicação das pessoas que possuem deficiência com os demais funcionários da empresa e com todos os parceiros e clientes com os quais lhes caiba manter relacionamento. Não se trata, portanto, somente de contratar pessoas com deficiência, mas também de oferecer as possibilidades para que possam desenvolver seus talentos e habilidades permanecendo assim na empresa, atendendo aos critérios de desempenho previamente estabelecidos.

As empresas em si, quando realizam este tipo de inclusão no mercado de trabalho, não estão fazendo um certo tipo de caridade, e sim cumprindo uma postura correta conforme a sociedade, possibilitando e facilitando que os autistas tenham oportunidades dentro do ambiente de trabalho.

#### **4.2 A inclusão da pessoa com autismo por meio do estabelecimento com vínculo empregatício.**

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, destaca sobre à inclusão dos deficientes no trabalho, que afirma no seu artigo 37:

**Art. 37.** Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho.

Deste modo, observamos que os autistas precisam ser colocados em competição com os não deficientes, admitindo assim algumas regras de acessibilidade, recursos, uma determinada tecnologia assistiva e a adaptação de cada um no determinado ambiente de trabalho.

Porém, o sistema de trabalho em geral não está preparado para atender as pessoas com deficiência e o preconceito e a discriminação geram em torno as pessoas com TEA, sem nem sequer saberem as características da doença, que influenciam a contratação da pessoa.

As pessoas com autismo possuem um potencial muito extenso no sentido de rotina, detalhes e organização.

Muitas grandes empresas internacionais têm contratado funcionários com o transtorno espectro autista, pois acreditam que as características do autismo

podem ajudar no desenvolvimento das atividades e elaborações empresariais pois eles possuem um grande destreza e agilidade no ramo da tecnologia.

Possibilitar o ingresso ao trabalho para essas pessoas, que na maior parte das vezes vivem em situações de exclusão, que significa a concretização de uma garantia básica: o direito fundamental ao trabalho.

Entende-se que a formação profissional deve se dar início na escola e estender-se até as universidades, e precisa ser acessível a todos os níveis de aprendizagem. Constituindo assim autistas mais capacitados que possuam maior e melhores chances de conseguir uma oportunidade de emprego.

## **5. CONCLUSÃO**

De acordo com as informações apresentadas no presente trabalho, entende-se que a inclusão do autismo no ambiente de trabalho precisa começar desde a época da escola, até quando se tornarem adultos, e nos dias atuais está tornado cada vez mais difícil, devido ao preconceito e a discriminação da sociedade, portanto trago através deste artigo os benefícios que as empresas podem possuir, com funcionários com algum tipo de transtorno ou deficiência desde que colocados em funções em que se sintam à vontade para poder realizar o seu trabalho da melhor forma possível.

Como base no que foi apresentado, devemos nos atentar que a discriminação precisa de um tratamento específico, analisando a inclusão social de cada pessoa com o Transtorno Espectro Autista.

Logo, a política de cotas precisa realizar o seu dever de inclusão, e é preciso ser lançada em todos os níveis de deficiência, seja ela, grave ou leve.

A inclusão do autista no mercado de trabalho decorre não somente pela sua aceitação na empresa, consiste também na adaptação do ambiente de trabalho de acordo com as limitações de cada indivíduo, a fim de proporcionar uma melhor qualidade de vida para ele e para todos ao seu redor.

Por isso, é preciso realizar uma preparação da empresa para receber essas pessoas adequando essas instituições para recebe-los e tornar o ambiente mais acessível.

A contratação dos autistas não deve representar somente a realização de um empenho legal, mas sim de um pacto social. As empresas em todo modo,

precisam possuir uma responsabilidade ética com a sociedade, que precisará se realizar através da inclusão no ambiente de trabalho, explicando assim o quão importante é a função social da empresa.

Com todo o exposto, é preciso que os autistas sejam preparados e qualificados, para que sejam recebidos de forma correta na empresa. Cada caso, é um caso e deve ser avaliado e estudado separadamente, pois a percepção, habilidade e competência de cada autista são variáveis. Possibilitar o acesso ao trabalho para esses indivíduos que na maioria das vezes vivem excluídos, significa a concretização do direito fundamental ao trabalho possuindo assim uma determinada igualdade com os demais seres humanos, conscientizando a população que essa situação pode gerar benefícios para a sociedade.

A expansão da inclusão do autista no ambiente de trabalho deve ser colocada em prática com a intenção de colocar um fim a esse preconceito e colocar os autistas em um campo visível onde assim mostraram o melhor que possam ser.

## **6. REFERÊNCIAS:**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. **Lei proposta por Josué Neto prevê profissionalização para autistas**, de 13 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.ale.am.gov.br/2016/04/13/lei-proposta-por-josue-neto-preve-profissionalizacao-para-autistas/>>. Acesso em: 10 out. 2019.

CAMINHA, Roberta Costa. **D. Autismo: um transtorno de natureza sensorial?** 2008. 68 p. (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo, 2016. 886 p.

FERRAZ, Carolina Valença. **A pessoa com espectro autista e o Direito à Educação inclusiva**: comentários sobre a Lei nº 12.764/12. Revista Jurídica Consulex. - Ano 17, n. 386 (mar. 2013), p.33.

NORA, Daiane; KONS; Luiza; AMORIM; Miriam. **Autismo no Ensino Superior**. Disponível em: <<https://cotidianoufsc.atavist.com/autismo-no-ensino-superior>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

**ONU quer mais empregos para pessoas com autismo**, de 02 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/04/onu-quer-mais-empregos-para-pessoas-com-autismo>>. Acesso em: 04 set. 2019.

*TINÉ, Erika Braze Luíza*, **Conheça as características e aprenda mais sobre o Autismo**. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/53830-conheca-as-caracteristicas-e-aprenda-mais-sobre-o-autismo>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

## **TRÁFICO DE PESSOAS: TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL**

**LAIANE ESTEFENS FRANCISCO:**

Graduação em Direito, pelo Curso de Direito da Universidade Brasil.

Artigo apresentado como requisitos parcial para obtenção do título de Graduação em Direito, pelo Curso de Direito da Universidade Brasil. Orientador: Prof. Dr. Ademir Gasques Sanches e Prof. Me Marcia Kazume Pereira Sato.

**RESUMO:** O presente artigo traz como tema o tráfico internacional de pessoas com a finalidade de exploração sexual, o trabalho buscou entender como os aliciadores agem para conseguirem captar as suas vítimas, os perfis das vítimas e dos traficantes, quais são as formas de exploração sexual, sendo elas classificadas como o turismo sexual, lenocínio, prostituição e a exploração sexual infantil e quais são os fluxos do tráfico e as redes de favorecimento deste crime. Depois, de compreender esses tópicos, foi realizada uma pesquisa das legislações internacionais e nacionais, chegando então até ao Protocolo de Palermo, que com sua criação visou proteger e dar assistência às vítimas e também, punir os traficantes, Protocolo este que foi aderido por diversos países inclusive o Brasil, depois, além disso, foram realizadas várias pesquisas em diversos países como Argentina, Alemanha, África do Sul, Ásia e Japão para se entender a lei de cada um em relação ao este crime. Por fim, foi estudada a Lei Brasileira de nº 13.344/2016.

**Palavras-chave:** Tráfico de Pessoas; Vítimas; Traficantes; Legislações.

**ABSTRACT:** The present article has as its theme the international trafficking in persons for the purpose of sexual exploitation. The work sought to understand how the perpetrators act to capture their victims, the profiles of the victims and the traffickers, what are the forms of sexual exploitation. they are classified as sex tourism, pimping, prostitution and child sexual exploitation and what are the flows of trafficking and the networks that favor this crime. After understanding these topics, a survey of international and national laws was carried out, reaching the Palermo Protocol, which was created with the purpose of protecting and assisting victims, and also punishing traffickers. countries including Brazil, afterwards, moreover, several researches were carried out in several countries like Argentina,



Germany, South Africa, Asia and Japan to understand the law of each one in relation to this crime. Finally, the Brazilian Law No. 13,344 / 2016 was studied.

**Keywords:** Human Trafficking; Victims; Dealers; Legislations.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. O TRÁFICO DE PESSOAS: CONCEITO E CAUSAS.

3. FORMAS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. 3.1 Lenocínio. 3.2 Prostituição. 3.3 O turismo como forma de exploração sexual. 3.4 Exploração Sexual Infantil. 4. PERFIS DAS VÍTIMAS ALICIADAS PELOS TRAFICANTES DE PESSOAS. 4.1 Perfis dos aliciadores. 4.2 Formas de captação das vítimas. 5. REDES DE FAVORECIMENTO ATRATIVAS AS VÍTIMAS DE TRÁFICO. 5.1 Fluxos do tráfico internacional de pessoas. 6. LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS E NACIONAIS. 6.1 Protocolo de Palermo. 6.2 Tráfico Internacional de Pessoas no direito comparado. 6.2.1 Argentina. 6.2.2 Alemanha. 6.2.3 África do Sul. 6.2.4 Ásia. 6.2.5 Japão. 6.3 Evolução legislativa brasileira em relação ao tráfico de pessoas. 6.3.1 Lei nº 13.344/2016. 7. CONCLUSÃO. 8. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O tráfico Internacional de pessoas com a finalidade de exploração sexual vem atingindo diversos países e fazendo inúmeras vítimas. O tráfico refere-se a um crime que feri vários princípios e direitos humanos, sendo esses os morais e éticos, violentando de forma totalmente brutal a dignidade dos seres humanos, por conta disso, o Estado tem uma enorme responsabilidade em combater este ato criminoso.

Por se tratar de um crime que abrange vários países foi criada a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como o Protocolo de Palermo, sendo instituído por ele três protocolos, nominado por "Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; e o Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições; o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças".

A presente pesquisa, inicialmente será apresentada os conceito e quais são as causas do tráfico, logo, será tipificado as formas de exploração sexual e redes de favorecimento atrativas para as vítimas. Em seguida será feita uma análise das legislações internacionais, que tipo de leis cada países internacionais aplicam para este tipo de crime e o que é a Convenção de Palermo. Por, fim será analisada a legislação brasileira, e o que a lei nº 13.344/2016 ajudou para a prevenção e a punição deste crime.

## 2. O tráfico de Pessoas: Conceito e causas.

Tráfico de pessoas é o comércio ilegal de seres humanos, que são tratados como mercadorias, tanto para realizar trabalhos escravos, extração de tecido e órgãos, casamento forçado e o motivo mais comum é o tráfico para fins de exploração sexual.

Nos dias atuais, parece estranho acreditar que seres humanos sejam tratados como mercadorias. Contudo, segundo o relatório publicado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), denominado "Uma Aliança Global Contra o Trabalho Forçado", no ano de 2005 o lucro que os traficantes de seres humanos alcançaram 31,6 bilhões de dólares no mundo todo.

Outra pesquisa realizada pelo escritório das Nações Unidas contra as Drogas e Crime – UNODC, no ano de 2010, apontou um lucro de 3 bilhões de dólares por ano, somente com relação ao tráfico de pessoas para a exploração sexual na Europa.

Um dos principais motivos que chamam a atenção e motiva a prática do tráfico de pessoas é a falta de fiscalização e prevenção, que permite aos traficantes obter altos lucros, que se aproveitam da grande facilidade de deslocamento e comunicação nos dias atuais.

O Protocolo de Palermo foi promulgado no Brasil, pelo decreto Nº 5.017, de 12 de Março de 2004, que traz em seu artigo 3º, "a", a definição de tráfico de pessoas:

a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

O tráfico de pessoas acontece com o envolvimento de um agente ou de vários, que engana a sua vítima com falsas promessas de uma vida melhor, quase sempre com uma oferta de emprego.

As principais causas do tráfico de pessoas são a pobreza, desemprego, exclusão social e econômica, desigualdades sociais e de oportunidades, que contribuem para a vulnerabilidade dos países e populações, e os aliciadores se aproveitam dessas condições para ludibriar as vítimas com promessas falsas.

Aqueles grupos mais vulneráveis são os mais expostos e afetados pelas crises políticas e humanitárias, como exemplo, aqueles territórios em guerra.

### 3. FORMAS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

#### 3.1 Lenocínio

Lenocínio nada mais é do que o ato de promover ou facilitar a prostituição alheia, sendo tipificado nos artigos 227 ao 330 do Código Penal. É um delito conhecido desde o início da humanidade, sendo praticado por ambos os sexos, onde os homens são nomeados como cafetões e as mulheres como “senhoras”, essas pessoas trabalham gerenciando, cuidando dos lucros e conseguindo clientes para prostitutas. Geralmente o relacionamento de cafetões, senhores e as mulheres que se prostituem são bem turbulentas, onde é utilizado meio de manipulações, intimidações e até mesmo agressões.

#### 3.2 Prostituição

A prostituição é praticada desde a antiguidade, e é o ato de realizar relações sexuais em troca de dinheiro.

Guilherme Nucci (2015), define a prostituição como:

A prostituição é elemento normativo do tipo, significando o comércio habitual da atividade sexual. Demanda tempo e frequência, razão pela qual não se pode considerar uma pessoa prostituída porque uma vez teve relação sexual com alguém mediante contraprestação em dinheiro ou outro valor.

No Brasil a prostituição não é considerada crime, ou seja, a pessoa se prostituir por vontade própria não torna um fato criminoso, mas o que se torna crime é a retirada de proveito da prostituição alheia. Assim, essas condutas são chamadas de lenocínio e rufianismo, sendo punida no País.

Segundo a cartilha de Política Nacional de Enfrentamento do Tráfico de Mulheres, que foi elaborada pela Secretária de Políticas para as Mulheres com união com a presidência da República, traz duas definições de prostituição sendo a primeira dela, a prostituição forçada que é realizada sem o consentimento da vítima onde ela tem que ter relações sexuais sem sua vontade, sendo totalmente punida no Brasil. E a segunda é a prostituição voluntária, onde a pessoa quer se prostituir por vontade própria, sendo considerada até um trabalho, que tem o nome de profissional do sexo.

### 3.3 O turismo como forma de exploração sexual.

Como todos sabem além das várias culturas, praias maravilhosas e pontos turísticos que há no Brasil, o país é conhecido pelo mundo todo pela beleza das mulheres, expondo-as praticamente nuas em propagandas de televisão, revistas e sites da internet, infelizmente por conta disso o Brasil acaba sendo procurado para realização de Turismo Sexual.

Sobre este assunto a Secretária de Políticas para as Mulheres esclarece em sua cartilha:

Contribuem para essa realidade de exploração os estereótipos socialmente construídos e reproduzidos pelos meios de comunicação, que vinculam a imagem da mulher brasileira à sexualidade e acabam por incentivar, inclusive, o turismo sexual para o Brasil, uma das situações de risco para a ocorrência do tráfico de pessoas. (BRASIL, 2007)

Segundo o relatório realizado pela Polícia Federal, consta que a região Norte e Nordeste, e aonde se concentra o maior número de vítimas do turismo sexual.

O turismo sexual é realizado através de pacotes de viagens que possuem a realização de atividade sexual com pessoas do país em que o turista está visitando. Assim, conclui que é a comercialização de mulheres e homens que satisfaz a necessidade sexuais dos turistas. É enorme os locais que possuem o pacote de prostituição, geralmente é fornecido pelas agências, pousadas e hotéis que já tem o lugar e as pessoas que praticam esse determinado delito.

Mas esse tipo de crime não acontece apenas no Brasil, mas também em países estrangeiros vem ocorrendo os pacotes de sexo.

Conforme elucida Damásio E. de Jesus (2003) :

Um depoente afirmou que um pacote turístico pode ser vendido a qualquer pessoa na Alemanha pela quantia de 10 mil dólares. Tal pacote inclui uma passagem de ida para o Brasil, duas de volta para Alemanha, hospedagem no R.P. Hotel e também dinheiro para compras. O bilhete sobressalente é para que a garota vá para a Alemanha. As que chegam a ir, normalmente, ficam trancadas dentro de casa e são impedidas de aprender a língua do país. Alguns indivíduos querem recuperar o dinheiro investido nas moças e as emprestam mediante pagamento para seus amigos. Outras acabam por cair em mãos de gigolôs e não conseguem mais voltar para o Brasil.

Assim, podemos concluir que esse ato ilícito abrange todas as fronteiras, e para combater esse crime seria necessária a conscientização das pessoas, que devem ser realizadas no mundo todo.

### 3.4 Exploração Sexual Infantil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente da Lei de nº 8.069 de julho de 1990 traz em seu artigo 240 a definição de pornografia, como sendo: Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente.

Um dos principais meios de realizar esse ato criminoso é utilizado como ferramenta a internet, pelo fato de muitas crianças ter acesso com facilidade, os criminosos usam esse meio para atraí-las, criando perfis falsos para aliciar as crianças a produzirem matérias como foto ou vídeos.

Os pedófilos muitas vezes não conseguem controlar os seus desejos sexuais, assim os proprietários de redes de internet aproveita a oportunidade para criar sites, com imagens de crianças obtendo uma procura imensa de pedófilo, assim tendo um grande lucro financeiro.

Nesse contexto o tráfico de pessoas, mas especificamente o de crianças, tem como finalidade fornecer a vítima para o mercado pornográfico e para os pedófilos.

Infelizmente, percebe-se que o Estado tem se mostrado muito omissos em relação a esse crime tão horrendo. É necessário com urgência a criação de programas que fale sobre esse assunto e que oriente aos pais a falar com os seus

filhos de forma correta, orientando-os que não se pode falar com nenhum desconhecido pessoalmente ou pela internet.

#### 4. Perfis das vítimas aliciadas pelos traficantes de pessoas

Em se tratando em perfil de vítima primeiro precisa entender a definição dessa palavra, que é um fato criminoso que sobre cai a uma pessoa, tornando-se ela vítima. No tráfico internacional para fins de exploração sexual, o principal alvo, ou seja, a pessoa que dará lucros para os aliciadores são os clientes em sua maioria homens, assim, percebe-se que os clientes tem como sua preferencia mulheres novas, deste modo o perfil das vítimas são adolescentes e mulheres, conforme elucidada a PESTRAF: *No Brasil, o tráfico para fins sexuais é, predominantemente, de mulheres e adolescente, afrodescendentes, com idade entre 15 e 25 anos* (grifo deste trabalho).

