

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 953

(Ano XII)

(11/04/2020)

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
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



O democídio que se concretiza no Brasil

08/04/2020 | Sidio Rosa de Mesquita Júnior, 04.

ARTIGOS

Estelionato sentimental: reparação de danos cabíveis em razão do estelionato de afeto

09/04/2020 | Gabriela de Souza Becari Guedes, 16.

Responsabilidade Civil do Estado

09/04/2020 | Diego Rodrigues de Barros, 30.

O desprezo e o respeito na perspectiva do indivíduo

09/04/2020 | Fabrício Tavares de Moraes, 37.

O paradoxo das Polícias Judiciárias cada vez mais “militarizadas” e as Polícias Militares cada vez mais “investigativas”: Um contrassenso constitucional que precisa ser reajustado e corrigido pelo poder político e pelas demais instituições

09/04/2020 | Joaquim Leitão Júnior, 46.

A Tipicidade Penal Moderna

08/04/2020 | Nathalia Escansetti Tavares, 49.

Execução da pena após condenação em segunda instância e o princípio da presunção de inocência

08/04/2020 | Gabriel Tagliaferro de Freitas, 65.

União Estável

08/04/2020 | Luana Pereira Domingues, 83.

Análise da constitucionalidade da perda da função pública em ação de improbidade administrativa quando o agente público muda de cargo antes do trânsito em julgado

08/04/2020 | Thiago Stanley Gurski, 102.

Teoria da Tipicidade Conglobante

07/04/2020 | Nathalia Escansetti Tavares, 124.

Violência Contra a Mulher: Impactos Físicos e Psicológicos

07/04/2020 | Débora Pereira Naves, 152.

Abuso sexual infantil

07/04/2020 | Marcia Alessandra de Araújo Ponciano, 174.

Princípio da insignificância no dispositivo 28º da lei 11.343/2006.

07/04/2020 | Rodolfo Rangel, 187.

As relações locatícias na era da pandemia do Covi-19 e a (in)segurança jurídica no cumprimento das avenças

06/04/2020 | Bruno Macedo da Fonte, 204.

Reflexões sobre o tráfico de pessoas

06/04/2020 | Victória Mieko de Oliveira Gondo, 215.

Pensão Alimentícia – Posso cobrar dos Avós ???

06/04/2020 | Edilene Pereira de Andrade, 243.

Litigância de má-fé na Justiça do Trabalho

06/04/2020 | Natielli Nunes Miguelão, 246.

O DEMOCÍDIO QUE SE CONCRETIZA NO BRASIL

SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR:

Procurador Federal; Concluiu o Curso de Formação de Oficiais (APMG) e Graduou-se em Direito (UniCEUB); Especialista em Direito Penal e Criminologia (UniCEUB); e em Metodologia do Ensino Superior (UniCEUB); Mestre (UFPE) e Doutor em Direito (UNZL); Professor, Procurador Federal e Advogado; Autor dos livros "Prescrição Penal", "Execução Criminal: Teoria e Prática" e "Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006" (Editora Atlas); e de vários artigos jurídicos.

1. Introdução

Estou muito preocupado com os novos ares políticos que permeiam o Brasil. Lamento tudo o que vejo e, especialmente, deturpações do pensamento, levando ao democídio.

Um colega de trabalho, recentemente, afirmou que o seu ex-Professor de Direito Criminal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) migrou para discursar em favor do punitivismo e contra a *bandilotraria*, o que me levou ao presente texto.

2. Um livro, a crítica científica a ele e um processo criminal em razão dela

Diego Pessi, um Promotor de Justiça,[1] acompanhado de Leonardo Giardin de Souza, outro Promotor de Justiça,[2] publicaram um livro que mereceu o seguinte comentário de uma Professora de Direito:

Depois de anos de total mediocridade intelectual, formação manualística, rejeição de todo e qualquer estudo ou pesquisa acadêmicas, conseguiram sistematizar toda sua visão classista, racista, intolerante e antidemocrática numa obra chamada 'Bandidolatria e Democídio'. Seria cômico se não fosse trágico.[3]

O pior é que a afirmação se transformou em um processo criminal porque os Membros do MPRS não admitiram a crítica científica desenvolvida.[4] No entanto,

ainda que eu seja processado, é meu dever expor um pouco do que o atual estágio de civilização exige de compreensão sobre a matéria.

Esclareço que, nem mesmo em tese, a afirmação da acadêmica poderia ser classificada como injúria, uma vez que referente a fato específico e não se pode litigar por injúria para impedir a prova da verdade.[5] Ademais, ainda que se diga que não é cabível a prova da verdade porque a crítica não foi feita em razão do cargo das supostas vítimas, classificamos o Direito como ciência social aplicada e, portanto, a atuação da ré estava amparada pela crítica científica (Código Penal, art. 142, inciso I).