Na maioria dos casos essas mulheres, possuem escolaridade baixo, ficando mais fácil dos aliciadores convence-las, uma vez que elas estão em busca de uma vida melhor e acreditando que mudando de país para “trabalhar”, vai conseguir esse objetivo. Como exemplo disso, pode-se usar o caso relatado na novela “Salve Jorge”, que abordou em seu tema o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, onde os traficantes procuravam em favelas, mulheres com baixa rendas e que estava atrás de uma vida melhor e as enganavas e levavam ela para a Turquia, onde eram obrigadas a se prostituir. Mas não é todos os casos que o fato da baixa escolaridade é o que prevalece para classificar como perfil da vítima nesse delito. Há casos em que apresenta mulheres com nível médio completo inclusive o nível superior também.

##### 4.1 Perfis dos aliciadores

O perfil dos aliciadores segundo pesquisa feita pela OIT, é de pessoas maiores de 30 anos, e é composto pela maioria figura masculina. Mas, também, há participação de mulheres, que geralmente são elas que atuam diretamente com a vítima passando para ela uma imagem de confiança, e induzindo-as através de conselhos, a aceitar a propostas dos traficantes.

No âmbito nacional o perfil dos aliciadores, a PESTRAF expõe:

De acordo com os dados de mídia, pode-se indicar que os homens (59%) aparecem com maior incidência no processo de aliciamento/agenciamento ou recrutamento de mulheres, crianças e adolescentes nas redes de tráfico para fins sexuais, cuja faixa etária oscila entre 20 e 56 anos. Com relação às



mulheres, a incidência é de 41% e a faixa etária é de 20 a 35. (Pesquisa mídia/PESTRAF, 2000).

Assim, pode-se chegar a conclusão que as mulheres trabalham no contato direto com a vítima, e com isso acaba demonstrando mais segurança para elas e os homens acabam ficando na parte de organizar o local que a vítima será presa, falsificações de passaporte o preparo de transportes, entre outros.

E por esse entendimento, a Secretaria de políticas para Mulheres elucidada em sua cartilha:

Não se pode negar que as mulheres desempenham um papel estratégico nas redes de aliciamento para o tráfico de pessoas, pois o esquema mais utilizado no Brasil é a utilização dos contatos sociais, de vizinhança, amizade e parentesco, que dá às ofertas uma aparência menos arriscada, em que as mulheres são apresentadas como fontes confiáveis. Contudo, também não se pode deixar de salientar a diferente posição que ocupam as mulheres que foram vítimas das redes do tráfico e se tornaram aliciadoras. (BRASIL, 2007)

Ainda, em sua cartilha a Secretária destaca que as mulheres que praticam o delito, na verdade são as próprias vítimas, pois dessa forma elas encontram um jeito de parar de ser explorada sexualmente. É claro que o Estado tem que adotar outra medida de punição para elas, levando em consideração que elas antes mesmo de se tornar aliciadoras elas eram vítimas e por extremo estado de necessidade levam-as a praticar o crime.

#### 4.2 Formas de captação das vítimas

As formas de captação das vítimas são classificadas em dois modos diferentes. Sendo a primeira, onde a vítima acredita que está viajando trabalhar como garçone, modelo, em lojas, babá, dentre outros tipos de serviços, sem nenhum tipo de serviço sexual, deste modo a vítima é absolutamente enganada.

Porém, no segundo modo a vítima já vai viajar sabendo que irá realizar trabalho de prostituição, mas também não deixam de ser enganadas, tendo em vistas, que a vítima vai viajar com o intuito de ganhar dinheiro, sabendo que irá se prostituir ou não, mas ambas as modalidades as vítimas são trancafiadas em algum sótão pelos traficantes.

Pelo fato, desse tipo de negócio possuir vários clientes, os aliciadores precisam estar sempre a procura de novas vítimas, por conta disso eles utilizam como forma de captação faixadas de agências de modelos, onde as próprias vítimas que sonham um dia ser uma grande modelo conhecida, vai atrás dessas agência e deste modo assim o aliciadores convencem que se elas querem fazer sucesso é preciso viajar para outro País, acreditando neles, elas topam e infelizmente chegando ao local, descobrem que não é nada do imaginaram.

#### 5. Redes de Favorecimento atrativas as vítimas de tráfico

É indiscutível como as organizações criminosas do tráfico internacional de pessoas são organizadas, sendo quase impossível de descobrir o tráfico, pelo fato dessas organizações utilizarem empresas como forma de faixada do ato ilícito, através de serviços legais, como por exemplo hotéis, pousadas, boates, entre outros.

Neste sentido, a OIT faz uma relação sobre as redes de favorecimentos:

**ENTRETENIMENTO:** prostíbulos, agências de acompanhantes, casas de massagem, casas de shows, danceterias, boates, bares, restaurantes, lanchonetes, motéis e barracas de praia.

**MODA:** agências de modelos.

**AGÊNCIAS DE EMPREGO:** para empregadas domésticas, babás, acompanhantes de viagens, dançarinas, atrizes e cantoras.

**VÍDEO:** produtoras de vídeos pornográficos

**TELESSEXO:** serviço de sexo "virtual" por telefone.

**AGÊNCIAS DE CASAMENTO.**

**TURISMO:** agências de viagens, hotéis, spas/resorts, empresas de táxi.

Percebe-se que a internet acaba se tornando o meio mais fácil e acessíveis para esse tipo de crime, pois com ela encontra-se a facilidade de buscar pessoas, isso porque nas agências de modelos existem dois tipos de modalidade sendo elas conhecidas como a ficha rosa, que é as modelos que realizam o seu trabalho em eventos e acabam aceitando realizar favores sexuais, e a outra e a ficha branca onde as mulheres realizam o seu trabalho em eventos, sem realizar qualquer tipo de relação sexual. A fichas rosa são conhecidas como "Acompanhante de luxo", isso porque, elas costumam sair com clientes bem sucessíveis.

## 5.1 Fluxos do tráfico internacional de pessoas

As rotas de tráfico internacional são compostas por três definições, sendo esses os países de origem, o transitório e o destinatário.

Os países de origem, como o próprio nome diz, são aonde tudo começou, ou seja, tudo começa pelo local onde morava a vítima antes de serem trancafiadas, sendo características desses países a pobreza, falta de trabalho.

O transitório são os territórios onde as fiscalizações são falhas e que dispõem de fronteiras secas, facilitando a rota de passagem para se chegar ao destino pretendido, assim correndo menos risco de serem descobertos. Já os países de destinatários é o local aonde as vítimas serão presas e exploradas sexualmente, sendo países desenvolvidos como Alemanha, Itália, Holanda, Turquia e Estados Unidos.

## 6. Legislações Internacionais e Nacionais

### 6.1 Protocolo de Palermo

O tráfico internacional se tratando de um crime que abrange o mundo todo e que tem como principais vítimas mulheres e crianças, foi preciso criar um meio no qual pudesse de certa forma punir esse crime. Diante disso, foi criado pela ONU no ano de 2000 a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, no qual foi adotado pelo Brasil no ano de 2014 por meio do decreto nº 5.017.

A convenção das Nações Unidas trouxe três protocolos diversos, sendo específico para cada tipo de combate crime, que são o Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; e o Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições; o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, conhecido mais como o Protocolo de Palermo.

Foi criado o Protocolo de Palermo tendo como finalidade garantir à proteção e dar assistência a vítima, adotando medidas como manter a identidade preservada que caberá cada estado desenvolver esse papel, também terá como dever fornecer a vítima apoio com psicólogos, alojamentos adequados, assistências médias, e informar as vítimas sobre o seus direitos, na língua que elas entendam.

Por se tratar de um crime perverso, em seu artigo 7 coube aos estados adotar medidas legislativas onde as vítimas possam ficar em seus territórios de modo temporário e permanente, e o artigo 8 vem para facilitar esses tipos de medidas.

Além de o protocolo citar artigos dando amparo as vítimas, têm como principal objeto a proteção delas para que não corra o risco de serem traficadas novamente, assim nos artigos 9 ao 13 o protocolo estabeleceu critérios de Prevenção e Cooperação dos Estados.

Portanto, percebe-se que os países do mundo inteiro tem se mostrado preocupados e que este protocolo é de um grande avanço mundial em relação ao combate de crime de tráfico, tendo em vista que se trata de um documento de âmbito internacional, ou seja, oferece a vítima as mesmas proteções e prevenções em diversos países. Mas, infelizmente há certas lacunas neste protocolo que devem ser preenchidas de forma mas correta, inclusive a própria definição de trafico de pessoas, uma vez que é aceita definições adotadas em outros dispositivos, assim causando alguns contradições uma dificuldade em seu entendimento.

## 6.2 Tráfico Internacional de Pessoas no direito comparado.

### 6.2.1 Argentina

A Argentina mesmo tendo ratificado o Protocolo de Palermo com a lei de nº 25.632/2002, e criando também vários programas de assistências e prevenção sobre o tráfico, programas esses nomeados como "Prevenção e Punição do Tráfico de Pessoas e Assistências a sua vítimas" e "Programa Nacional de Prevenção e Erradicação do Tráfico de Pessoas e Assistência às vítimas", entre outros, infelizmente tem se mostrado um país com o índice alto de vítimas deste crime, sendo território tanto de origem, quanto de destino.

### 6.2.2 Alemanha

Além de a Alemanha ter adotado o Protocolo de Palermo, e ter realizado algumas mudanças, como incluindo a exploração para trabalhos escravos, colocou em seu Código Penal uma seção voltada para o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, tendo como pena 06 meses a 10 anos de prisão.

### 6.2.3 África do Sul

Diante da enorme pobreza que há na África do Sul e principalmente pelo total descaso que tem os governantes sobre o tráfico de pessoas, os aliciadores aproveitam a oportunidade que o país de certo modo fornece para encontrar

vítimas, principalmente mulheres e crianças tendo com finalidade a exploração sexual.

#### **6.2.4 Ásia**

Conforme uma pesquisa divulgada pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), a Ásia está dentre os países em que mais possuem vítimas de tráfico, na sua maioria em relação a exploração sexual. Infelizmente, igualando-se com a África do Sul, os governantes também vem demonstrando totalmente inertes a respeito desse tema, contendo baixíssimas condenações aos traficantes.

#### **6.2.5 Japão**

Segundo uma pesquisa realizada pelo o Relatório do Departamento de Estado Americano, Japão foi classificado como um dos países onde mais desobedecem as leis de proteção as vítimas em relação ao crime de tráfico de pessoas e que quando cumprem os traficantes acaba recebendo sentenças muito pequenas.

### **6.3 Evolução legislativa brasileira em relação ao tráfico de pessoas.**

No ano de 1890 no Código Penal, foi abordado pela primeira vez na lei brasileira o crime de tráfico de pessoas, que se encontrava no artigo 248 e se tratava de lenocínio, no qual esse assunto foi modificado em diversas vezes, ocorrendo um aumento da pena entre 1 a 3 anos na lei 2.992 de 1915. Porém, em 1940 o Código Penal, modificou a lei para o artigo 231 sendo dada sua redação perante lei de nº 12.015 de 2009, mas esta lei teve sua vigência até 2016, sendo revogado pela lei nº 13.344/16 que tem seu vigor até nos dias atuais.

Considerando as diversas revogações feitas ao decorrer dos anos sobre o crime de tráfico internacional de pessoas, percebe-se que não foi apenas o Código Penal que teve seus artigos revogados, mas sim outros códigos como o Estatuto das Criança e do Adolescente o Código de Processo Penal.

#### **6.3.1 Lei nº 13.344/2016**

A lei de nº 13.344/2016 especifica diversos pontos importantes como as formas de prevenções e os princípios do trafico de pessoas, contendo vários dispositivos do processo penal e do direito penal.

Em seu primeiro artigo “caput”, estabelece que a lei será aplicada para as vítimas brasileiras, que o crime tenha ocorrido em territórios nacionais ou internacionais e para as estrangeiras apenas se o crime ocorreu no território nacional. Assim, pode se concluir que a lei não poderá ser aplicada para as vítimas estrangeiras onde o delito tenha acontecido no exterior, mas apenas no território nacional.

No paragrafo único do artigo 1º, traz a prevenção e a repreensão do delito, dando a atenção para as vítimas.

Diante das normas adotadas pela lei sobre a prevenção que se encontra no artigo 4 da lei, Ronaldo Batista Pinto e Rogério Sanches (2016), expõem:

Um conjunto articulado de ações entre a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entes não governamentais, sem ignorar a cooperação internacional para o intercâmbio de ideias e experiências e a execução de programas destinados a proteger a pessoa humana objeto desta espécie de violência, efetivará as obrigações assumidas pelo Brasil quando da ratificação da convenção.

Além do artigo 4º, os artigos 6º e 7º tratam da proteção e a assistência as vítimas, trazendo em se inciso VI, importância do Brasil conter um atendimento humanizado para vítimas, uma vez que elas precisam tanto de um amparo legal como emocional.

Sobre isto, Rogério Sanches e Ronaldo Batista (2016), reflete:

É comum, notadamente em se tratando de vítimas de tráfico relacionado à exploração sexual, que tais pessoas, ao serem atendidas pelos diversos equipamentos estatais, recebam uma censura, consideradas como verdadeiras culpadas pela mal que as aflige. Sobretudo quando aderiram, de forma espontânea, à prostituição, são tidas como maiores responsáveis, em inadmissível troca de papeis, passando de vítimas quase que a autoras do crime. O atendimento humanizado pressupõe a superação desse modelo. Comprometido em acolher ao invés de acusar, exige um treinamento especial daqueles que trabalham na área, de forma a capacitá-los para entender o sofrimento e a angústia da vítima. Uma equipe multidisciplinar,



abrangendo médicos, psicólogos, assistente sociais, etc., poderá fazer frente de maneira eficaz, a essa tarefa.

O artigo 5º da lei, traz referencia de repreensão que está deverá ser feita através de cooperação entre os órgãos que fazem parte do sistema da segurança e justiça, tanto nos Territórios nacionais quanto nos estrangeiros, formando equipes preparadas para investigar este crime e punir os autores.

O crime de trafico de pessoas para fins de exploração sexual, quanto qualquer outro crime de trafico como remoção de órgão, tecidos ou partes do corpo humano, trabalho escravizado, casamento forçado entre outros a vítima é tratada como mera mercadoria, diante disso, no artigo 2º da lei, traz como um dos princípios a dignidade humana, uma vez que o crime desrespeita totalmente este principio.

Apesar, da lei 13.344/2016 ter revogado os artigos 231 e 231-A ela acabou inserindo no Código Penal Brasileiro o artigo 149-A, tratando-se de um crime de ação múltipla, contendo variados verbos como: agenciar, recrutar, comprar, alojar, transferir, alojar e aliciar. Com essa mudança feita o artigo 149-A, trouxe uma abordagem mais completa e de fácil entendimento.

O sujeito ativo do crime e o passivo mediante o artigo 149-A podem ser qualquer pessoa, mas em alguns casos traz que dependendo a pessoa o crime pode-se ser aumentada de um terço até a metade, sendo o sujeito funcionário público, se o agente cometeu o crime contra uma criança ou se tem algum parentesco com a vítima ou se a pessoa trafica for retirada do território nacional. Porém o criminoso por ter sua pena reduzida de um a dois terços se caso o agente dor primário e não integrar a uma organização criminosa.

Apesar, de o Brasil fazer parte do Protocolo de Palermo, a lei n 13.000 conseguiu complementar algumas lacunas que o protocolo possui, acrescentando punições não apenas para o trafico com a finalidade de exploração sexual, mas também incluiu modo de punições ao trabalho escravo remoção de órgãos tecidos ou qualquer outra parte do corpo e adoção ilegal.

## 7. CONCLUSÃO:

Ao longo do presente trabalho, buscou-se compreender o que é as formas que se constitui o tráfico internacional de pessoas, como os traficantes trabalham nessa área, quem são as suas vítimas, as formas de traficar as vítimas com a finalidade de exploração sexual, e a lei para ampara a este tipo de crime.

Percebe-se que este crime é muito comum, e que são fáceis os acessos as vítimas, pelo fato do Estado se mostrar inerte a respeito disso. É um crime, que abrange diversos países e traz um número alto de lucro para os traficantes.

Mas felizmente o Brasil, com a Lei nº 13.344/2016 teve um grande avanço para o país, pois esta nova lei acabou implantando no Código Penal o artigo 149-A, que traz um fácil entendimento sobre o que é o tráfico de pessoas e suas penas, além disso a lei completou as lacunas que havia com o Protocolo de Palermo, no qual o Brasil faz parte desde 2014.

Conclui-se que mesmo com alguns descasos de países como a Ásia, África do Sul e Japão em relação o tráfico internacional de pessoas para a exploração sexual, o Brasil, Argentina e a Alemanha vem se mostrando evoluído e preocupado com a prevenção deste tal crime. Porém o caminho para se combater o tráfico é longo, e que cada vez mais os Estados tem que se posicionar, e tomar medidas urgentes, para lutar contra o tráfico internacional de pessoas.

## 8. REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Jaqueline. Tráfico de pessoas, subsídios para proposição de ações e políticas de segurança pública. Movimento de Emaús, 2013. Disponível em: <<http://www.movimentodeemaus.org/data/material/Trafico-de-pessoas-subsidios-para-acoes-de-seguranca-publica.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2019.

BALBINO, Vanessa Alves Nery. **Tráfico Internacional de Pessoas para fins de Exploração Sexual**. 2017. Fl. 32. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense de Macaé – Rio de Janeiro, 2017.

BRASIL. Lei de Nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm)>. Acesso em: 01 out de 2019.