Não vejo como dissociar as aparições dos autores e o livro do cargo ocupado por eles. Eles se manifestam no contexto de um punitivismo vinculado ao governo brasileiro, eleito para o mandato de 2019 a 2022, conforme se vê na “Cúpula Conservadora das Américas”, em que o autor é apresentado como Membro do MPRS.[6] Outrossim, não consigo vislumbrar o *animus injuriandi*, essencial ao crime contra a honra. O *animus corrigendi (instruendi, docendi, emendandi)* exclui o *animus injuriandi ver difamandi*. Não obstante isso, em processo que corre em segredo de justiça, o pedido condenatório foi julgado procedente, mas o processo prossegue em fase recursal.[7]

Não ficarei aqui discorrendo do livro que vem encontrando lugar no cenário nacional porque entendo que ele não merece o prestígio que vem se dando a ele. Fico preocupado porque a minha tese de doutorado foi uma defesa de direitos fundamentais[8] e me pergunto se exerço a bandidolatria porque só advogo criminalmente *pro bono publica* ou gero o demócídio por provocar absolvições e por defender, em minhas aulas, a Constituição Federal. Será?

3. Manifesto contra a bandidolatria e o demócídio

Em 3.8.2017, com a assinatura dos 2 autores do livro que trouxe a *modinha* de falarmos em *bandidolatria* no Brasil, emergiu um manifesto contra o garantismo criminal e a *bandidolatria*. O manifesto contou com a assinatura de 100 Membros do MPRS e trouxe frases de efeito. Para não deturpar o pensamento do leitor, transcrevo o seu inteiro teor:

Nós, operadores do Direito realmente preocupados com a segurança pública, com o direito de ir e vir das pessoas, com a vida das pessoas de bem e não só dos bandidos, preocupados especialmente com as vítimas e não só com seus algozes, queremos revelar certas verdades a você, cidadão que sustenta o Estado e tem se enganado com ele e com certas entidades, certos professores, certos

“especialistas” e outros que parecem não querer que você saiba de certas coisas. Mas você saberá agora que muita coisa do que você tem sido induzido a pensar NÃO É VERDADE! VOCÊ TEM SIDO ENGANADO!

Você pensa que estão fazendo um novo código penal para diminuir a IMPUNIDADE e melhorar a segurança pública, mas o que está em andamento torna a LEI PENAL MAIS BRANDA e ainda dá salvo-conduto a desordeiros e terroristas fazerem o que quiserem sem responderem na Justiça. É O QUE ELES CHAMAM DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL: QUE SÓ VAI AUMENTAR A IMPUNIDADE...

Você pensa que estão preocupados com os crimes nas ruas, os assassinatos, os assaltos, com a impunidade, mas eles estão tentando tirar criminosos perigosos da prisão e colocá-los nas ruas, aumentando o perigo para os cidadãos e alegando presídios cheios, enquanto ao mesmo tempo são contra construir novos presídios parecendo que querem continuar a ter a mesma alegação pra continuarem soltando. É O QUE ELES CHAMAM DE DESENCARCERAMENTO: BANDIDOS SOLTOS E VOCÊ PRESO EM CASA COM MEDO, OU CORRENDO RISCO NA RUA.

Você pensa que eles se preocupam com sua vida, mas criaram uma audiência que resultou no aumento daqueles casos em que o marginal perigoso é imediatamente solto e faz outras vítimas nos dias seguintes. É O QUE ELES CHAMAM DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

Você pensa que estão fazendo mudanças no Código de Processo Penal para que ele facilite a apuração da verdade, e que se evite impunidade, e que se evite o deboche da justiça, e que se dê algum consolo à família das vítimas. Mas o que estão fazendo é PROIBIR que o Ministério Público possa expor certas verdades. É colocar número par de jurados e decretar que o empate pode absolver, para aumentar as chances de salvar assassinos. É permitir que a defesa fale duas vezes enquanto o MP só fala uma. É proibir que se leiam depoimentos do inquérito que foram produzidos antes das testemunhas serem ameaçadas, antes delas estarem com medo, antes delas serem compradas... É O QUE ELES

CHAMAM DE PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: DEVIAM CHAMAR DE PROCESSO PENAL DEMOCIDA (AQUELE QUE EXTERMINA O POVO).

Você pensa que estão fazendo uma lei para evitar o abuso de autoridade de qualquer um, mas ELES ESTÃO MESMO É FAZENDO UMA LEI QUE SÓ ATINGE PROMOTORES, POLICIAIS E JUÍZES e voltada a garantir que qualquer criminoso faça represálias sem fundamento contra quem ousar promover justiça. É O QUE ELES CHAMAM DE NOVA LEI DO ABUSO DE AUTORIDADE: SÓ VAI ATINGIR A AUTORIDADE QUE ATUA DE FORMA JUSTA E EFICIENTE.

Você pensa que eles querem Democracia e Justiça, mas eles criam uma proposta de Lei, VIOLANDO A CONSTITUIÇÃO, para punir promotores e juízes que deles discordarem, acusando-os da indefinida conduta – que serve pra tudo, quando se quiser—de violar prerrogativas da classe— e ainda permitindo que, contra a Constituição, uma corporação possa fazer procedimentos inconstitucionais contra promotores, juízes e policiais. É O QUE ALGUNS CHAMAM DE GARANTIR AS PRERROGATIVAS DA CLASSE: PARA QUE SE POSSA CONSTRANGER PROMOTORES, JUÍZES E POLICIAIS E DEIXÁ-LOS COM MEDO DE CONTRARIAREM VOLUNTARISMOS ILEGAIS E CHICANAS E TORNA A CLASSE A MAIS PODEROSA E DIFERENCIADA DO PAÍS...

Você pensa que eles querem garantias para você, cidadão, mas eles só querem que não haja punições de verdade, só querem garantir criminosos... É O QUE ELES CHAMAM DE GARANTISMO, NO BRASIL: QUE TEM GERADO CADA VEZ MAIS IMPUNIDADE DA FORMA QUE APLICAM.

Enfim, você pensa que eles querem te proteger, mas QUASE TODAS AS MEDIDAS SÃO PARA PROTEGER CRIMINOSOS E GARANTIR IMPUNIDADE.

Pelas obras e pelos frutos você verá melhor quem é quem: PRESTE SEMPRE ATENÇÃO. Em breve falaremos mais, revelaremos mais, explicaremos mais. Este é só o primeiro dos manifestos.

“Quem poupa o lobo sacrifica as ovelhas” (Victor Hugo)

Bandidolatria mata.

Desencarceramento mata.

Impunidade mata.[9]

Esse texto, com frases em letras maiúsculas para chamar a atenção dos leitores para aquilo que pretende destacar, traz uma série de imprecisões e incorreções, até porque invoca Victor Hugo (1802-1885), notável defensor dos direitos humanos, ao contrário do que defende o malsinado[10] manifesto.

Em diversas publicações que fiz anteriormente, defendi o garantismo, embora tenha a preocupação com perspectivas extremistas que alguns juristas fazem acerca da teoria. De todo modo, considero oportuna a afirmação de Bobbio (1909-2004) acerca da obra de Ferrajoli:

A aposta é alta: a elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso para o direito penal.[11]

O garantismo é denso, construído em um livro de 1.003 páginas, na edição originária,[12] merecendo tratamento acadêmico sério, não apenas uma meia dúzia de palavras contrárias, isso sem enfrentar as bases do garantismo.

Lênio Streck (nascido em 21.11.1955), com toda propriedade, fez severas críticas ao manifesto elaborado contra a bandidolatria, expondo:

Requeiro, na forma da Constituição, que os signatários do manifesto respeitem a advocacia e os professores que não pensam como eles. Sem advogados não há Justiça. Leiamos o artigo 133 da CF. E sem advogado não há processo. Não dá para fazer como em Henry VI (Shakespeare), nas palavras de Dick, o açougueiro: "*First thing we do, lets kill all the lawyers*" (a primeira coisa que faremos é matar todos os advogados). O mundo jurídico não é uma peça shakespeariana. Sem os advogados, não há nem bons salários para juízes e promotores.[13]

O garantismo não deve ser tratado superficialmente como o fazem alguns autores de livros que têm a pretensão de serem jurídicos. Também, não merece ser

atacado sem uma exposição densa como foi a de Luigi Ferrajoli (nascido em 6.8.1940). Mais ainda, nesse momento de deslegitimação dos Poderes instituídos, de uma luta popular pelo desrespeito aos direitos fundamentais etc. só restarão bons Advogados para interceder a favor das pessoas sujeitas aos rigores do punitivismo estatal que é buscado.

Tobias Barreto (1839-1889) já nos ensinava que os fundamentos do direito de punir transcendem aspectos científicos-jurídicos, passando por uma fundamentação metafísica, religiosa e, especialmente, por um desejo de vingança pública.[14] No entanto, espero que o Direito seja algo mais lúcido do que aquilo que prega o defensor de um punitivismo extremo e irracional.

A Fera de Macabu foi morta em uma execução de pena de morte equivocada. Como epígrafe, o autor apresenta a pergunta:

– Você é a favor da pena de morte?

Como resposta, temos outra pergunta:

– O quê você diria se o seu filho, olhando no fundo dos seus olhos, dissesse: papai sou inocente?[15]

Para evitar situações como as de Manuel da Mota Coqueiro (1799-1956), continuarei sendo um *bandidolatra*. Continuarei defendendo pessoas contra injustas acusações e, em favor da sociedade, procurarei livrar as pessoas da maior escola do crime, o cárcere.

As práticas estatais que são **democidas** são anteriores ao Direito Criminal. Estão nas filas dos hospitais, na falta de educação, na falta de dignidade da pessoa pobre etc.

4. DEMOCÍDIO

Em regra, o povo brasileiro não tem condições de entender questões mais complexas, a razão disso decorre daquilo que Heidegger chamou de preguiça de pensar.[16] É fácil ficar discursando em apelo ao sentimento popular junto com o parlamentar Delegado Funalo ou Delegado Sicrano, Cabo X, Sargento Y, Capitão W, Major Z etc. – grupo que impregna o Congresso Nacional de hoje, mas que o Presidente da República pretende retirar para governar como um ser absoluto -, convencer um povo que não gosta de pensar a lutar por uma ditadura, sem entender que o democídio se dá, especialmente em ditaduras é fácil. Mas, não me quedarei ao discurso fácil e raso de alguns Membros do MP.