BRASIL. Lei de Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em 20 out de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Cartilha Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Brasília, 2007. Disponível em:

<[https://reporterbrasil.org.br/documentos/cartilha\\_trafico\\_pessoas.pdf](https://reporterbrasil.org.br/documentos/cartilha_trafico_pessoas.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Secretaria Internacional do Trabalho. Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_civel/acoes\\_afirmativas/Trafico\\_de\\_Pessoas/trafico\\_div/trafico%20de%20pessoas%20para%20fins%20de%20exploracao%20sexual.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/Trafico_de_Pessoas/trafico_div/trafico%20de%20pessoas%20para%20fins%20de%20exploracao%20sexual.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2019.

JESUS, Damásio E. de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças** - Brasil: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva. 2003. 403 f.

LACERDA, Joyce da Silva. Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças para fim de exploração sexual, à luz dos direitos humanos. Monografias Brasil Escola. Disponível em:

<<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/trafico-internacional-mulheres-criancas-para-fim-exploracao-sexual-luz-direitos-humanos.htm>>. Acesso em: 20 out. 2019.

MARTINS, Felipe Antunez. Tráfico Internacional de pessoas para fins de exploração sexual: breves considerações. Canal Ciências Criminais, 16 de maio de 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/trafico-internacional-de-pessoas-para-fins-de-exploracao-sexual-breves-consideracoes/>>. Acesso em 15 set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas, 2ªed. 2015.

NÚMERO de casos de tráfico de pessoas atinge recorde em 13 anos, indica relatório. Nações Unidas, 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/numero-de-casos-de-trafico-de-pessoas-atinge-recorde-em-13-anos-indica-relatorio/>>. Acesso em 23 ago. 2019.

PRINCIPAL rotas do tráfico de seres humanos. DHnet. Disponível em:

<[http://dhnet.org.br/direitos/novosdireitos/traficoseres/principais\\_rotas\\_trafico\\_pessoas.pdf](http://dhnet.org.br/direitos/novosdireitos/traficoseres/principais_rotas_trafico_pessoas.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2019.

POZZER, Marina Giacomini. Tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/75193/trafico-de-seres-humanos-para-fins-de-exploracao-sexual>>. Acesso em 15 set. 2019.

REGIÕES Norte e Nordeste têm altas de taxas de tráfico sexual de crianças, diz PF. Atual Amazonas, Manaus, 26 de mar. de 2018. Disponível em: <<https://amazonasatual.com.br/regioes-norte-e-nordeste-tem-altas-taxas-de-trafico-sexual-de-criancas-diz-a-pf/>>. Acesso em 24 ago. 2019.

SANTOS, Mauricio Januzzi. Estatuto da Criança e do Adolescentes – Comentários do ECA sobre a Lei nº 11.829/08. Conteúdo Jurídico, 2015. Disponível em:

< <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44365/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-comentarios-do-eca-sobre-a-lei-n-11-829-08>>. Acesso em: 15 set. 2019.

TRÁFICO DE MULHERES: POLÍTICA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO, BRASÍLIA: SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA MULHERES, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2011.p. 15. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/trafico-de-mulheres-politica-nacional-de-enfrentamento>> . Acesso em 19 set. 2019.

UMA ALIANÇA GLOBAL CONTRA O TRABALHO FORÇADO (2005). ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). GENEBRA (SUÍÇA). Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_227553.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227553.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2019.

## ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A NOVA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 105/2019

**DÉBORA COELHO COSTA:** Bacharel em Direito pelas UFMA, Pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado, Assessora do Ministério Público de Contas do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão

**Resumo:** Entre tantos desafios envolvendo o controle dos recursos públicos, surge o repasse de emendas individuais ao Orçamento Federal para Estados, DF e Municípios, haja vista a recente modificação, advinda com a Emenda Constitucional n.º 105/2019, promulgada em 12/12/19, e já em vigor desde 1º/1/20, que acrescentou o art. 166-A à CF/88, instituindo duas novas modalidades de transferências: a) transferência especial, e; b) transferência com finalidade definida. A primeira foi criada com uma natureza jurídica nova, que não se amolda completamente à natureza das transferências constitucionais obrigatórias (a exemplo do FPM ou do FPE) tampouco às voluntárias (tais como convênios), apesar de ter com cada uma destas um ou alguns pontos de semelhança. A nova transferência ESPECIAL tem natureza e traços próprios, autorizando o repasse DIRETO de recursos para as contas do FPM e do FPE, dos entes beneficiados, indicados pelos parlamentares, sem a necessidade de firmar convênio ou outro instrumento. Adotou-se forma menos burocrática, de repasse mais célere, eliminando etapas de fiscalização e controle previstas nos casos dos convênios, permitindo que recursos de fontes e regras de uso diferentes sejam misturados numa mesma conta bancária. E, ainda, incorpora tal recurso ao patrimônio do ente beneficiado desde o ato da transferência, deixando a competência de fiscalização destes a cargo dos órgãos estaduais ou municipais de controle (Tribunais de Contas dos Estados, DF e Municípios), sem fixar uma regulamentação própria que evite a malversação dos recursos.

**Palavras-chave:** Emendas individuais impositivas. Transferência Especial. Transferência Direta.

**Abstract:** Among so many challenges involving the control of public resources, there is the transfer of individual amendments to the Federal Budget to States, DF and Municipalities, given the recent modification, arising from Constitutional Amendment No. 105/2019, promulgated on 12/12/12 / 19, and already in force since 1/1/20, which added art. 166-A to CF / 88, instituting two new transfer modalities: a) special transfer, and; b) transfer with defined purpose. The first was

created with a new legal nature, which does not conform entirely to the nature of mandatory constitutional transfers (such as the FPM or FPE) nor to voluntary ones (such as agreements), despite having with each of them one or a few points of similarity. The new SPECIAL transfer has its own nature and characteristics, authorizing the DIRECT transfer of funds to the FPM and FPE accounts, of the beneficiary entities, indicated by the parliamentarians, without the need to sign an agreement or other instrument. A less bureaucratic way was adopted, with faster transfer, eliminating inspection and control steps provided for in the cases of agreements, allowing resources from different sources and rules of use to be mixed in the same bank account. And, yet, it incorporates such resource to the patrimony of the benefited entity since the act of transfer, leaving the power of inspection of these to the state or municipal control bodies (Courts of Accounts of the States, DF and Municipalities), without establishing a specific regulation that avoids misuse of resources.

**Keywords:** Individual imposing amendments. Special Transfer. Direct Transfer

**Sumário:** Introdução. 1.Evolução do Sistema. 2.Mudanças com a EC N.º 105/2019. 3. Implicações de tais mudanças. 4. A necessidade de regulamentação. Conclusão. Referências.

## Introdução

As emendas parlamentares, segundo CF/88, são instrumentos que o Congresso possui para participar da elaboração do orçamento anual, enviado anualmente pelo Executivo. Acrescentam propostas de programações orçamentárias que visam atender as demandas das populações dos locais que os parlamentares eleitos representam. Influenciam diretamente na decisão sobre onde o dinheiro público deverá ser gasto, opinam e influem na alocação de recursos públicos em função dos compromissos que estes assumiram durante seu mandato.

Existem quatro tipos de emendas feitas no orçamento: a individual, de bancada, de comissão e de relatoria. Ambas são subordinadas às normas rígidas estabelecidas pela CF/88, LRF ( LC n.º101/00), Lei n. 4320/64 e reguladas pela Resolução n.º 01/2006 do Congresso Nacional.<sup>[1]</sup>

A primeira, a emenda INDIVIDUAL, será a de maior interesse na análise aqui tratada. De autoria de cada Senador ou Deputado. Atualmente representam dentro do Congresso Nacional: 513 Deputados e 81 Senadores, alcançando o total de 594 parlamentares.

De acordo com a Resolução n.º 01/2006 do CN (modificada pela Resolução n.º 3/2015 -CN, após EC. n.º 86/15), cada parlamentar pode apresentar,



a cada ano, até 25 emendas INDIVIDUAIS e, geralmente, indicam como beneficiários, justamente, os entes onde estão localizadas suas bases eleitorais, ou seja, onde moram os eleitores que votaram neles e aos quais eles representam.

A partir de 2015, com a promulgação da EC N.º 86/2015<sup>[2]</sup>, que alterou pontualmente os art. 165 e 166 da CF/88, conferindo ao orçamento um caráter mais impositivo do que só autorizativo, passaram a vigorar as seguintes regras a respeito dos limites para indicação e execução das referidas emendas INDIVIDUAIS:

a) podem estas serem indicadas até o valor total equivalente a, no máximo, 1,2% da receita corrente líquida prevista no próprio projeto da LOA (§ 9º do art. 166 da CF/88 e art. 49 da Resolução n.01/2006) e;

b) devem obrigatoriamente serem executadas pelo Executivo no valor máximo equivalente a 1,2 % da receita corrente líquida da União do ano anterior;

c) sendo que o equivalente à metade desse valor (ou seja, até 0,6% da RCL do ano anterior) devendo ser gasto e destinado a ações e serviços públicos de SAÚDE, desde que não seja para suprir despesas com pessoal ou encargos sociais (§ 9º).

Em termos práticos, tomando-se como base os valores das receitas correntes líquidas, tanto a prevista no projeto da Lei Orçamentária de 2020 (PLN 22/2019—já aprovado e atualmente em vigor) quanto a apurada no exercício anterior de 2019, bem como com base nos dados divulgados no informativo conjunto disponibilizado pela Agência do Senado,<sup>[3]</sup> no orçamento deste ano de 2020, cada um dos 594 parlamentares (513 deputados +81 senadores) puderam propor esta modalidade de emenda, ou melhor, INDIVIDUAL, até o limite de 15,9 milhões (CADA UM). No total, multiplicando pelo número destes parlamentares, significou que o limite para propor emendas individuais para LOA 2020, foi de aproximadamente de 9,5 bilhões.

E isto de fato ocorreu, eis que os Deputados apresentaram 7.269 emendas individuais, no total de R\$ 8,2 bilhões, enquanto os Senadores apresentaram 1.072 emendas individuais, na soma total de R\$ 1,3 bilhão.

Deste total de 7.269 emendas individuais, vale ressaltar que 3.057 emendas individuais foram indicadas e destinadas para serem gastas com ações e serviços de saúde, no valor total de R\$ 5.506.229,9 bilhões, cumprindo o § 9º do art. 166 da CF/88 e art. 49 da Resolução n.01/2006). (Fonte: SIGA).

Estes, inclusive, tiveram o prazo até 16 de fevereiro de 2020 (terça-feira), segundo estabelecido na LDO 2020, publicada no dia 20/01/2020 no DOU, para indicarem, por fim, os Municípios para receberem emendas parlamentares, informando os valores e os beneficiários diretamente no cadastro do SIOP.<sup>[4]</sup> Entre estes, os que deverão receber estes recursos por meio das novas modalidades de transferências implementadas através da EC N. 105/2019.

### **1. Evolução do sistema**

Até então, para que essas emendas individuais impositivas, efetivamente chegassem às contas dos entes beneficiados, embora dispensando a comprovação de adimplência destes como normalmente se exigia para celebrar convênios até antes de 2015, era necessária a celebração de CONVÊNIOS, CONTRATOS DE REPASSE ou instrumentos similares, com os órgãos da União e por intermédio da sua mandatária, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

Nestes casos, a CAIXA atua na transferência e gerência bancária das contas específicas para recebimento de tais valores, bem como na fiscalização da aplicação de tais recursos. Atua também nos processos de enquadramento, de análise da engenharia, verificação dos resultados dos processos licitatórios, acompanhamento da execução físico-financeira, bem como da reprogramação contratual. Exerce um papel fundamental de controle e oferece maior eficiência e eficácia na aplicação regular dos recursos, para que estes realmente alcancem seus objetos e objetivo final, garantindo que a população realmente seja alcançada pelos benefícios imediatos de tais recursos.

Ou seja, de forma geral, as emendas parlamentares INDIVIDUAIS federais, até então, eram transferidas aos demais entes federados beneficiados, por meio de TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA (espécie tratada no art. 25 da LC N.º 101/00 - Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>[5]</sup>), dentro dos moldes e limites impostos pelo Decreto n.º 6.170/2007 e regulamentado pela Portaria Interministerial n.º 127/2008 - antiga sistemática de celebração de convênios regida pela Instrução Normativa n.º 1/1997-STN. 70/2007 e regulamentado pela Portaria Interministerial n.º 127/2008, exceto quanto à obrigatoriedade de comprovar adimplência (que passou a ser dispensada desde a EC N.86/2015).

Em tal sistemática, embora o recebimento de tais recursos nas contas dos entes beneficiários, fosse mais demorado, a vantagem era que existia um maior controle sobre a aplicação dos recursos. O trâmite prévio exigido antes da liberação dos valores, possibilitava, justamente, uma fiscalização mais efetiva que, até então, era de responsabilidade dos órgãos de controle internos federais, do Tribunal de

Contas da União, da Controladoria Geral da União, e do Ministério Público Federal e a da Polícia Federal.

Os parlamentares, primeiramente, indicavam suas emendas individuais pelo SIOP<sup>[6]</sup>. Depois cadastravam os dados das mesmas no SINCOV. A partir de quando as indicações passavam a ser examinadas pelos órgãos federais, que, por fim, concluía-se pela aprovação ou não das mesmas, ou pela necessidade ou não de complementação ou ajuste.

Se aprovadas, passava-se à fase de celebração do contrato de repasse ou convênio, após realizado o EMPENHO DO CRÉDITO, até o último dia útil do ano, podendo a partir daí ser realizado os atos subsequentes como autorização para realizar licitação, contratação, início dos objetos, liberação dos recursos empenhados, pagamentos e execução dos serviços, tudo também fiscalizado e acompanhado por intermédio da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

Do mesmo modo, a transparência e formas de controle sobre a aplicação de tais verbas, eram garantidas tanto aos órgãos de controle quanto aos cidadãos, por meios dos sistemas, plataformas e instrumentos disponibilizados no âmbito federal, com é o caso do SINCOV<sup>[7]</sup>, da Plataforma mais Brasil<sup>[8]</sup>, do próprio portal da transparência federal da CGU<sup>[9]</sup>, e da câmara federal<sup>[10]</sup>.

Acontece que, segundo opinião dos parlamentares que votaram a favor da aprovação da EC N.º 105/2019, toda essa burocracia e trâmite propicia a demora no repasse destes valores aos entes e dificulta a execução e término das obras ou serviços por partes destes, motivo pelo qual defendem a aprovação da PEC n.º 48/2019, denominada por eles como a “PEC DA EFICIÊNCIA”<sup>[11]</sup>.

Ao contrário do que opinou a maioria expressiva dos 505 cidadãos que participaram no portal da Câmara e Senado sobre esta PEC, ao manifestarem-se que autorizar e permitir o repasse direto desses valores para prefeituras, por exemplo, sem necessidade de convênio e , principalmente, em pleno ano eleitoral, é temerário e um retrocesso ao controle de recursos.

Da forma como também entendeu o Ministério Público Federal que, inclusive, denominou esta PEC de “PEC DA CORRUPÇÃO”<sup>[12]</sup> por considerar que o repasse direto de tais recursos fragiliza o combate à corrupção justamente por dispensar etapas e instrumentos de controle utilizados nos casos de repasse de transferências voluntárias, por exemplo.

Mesmo sem aprovação popular, foi promulgada a EC N.º 105/2019<sup>[13]</sup>, em 12/12/2019<sup>[14]</sup>, decorrente dos projetos de emenda PECs n.º 61/2015 e 48/2019, que acrescentou o art. 166-A na CF/88, e passou a permitir que as emendas parlamentares INDIVIDUAIS, a partir de janeiro deste ano de 2020, sejam repassadas aos entes federados por meio de duas novas formas de transferências:

- a) sendo a primeira denominada TRANSFERÊNCIA ESPECIAL (inciso I do art. 166-A) e;
- b) a segunda denominada TRANSFERÊNCIA COM FINALIDADE DEFINIDA (inciso II do art. 166-A).

## **2. Mudanças com a EC N.º 105/2019**

Na presente análise, é sobre a TRANSFERÊNCIA ESPECIAL que devemos dedicar mais atenção, visto que esta é que apresenta, de fato, uma nova modalidade de procedimento para transferência de tais emendas. Transfere realmente, a esfera de fiscalização e controle, que antes era de competência federal, deixando está a cargo da esfera estadual, incluindo mais esta missão aos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios.

Segundo essa nova modalidade de transferência da EC N.º 105/2019, denominada de TRANSFERÊNCIA ESPECIAL, passou a ser permitido que os valores das emendas parlamentares individuais, que são destacadas dos cofres da União, sejam repassados, obrigatoriamente, de forma DIRETA para as contas do FPE e FPM, dos Estados e Municípios, indicados pelos parlamentares como beneficiários, sem exigir destes que as incluam no SINCOV, nem que apresentem planos de trabalhos nem projetos ou assinem qualquer documento como condição prévia para recebê-las.

Ou seja, a inovação dispensa a exigência da celebração prévia de convênio, contrato de repasse ou outro instrumento similar com um órgão público da União ou intermediário (inciso II do § 2º do art. 166-A), bem como a necessidade de abertura de conta bancária específica para receber tais recursos, podendo essa verba da União ser transferida diretamente para as contas do FPM e FPE dos entes beneficiários.

A nova emenda confere a estes, apenas de forma opcional, a possibilidade, de firmarem contratos de cooperação técnica para fins de subsidiar o acompanhamento da execução orçamentária na aplicação deste recurso (§ 3º do art. 166-A), mas só se assim desejarem.

Sendo assim, nesta nova modalidade de transferência, os valores repassados por ela passam a pertencerem aos entes federados beneficiados, imediatamente, a partir do momento da transferência ( inciso II do § 2º), a partir de quando estes podem utilizá-los, inclusive, de forma livre e discricionária, sem vinculação, ou melhor, da forma como quiserem, desde que os apliquem nas áreas finalísticas de sua competência (inciso III do § 2º) devendo observar, apenas, algumas regras estabelecidas na própria emenda, quais sejam: a obrigação de terem que aplicar, pelo menos, 70% desta espécie com gastos de capital (obras, por exemplo) (§ 5º).

A nova emenda constitucional estabelece, ainda, que as transferências, tanto a Especial quanto as de Finalidade definida:

- a) NÃO integrarão a receita dos entes federados beneficiados para fins de REPATRIAÇÃO nem para cálculo dos LIMITES com despesa de pessoal e inativo e de endividamento (parágrafo 1º);
- b) bem como NÃO poderão ser aplicadas no pagamento de DESPESAS COM PESSOAL e ENCARGOS SOCIAIS de ativos, inativos e pensionistas ( inciso I, do § 1º) nem de encargos referentes a serviço de dívida ( inciso II do § 1º).

A permissão do repasse direto, sem exigir mais a prévia celebração de convênio, no caso das TRANSFERÊNCIAS ESPECIAIS, foi a mudança que acabou por atrair, portanto, a partir de então, a competência dos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, CGE, órgãos de controle interno dos Estados e municípios, bem como do Ministério Público Estadual para fiscalizarem tais recursos.

Já sobre a outra modalidade de transferências, também prevista na EC N. 105/2019, ou seja, a transferência com FINALIDADE DEFINIDA, os recursos não poderão ser aplicados de forma discricionária pelo poder executivo dos entes federados beneficiados. Nesta modalidade, o recurso será VINCULADO à programação estabelecida na emenda parlamentar e aplicados nas áreas de competência constitucional da União (incisos I e II do § 4º), motivo pelo qual, pode-se concluir que, nesta modalidade, foi mantida a antiga e já utilizada sistemática aplicada às emendas parlamentares individuais, antes da promulgação da EC N. 105/2019. Não mudaram significativamente suas regras quanto à sua fiscalização que continuará sendo dos órgãos de controle da União.

É o caso do TCU, CGU, MPF e PF, e sua natureza jurídica continuará sendo muito similar à das transferências voluntárias, principalmente quanto a sua vinculação, já que continuarão a serem verbas vinculadas à programação estabelecida na emenda parlamentar, dependente da vontade deste, em querer passar tal valor a um determinado ente, e deste em querer receber tal valor através da assinatura de convênio ou instrumentos similares, assumindo contraprestações e obrigações.

## **2.1 Implicações de tais mudanças**

Tais inovações, como a de deixar a competência para fiscalizar as transferências especiais, a cargo das Cortes de Contas Estaduais e Municipais, bem como a de impedir que as transferências previstas na EC n.º105/2019 sejam incluídas entre as receitas para fins de cálculo e apuração dos limites com gastos de despesas com pessoal e de endividamento, também impõem a necessidade de, por exemplo, no âmbito interno dos entes beneficiários como no âmbito dos órgãos fiscalizadores, serem adotadas modificações e novas regulamentações sobre o modelo, ferramentas e demais instrumentos que estes já dispunham, e que já vinham utilizando para conferência de tais cálculos e fiscalização do cumprimento, pelos entes, das regras sobre a aplicação de tais valores, adaptando-os às novas regras.

A exemplo, já que as mudanças introduzidas pela nova emenda refletem diretamente na sistemática e fórmula de cálculo das receitas e limites, anteriormente aplicados, bem como na forma de acompanhamento dos relatórios fiscais dos entes, pelos Tribunais de Contas Estaduais, agora, devem, com máxima urgência, serem atualizados e adaptados às novas regras.

É importante, ainda, controlar e acompanhar e, inclusive, esclarecer e definir, se os 50% das emendas individuais que obrigatoriamente devem ser destinadas para gastos relacionados à área da saúde (de forma vinculada, conforme prevista no § 9º do art. 166 da CF/88 e art. 49 da Resolução n.01/2006), poderão ser ou não repassados aos entes, por meio da transferência direta, denominada especial, já que esta nova modalidade permite que os recursos sejam aplicados, de forma livre e discricionária, sem vinculação, ou melhor, da forma como os entes beneficiários desejarem, desde que os aplique nas áreas finalísticas de sua competência (inciso III do § 2º do art. 166-A).

Sendo assim, o que se percebe, a princípio, é que quando se tratar destes 50% dos valores referentes às emendas individuais que deverão ser aplicados e estão vinculados a gastos com serviços da área de saúde, tais valores não poderão



ser repassados aos entes de forma direta, ou seja, por TRANSFERÊNCIA ESPECIAL, já que esta dispensa vinculação e desobriga a celebração de instrumentos prévios.

Percebe-se, portanto, que são várias as peculiaridades e mudanças introduzidas pela nova EC. 105/2019, bem como as dúvidas dela decorrentes.

Destaca-se, ainda que, se as transferências de emendas individuais impositivas já vinham sendo tratadas como uma nova modalidade de transferência (*sui generis*)<sup>151</sup>, sem poder ser totalmente enquadrada como transferências de natureza obrigatórias (constitucionais ou legais, como respectivamente são, por exemplo, o FPM e o Bolsa Família, PNAE ou fundo a fundo) nem exatamente voluntárias (como são os convênios, contratos de repasse e termos de parceria), agora mesmo é que, após esta nova emenda apresentar essa novidade de repasse direto, e sem convênio, aos Estados e Municípios, sua natureza jurídica se tornou ainda mais diferente, própria e específica em relação às outras já existentes.

Isto porque, até antes da EC N.º 105/2019, os repasses de recursos constantes do orçamento da União a Estados e Municípios, só poderiam ser efetuados por meio de três formas de transferência, as duas primeiras sendo OBRIGATÓRIAS (constitucionais e legais), e a segunda VOLUNTÁRIA.

Entre as OBRIGATÓRIAS, citam-se as:

a) Transferências Constitucionais: são as previstas na **Constituição**, e que **independem** da vontade do ente que repassa, de **contínua obrigação**, e que **não exigem condicionantes** para serem repassadas, ou seja, o ente beneficiário não precisa de nenhuma formalidade ou contrapartida para receber este recurso. Citam-se como sendo desta categoria os denominados Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e dos Estados (FPE);

b) Transferências Legais: são as previstas **em lei**, podem **ser condicionadas ou não** (podendo a lei exigir ou não do beneficiário que cumpra algum requisito legal ou não para receber e acessar o recurso, repasses de recursos federais para estados, Distrito Federal e municípios regidos por leis específicas). Cita-se como sendo desta categoria:

b.1) **as que não se vinculam à** aplicação dos recursos repassados – o ente receptor dos recursos possui liberdade para definir a despesa correspondente ao recurso repassado;

b.2) **as que vinculam** a aplicação dos recursos repassados a um fim específico – a transferência tem um aspecto finalístico, ou seja, os recursos são repassados para atender a uma despesa específica, que seriam :

b.2.1.) *Transferência Direta ao Cidadão* (Exemplos: Bolsa Família e Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.);

b.2.2) *Transferência Automática* (consistem no repasse de recursos financeiros sem a utilização de convênio, ajuste, acordo ou contrato, mediante o depósito em conta corrente específica, aberta em nome do beneficiário. Essa forma de transferência é empregada na descentralização de recursos em determinados programas da área de educação. São exemplos de programas governamentais que utilizam as transferências automáticas: Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, Programa Dinheiro Direto na Escola – PDDE, Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar – PNATE, Programa de Educação de Jovens e Adultos, Programa Brasil Alfabetizado etc. ;

b.2.3) *Transferência Fundo a Fundo*. descentralização de recursos disciplinado em leis específicas que se caracterizam pelo repasse direto de recursos provenientes de fundos da esfera federal para fundos da esfera estadual, municipal e do Distrito Federal, dispensando a celebração de convênios. obrigatórias de caráter continuado” como definido pelo art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000): “Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.” Os fundos que atualmente operam essa modalidade de transferência são o Fundo Nacional da Assistência Social – FNAS e o Fundo Nacional de Saúde – FNS. O primeiro regulamentado pela Lei n.º 9.604, de 5 de fevereiro de 1998, e pelo Decreto n.º 2.529, de 25 de março de 1998. E o segundo, disciplinado pela Lei n.º 8.142, de 19 de fevereiro de 1990, e regulamentado pelo Decreto n.º 1.232, de 30 de agosto de 1994.

c) Transferências VOLUNTÁRIAS: são os repasses de recursos correntes ou de capital da União a Estados, Distrito Federal, municípios e entidades privadas

sem fins lucrativos a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, **que não decorram de determinação constitucional nem legal**, mas que decorrem da **vontade** do Governo Federal e do Estado ou Município para a realização de uma determinada ação (por exemplo, a construção de escolas públicas). Primeiro, decorrem da vontade das partes para a realização de uma determinada e específica despesa pública; e que, para serem repassadas, dependem de 3 instrumentos para viabilizar seus envios; e funcionam como um mecanismo para que os governos federal ou estadual possam transferir recursos para os municípios com base em demandas específicas dessas localidades. Por sua natureza, as transferências voluntárias são normalmente condicionais, pois exigem contrapartida dos municípios, que também precisam cumprir com algum requisito legal e formalizar essa transferência via contrato ou algum tipo de convênio com esses outros entes da federação. São tipos destas os:

*c.1) Convênios;*

*c.2) Contratos de Repasse (através de agências financeiras oficiais);*

*c.3) Termo de Parceria (no caso de beneficiários serem OSCIP).*

Deste modo, considerando que as TRANSFERÊNCIAS ESPECIAIS, diretas, previstas na EC N. 105/2019, apesar de previstas na CF/88, e advirem de recursos de emendas individuais impositivas, também previstas na CF/88, não podem ser consideradas como de natureza similar ao FPM ou FPE, visto que diferentemente destes, por exemplo, os Estados beneficiados não ficarão sujeitos nem obrigados a partilhar (repatriar) com os municípios, o que receberem de emendas individuais repassadas através de transferência direta.

Isso só acontece quando recebem o FPE, razão pela qual já se percebe que os recursos advindos desta nova categoria de transferências, apesar de poderem ser repassados diretamente nas contas de FPE e FPM, merecem ser fiscalizados, controlados e monitorados **por uma forma própria e específica** que atenda suas peculiaridades, ainda a ser regulamentada pelas Cortes de Contas Estaduais e Municipais.

Como já opinaram AGU e CGU, no PARECER PLENÁRIO n. 00001/2019/CNU/CGU/AGU, as EPIs- emendas parlamentares individuais- atraem elementos jurídicos tanto das figuras de transferência obrigatória, quanto das figuras de transferência voluntária, e, portanto, configuram um terceiro gênero.<sup>[16]</sup>

Assemelha-se às transferências obrigatórias (constitucionais ou legais) quando consideramos que estão previstas no art. 166-A da CF/88, e quando estabelecem que 50% dos valores destinados a elas deverão obrigatoriamente ser executados com destinação de 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro à ações e serviços da área de saúde, tratando-as como obrigatórias a fundamento constitucional autônomo. Mas logo deixam de ser como estas quando se considera que para serem repassadas a um ente específico, dependerão da vontade de indicação de um parlamentar e também do ente beneficiado. Momento quando, passam a se assemelhar à natureza das transferências voluntárias e ao mesmo tempo, divergindo-se destas, quando, na modalidade de transferência especial, dispensam a celebração de convênio ou instrumento similar (típicos das transferências voluntárias).

Além das mudanças já acima destacadas, ainda cumpre tratar sobre a garantia que consta estabelecida na própria EC n.º 105/2019, art. 2º, de que pelo menos, 60% de tais transferências, devam ser EXECUTADAS ainda no primeiro semestre deste ano de 2020 que, ainda, é um ano eleitoral, o que de certa **forma traz uma conotação preocupante aos órgãos de fiscalização.**

Isto porque, as transferências destas emendas, de forma direta, poderá ser, neste ano eleitoral, em vez de uma maneira de financiar realmente obras e serviços importantes, trazendo benefícios à população, apenas uma maneira flexível dos parlamentares poderem repassar diretamente verba da União aos Estados e municípios de suas bases. Poderá, disfarçadamente, conferir a estes uma vantagem financeira em relação ao pleito, comprometendo o equilíbrio eleitoral e permitindo que os parlamentares passem a ter maior poder de influenciar nas eleições de suas bases, bem como de barganhar com os políticos tais recursos em favor de apoio.

Ou seja, apesar de existir a opinião otimista de que as mudanças introduzidas pela EC N.º 105/2015, reforçam o pacto democrático, conferem maior liberdade e oportunidade de participação dos parlamentares na execução do orçamento e permitem que valores cheguem mais rápido e facilmente nas localidades, existe também a visão mais pessimista de que, num país como Brasil, que já vivenciou escândalos de corrupção, como o dos “anões do orçamento”, bem como o descontrole e falta de fiscalização na aplicação de recursos públicos, as novas mudanças da EC N.º 105/2019, representam, assim, mais riscos e preocupações do que vantagens.

É por tal motivo e com este receio que tais mudanças **merecem ser estudadas e avaliadas no âmbito dos Tribunais de Contas, inclusive nos Estaduais, e nos demais órgãos fiscalizadores**, principalmente porque, com o advento da nova emenda, não resta dúvida de que as Cortes Estaduais e Municipais

passaram a serem responsáveis e competentes pela fiscalização de tais verbas, sempre que forem transferidas aos Estados e aos municípios, de forma direta, ou seja, por meio de transferência especial, na conta do FPE e FPM, dos respectivos entes beneficiados.

### 3. A necessidade de regulamentação

As vantagens dos Governos Estaduais ou os Municípios poderem receber tais valores de forma mais célere e menos burocrática, e utilizá-los de forma mais discricionária, não significa dizer que **isto, de fato, será melhor nem que trará mais benefícios à população, pois isto, na verdade, poderá é desfavorecer e muito AS FORMAS DE CONTROLE e, portanto, o combate à corrupção.**

Isto porque, tais mudanças que desobrigam formalidades, facilitam a possível malversação e desvio destas verbas públicas pelos entes beneficiados. Diminuem o controle e a vigilância sobre a execução e aplicação destes valores, da forma como se fazia antes da EC N.º 105/2019. Inclusive, retirou da competência federal a fiscalização de tais valores, que já detinha de sistemas, plataformas de acesso e fiscalização, de ferramentas e meios de controle disponíveis para acompanhamento do uso de tais recursos, repassando, agora, tal responsabilidade, para as Cortes de Contas e órgãos de controle Estaduais e municipais que, portanto, para darem conta desta nova atribuição **precisam, rapidamente, adaptarem-se, regulamentarem as suas formas de controle e atuação sobre tais recursos, a fim de que se tornem aptos à fiscalização, sem prejuízos para sociedade.**

O que se percebe, portanto, é que a nova modalidade de TRANSFERÊNCIA ESPECIAL, criada com a emenda constitucional n.º 105/2019, **vem desacompanhada de regras** que estabeleçam, por exemplo, como passará a ser, a partir de então, a fiscalização e monitoramento das mesmas pelos órgãos de controle.

E, ainda, sem esclarecer dúvidas como:

- a) quando, onde e como o Governador ou prefeitos deverão informar e prestar contas de tais repasses à Corte de Contas do Estado?;
- b) quais valores estão recebendo de forma direta, mensalmente, através destas TRANSFERÊNCIAS ESPECIAL, diretamente nas suas contas do FPE e FPM, respectivamente?;

c) bem como, sobre em quê e onde irão aplicá-las e, também, onde deverão e de que forma deverão comprovar e prestar contas do que realmente utilizou de tais verbas e em que prazo?

d) como deverá ser avaliado se entes beneficiários cumpriram com os percentuais de uso e limites de gastos pré estabelecidos na emenda?

**Estas dúvidas, assim como outras, portanto, devem ser, o quanto antes, esclarecidas e orientadas pelas Cortes de Contas e demais fiscalizadores, sob** pena de permitirem que essas novas transferências entrem nas contas dos Estados e municípios, incorporando-se e misturando-se aos recursos do FPE ou FPM, sem qualquer controle ou possibilidade de fiscalização sobre seus gastos e aplicação, muito menos posterior e a destempo.

### **Conclusão**

Ao analisar-se, portanto, as mudanças advindas com a promulgação da nova emenda EC N.º 105/2019, o que podemos concluir é que há uma necessidade, urgente e imprescindível, de regulamentação sobre a mesma. Caso contrário, bilhões serão repassados da União, de forma direta, aos demais entes federados, sem maior controle, em pleno ano eleitoral. O que facilita a malversação de recursos públicos e contribui com o desequilíbrio eleitoral.

Corre-se o risco, também, de tal artifício vir a ser repetido nas demais esferas, já que, assim como os parlamentares federais criaram essa possibilidade, os Deputados Estaduais, dentro de seus Estados, ou Vereadores no âmbito municipal, poderão fazê-los se assim proporem e aprovarem, com fulcro no princípio da simetria. E isto só aumentará o percentual e o valor de recursos públicos que passarão a ser transferidos de uma esfera para outra, em pleno ano eleitoral, sem maior controle.

### **Referências:**

Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) > Acesso em 20 jan. 2020. \_\_\_\_.

-Decreto nº 6.170 de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em .Acesso em 20 jan. 2020. \_\_\_\_.



-Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em . Acesso em 20 jan. 2020. \_\_\_.

-Lei 4.320 de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôles dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm) > . -Acesso em 20 jan. 2020. \_\_\_.

-. Portal de Convênios. Desenvolvido pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Disponível em < <http://portal.convenios.gov.br/> > . Acesso em 20 jan. 2020. \_\_\_.

- Portaria Interministerial nº 507 de 24 de novembro de 2011. Estabelece normas para execução do disposto no Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, revoga a Portaria Interministerial nº 127/MP/MF/CGU, de 29 de maio de 2008 e dá outras providências. Disponível em . Acesso em 20 jan. 2020. \_\_\_.

- Resolução nº 01 de 2006 do Congresso Nacional. Dispõe sobre a Comissão Mista Permanente a que se refere o § 1º do art. 166 da Constituição, bem como a tramitação das matérias a que se refere o mesmo artigo. Disponível em < Acesso em 20 jan. 2020. \_\_\_.

- Sistema de cadastro de propostas Fundo a Fundo. Fundo Nacional de Saúde. Desenvolvido pelo Ministério da Saúde. Disponível em < <http://www.fns2.saude.gov.br/fafweb/> > . Acesso em 20 jan. 2020. \_\_\_.