Democídio é um neologismo decorrente dos estudos de Rudolph Joseph Rummel (1932-2014), Professor da Universidade do Havaí, o qual procurou demonstrar que existem diferentes formas de genocídio e uma é o *democídio*, aquele praticado pelo Estado, especialmente o ditatorial.

A Universidade do Havaí, após a morte de Rummel, mantém a sua página eletrônica e, como "chamada", dela se extrai:

Pray tell, my brother,
Why do dictators kill
and make war?
Is it for glory; for things,
for beliefs, for hatred,
for power?
Yes, but more,
because they can.[17][18]

Ao contrário de ovacionar a intervenção punitivista do Estado, Rummel procurava generalizar o genocídio, por meio da palavra *democídio*, especialmente para demonstrar as mortes em massa que poderiam ser atribuídas ao Estado ditatorial. Curiosamente, o que se fala no momento em torno da matéria, privilegia a constituição de uma ditadura no Brasil.

A sociedade é complexa e quanto mais plural ela for mais apta estará a dogmatizar o seu Direito.[19] Pretender reduzir o problema da criminalidade ao (sub)sistema jurídica será se esquecer que a ação comunicativa não pode se reduzir a um (sub)sistema social.[20]

5. Conclusão

O que posso dizer é que defender direitos fundamentais está longe de ser bandidolatria. Ser Professor e ensinar o garantismo, segundo as efetivas lições de Ferrajoli, antes de representar desencarceramento, é a luta por um Direito Criminal efetivo, a partir de práticas administrativas prévias.

O afã punitivista de uma vertente ditatorial, que busca movimentos contra o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, perante um povo que tem

preguiça de se informar adequadamente, não pode nortear o Direito, este enquanto ciência social aplicada.

Juízes devem respeitar a Constituição Federal e nela constam direitos fundamentais que eles não podem violar. Pretender jogar o povo e até mesmo a academia contra a Constituição Federal será pretender retornar à barbárie, sem que exista uma proteção mínima aos direitos humanos.

Atribuir a criminalidade ao sistema jurídico será esquecer que muitos outros aspectos anteriores incrementam o fenômeno jurídico-criminal. Daí o pleno repúdio à parca tese de que defender direitos humanos importa em bandidolatria e que o democídio decorre da impunidade. O democídio decorrerá da ditadura que muitos estão defendendo, caso ela venha a se concretizar.

Referências

ADEODATO, João Maurício: *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

BOBBIO, Norberto. Prefácio da 1ª Edição Italiana. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHAUÍ, Marilena de Souza. Vida e obra. HEIDEGGER, Martin. *Os pensadores: Heidegger*. São Paulo: Nova Cultural, 1.995.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*: teoría del garantismo penale. Roma: Laterza, 1989.

FREEDOM. Página do Rummel. Disponível em: <<http://www.hawaii.edu/powerkills/>>. Acesso em: 13.3.2020, às 18h.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010. t. I e II.

JUSTIFICANDO. Promotores de Justiça lançam manifesto contra o garantismo e "bandidolatria". 3.8.2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/08/03/promotores-de-justica-lancam-manifesto-contra-garantismo-e-bandidolatria/>>. Acesso em: 13.3.2020, às 13h40.

MARCHI, Carlos. *Fera de Macabu*. a história e o romance de um condenado à morte. Rio de Janeiro: Record, 1999.

MARTINS, Jomar. Princípio da indivisibilidade: autores de livro sobre “bandidolatria” mantêm queixa-crime contra professora. 5.2.2019. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-05/promotores-bandidolatria-mantem-queixa-professora>>. Acesso em: 13.3.2020, às 9h21.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Funcionalismo y garantismo en la defensa de los derechos fundamentales en proceso criminal. Lomas de Zamora: UNLZ, defesa em 28.4.2015. 350 p.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 2º Juizado Especial Criminal de Porto Alegre. Processo n. 0188815-26.2017.8.21.0001. Acesso em: 13.3.2020, às 9h30.

SOUZA, Leonardo Giardin; PESSI, Diego. *Bandidolatria e democídio*: ensaios sobre o garantismo penal e a criminalidade no Brasil. Porto Alegre: SV, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – o assustador manifesto contra a bandidolatria? Consultor Jurídico, 10.8.2017, às 8h. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-10/senso-incomum-isto-assustador-manifesto-bandidolatria>>. Acesso em: 13.3.2020, às 14h54.

NOTAS:

[1] Diego Pessi é Membro do MPRS desde o ano 2000. É tão somente bacharel em Direito e coautor do livro: SOUZA, Leonardo Giardin; PESSI, Diego. *Bandidolatria e democídio*: ensaios sobre o garantismo penal e a criminalidade no Brasil. Porto Alegre: SV, 2017.

[2] Leonardo Giardin de Souza é Membro do MPRS desde 2004. É tão somente bacharel em Direito e coautor do livro mencionado na nota imediatamente anterior.

[3] MARTINS, Jomar. Princípio da indivisibilidade: autores de livro sobre “bandidolatria” mantêm queixa-crime contra professora. 5.2.2019. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-05/promotores-bandidolatria-mantem-queixa-professora>>. Acesso em: 13.3.2020, às 9h21.