#### NOTAS:

[1]<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2006/resolucao-1-22-dezembro-2006-548706-norma-actualizada-pl.html>

[2][http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm)

[3] <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8031764&ts=1573589709339&disposition=inline>

[4]<https://www.i9treinamentos.com/parlamentares-devem-indicar-emendas-ate-4-de-fevereiro/>

[5] <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11245086/artigo-25-lc-n-101-de-04-de-maio-de-2000>

[6] <https://www.siop.planejamento.gov.br/siop/>

[7] <https://siconv.com.br/aceso-livre/>

[8] <http://plataformamaisbrasil.gov.br/aceso-livre>

[9] <http://www.portaltransparencia.gov.br/emendas/consulta?ordenarPor=autor&direcao=asc>

[10] <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/loa>

[11] <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/04/pec-da-eficiencia.shtml>

[12] <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pec-que-preve-transferencia-direta-de-recursos-de-emendas-parlamentares-para-estados-df-e-municipios-fragiliza-o-combate-a-corrupcao>

[13] [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc105.htm)

[14] <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/12/promulgada-emenda-que-permite-transferencia-direta-de-recursos-por-palamentares>

[15] [https://www.cnm.org.br/cms/images/stories/comunicacao\\_novo/links/30042019\\_Parecer\\_AGU.pdf](https://www.cnm.org.br/cms/images/stories/comunicacao_novo/links/30042019_Parecer_AGU.pdf)

[16] [https://www.cnm.org.br/cms/images/stories/comunicacao\\_novo/links/30042019\\_Parecer\\_AGU.pdf](https://www.cnm.org.br/cms/images/stories/comunicacao_novo/links/30042019_Parecer_AGU.pdf)

## CHAPOLIN COLORADO: O HERÓI LATINO-AMERICANO

### ROSEMARY GONÇALVES MARTINS:

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE (2013). Especialista em Conflitos Internacionais e Globalização pela UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo (2019).

**Resumo:** Criada com o escopo de criticar, de forma satírica, a intervenção estadunidense na América Latina, sobretudo em terras mexicanas, através da manipulação presente nos produtos vendidos pela indústria cultural, a série *El Chapulín Colorado* foi responsável por romper com o estigma do modelo norte-americano como um molde a ser seguido, conforme o enfoque da Teoria do Espelho de Próspero, de Richard Morse. Mediante a elaboração de um personagem que se preocupa e se empenha em ajudar as vítimas, empreendendo uma crítica ao capitalismo imperialista dos Estados Unidos, o lendário Chespirito escreveu seu nome na História da arte e da cultura não só mexicana, mas também de toda a América Latina. A referida crítica à diferença no modelo de desenvolvimento estadunidense em relação ao da América Latina encontra sua maior referência nos episódios que envolvem Super Sam.

**Palavras-chave:** Indústria Cultural. Chapolin Colorado. América Latina. Influência estadunidense. Super Sam.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. A Comunicação de Massa como mecanismo de imposição ideológico-cultural estadunidense. 3. A metáfora “O Espelho de Próspero”. 4. Detectando a presença do inimigo: intervenção estadunidense no México. 5. Um herói para a América Latina. 6. Super Sam: a personificação da intervenção estadunidense. 7. Conclusão . 8. Referências.

### 1 Introdução

A manipulação presente nos produtos vendidos pela indústria cultural concebe o molde capitalista difundido pelos Estados Unidos como um modelo a ser seguido. Por exemplo, inculcando a ideia da colônia representada pela América Latina que se espelha na metrópole, qual seja, EUA. Essa afirmativa emerge de forma cristalina na cultura dos super-heróis americanos, tão difundida em solo latino-americano.

Diante desse ambiente, a América Latina viu a necessidade de criar um super-herói exclusivo, específico para suas terras, dotado de suas características e particularidades. Com isso, em 1970, um artista mexicano genial teve a ideia brilhante de criar o seriado *El Chapulín Colorado*. Idealizado justamente com o escopo de criticar, de forma satírica – algumas vezes, utilizando-se, inclusive, de ironia –, a imagem do capitalismo imperialista norte-americano como um ideal a se espelhar. O personagem logo caiu nas graças do público latino. Tanto que atualmente é visto como o herói latino-americano.

Em contraponto a Chapolin Colorado, é trazida à baila a figura de Super Sam, o super herói estadunidense e rival de Chapolin, representando o sistema capitalista sob a égide do imperialismo norte-americano.

Oportuno mencionar que o personagem Chapolin Colorado não empreende uma crítica à nação norte-americana, mas sim às atitudes imperialistas e etnocêntricas propaladas pelo modelo político, econômico, social e cultural capitalista presente nos Estados Unidos. Tampouco seria aquele o intuito de seu criador, o que fica evidente no trecho do livro “O Diário do Chaves” quando narra:

Depois escreveu uma coisa no quadro e mandou que a gente copiasse. Foi isso que eu copiei:

“Devemos estudar História sem gerar sentimentos de ódio; sem espírito de vingança. Não para piorar as coisas, e sim para melhorá-las. Em uma palavra: com Amor”.

E como não entendemos muito bem o que ele queria dizer, depois nos explicou que há livros e professores que, com suas lições de história, o que fazem é nos ensinar a odiar o próximo. Por exemplo: os espanhóis, por terem conquistado o México; ao americanos, por terem ficado com a metade do território mexicano; os franceses, por terem nos imposto um imperador que não era daqui etc. Mas isso é muito ruim. Não devemos odiar ninguém. E, menos ainda, odiar uma pessoa pelo que seus antepassados fizeram de errado. [...]

[...]

Depois o Professor Girafales nos disse que também não devemos odiar os norte-americanos (que continuam sendo os gringos) por terem tirado a metade do território do México (aliás, Seu Madruga contou que tiraram a melhor parte, ou seja, onde estão as melhores estradas e tudo o mais). Porque

o professor disse que não foi culpa só deles, mas também de muitos mexicanos que preferiam lutar entre si a se defender deles. E isso está errado, porque, se entram na sua casa pra roubar, o mais importante é se defender dos ladrões, antes de brigar com seus irmãos.

E, de qualquer jeito, acho que aqueles gringos também não são os mesmos de hoje. Ou seja: é pra rezar e pedir a Deus que os de hoje não sejam piores do que aqueles. (BOLAÑOS, 2006, p. 93-95).

Assim, o presente ensaio crítico visa promover um enfoque e análise da série *El Chapulín Colorado* sob a ótica da teoria do "Espelho de Próspero", de Richard Morse, notadamente dos episódios cuja influência estadunidense é abordada (e criticada), a saber, naqueles em que Chapolin contracena com Super Sam.

## **2 A Comunicação de Massa como mecanismo de imposição ideológico-cultural estadunidense**

Empregada pela primeira vez no livro "Dialética do Esclarecimento", de Theodor Adorno (1903-1969) e Max Horkheimer (1895-1973), a expressão "indústria cultural" se presta a enfatizar o caráter mercadológico presente nos bens de cultura - filmes, livros, música popular, programas de TV etc. - produzidos pelas sociedades capitalistas. Isto é, os bens artísticos ou culturais não têm mais necessidade de serem empacotados como tais, mas como produtos de consumo (mercadorias) e como estratégia de controle social. Em suma, nas palavras de Silva (2012, p. 25), "a cultura passa a ser utilizada como produto de uma indústria midiática voltada para o entretenimento das massas".

Tendo em vista que, segundo Adorno, a Indústria Cultural é utilizada com o objetivo de massificação da sociedade, no contexto do capitalismo monopolista, a ordem é garantida sempre que se mantém as pessoas "alienadas" da realidade.

Para Silva (2012, p. 26):

A produção de "heróis" pela Indústria Cultural caracteriza esse propósito, pois a estruturação das histórias dessas personagens serve para legitimar o sistema capitalista e vender a ideologia do mesmo. Heróis como Super-Homem, Capitão América, Batman, Mulher Maravilha foram criados

para demonstrar a superioridade que os norte-americanos acreditam ter e conquistar, junto ao público, adeptos ao estilo americano de viver. O maniqueísmo contido nas histórias deixa claro qual lado o grande público deve seguir, o “super-herói” sempre representa o bem e o vilão o mal a ser combatido. Haja vista que o enredo é repetitivo e previsível, além de tornar o interlocutor cada vez mais “adestrado” a uma estrutura implícita. Adorno (1996) afirma que um dos propósitos desse tipo de literatura é integrar o indivíduo ao todo, diminuindo ou, até mesmo, anulando sua capacidade crítica.

No caso da série *El Chapulín Colorado*, a indústria cultural é utilizada para criticar a influência estadunidense.

### **3 A metáfora “O Espelho de Próspero”**

O autor Richard Morse, um teórico norte-americano, em sua obra “Cultura e ideia nas Américas”, de 1988, advoga a tese de que a América Latina se apropria de uma visão anglo-saxônica, que, segundo ele, é um “modelo a ser seguido”.

Silva (2012, p. 23) acentua que

Essa metáfora é uma crítica ao hábito latino de se espelhar nos Estados Unidos, pois o país é visto como próspero e construtor de uma ideologia influente e maniqueísta entre a cultura totalmente capitalista e materialista dos mesmos; em relação à América Latina, a posição analítica de Morse é de querer demonstrar as vantagens e desvantagens da cópia do modelo civilizacional norte-americano para o ambiente latino. Assim, como um espelho físico reflete uma imagem tal como ela é, Richard Morse critica veemente essa ideia plagiadora dos latinos em relação ao protótipo neoliberal burguês norte-americano.

Igualmente, com propriedade, Ianni (2000, p. 09) leciona que

A metáfora “espelho de Próspero” inspirada nos escritos de José Enrique Rodo no início do século 20, alude a Próspero, conquistador e colonizador, europeu ou norte-americano, no contraponto com Caliban, transfiguração de canibal, nativo, conquistado, colonizado.



O que quer significar que Morse buscou explicar essa relação colonizador versus colonizado através da metáfora do espelho, na qual os latino-americanos só se viam pelas lentes refletidas dos outros, qual seja os norte-americanos. É como se os nativos se enxergassem com os olhos de seus conquistadores, mediante a adaptação aos moldes estrangeiros ou a cópia dos mesmos.

A teoria do “Espelho de Próspero”, de Morse, pode ser perfeitamente aplicada no contexto latino-americano para analisar o personagem Chapolin Colorado, “criado, justamente, com o intuito de criticar o pensamento latino-americano, que concorda ou aceita a ideia de ver os moldes capitalistas desenvolvidos como sendo um modelo a seguir, tanto político, econômico, social e culturalmente” (SILVA et al, 2012, p. 24).

Conquanto empreenda uma crítica ao molde imperialista norte-americano, evidentemente o Chapolin Colorado representa um mecanismo de consumo, ou seja, um produto da indústria cultural. Vale dizer que, em que pese a crítica realizada pela referida série, ela não desmerece os EUA, apenas acentua que as conquistas angariadas em aspecto material não têm o condão de medir a grandeza de um povo, mas sim, as concebe como “atitudes imperialistas e etnocêntricas do modelo capitalista difundido pelos Estados Unidos” (SILVA et al, 2012, p. 24). Para tanto, o meio utilizado a fim de concretizar a crítica se dá justamente pela prática do inverso à lógica capitalista. Isto é, o personagem age de modo contrário à lógica capitalista com o escopo de levar a cabo a crítica. Por exemplo, como adiante exposto, o personagem Chapolin é justamente o avesso ao que a ideologia capitalista norte-americana prega (e impõe) ao perfil de um super-herói.

Chapolin foi ideado com o intuito de satirizar a imagem que a cultura estadunidense veiculava até então (e ainda veicula) dos povos e da cultura latino-americana, de modo a demonstrar que o “Espelho do Próspero” não é, e nunca foi a solução para a América Latina, sem embargo de que muitas mentes atrasadas (e equivocadas também) ainda vejam na adaptação aos moldes estrangeiros ou na cópia dos mesmos a saída para esse intento.

#### **4 Detectando a presença do inimigo: intervenção estadunidense no México**

Que a influência estadunidense na América Latina é uma realidade muito nítida, não só devido à proximidade geográfica, mas também à política imperialista adotada pelos norte-americanos desde o século XIX, não há dúvidas.

Tratando desse tema, intelectuais latinos, como Martí e Rodó, já haviam alertado, respectivamente, para os perigos do imperialismo da parte norte do continente e para a necessidade de se formar uma cultura latino-americana "autêntica" (SILVA et al, 2012, p. 26-27).

Assim, necessária se fazia a figura de um herói latino-americano, com o escopo de legitimar a autenticidade cultural dessa região, tão marcada pela intervenção estrangeira, sobretudo a norte-americana, bem como pelo imperialismo característico anglo-saxão.

Consoante defendido com propriedade pelo Doutor Chapatin, também interpretado por Chespirito, no episódio "Uma Conferência sobre o Chapolin" (*Conferencia Sobre Un Chapulin*, no original), de 1976: "tudo começou quando o povo da América Latina se deu conta que seria urgente que tivéssemos um herói local, um herói autóctone, um herói que falasse a nossa língua. Em outras palavras, um herói como você e como eu".

## **5 Um herói para a América Latina**

O seriado *El Chapulín Colorado* surgiu no contexto de turbulência que assolava a América Latina durante o período da Guerra Fria (1947-1991).

Idealizado pelo ator e escritor mexicano Roberto Gómez Bolaños, também conhecido como Chespirito,[1] a estreia da série *El Chapulín Colorado* ocorreu no México, em 1970, mesmo ano em que o país sediava a Copa do Mundo de futebol e dois anos após ter sido sede dos Jogos Olímpicos.

Sob dependência do capital estrangeiro, esse continente tornava-se cada vez mais suscetível às influências cultural, ideológica, política e econômica das duas super potências mundiais da época (EUA e URSS).

Nesse cenário, a série representa a gênese da esperança mexicana, de modo a demonstrar para o mundo a irrelevância dos "heróis importados" diante da existência de um super herói latino.

Por meio do seu discurso, Chapolin faz constantes críticas ao modelo norte-americano, consubstanciado na imposição e aceitação da indústria cultural, que é imposto aos países latino-americanos. Consoante enfatizado por Rodrigues (2012, p. 55):

Ao analisarmos a forma como Bolaños trata determinadas questões sociais em sua obra, podemos considerar que o autor faz uso da sátira como um recurso linguístico para

apresentá-las sob a ótica de um juízo negativo. Ora apresentando os indígenas de forma estereotipada, como uma civilização 'atrasada' que não conhece as 'benesses' do progresso, ora satirizando a intervenção estadunidense no México na figura do ganancioso herói Super Sam, a sátira é um elemento que perpassa a obra de Bolaños, sendo o próprio personagem Chapolin uma visão satírica do que seria um modelo de herói latino-americano: tonto, estúpido, atrapalhado, sem recursos, medroso, porém com um bom coração e rígidos valores morais.

O Chapolin Colorado (também conhecido como Vermelhinho e Polegar Vermelho, no Brasil), é justamente uma sátira ao modelo dos heróis norte-americanos, vez que, como uma espécie de super-herói às avessas, desconstrói a ideia mítica do que seu criador considerava como "super-heróis importados", tais como Batman e o Super-Homem, que são verdadeiros deuses, dotados de agilidade fora do comum e poderes sobrenaturais. Porém, mesmo sob essas condições, propõe-se a promover o seu senso de justiça tendo como escudo o seu coração.

Em vários episódios essa relação é explorada, notadamente para evidenciar os elementos que reforçam a identidade de Chapolin em contraponto aos heróis estadunidenses.

Nesse diapasão, pertinente elencar a descrição a seguir:

[...] Chapolin é um herói atrapalhado, feio, magro, medroso, sem nenhum tipo de poder, com poucos recursos e, além disso, mulherengo. Seu embaraço é tamanho, que em um momento de confusão, de desentendimento, ele troca as palavras, dizendo: "palma, palma, não priemos cânico". Ao contrário dos heróis norte-americanos, que salvam o mundo com seus superpoderes, o Chapolin atua no cotidiano da população latina. Salva uma família que vai ser despejada por não pagar o aluguel, aconselha um menino mimado que joga fora os seus brinquedos velhos, guarda um hotel na possibilidade de um criminoso que está à solta invadi-lo, defende uma manicure de uma barbearia que está cansada dos abusos do chefe e das investidas dos clientes (SILVA et al, 2012, p. 27-28).

Ademais, “Bolaños acaba por utilizar de Chapolin para representar as disparidades econômicas entre as nações da América Latina, como o México, e os EUA” (RODRIGUES, 2015, p. 66). Nas palavras de Chapolin, durante o episódio “Pedintes em Família” (*Limosnero y Con Garrote*, no original), de 1975: “Eu não sou como o Batman ou o Super-Homem, que resolvem os assuntos na base do dólar. Eu sou um herói do terceiro mundo” (RODRIGUES, 2015, p. 66).

O próprio Bolaños afirma o caráter satírico de Chapolin em uma entrevista realizada, no ano de 1977, no Chile. Ao responder a respeito do surgimento do personagem, o autor relatou a forma pela qual aquele fora criado:

como una sátira a esos superheroes (...) tipo Batman, Superman, etc. Que hablan ingles, que son importados. Yo no digo que Chapolin es mexicano. Es ibero-americano. Hago un héroe auténtico. Un héroe ser humano. Um héroe que tiene medo, que es torpe, que es fraco (...) y miesmo sabiendo que es torpe, fraco e tiene medo, enfrenta el perigo. És el autentico heroi en mi manera de ver. No es lo que no tiene medo e es todo poderoso.[2]

A influência estrangeira nos países subdesenvolvidos foi tema recorrente nos episódios do Chapolin Colorado, senão vejamos.