[4] Rejeitada a queixa, os autores do livro interpuseram apelação, provida sob o argumento assim ementado:

QUEIXA-CRIME. INJÚRIA. ART. 140 DO CÓDIGO PENAL. COMENTÁRIO REALIZADO EM REDE SOCIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL.

RENÚNCIA TÁCITA AO DIREITO DE QUEIXA. INOCORRÊNCIA.

1. Opinião externada pela recorrida, ao comentar texto publicado em rede social, afirmando que os recorridos, ao escreverem um livro, sistematizaram sua visão classista, racista, intolerante e antidemocrática, que revelou a existência de indícios da prática do crime de injúria. Crime em tese praticado de forma autônoma, sem caracterizar hipótese de coautoria ou participação, o que inviabiliza o reconhecimento da ofensa ao princípio da indivisibilidade da ação penal. 2. O fato de várias pessoas eventualmente denegrirem a imagem de alguém por meio da internet, cada uma delas se utilizando de um comentário, sem adesão ao comentário de outrem, não corresponde à existência de coautoria ou participação, mas sim caracteriza prática de delito autônomo. Precedente do E. STJ. RECURSO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Turma Recursal Criminal da Comarca de Porto Alegre. Processo n. 71008081101 (0066349-62.2018.8.21.9000). Rel. Luís Gustavo Zanella Piccinin. Julgamento em: 28.1.2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-turma-recursal-criminal-jecs-rs.pdf>>. Acesso em: 10.3.2020, às 19h42.

[5] STF, RT 626/381 apud DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 302.

[6] Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EimXJ2avb-w>>. Acesso em: 13.3.2019, às 8h.

[7] RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 2º Juizado Especial Criminal de Porto Alegre. Processo n. 0188815-26.2017.8.21.0001. Acesso em: 13.3.2020, às 9h30.

[8] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Funcionalismo y garantismo en la defensa de los derechos fundamentales en proceso criminal*. Lomas de Zamora: UNLZ, defesa em 28.4.2015. 350 p.

[9] JUSTIFICANDO. Promotores de Justiça lançam manifesto contra o garantismo e "bandidolatria". 3.8.2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/08/03/promotores-de-justica-lancam-manifesto-contra-garantismo-e-bandidolatria/>>. Acesso em: 13.3.2020, às 13h40.

[10] Aqui a palavra é utilizada no sentido de "denunciado", "condenado", "censurado" etc.

[11] BOBBIO, Norberto. Prefácio da 1ª Edição Italiana. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 7.

[12] FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1989.

[13] STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – o assustador manifesto contra a bandidolatria? Consultor Jurídico, 10.8.2017, às 8h. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-10/senso-incomum-isto-assustador-manifesto-bandidolatria>>. Acesso em: 13.3.2020, às 14h54.

[14] BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 163-180.

[15] MARCHI, Carlos. *Fera de Macabu: a história e o romance de um condenado à morte*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

[16] Conf. CHAUÍ, Marilena de Souza. Vida e obra. HEIDEGGER, Martin. *Os pensadores: Heidegger*. São Paulo: Nova Cultural, 1.995. p. 8.

[17] Tradução livre:

Por favor, diga, meu irmão,
Por que os ditadores matam
e fazem guerra?
É para a glória; para coisas,
por crenças, por ódio,
pelo poder?
Sim, mas mais,
porque eles podem.

[18] FREEDOM. Página do Rummel. Disponível em: <<http://www.hawaii.edu/powerkills/>>. Acesso em: 13.3.2020, às 18h.

[19] ADEODATO, João Maurício: *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 306.

[20] HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010. t. I e II.

ESTELIONATO SENTIMENTAL: REPARAÇÃO DE DANOS CABÍVEIS EM RAZÃO DO ESTELIONATO DE AFETO

GABRIELA DE SOUZA BECARI GUEDES:

Docente mestre do curso de Direito – IESB
Instituto de Ensino Superior de Bauru .

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO[1]

(Orientador)

RESUMO: O trabalho apresentado, visa analisar um tema que está sendo repercutido com grande ênfase no mundo jurídico, a figura do estelionato sentimental. Atualmente reconhecida por jurisprudência, o termo vem sendo analisado pelo prisma da responsabilidade civil, cabendo reparação de danos morais e materiais ao ofendido. O presente, traz os pressupostos caracterizadores da obrigação de indenizar, sendo eles o ato ilícito e o abuso de direito. Também, a análise descritiva das características das partes existentes na relação afetiva estudada e a análise fática do primeiro caso que deu origem ao tema apresentado, no ano de 2013 em Brasília- DF. Breves apontamentos em relação a responsabilidade civil, elencada no Código Civil de 2002, foram feitos para melhor entendimento do assunto abordado. Atenta-se o atual estudo para a proteção da vítima que deve ser ressarcida pelos danos causados a mesma. Para a realização do estudo, foi utilizado o método de revisão bibliográfica e aplicado o método hipotético dedutivo.

Palavras-chave: Estelionato sentimental. Responsabilidade civil. Abuso de direito. Boa-fé objetiva.

ABSTRACT: This paper aims to analyze a theme that has been reflected with great emphasis in the legal world, the figure of sentimental estelionate. Currently recognized by jurisprudence, the term has been analyzed from the perspective of civil liability, being responsible for reparation of material and moral damages to the offended. The present, brings the necessary presuppositions for the characterization of the obligation to indemnify, being the abuse of right and the illicit act practiced. Also, the descriptive analysis of the characteristics of the existing parts in the affective relationship studied and the factual analysis of the first case that gave rise to the theme presented, in 2013 in Brasília-DF. Brief notes regarding the institute of civil liability were made, for a better understanding of the subject. This study focuses on the protection of the victim who should be compensated for the damage caused to him. To perform the study, the literature review method was used and the hypothetical deductive method was applied.

Key words: Sentimental Estelionate. Civil responsibility. Abuse of law. Objective good faith.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, com a valorização do princípio da boa-fé objetiva e a evolução dos relacionamentos amorosos, nos deparamos com uma nova figura, o estelionato sentimental.

Podendo ser caracterizado como um novo 'golpe', o artifício utilizado para a obtenção de vantagem é o sentimento alheio. Aquele que comete o estelionato afetivo utiliza de situações que fragilizam a vítima para enriquecimento ilícito.

Por se tratar de um tema relativamente novo, a legislação ainda é defasada, carecendo do olhar crítico do judiciário para resolução de cada caso, necessitando de um estudo mais aprofundado para analisar as consequências que tal ato acarreta.

Por intermédio deste artigo, será apresentado o tema estelionato sentimental, definindo-o e analisando mais de perto a ação que deu origem ao assunto, baseando-se na sentença proferida pela 7ª Vara Cível de Brasília, no ano de 2013.

Frente aos relacionamentos afetivos não protegidas pelo ordenamento jurídico, será verificado o instituto da responsabilidade civil, abordado pelo Código Civil, que tem sido utilizado como fundamento para reparação dos danos causados pela figura estudada.

2 ESTELIONATO SENTIMENTAL

2.1 origem do termo

O legislador, ao redigir a atual norma, deixou uma grande lacuna em relação ao tema, visto que, o termo repercutiu pela primeira vez em Brasília-DF, no ano de 2013, em um processo tramitado na 7ª Vara Cível que condenou o réu, ex-namorado da autora da ação, ao pagamento de uma indenização no valor de cento e um mil e quinhentos reais em decorrência de dívidas adquiridas pela vítima no decurso da relação amorosa que durou dois anos. Em sentença, proferiu o magistrado que:

Embora a aceitação de ajuda financeira no curso do relacionamento amoroso não possa ser considerada como conduta ilícita, certo é que o abuso desse direito, mediante o desrespeito dos deveres que decorrem da

boa-fé objetiva (dentre os quais a lealdade, decorrente da criação por parte do réu da legítima expectativa de que compensaria a autora dos valores por ela despendidos, quando da sua estabilização financeira), traduz-se em ilicitude, emergindo daí o dever de indenizar. (TJDF, 7ª Vara Cível de Brasília, Autos nº 0012574-32.2013.8.07.0001, juiz de Direito Luciano dos Santos Mendes) .

Posteriormente, em recurso promovido pelo réu, a 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, manteve a sentença proferida pelo juízo *a quo* que condenou o ex-namorado da autora a restitui-la dos valores despendidos em despesas e dívidas adquiridas pela mesma, no decurso do relacionamento, em prol do réu como recargas de celular, empréstimos bancários, passagens de viagens, etc. O fato gerou a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. TÉRMINO DE RELACIONAMENTO AMOROSO. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. RESSARCIMENTO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ABUSO DO DIREITO. BOA FÉ OBJETIVA. PROBIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. [...] depreendendo-se que a autora/ apelada efetuou continuadas transferências ao réu; fez pagamentos de dívidas em instituições financeiras em nome do apelado/réu; adquiriu bens móveis tais como roupas, calçados e aparelho de telefonia celular; efetuou o pagamento de contas telefônicas e assumiu o pagamento de diversas despesas por ele realizadas, assim agindo embalada na esperança de manter o relacionamento amoroso que existia entre os ora demandantes. Corrobora-se, ainda e no mesmo sentido, as promessas realizadas pelo varão-réu no sentido de que, assim que voltasse a ter estabilidade financeira, ressarciria os valores que obteve de sua vítima, no curso da relação. 2. Ao prometer devolução dos préstimos obtidos, criou-se para a vítima a justa expectativa de que receberia de volta referidos valores. A restituição imposta pela sentença tem o condão de afastar o enriquecimento sem causa, sendo tal fenômeno repudiado pelo direito e pela norma. 3. O julgador não está obrigado a pronunciar-se quanto a todos os dispositivos de lei invocados pelas partes, quando

entender ser dispensável o detalhamento na solução da lide, ainda que deduzidos a título de prequestionamento. 4. Recurso conhecido e não provido. (TJDF. Acórdão n.866800, 20130110467950APC, Relator: CARLOS RODRIGUES, Revisor: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 08/04/2015, publicado no DJE: 19/05/2015. P. 317).