Nos episódios “O descobrimento da tribo perdida” (*La tribu perdida*), de 1973, e “A cidade Perdida” (*No tiene la culpa el índio, sino lo que hace Fernández*, no original), de 1976, que possuem o mesmo enredo, sendo o segundo um mero *remake* do primeiro com alterações na organização do elenco e de algumas poucas falas, um dos personagens zomba do herói, afirmando preferir os serviços de Batman ou do Super-Homem em vez dele. Ao que Chapolin, sentindo-se extremamente incomodado com tal preferência, responde: “Em primeiro lugar, Batman não está porque está em lua de mel com Robin. Em segundo lugar, o Chapolin Colorado estando aqui, vou lhes mostrar que não precisam de heróis importados”.

No episódio “O pelotão de fuzilamento” (*No es lo mismo el pelotón de la frontera, que la pelotera del frontón*, no original), de 1976, Chapolin, ao usar um cipó para se deslocar, comenta que ensinou o método “a um tal de Tarzan dos macacos, mas ele não aprendeu muito bem”. Enfim, Chapolin se enche de patriotismo ao declarar que seus defendidos não precisam de “heróis importados”.

É forçoso concluir, pois, que há um orgulho nacional no discurso de Chapolin, em resposta à interferência dos EUA no desenvolvimento de mercadorias e indústria

cultural nativos do México. Eis uma concepção de que o México pode sim produzir seus próprios heróis, sem necessidade de se servir do modelo estadunidense.

## 6 Super Sam: a personificação da intervenção estadunidense

A hegemonia estadunidense nos países subdesenvolvidos, sobretudo na América Latina (e, mais precisamente, em terras mexicanas) é simbolizada, no seriado Chapolin Colorado, através do personagem Super Sam, interpretado por Ramón Valdés, o qual fora criado a partir de uma amálgama entre Super-Homem e Tio Sam, ícone estadunidense.

Esse paradigma do poderio norte-americano é personificado em um herói que, trajado com uniforme tal qual ao do Super-Homem e cartola cujas cores predominantes são as mesmas da bandeira dos Estados Unidos da América (azul, vermelho e branco), fala espanhol com forte sotaque inglês e que, tal como o Chapolin, não possui quaisquer superpoderes. Apenas carrega consigo "a arma mais poderosa" (uma sacola de dinheiro) com o símbolo do cifrão que contém, nas suas palavras, "poquitos [dólares], pero muy poderosos". Essa arma costuma ser utilizada para atingir a cabeça dos malfeitores ou do próprio Chapolin Colorado, já que ambos não se dão muito bem. Sempre que Super Sam utiliza sua arma, reproduz-se o som de uma caixa registradora. Referências simbólicas do herói que sugerem uma relação íntima entre os EUA e o capital. E, o seu único bordão ("*Time is Money. Oh Yeah!*") apresenta o caráter satírico contido também em Super Sam.

A figura de Super Sam aparece quatro vezes ao longo do seriado, especificamente nos Capítulos 34, 126, 183 e 201.

A estreia do herói na série aconteceu em 1973, em seu Capítulo 34, no episódio "Livrai-nos dos metidos, Senhor!" (*De los metiches, libranos, señor!*, no original). Nele, o criminoso soviético Dimitri Panzov, interpretado por Édgar Vivar, deseja se casar à força com uma camponesa já comprometida. Logo, ela entoa o bordão "Ó! E agora, quem poderá me ajudar?", mas, para a sua surpresa, aparece o herói errado, Super Sam (e não Chapolin). Ao perceber o equívoco, a mexicana agradece a ajuda do estadunidense, mas insiste, dizendo preferir "um dos seus" (*gracias, pero prefiro uno de los míos*). Eis que finalmente surge a figura de Chapolin Colorado, tropeçando, como sempre.

Vale ressaltar que, sob a ótica de Roberto Bolaños, as representações e dinâmicas deste episódio têm o fito de representar os conflitos da Guerra Fria, senão vejamos: A invasão da ameaça comunista no México é simbolizada

por Dimitri Panzov; Enquanto a presença invasiva em terras mexicanas da outra potência da Guerra Fria também está presente no episódio sob a figura de Super Sam.

Um herói bem educado, polido, sempre disposto a ajudar, contudo cuja presença é constantemente vista como inoportuna, por aparecer sem ter sido convidado e que insiste em ficar apesar de as vítimas deixarem claro sua preferência por um herói nacional e latino-americano, em detrimento dos importados.

Deve-se enfatizar que a dinâmica entre Chapolin e Super Sam, tanto neste episódio quanto nos demais, não é a de inimigos – muito embora conflitem constantemente, almejando o protagonismo – posto que sempre buscam a mesma causa, qual seja, a defesa e o bem-estar daquele(a) que pede auxílio.

Durante o episódio, Chapolin e Super Sam duelam para decidir quem protegerá a pobre senhorita.

A partir de uma análise com afinco da relação entre Chapolin e Super Sam, é forçoso concluir que “a ajuda estadunidense, ao mesmo tempo que recebe resistência da população local e por parte de Chapolin, de forma alguma é negada por completo” (RODRIGUES, 2015. p. 71).

A última cena do episódio é antológica. Com o soviético e o norte-americano dentro da residência da camponesa, Chapolin, acidentalmente, senta no detonador da bomba anteriormente plantada por Dimitri Panzov. A moradia explode com os personagens dentro, o que conota não só a resistência por parte do herói mexicano em relação às interferências estrangeiras, mas também evidencia o seu orgulho nacional. Momentos depois, do interior da casa, saem Dimitri Panzov e Super Sam, abatidos. O soviético sai usando cartola; o estadunidense, o típico chapéu russo. Eis a resposta do povo mexicano às duas superpotências exploradoras: Fora do nosso país!

Todavia, nesse aspecto, imperioso se faz destacar a mensagem a ser propalada mediante esse episódio: a URSS é concebida como uma presença indesejável e um inimigo a ser combatido a todo custo, ao passo que a presença dos EUA é vista com desconfiança, mas sem descartar uma possível e estratégica aliança com o país para se alcançar determinados fins, ou combater inimigos em comum. O que quer significar uma interferência a ser mantida até certo ponto, qual seja, enquanto lhe for conveniente.

No capítulo 126, intitulado “A velha mina abandonada prestes a desabar” (*Historia de una vieja mina abandonada que data del siglo XVII y que está a punto de derrumbarse*, no original), de 1976, vislumbra-se novamente a presença



de Super Sam. No referido episódio, repete-se o mesmo argumento do capítulo 34, porém está localizado em uma mina de ouro.

O intrigante é que, nesse episódio, a aparição de Super Sam apresenta como plano de fundo a trilha sonora de Yanke Doodle, uma canção símbolo dos Estados Unidos.

Desta vez a ambição do super-herói anglo-saxão se torna evidente quando Chapolin, com o intuito de tentar despistar Super Sam, menciona que existe ouro na mina. Sendo que aquele, extremamente interessado, deixa de dar assistência à vítima para partir em busca do suposto ouro. No seu retorno, Chapolin questiona se o herói estadunidense encontrou ouro. Ao que Super Sam responde que não encontrou ouro, mas sim diamantes e mostra para ele.

Outro argumento tendente a demonstrar a ambição desmedida de Super Sam gira em torno da disputa pela bolsa de diamantes, que muda de mãos várias vezes, visto que o malfeitor, interpretado por Carlos Villagrán, abandona seu interesse em forçar a mocinha, vivida por Florinda Meza, a se casar com ele, empenhando-se na caça à bolsa repleta de diamantes.

Segundo Aguasaco (2010, p. 72), “essa representação paródica da ambição colonialista incorporada no Super Sam [...] revela a incapacidade latino-americana de explorar recursos naturais de forma eficiente”. [3]

Em suma, a América Latina é representada como um território permeado de riquezas, contudo ainda não exploradas plenamente pelos latino-americanos. Nesse sentido, os norte-americanos, ambiciosos por natureza, não medem esforços para empreender os mais diversos meios exploratórios. Por essa razão, não satisfeitos em explorar apenas as suas matérias-primas, partem para explorar os recursos presentes em outros países.

No capítulo 183, denominado “Hospedaria sem estrelas” (*Todos caben en un cuartito, sabiéndolos acomodar*, no original), de 1977, Super Sam e Chapolin dividem um quarto de hotel (e inclusive o banheiro e a cama), contudo, sem que um perceba a presença do outro.

Algo no mínimo curioso está na distinção da bagagem que os heróis carregam: Chapolin chega no estabelecimento com apenas uma mala e a leva sozinho para o seu quarto; já Super Sam traz consigo seis pesadas malas e pede que o recepcionista do hotel carregue todas. Verifica-se, assim, que os excessos e o consumismo americano são especialmente satirizados nessa cena.

Para Aguasaco (2010, p. 74), além de compartilhar o mesmo espaço, o fato de um super-herói não ser visualizado pelo outro demonstra, de forma simbólica, a relação entre o México e os Estados Unidos. Mais do que o compartilhamento do mesmo quarto, banheiro e cama, em uma “intimidade silenciosa e escura”[4] representa uma relação exploratória de um pelo outro, na qual um herói (metrópole - Estados Unidos), literalmente, lucra e consome seis vezes mais do que o outro (colônia – México).

Assim, “América Latina e Estados Unidos entram em conflito: enquanto Chapolin fecha a janela do quarto, Super Sam a prefere aberta. Super Sam prepara seu café-da-manhã sozinho” (SANTOS, 2015, on-line) – representando o individualismo presente nos norte-americanos – enquanto Chapolin devora o seu desjejum. Enfim, ocupando o mesmo quarto, os dois heróis, sem perceber, pernoitam na mesma cama, ilustrando a famosa frase do, na época, presidente mexicano Lázaro Cárdenas (1934-1940): “Pobre México, tão longe de Deus e tão perto dos Estados Unidos”.

A quarta e última aparição do Super Sam se dá no capítulo 201, sob o título “A volta do Super Sam” (*El retorno de Súper Sam*, no original), de 1978.

Poucas Trancas, um malfeitor terrível interpretado por Rubén Aguirre, está à solta. Assustada, a mocinha, interpretada por Florinda Meza, invoca Chapolin, mas é Super Sam que, de forma intrometida, aparece. Depois, o Chapolin também aparece e os dois resolvem agir juntos para deter o bandido.

O primeiro ponto a ser destacado se encontra, logo no início, em uma cena na qual todos aparecem sentados em uma poltrona. Exhaustivamente, Super Sam lê um relatório policial que contém todos os delitos praticados por Poucas Trancas. Por fim, ele conclui que o bandido também atacou o Chicago Express, invadiu o banco de Nova York e destruiu o museu de Washington. E Chapolin completa, utilizando-se de uma paródia satírica, dizendo que o procurado também passou uma parada na Avenida Juarez.

Ao mesmo tempo em que Chapolin eleva uma infração de trânsito ao nível de roubos e mortes (paródia da diferença material, em termos econômicos), assim como re-contextualiza a ação no centro da Cidade do México, uma das personagens faz uma definição emblemática de Super Sam, segundo a qual o herói estadunidense seria uma espécie de Chapolin Colorado, mas com conta bancária.

O quer significar que o lema de Super Sam não é proteger as “meninas bonitas”, como defendido por ele no início do episódio, mas a propriedade privada, especialmente a sua. Enfim, ele não se preocupa com as vítimas, mas com o dinheiro (capital). Daí a razão pela qual, ao ler o relatório sobre Poucas Trancas, destacou os

crimes contra o seu patrimônio, a saber: Em desfavor dos EUA. Por sua vez, Chapolin é representado como o herói da coexistência civil, do bem geral, da urbanidade, que, mantendo sua preocupação com a vítima, deixa transparecer seu verdadeiro interesse, o qual não está focado no dinheiro (capital), mas na estabilidade social dentro de sua "nação".

Por derradeiro, o casal lembra que Poucas Trancas os trancou no armário, sendo que, depois, havia engolido a mesma e, por isso, gostariam de saber o que Chapolin fez para recuperá-la. Ele responde que "uma das maiores virtudes é saber como esperar". A partir daí, o espectador é levado a deduzir que o super-herói aguardou o criminoso evacuar para, então, resgatar a chave do armário e libertar o casal .

Consoante interpretado com brilhantismo por Aguasaco (2010, p. 76), enquanto o herói anglo-saxão trocava tiros com o criminoso até que o rendeu, "os latino-americanos cavam pacientemente entre os excrementos com um patriotismo paródico e exemplar." [5]

## 7 Conclusão

Como exposto anteriormente, a diferença existente entre o modelo de desenvolvimento estadunidense em relação ao da América Latina são uma marca da série *El Chapulín Colorado* e encontram uma nuance especial nos episódios que envolvem Super Sam.

Um herói que trazia como escudo o seu coração. Afinal, ao desempenhar sua missão de socorrer vítimas de situações de perigo, vale dizer que Chapolin não fazia acepção de pessoas tampouco desrespeitara as figuras históricas que retratara satiricamente em seus episódios muito menos o seu público. Afirmativa essa que pode ser confirmada em "A despedida de Chapolin" (*La ultima escena*, no original), de 1979, tido como o último capítulo da série. Caracterizado por um compilado de momentos marcantes do seriado, em uma as cenas selecionadas, ao dialogar com piratas, Chapolin Colorado afirma:

"olha, eu vou continuar te ajudando somente para que vejam que o Chapolin Colorado ajuda a todo mundo. Inclusive, aos tarados, aos que não valem nada, bandidos, Chapolin Colorado é o único que ajuda qualquer um". Em seguida, os atores Rubén Aguirre e Édgar Viver reforçam com os seus depoimentos o que estes compreendem como as virtudes do

personagem. O primeiro afirma que, a seu ver, Chapolin teve grandes virtudes e que este “brincava, mas jamais permitiu que se denegríssem as figuras históricas do México”. Viver completa reiterando que o personagem “nunca feriu uma discriminação a raça, credo ou cor” (RODRIGUES, 2015, p. 57).

Através de uma maneira de fazer humor inteligente sem deixar de provocar gargalhadas em seu público, a receita presente na série representa uma experiência única na arte mexicana (e por que não dizer da América Latina?), na qual o seu criador, com maestria, soube dosar o equilíbrio entre o ser satírico sem desrespeitar os personagens históricos ali retratados ou os atores internacionais envolvidos na crítica nem aos seus telespectadores.

Razão pela qual, conquanto passados mais de quarenta anos do seu primeiro episódio, essa produção continua viva na lembrança bem como já faz parte da História cultural latina, sem embargo de ter se tornado uma lenda no seu país de origem, tendo já, inclusive, alçado voos mais altos quando, por exemplo, serviu de inspiração para o personagem “Bumblebee Man”, o Homem Abelha, de “Os Simpsons”, o qual é uma caricatura do super herói.

A respeito da criação de um super-herói autenticamente latino americano, de modo a operar como uma forma de manutenção da identidade cultural, Alves (2012, p. 105) pondera que:

Preservar nossa identidade cultural é defender o direito de sermos donos do nosso próprio destino e garantia também de que poderemos construir nossa própria história. Só então poderemos passar de meros consumidores a produtores de cultura em caráter mundial.

Essa não é obviamente uma tarefa fácil, rápida ou simples, mas é um destino muito bonito, se o escolhermos para nós.

Destarte, muito embora não deixe de constituir uma criação da indústria cultural, o Polegar Vermelho (ou Vermelhinho) representa uma crítica às produções dessa mesma indústria cultural tendentes a “vender” a cultura estadunidense. Destarte, de forma satírica, empreende uma crítica assaz à intervenção norte-americana não só em terras mexicanas, mas ainda em toda a América Latina, sem desrespeitar quaisquer dos envolvidos. Em suma, esse é o Chapolin!

## 8 Referências

- **Artigos**

SILVA, Daiana Maria da et al. "Não contavam com minha astúcia!": a América Latina e o seu herói. **Revista História em Curso**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 19-32, jan. 2102. Disponível em: <periodicos.pucminas.br/index.php/historiaemcurso/article/download/3450/pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017, 22:15.

#### • **Livros Eletrônicos**

ALVES, Julia Falivene. **A invasão cultural norte americana**. São Paulo: Moderna, 2012. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/261902594/A-INVASAO-CULTURAL-NORTE-AMERICANA-pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017, 12:13.

BOLAÑOS, Roberto Gómez. **Diário do Chaves**. Trad.: Fabiana Camargos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006. Disponível em: <https://portugues.free-ebooks.net/ebook/Diario-do-Chaves/pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017, 12:27.

IANNI, Octavio. **Enigmas do pensamento Latino-americano**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2000. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/iannienigmas.pdf>. Acesso em: 26 dez.2017, 12:15.

#### • **Monografias, Teses e dissertações**

AGUASACO, Carlos Eduardo. **No contaban com mi astucia!** Parodia, nación y sujeto en la serie televisiva de el Chapulin Colorado [1970-1979]. Dissertation (Doctor of Philosophy) – Stony Brook University, Department of Hispanic Language and Literature,

2010. Disponível em: <https://dspace.sunyconnect.suny.edu/bitstream/handle/1951/55347/Aguasaco\_grad.sunysb\_0771E\_10076.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 dez. 2017, 12:11.

RODRIGUES, P. A. . **Movimentos friamente calculados: política, televisão e cultura em Chapolin Colorado (1970-1979)**. 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/179193/TCC\_Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 dez. 2017, 22:52.

- **Material on line**

SANTOS, Mário Sérgio Ribeiro dos. **A crítica social do Chapolin Colorado**. 2015. Disponível em: <<http://doutornerds.blogspot.com.br/2015/03/a-critica-social-do-chapolin-colorado.html>>. Acesso em: 26 dez. 2017, 11:30.

- **Entrevistas**

MIGUEL EL LOCUTOR MIL VOCES. **El chavo y la vecindad en chile año 1977**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PrJEqQPCAAY>>. Acesso em: 01º dez. 2017, 16:06.

- **Episódios**

Conferencia Sobre Un Chapulin. **El Chapulín Colorado**. Episódio 53. Direção: Roberto Gómez Bolaños e Enrique Segoviano. Produção: Carmen Ochoa. Roteiro: Roberto Gómez Bolaños. Exibido em: 08/06/1974. Televisa, México D.F., 1974. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Jrq8MnQmmjE>>. Acesso em: 30 nov. 2017, 12:35.

De los metiches, libranos, señor!, **El Chapulín Colorado**. Episódio 34. Direção: Roberto Gómez Bolaños. Produção: Enrique Segoviano. Roteiro: Roberto Gómez Bolaños. Exibido em: 14/12/1973. Televisa, México D.F., 1973. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=\\_7v-DdoyJII](https://www.youtube.com/watch?v=_7v-DdoyJII)>. Acesso em: 26 dez. 2017, 13:12.

El retorno de Super Sam. **El Chapulín Colorado**. Episódio 201. Direção: Roberto Gómez Bolaños e Enrique Segoviano. Produção: Carmen Ochoa. Roteiro: Roberto Gómez Bolaños. Exibido em: 28/06/1978. Televisa, México D.F., 1978. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tXurIydHnzc>>. Acesso em: 26 dez. 2017, 13:25.

Historia de una vieja mina abandonada que data del siglo XVII y que está a punto de derrumbarse. **El Chapulín Colorado**. Episódio 126. Direção: Roberto Gómez Bolaños e Enrique Segoviano. Produção: Carmem Ochoa. Roteiro: Roberto Gómez Bolaños. Exibido em: 15/07/1976. Televisa, México D.F., 1976. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dpqmeRRtWIQ>>. Acesso em: 26 dez. 2017, 13:30.

La tribu perdida. **El Chapulín Colorado**. Episódio 10. Diretor: Róberto Gómez Bolaños. Produção: Enrique Segovian. Roteiro: Roberto Gómez Bolaños. Exibido em: 21/03/1973. Televisa, México D.F., 1973. Disponível



em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ixtPMQ3EwJM>>. Acesso em: 01º dez. 2017, 13:30.

La ultima escena. **El Chapulín Colorado**. Episódio 249. Diretor: Róberto Gómez Bolaños. Produção Carmem Ochoa. Roteiro: Roberto Gómez Bolaños. Exibido em: 19/09/1979. Televisa, México D.F., 1979. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=XQWeNIwrfEs>>. Acesso em: 25 dez. 2017, 10:36.

Limosnero y Con Garrote. **El Chapulín Colorado**. Episódio 94. Dirección: Roberto Gómez Bolaños. Produção: Carmem Ochoa. Roteiro: Roberto Gómez Bolaños. Exibido em: 11/09/1975. Televisa, México D.F., 1975. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IuutUdaRGn0>>. Acesso em: 01º dez. 2017, 15:58.

No es lo Mismo "el Pelotón de la Frontera", que "la Pelotera del Frontón". **El Chapulín Colorado**. Episódio 137. Diretor: Roberto Gómez Bolaños e Enrique Segoviano. Produção: Carmem Ochoa. Roteiro: Roberto Gómez Bolaños. Exibido em: 13/11/1976. Televisa, México D.F., 1976. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=oYs2zqfJba8>>. Acesso em: 01º dez. 2017, 14:15.

No tiene la culpa el indio sino el que lo hace Fernández. **El Chapulín Colorado**. Episódio 114. Diretor: Roberto Gómez Bolaños e Enrique Segoviano. Produção: Carmem Ochoa. Roteiro: Roberto Gómez Bolaños. Exibido em: 01º/04/1976. Televisa, México D.F., 1976. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=k\\_lvfK1oKbg](https://www.youtube.com/watch?v=k_lvfK1oKbg)>. Acesso em: 01º dez. 2017, 14:15.

Todos caben en un cuartito sabiéndolos acomodar. **El Chapulín Colorado**. Episódio 183. Dirección: Roberto Gómez Bolaños e Enrique Segoviano. Produção. Carmen Ochoa. Roteiro: Roberto Gómez Bolaños. Exibido em: 30/11/1977. Televisa, México D.F., 1977. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=XPdN26PEM48>>. Acesso em: 26 dez. 2017, 13:40.

NOTAS:

[1] Chespirito é uma analogia a Shakespeare. Que quer dizer Pequeno Shakespeare.

[2] MIGUEL EL LOCUTOR MIL VOCES. **El chavo y la vecindad en chile año 1977**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PrJEqQPCAAY>>. Acesso em: 01º dez. 2017, 16:06.

[3] “[...] Esta representação paródica de la ambición colonialista encarnada en Súper Sam es auto reflexiva, puesto que el engaño del Chapulín no funciona y por el contrario revela la incapacidad latinoamericana de explotar los recursos naturales de una forma eficiente.”

[4] “[...] Los personajes no comparten solamente el cuarto sino el baño y la cama en una intimidad silenciosa y oscura donde uno tiene literalmente seis veces más que el otro.”

[5] “[...] Mientras el héroe anglosajón se bate a disparos con el criminal, el latinoamericano escarba pacientemente entre los excrementos con un patriotismo tan paródico como ejemplar.”

## PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E COMBATE A POLUIÇÃO NO ÂMBITO MUNICIPAL

**IZABELA DE OLIVEIRA SILVA:**

Bacharelada em Direito pela Universidade Brasil - Fernandópolis SP.

Artigo científico apresentado ao curso de Direito, da Universidade Brasil como complementação dos critérios necessários para o título de bacharel em Direito. Orientadores: Prof. Gustavo Antônio Nelson Baldan e Prof. Me. Márcia Kazume Pereira Sato.

**RESUMO:** O trabalho aborda a temática do meio ambiente como um direito difuso, como direito fundamental. A constituição federal, em seu artigo 225, dispõe que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e um direito de todos os cidadãos. O meio ambiente são todos os elementos vivos e não vivos que estão relacionados com a vida na terra, como água, solo, vegetação, animais, seres humanos, como outros. Estar atento a cuidados do meio ambiente não é tarefa difícil, com atitudes simples podemos trazer impactos benéficos para a saúde da população e a saúde ambiental. As políticas públicas de meio ambiente são competência comum de todos os entes federados e devem envolver a comunidade, tal como prevê a Constituição Federal o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e direito de todos, ou seja, meio ambiente é elemento fundamental. É esperado que, nesta interação, surjam os municípios e a política nacional do meio ambientes diferentes conflitos de interesse. Embora muitos reconheçam a importância dos recursos naturais, não há consenso de como gerenciá-los, pois, nem todos estão dispostos a arcar com os custos de tal gestão e as possíveis restrições de uso. A educação ambiental é questão de cidadania e está ligada ao futuro ao que diz respeito a melhora qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

**Palavras chaves:** Sustentabilidade; preservação; proteção, meio ambiente.

**ABSTRACT:** The work addresses the theme of the environment as a diffuse right, as a fundamental right. The federal constitution, in its article 225, provides that the environment is a good for the common use of the people and a right of all citizens. The environment is all living and non-living elements that are related to life on earth,

such as water, soil, vegetation, animals, humans, and others. Paying attention to the care of the environment is not a difficult task, with simple attitudes we can bring beneficial impacts to the health of the population and environmental health. Public environmental policies are a common competence of all federated entities and must involve the community, as provided for in the Federal Constitution, the environment is a good for the common use of the people and the right of all, that is, the environment is a fundamental element . It is expected that, in this interaction, municipalities and national environmental policy will arise different conflicts of interest. Although many recognize the importance of natural resources, there is no consensus on how to manage them, as not everyone is willing to bear the costs of such management and possible restrictions on use. Environmental education is a matter of citizenship and is linked to the future with regard to improving the quality of life for present and future generations.

**Keywords:**Sustainability; preservation; protection, environment.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. PRESERVAÇÃO E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. 2.1 Relações entre a sociedade e o meio ambiente. 2.2 Impactos ambientais causado pelo homem na sociedade. 2.3 O papel dos municípios na gestão ambiental.3. MEIO AMBIENTE NO AMBITO JURIDICO. 4. DANOS AMBIENTAIS. 4.1 Responsabilidade civil por danos ambientais. 5. RELAÇÕES ENTRE O MEIO AMBIENTE E A SAÚDE. 6. MEIO AMBIENTE ECOLÓGICO. 6.1 Combate a poluição no âmbito municipal. 7. CONCLUSÃO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo 225 da Constituição Federal brasileira assegura a todos os humanos o direito e proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem comum, indicando ainda o dever de defesa deste meio para os presentes e futuras gerações. Determina ainda utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente. Preservar o meio ambiente é um ato importante não só para a humanidade, mas para todos os seres que habitam a Terra.

Afinal, é nela que estão os recursos naturais necessários para a sua sobrevivência, como água, alimentos e matérias-primas. Sem esses recursos, todas as formas de vida do planeta poderão acabar. Ao longo da existência humana, muitos dos recursos naturais foram sendo retirados. Isso ocorreu por meio da queima de combustíveis fósseis; descarte de lixo e esgoto em rios e mares; crescimento desganhados das cidades; queima e destruição de matas e florestas; etc. O resultado disso é o aquecimento global; alterações do ciclo natural de animais e plantas; falta de água; poluição do ar e água; entre outros.

No futuro, isso tudo pode ser ainda pior, com a ausência de água potável, energia elétrica e alimentos, além de muitos problemas sociais. As queimadas são responsáveis por extinguir toda a vida existente na terra, além de gerar uma quantidade enorme de gases tóxicos que contribuem para o agravamento do efeito estufa e que estão associados ao aquecimento global. A retirada de mata nativa, seja para a utilização da madeira ou para liberar áreas para a agricultura e pecuária, causa danos como: destruição da biodiversidade, extinção de animais, processos de erosão e enfraquecimento do solo, poluição dos rios, e desequilíbrio da cadeia alimentar. Especialistas apontam que mais da metade de todas as florestas do mundo já desapareceu por completo inteiro a ação humana. Entre os reflexos deste excesso, muitas espécies animais e vegetais foram dizimados.

A poluição é a principal responsável pela deterioração do ambiente. Isso porque os resíduos gerados e descartados pelas indústrias e pela própria população são os causadores de problemas como enchentes, chuva ácida, diminuição da biodiversidade, destruição da camada de ozônio, elevação da temperatura global e extinção de espécies. Preservar o meio ambiente é fundamental para manter a saúde do planeta e de todos os seres vivos que moram nele, porque afinal isso é um caso de perdas e ganhos verdadeiramente extremamente significativos.

## 2 PRESERVAÇÃO E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A preocupação com a preservação e a proteção ao meio ambiente foi introduzida na sociedade a partir das últimas décadas por causa da degradação ambiental sem controle pelo qual o planeta havia sofrendo. Fica claro que os entes federativos têm um papel importante, uma vez que tem os mecanismos para criar e aprovar leis para quem comete infrações contra o meio ambiente.

**Art. 23.** É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à

pesquisa e à inovação; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. **Parágrafo único.** Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

No entanto, é um dever da população cobrar ações efetivas do governo e fazer a sua parte no dia a dia.

A preservação do meio ambiente é muito importante para as presente e futuras gerações, todos temos que contribuir para a preservação e proteção dos recursos naturais e do equilíbrio da natureza. Pois, só conseguimos sobreviver graças a natureza, afinal, usamos os animais, plantas para nos alimentar, água para beber e tomar banho e muitos outros recursos.

A proteção ambiental é a prática de proteger o ambiente natural, tanto em benefício do próprio meio ambiente, como dos seres humanos. A proteção é necessária devido as grandes atividades humanas. O Direito passou a tutelar de forma

ampla a proteção do meio ambiente, mas é suma importância que o Direito cumpra sua função social e ética, protegendo valores e a subsistência da vida em sociedade.

O meio ambiente e sua preservação são de responsabilidade do Ministério do Meio Ambiente, da Secretaria do Meio Ambiente dos estados e municípios, esses órgãos são responsáveis por criar medidas relativas sobre o assunto, e fazem fiscalização de práticas poluidoras, fiscalizando o uso e consumo dos recursos naturais, controle de emissão de poluentes no ambiente, proteção dos ecossistemas, e proteção e preservação e recuperação das áreas ameaçadas. Sendo



também responsável por criar medidas educativas, conceitos, aumentando a sustentabilidade das cidades.

## **2.1 Relações entre a sociedade e o meio ambiente**

Meio ambiente é tudo que faz parte do planeta, e da vida, no mundo humano, vegetal, mineral, e nas relações entre si. O homem é parte desse meio e depende dele para viver. A morte do planeta causa a morte da humanidade. É urgente cuidar do planeta com comportamentos, atitudes e costumes. Existem seguimentos com novas sensibilidades ecológicas comprometidos com a construção social, trabalham respeitando os interesses, as necessidades da sociedade e os limites naturais. Várias causas sociais se preocupam com a qualidade de vida, a preservação do planeta, e estão unindo esforços em busca de um mundo melhor e justo. A sociedade vem utilizando os recursos naturais como se eles fossem infinitos; não está havendo na mesma medida a reposição desses recursos. O ar, a água, os solos estão sendo poluídos. O homem explora de modo ganancioso os recursos renováveis e não renováveis reduzindo-os apenas a um ideal econômico. A degradação ambiental vem ocorrendo gradualmente desde o início da utilização dos recursos naturais para a sobrevivência do homem, até atingir as transformações históricas e sociais.

Portanto, as relações entre a sociedade e a natureza apresentam muitos prejuízos para a vida humana com qualidade. Mas, o homem pode criar novas maneiras de estar no mundo, e de combater as transformações negativas existentes. A relação entre o social e o natural deve aliar condutas ecológicas às políticas ambientais. Os processos vitais e os limites impostos pela natureza devem ser respeitados para que ela possa se regenerar. O bem-estar dos humanos depende da redução dos impactos ambientais.

Tratar o meio ambiente como fonte de energia necessária à manutenção de todas as formas de vida é admitir que todos nós, dependem desta fonte de energia para a sobrevivência. Devemos ter consciência que a natureza nos ensina, e que tudo o que necessitamos está acessível, restando apenas a nós a sabedoria de encontrar as formas prudentes para prover as nossas necessidades sem provocar o esgotamento da fonte, pois são suficientes para a solução das necessidades não só da espécie humana, mas também de todos os seres vivos. Isso requer uma mudança na forma de enxergar os elementos naturais. O grande índice de consumação e a decorrente industrialização esgotam ao longo dos anos os recursos da Terra, que levaram vários de anos para se compor.

## **2.2 Impactos ambientais causados pelo homem na sociedade**

Todas as atividades que o homem exerce causa impactos ambientais no meio ambiente, seja ela positiva, ou negativa, acarretando a poluição e degradação, poluindo rios, mares, solo e o ar. Essas modificações alteram a qualidade dos seres vivos no planeta, e são de difíceis reparações.

Com o crescimento das cidades, empresas, indústrias e prédios sem o devido planejamento podendo interferir no meio em que vivemos, trazendo prejuízos para a sociedade, como também a falta de saneamento básico, falta de infraestruturas, sendo assim é fundamental que exista um sistema de esgoto eficiente e um planejamento preciso.

Os impactos negativos causados pelo homem são por exemplo, a diminuição de mananciais, destruição de áreas verdes para construção de casas e indústrias, poluição do ar, acarretando um número significativo de doenças na população e em outros seres vivos. Apesar dos impactos positivos serem poucos, eles existem, reciclando o lixo, economizando água, plantando árvores, com a nossa contribuição no meio ambiente com atitudes simples, podemos sim melhorar o meio em que viemos com muita saúde, e uma qualidade de vida e bem-estar para todos os seres humanos.

As ações ambientais têm um papel importante desde o comportamento até a saúde do homem. As principais ações causadoras de impacto são a mineração, exploração de florestas, e agricultura. Os impactos afetam a vida do ser humano de várias formas, podendo ser locais, como poluição urbana, efeito estufa, e o desmatamento, danos esses que podem ser irreparáveis.

O homem precisa ter consciência e percepção que o meio ambiente rege a vida, em todas as suas formas, é necessária uma mudança de postura sobre as questões ambientais, nesta perspectiva de desenvolvimento, que são capazes de produzirem novas ações de sustentabilidade.

## **2.3 O papel dos municípios na gestão ambiental**

A gestão ambiental pública, é uma gestão de conflitos, implicando nas construções de ferramentas e mecanismos capazes de atuarem com eficiência em um mundo cheio de mudanças. O entendimento das questões ambientais tem o propósito de progredir em direção a um desenvolvimento sustentável. O gestor público, precisa responder aos desafios de construir estratégias capazes de sustentar projetos de longos prazos.

É dentro dessa proposta que se coloca o Programa Nacional de Gestores ambientais, para um desenvolvimento sustentável, necessitando de uma visão capaz de entender os problemas locais, incentivando as prefeituras a assumirem suas importantes funções no sistema. Sendo, um conjunto de ações do estado, que visa assegurar os direitos da sociedade.

Destaca-se que o princípio do direito do ser humano ao meio ambiente equilibrado, fazendo com que os municípios, preservem e protejam o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A competência dos municípios esta elencada no artigo 30 da CF/88. Conforme artigo o meio ambiente está inserido em agrupamento das atribuições legislativas e municipais. O município tem um papel importante, pois a sociedade e as autoridades locais têm amplo conhecimento dos problemas ambientais enfrentados. Com a tutela inserida no rol de funcionalidade ambiental, as pessoas têm um contato mais próximo com os representantes políticos, sendo nesse cenário o surgimento de ideias e soluções para a preservação ambiental.

Com a autonomia dos municípios, é possíveis a solução de problemas e a diminuição dos problemas de degradação ao meio ambiente, inserindo a população nesse meio, as autoridades públicas fazem, com que todos caminhem juntos visando um único objetivo, a sustentabilidade do meio ambiente e uma qualidade de vida saudável.

Como diz Edis Milaré (2000, p. 297): "No âmbito do município seria aconselhável associar, nas estruturas administrativas e nos planos e programas, meio ambiente e desenvolvimento urbano. "

A preocupação com a qualidade de vida nos municípios vem crescendo e com isso ideias também, criando ideias, mudanças de hábitos, para a criação de uma gestão ambiental, com isso foi criado o Conselho Municipal de Meio Ambiente, ressaltando que esse conselho não pode criar leis, apenas ideias e sugestões, que o município tem o poder de licenciar.

A constituição do meio ambiente, por meio de ações municipais, código municipal do meio ambiente, são temas que ainda cabem bastante discussões e debates, pois são ligados a proteção e a preservação do meio ambiente, interligadas a realidade do local, sendo assim, as ideias de um município servir de exemplo a outros.