No caso fático, entendeu o MM. Julgador que a vítima foi levada a erro ao gerar uma espera em receber de volta o valor despendido em empréstimos ao ex-namorado, uma vez que, o próprio, propiciou tal expectativa. Contudo, não tendo o réu real objetivo de ressarcir o valor, usou de má-fé para enriquecer ilícitamente, visto que este ato é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico.

Para a tipificação do estelionato afetivo é necessário cautela, pois a mera desilusão amorosa causada pelo termino do relacionamento não caracteriza tal ato.

2.2 Analogias com o artigo 171 do Código Penal Brasileiro

O denominado estelionato de afeto é uma pratica que se configura a partir das relações amorosas e emocionais, cujo conceito se toma por empréstimo definido no artigo 171, do CP, quando o agente utiliza de meio arдил e fraudulento para obter vantagem econômica ilícita de seu companheiro, se aproveitando da relação afetiva e mantendo em erro a vítima. Em que pese, o referido artigo dispõe, *in verbis*:

“Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, arдил, ou qualquer outro meio fraudulento. Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa” (BRASIL, 2016).

No que concerne ao estelionato, identifica-se diversos de requisitos aos quais tipificam o crime, sendo elas, o lucro ilícito, o erro, o dolo e o prejuízo alheio. Seguindo esta linha, o penalista Greco (2017, p.853) assevera que “desde que surgiram as relações sociais, o homem se vale de fraude para dissimular seus verdadeiros sentimentos, intenções, ou seja, para de alguma forma, ocultar ou falsear a verdade, a fim de obter vantagens que, em tese lhe seriam indevidas.”

Depreende-se então que, o estelionato sentimental é toda a forma de obtenção de vantagem ilícita no decurso de uma relação amorosa em que, um indivíduo aproveita-se da lealdade, confiança e afeto alheio para enriquecimento

próprio, desrespeitando a boa-fé objetiva e, conseqüentemente acarretando a obrigação de indenizar a vítima pelos prejuízos sofridos.

2.3 Características do estelionatário e da vítima na relação

O advogado Nardenn Souza Porto, especialista no tema e responsável pelo caso fático que deu origem ao assunto, explana que (2019, N.P.), para realizar a fraude os golpistas utilizam de gatilhos mentais em conjunto com técnicas de psicologia, que influenciam diretamente na tomada de decisão da pessoa, ou seja, a vítima fica continuamente em estado de erro e acaba ficando cega, sem reação própria.

Geralmente as ferramentas usadas pelos estelionatários configuram-se em técnicas de sedução, reciprocidade disfarce, escassez, urgência, segurança, criação de uma nova personalidade e identidade, excessos de elogios, entre outros.

A principal arma utilizada pelo golpista é o sentimento da vítima, na maioria das vezes esta encontra-se em um momento difícil da vida como, por exemplo, passando por um processo de divórcio término recente de um relacionamento, perda de um ente querido ou passando por problemas de saúde. Aproveitando-se desse momento de fragilidade, o golpista aproxima-se da vítima conquistando sua confiança, induzindo-a a erro e mantendo-a nesta situação até que alcance seu objetivo.

Após obter a vantagem almejada, o golpista abandona vítima que por sua vez fica em estado de penúria psicológica e tendo seu patrimônio dilapidado, com dividas em seu CPF e sem um direcionamento de como reconstruir sua vida (Nardem, 2019).

3 PARÂMETROS NORTEADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Disciplinado o Título IX, Parte Especial, do Código Civil de 2002, o instituto da responsabilidade civil dispõe em seu artigo 927 que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2016), ou seja, a responsabilidade civil tem por objetivo a reparação de danos causado a outrem, que tenha diminuído seu patrimônio jurídico. Segundo Pablo Stolze Gagliano (2017, p.59) “a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar).”.

Atualmente no ordenamento jurídico, encontramos duas classes de responsabilidade, objetiva e a subjetiva, Para Carlos Gonçalves (2017, p.62), a

convicção de responsabilidade civil objetiva tange da vertente em que é indispensável a relação de causalidade entre a ação e o dano, ou seja, independente da culpa comprovada, o responsável por causar dano tem o dever de indenizar a vítima.

Diferentemente, para a classificação da responsabilidade civil subjetiva estreita-se na convicção de culpa, nesta perspectiva, comprovação da culpa do agente causador é requisito essencial para a indenização do dano. Para Gagliano (2017, p.65) "A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo".

3.1 Requisitos da Responsabilidade Civil

Para Tartuce (2018, p.59) "a responsabilidade civil, no Código Civil de 2002, está estribada em dois conceitos estruturais, tratados em sua Parte Geral, quais sejam o ato ilícito (art. 186) e o abuso de direito (art. 187)".

Via de regra, a obrigação de indenizar provém da ilicitude de um ato. O artigo 186, do Código Civil de 2002 consagra que: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Analisando o dispositivo da lei, extraímos três pressupostos imprescindíveis da Responsabilidade Civil, sendo eles a conduta, nexos causal e a culpa.