### **3 MEIO AMBIENTE NO ÂMBITO JURÍDICO**

É evidente, que todo tem direito a um ambiente ecologicamente equilibrado. De acordo com a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 225, isso é um direito fundamental que exige imediata aplicação. Sendo um compromisso, um pacto, comas presentes e futuras gerações em respeito ao bem comum. Ao reconhecer o direito ao meio ambiente, a Constituição federal adota uma nova ordem pública, de respeito, valorização e responsabilidade, para com todos os seres vivos no planeta.

Construir uma comunidade sustentável ordenada constitucionalmente, impõe muitas mudanças no atual modelo social, político e econômico. Sendo uma tarefa imposta ao estado e a coletividade. Sendo assim, as normas de proteção ao meio ambiente atuam em conjunto aos direitos do homem, principalmente direito a vida, e a uma qualidade de vida saudável. Direitos esses, que não se efetivam sem qualidade ambiental.

Fica claro, que ao mencionar que todo tem direito a um meio ambiente sustentável e ecologicamente equilibrado refere-se à proteção do indivíduo e de sua dignidade como pessoa. Deste modo, a norma constitucional a proteção do meio ambiente, meio esse a qual vivemos e necessitamos dele para sobreviver, esta interligado ao homem de forma autônoma, pois se trata de um bem essencial a vida.

O Meio Ambiente é considerado parte das relações humanas. A tutela do meio ambiente se manifesta a partir do momento que sua degradação passa ameaçar a qualidade de vida humana. Destacando-se ainda que a nossa Constituição Federal brasileira é uma das mais avançadas do mundo. Com a Lei 6.938 de 1981 passou a identificar o mundo natural como " meio ambiente" sendo um conjunto de condições, leis, e influencias e interações de ordem química, física e biológica. Com tudo a constituição de 1988, foi a primeira a tratar liberalmente das questões ambientais. Trazendo um capítulo exclusivo do meio ambiente, mas não estabelecendo um conceito, determinando apenas sua proteção. Nestas ideias, o importante papel da doutrina na construção de um conceito jurídico de meio ambiente mais condizente com os problemas atuais.

Normas específicas foram criadas antes da promulgação da Constituição com o objetivo de proteger, preservar e melhorar a qualidade de vida da população. Mesmo, havendo todas essas normas e leis, ainda temos os nossos deveres como cidadãos.

#### **4 DANOS AMBIENTAIS**

O dano ambiental é uma infração a um direito juridicamente protegido, ferindo a garantia constitucional que assegura a sociedade um meio ambiente

ecologicamente equilibrado e uma qualidade de vida. Contudo, para a concretização do dano, não basta que certa ação altere prejudicialmente o meio ambiente. Aliás, deve haver um regulamento que proíba determinada atividade ou ampare o bem ambiental. O dano ambiental só será efetivado caso haja alteração dos recursos naturais, e nas propriedades químicas e físicas. Essa mudança deve ser considerável, a tal ponto, que percam, de forma parcial ou definitiva, a sua propriedade ao uso. Outra característica é a periodicidade, pois não basta a emissão poluidora para a concretização do dano, devendo esse ser contínua e permanente.

Referente à constante e emissões poluentes para a caracterização de dano ambiental é um tema bastante criticado. Isso porque, a depender da qualidade e força da ação prejudicial, uma única emissão pode ser suficiente para a caracterização de dano ao meio ambiente.

O dano ambiental necessita ser grave e as agressões devem ultrapassar o limite máximo de absorção que possuem os seres humanos e elementos naturais. A posição quanto à gravidade também é alvo de divergências doutrinárias. Tal princípio é discordante, pois, para que se concretize o dano ambiental, não é necessário que o ato degradante beire o limite do extremo, devendo a ação poluente ser apenas ser intenso e grave.

Outra característica do dano ambiental é a difícil reparo. Na grande maioria dos casos, a regeneração do meio ambiente ao seu estado de antes é bastante difícil ou até mesmo impossível.

Segundo o ordenamento jurídico, o principal responsável pelo dano ambiental é o poluidor. O poluidor pode ser pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, por atividade causadora de degradação ambiental. Verificando-se pluralidade de agentes, todos deverão responder nos termos do artigo 942 do novo Código Civil. Isso acontece, porque a responsabilidade por dano ambiental, além de objetiva, é solidária e concorrente.

#### **4.1 Responsabilidade civil por danos ambientais**

O dever de reparação de danos ambientais está no texto constitucional, no artigo 225, no parágrafo 3º, "aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado". As condutas consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, as sanções penais e administrativas. O poluidor responde até mesmo em casos de danos involuntários, que não existe má-fé, pois é

suficiente o enfoque casual e material. Contudo, o sujeito não responde se o dano não existir ou não ter qualquer relação com de casualidade com sua atividade.

Para se consumir a responsabilidade, basta a relação de causa, efeito entre a ação e o dano. A responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva quando é independente de demonstração de culpa, a comprovação do dano e o dano causal, faz com que o infrator ocorra a obrigatoriedade de indeniza, havendo também a necessidade de reparação. A responsabilidade civil subjetiva ocorre quando a pessoa ato ilícito, por conduta culposa e dolosa. Se não houver culpa, não haverá o dever de reparação.

Portanto o autor fica responde pelos atos ilícitos em razão de sua atividade prejudiciais ao meio ambiente, o dano deve ser grave e as agressões passar dos limites de absorção que possuem os seres humanos. Essa mudança deve ser considerável, a tal ponto, que perca de forma definitiva, a sua propriedade ao uso, devendo o dano ser contínuo e permanente.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais (LCA) estabelece as sanções penais e administrativas decorrentes de condutas e atividades prejudiciais ao meio ambiente. Entre os crimes ambientais tipificados destacamos os relativos à poluição, a seguir apresentados:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposos: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime: I – tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana; II – causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população; III – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade; IV – dificultar ou impedir o uso público das praias; V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos: Pena – reclusão, de um a cinco anos.



§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

O Direito ambiental foi introduzido no sistema jurídico como forma de proteger o meio ambiente contra atividades nocivas do homem, para haver harmonia entre o homem e natureza. A introdução de sanções penais é para proteger o meio ambiente equilibrado e para o desenvolvimento sustentável da sociedade, sendo capaz de produzir efeitos, repressão e reeducação.

A questão do ato ilícito, e de ações prejudica ao meio ambiente adéqua inúmeras abordagens em razão das conseqüências de suas ações, o que nos leva a considerar que se houve dano o responsável de uma forma ou outra tem que se responsabilizar pelos seus atos.

## **5 RELAÇÕES ENTRE MEIO AMBIENTE E SAÚDE**

A palavra saúde também deve ser compreendida de forma abrangente, não se referindo somente a ausência de doenças, mais sim, o completo bem-estar físico, sócia e metal do indivíduo. Assim o termo saúde engloba uma série de condições que devem estar apropriadas para o bem-estar completo do ser humano, incluindo o meio ambiente. O homem, é parte integrante da natureza, e precisa do meio ambiente para ter uma vida saudável.

Conforme Paulo Afonso Leme Machado (2002, p.46) entende: "Sendo certo que, em tal classificação, a saúde do ser humano alberga o estado dos elementos da natureza (água, solo, ar, flora, fauna e paisagem).

É certo que qualquer dano ao meio ambiente provoca prejuízos na saúde pública e vice-versa, razão pela qual o ser humano deve realizar suas atividades respeitando, preservando e protegendo a natureza.

Um ambiente limpo é essencial para a saúde e o bem-estar das pessoas, no entanto as interações entre a saúde humana e o meio ambiente são muitas, os impactos na saúde, mas conhecidos estão ligados com a poluição atmosférica, a fraca qualidade da água e as condições sanitárias insuficientes. As alterações climáticas, a destruição da camada de ozônio, a perda da biodiversidade e a degradação do solo também podem afetar a saúde humana. Existe uma estreita relação e complexa relação entre saúde e mudanças ambientais.

Reduzir os impactos das mudanças climáticas é salvar vidas e preservar os meios de subsistência, bem como proteger o ambiente natural. Justos, esses fatores são responsáveis por mais de um terço de toda mortalidade mundial, a maioria dos fatores de risco examinados como água insalubre, fumaça de combustíveis, poluição do solo, guarda estreita relação com os hábitos de vida.

A sadia qualidade de vida depende do meio ambiente. É dever do poder público e da coletividade garantir o direito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Apesar dos serviços públicos de saneamento básico, no Brasil, terem apresentado avanços nos últimos anos, ainda existem muitos problemas relacionados a desigualdades regionais.

Vida com qualidade é o grande valor para todos os seres humanos, o bem-estar, físico e psicológico, das relações sócias e das relações com o meio ambiente. Vida saudável e saúde são resultados de desenvolvimento de infraestrutura social, da defesa e preservação do meio ambiente.

## **6 MEIO AMBIENTE ECOLOGICO**

O meio ambiente envolve as coisas com vida e sem vida, sendo um conjunto de elementos físicos químicos e biológicos, que podem causar efeitos sobre os seres vivos. Portanto, o meio ambiente é composto por solo, animais, vegetações, rochas, atmosfera e micro-organismos. Sendo um ecossistema que desenvolve a vida, existindo vários fatores internos que influenciam sobre a vida.

A sustentabilidade ecológica é a manutenção do meio ambiente do planeta Terra, é manter a qualidade de vida e o meio ambiente em harmonia com as pessoas. Significa cuidar, e preservar todos os sistemas para que todas as gerações futuras possam aproveitar.

Os seres humanos não vivem sem um ambiente equilibrado. O meio ambiente nos proporciona uma qualidade de vida adequada e saudável. O meio ambiente equilibrado é um patrimônio social do povo e de toda coletividade, detentora de usar de modo do direito de usá-lo de modo responsável.

É necessário as florestas, a fauna e a flora, para proteger o meio ambiente e combater a poluição. No entanto, se não, houver uma equilibrada com o meio ambiente os homens estão ameaçados, assim como o planeta.

O direito do meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito constitucional, sendo um direito de terceira dimensão, sendo um direito fundamental para a vida humana com dignidade e atua de modo a assegurar a sobrevivência de nossa espécie.

Além disso, garantir a vida em um meio ecologicamente equilibrado representa o direito de viver onde os recursos ambientais e espécies, estejam equilibradas, ou seja, devidamente protegidos.

O equilíbrio e a preservação do meio ambiente dependem de todos e da preocupação do uso de recursos naturais, que podem se esgotar se não foram usados de forma consciente.

### **6.1 Combate à poluição no âmbito municipal**

O alto consumo ocasiona a produção de poluentes que são lançados na atmosfera, degradando o meio ambiente, e causando danos a saúde humana e ao ecossistema. As principais fontes de poluição são provenientes de transportes, indústria, desmatamento, esses fatores acarretam poluição de ar, solo, água, havendo uma necessidade de mudança de estilo de vida para a uma qualidade de vida melhor.

As pessoas cometem atos que ocasionam prejuízos causados a qualidades do meio ambiente, ocorrendo danos ambientais.

A poluição ambiental vem aumentando muito, causando danos muitas vezes irreparáveis, é essencial que haja uma conscientização para a redução da emissão de substâncias nociva ao planeta. A eficácia aplicabilidade da lei que protegem o meio ambiente é fundamental para a diminuição da degradação decorrentes de ações prejudiciais a saúde.

A legislação ambiental disciplina o controle de poluição em um modo geral, obrigando o licenciamento, de atividades efetivas degradantes e poluidoras, entre elas, as que emitem elevados níveis de sons, ruídos e vibrações.

Sendo assim, a poluição sonora pode causar danos a saúde humana, afetando o sistema nervoso e auditivos das pessoas, inclusive causando outras doenças como, gastrite, stress, AVC'S.

As principais fontes de poluição são provenientes da indústria, transporte, desmatamento, produção de eletricidade e construção. Há uma necessidade de mudança de estilo de vida para diminuição da poluição (GOLDEMBERG & LUCON, 2008).

É de competência dos municípios medidas mitigatórias da poluição sonora, como a restrição de uso de buzinas em determinados dias e horas, como atividades barulhentas, como boates, bares, obras, entre outros. Para controlar a poluição sonora, utilizam normas de normatização, os quais definem limites de ruído que se caracteriza poluição sonora. Entende-se que a questão da poluição sonora e seus efeitos da saúde em relação de bem-estar da população, merece atenção ao Poder Executivo e que deve tomar as medidas apropriadas para resolver, se não, pelo menos, amenizar a situação.

## **7 CONCLUSÃO**

O Direito Ambiental tem como principal preocupação atuar com precaução, mais do que reparar um dano ambiental, a legislação ambiental brasileira, prioriza a preservação dos recursos naturais, sendo que o desenvolvimento da sociedade deve se dar de uma forma sustentável, atendendo às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras de atenderem a suas próprias necessidades.

A partir da pesquisa realizada, pôde-se evidenciar a multiplicidade de percepções dos docentes sobre meio ambiente; a relação saúde e meio ambiente; assim como a abordagem do tema da responsabilidade por danos ambientais, e os impactos ambientais causados pelo homem. Com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o indivíduo tem direito a uma vida digna. Não basta manter-se vivo, é preciso que se viva com qualidade. A participação do cidadão é indispensável na melhoria e conservação do planeta para as gerações futuras, a atuação de cada pessoa parece pouco no âmbito global, porém, se todos tomarem consciência acerca dos níveis de consumo de produtos, energia, entre outros, os resultados serão enormes.

Os dados e as reflexões deste trabalho apontam que a gestão ambiental pública no Brasil ainda precisa ser aperfeiçoada e deve ser feita em conjunto com a população. Relembrando que os processos de envolvimento social aumentam as capacidades de elaboração e implementação de políticas, além de ser uma previsão constitucional em que todos têm o direito ao meio ambiente equilibrado e o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações.

Nos últimos anos, as discussões a respeito dos problemas ambientais ganharam relevância e a preocupação com o meio ambiente vem aumentando em devido à degradação da natureza e destruição dos recursos naturais, de ações provocadas pelo homem.

O presente artigo tem como objetivo trazer uma visão panorâmica do cenário ambiental em que vivemos e a importância dos princípios ambientais para

a preservação e sustentabilidade do meio ambiente, tornando-o mais equilibrado. O meio ambiente integra tanto a natureza original e artificial, quanto o solo, a água, o ar, a flora, o patrimônio histórico, paisagístico e turístico, ou seja, o meio físico, biológico, químico. A degradação ambiental traz inúmeras perdas e impactos na saúde da população justificando, assim, ainda mais a escolha do tema e o delineamento da pesquisa. Sendo assim, um dever de todos preservar o meio ambiente e assegurar uma qualidade de vida melhor para todos e para as gerações futuras.

É urgente cuidar do planeta com comportamentos, atitudes, costumes e novas relações positivas dos humanos com a natureza. É fundamental discutir a temática ambiental em âmbito municipal. O trabalho aborda a temática do meio ambiente como um direito difuso pertencente à categoria dos direitos fundamentais, analisando seu enfoque constitucional.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

**ANTUNES**, Paulo Bessa, *Direito Ambiental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1934/Responsabilidade-civil-por-danos-ambientais>. Acesso em 15/09/2019.

BARBOSA, Rildo Pereira. Impactos Ambientais, 2017. Disponível em : [https://www.suapesquisa.com/meio\\_ambiente/impactos\\_ambientais.htm](https://www.suapesquisa.com/meio_ambiente/impactos_ambientais.htm). Acesso em 23/09/2019.

CURADO, Adriano. Impacto Ambiental - o que é, causas, tipos, consequências e exemplos, 2019. Disponível em: <https://conhecimentocientifico.r7.com/impacto-ambiental/>. Acesso em 01/10/2019

FERNANDES, Kellen Silva. O papel dos municípios na gestão ambiental: ações protetivas e preventivas à sustentabilidade ambiental, 2016. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4195/o-papel-municipios-gestao-ambiental-acoes-protetivas-preventivas-sustentabilidade-ambiental>. Acesso em 15/09/2019.

FILHO, Cristolino. A preservação e proteção do meio ambiente. 2018. Disponível em <https://fagv.com.br/blog/2018/06/04/a-preservacao-e-protecao-do-meio-ambiente/>. Acesso em 01/11/2019.

MACHADO, Gustavo Silveira. A relação entre a saúde da população e a conservação do meio ambiente, 2015. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema19/a-relacao-entre-a-saude-da-populacao-e-meio-ambiente\\_juras-e-machado\\_politicas-setoriais](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema19/a-relacao-entre-a-saude-da-populacao-e-meio-ambiente_juras-e-machado_politicas-setoriais). Acesso em 09/10/2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/o-meio-ambiente-como-um-direito-fundamental-da-pessoa-humana/>. Acesso em 16/10/2019.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente:** a gestão ambiental em foco. 7ed., rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4195/o-papel-municipios-gestao-ambiental-acoes-protetivas-preventivas-sustentabilidade-ambiental>. Acesso em 20/09/2019.

NORONHA, Mariana dos Santos. Danos ao meio ambiente: um paradigma social, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/danos-ao-meio-ambiente-um-paradigma-social/>. Acesso em 02/11/2019.

OLIVEIRA, Ageu Bruce. A aplicabilidade da Lei 9.605/98 no combate ao crime de poluição ambiental, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-aplicabilidade-da-lei-9-605-98-no-combate-ao-crime-de-poluicao-ambiental/>. Acesso 10/11/2019.

RELMS, G. S. Benevenuti. O dano ambiental, 2012. Disponível em:

<https://phmp.com.br/artigos/o-dano-ambiental/>. Acesso em 02/11/2019.

Sardinha, Vanessa dos Santos. Impactos Ambientais, 2018. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/impactos-ambientais.htm>. Acesso em 24/09/2019.

VERLY, Sérgio. A sociedade e o meio ambiente. 2019. Disponível em <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/geografia/a-sociedade-meio-ambiente.htm>. Acesso em 01/11/2019.