3.1.1 Conduta

Para configuração da responsabilidade civil, o primeiro requisito, indispensável, é a conduta humana praticada pela ação ou omissão do agente causador. Paulo Nader salienta que (2016, p.87) "o ato ilícito pressupõe uma conduta do agente, violadora da lei ou de ato negocial causadora de lesão ao direito alheio". Destarte (Gagliano, 2017) tal ação pode ser positiva ou negativa, conduzida voluntariamente pelo agente, fato o qual enseja um dano ou um prejuízo ao patrimônio juridicamente tutelado de outrem.

Ressalta, também, Pablo Stolze Gagliano (2017, p.84) que: "O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz."

Em outras palavras, para determinar o elemento conduta, é necessário a voluntariedade. No entanto, tal ato não configura necessariamente a intenção de

causar dano, mas, a ciência do aquilo que está fazendo, ou seja, o conhecimento do ato praticado.

3.1.2 Nexo de causalidade

O vínculo lógico entre a ação do agente e o prejuízo causado chama-se nexos causal, segundo requisito para a formação da responsabilidade civil. Segundo Cavalieri Filho (2014, p. 63) "o nexos causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano.", ou seja, trata-se do liame de ligação entre o ato e o dano, ausente essa ligação de causalidade não há de se falar em dever de indenizar.

É de entendimento doutrinário que o Código Civil brasileiro adotou a mesma teoria da relação de causalidade amparada pelo Código Penal, em seu artigo 13, *in verbis*:

" Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido."

Neste sentido, apenas as práticas de condutas causadoras de danos são capazes de gerar a reparação e a obrigação de indenizar. Em contrapartida, determinados acontecimentos desfazem o nexos de causalidade, ensejando na exclusão da responsabilidade civil, visto que a ausência de qualquer um dos pressupostos impossibilita o dever de indenizar (Cavalieri Filho, 2014). Estabelece Gonçalves (2012, p. 465) que as excludentes da responsabilidade são: "o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, a cláusula de não indenizar, e o caso fortuito e a força maior". Presente qualquer uma dessas hipóteses, impede-se o compromisso de indenizar e, conseqüentemente, a exclusão da responsabilidade civil.

3.1.3 Culpa

A culpa, em sentido amplo, caracteriza o elemento subjetivo da conduta compreendida em *stricto sensu* como ação ou omissão dolosa. Na responsabilidade subjetiva, a culpa é um dos pressupostos essenciais para a formação do ato ilícito (Paulo Nader, 2016).

O componente culpa é essencial para a definição da conduta na responsabilidade civil, já que, se a ação do agente não for voluntária e não incorrer

de negligência, imprudência ou imperícia, não há de se falar em ato ilícito e reparação de danos.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.66)

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa stricto sensu do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco.

Considerando, em sentido amplo, a teoria subjetiva da culpa sofre várias distinções na manifestação de sua extensão e natureza, sendo elas: culpa lata ou grave - o agente incorre deliberadamente em sua conduta, certo de que causará danos a outrem; culpa leve e levíssima – a conduta do agente decorre de uma falta e atenção (Gonçalves, 2017)

3.2 Dano material e moral

É requisito fundamental para a configuração da responsabilidade civil o dano ou o prejuízo ao patrimônio juridicamente tutelado, podendo ser ele material ou moral. Preceitua Gagliano (p. 93, 2017) que “sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, responsabilidade”

Sergio Cavalieri Filho (2000, p. 70), ressalta que, a inafastabilidade do dano incorre nos seguintes termos:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem danos. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento — risco profissional, risco proveito, risco criado etc. —, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que,

sem danos, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa

É de entendimento doutrinário que o Código Civil brasileiro adotou a mesma teoria da relação de causalidade amparada pelo Código Penal, em seu artigo 13, *in verbis*:

“Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

Nesse sentido, assegura-se que o dano é a lesão a um interesse protegido juridicamente, causado pela ação ou omissão do agente causador do prejuízo.

Antigamente, a doutrina considerava apenas o dano material como passível de reparação, por sua vez, alegavam que o dano moral era insuscetível de indenização pecuniária. No entanto, o entendimento que prevalece é o oposto, fundamentando que o dano moral não tem preço, mas cabe a vítima uma compensação (Paulo Nader, 2016).

O dano patrimonial segundo preceitua Pablo Stolze Gagliano (2017, p. 100) "O dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular". Os danos materiais não implicam apenas na diminuição de patrimônio do ofendido, mas também nos prejuízos decorrentes de lucros cessantes e danos emergentes.

Por sua vez, o dano moral tem um duplo significado, em sentido estrito, refere-se ao abalo sentimental sofrido pelo ofendido, e o sentido amplo, que abrange também as lesões de todos os bens ou interesses pessoais da pessoa do ofendido, exceto econômicos (p. 03, CIV 15)

Segundo entendimento de Paulo Nader (2016, p 100)

Danos morais são as práticas que constroem, injustamente, outrem, causando-lhe sofrimentos na esfera espiritual. São os que atingem a honra, nome, reputação; são, também, os que ferem os sentimentos mais profundos da pessoa humana.

O instituto da responsabilidade civil, impõe ao ofensor o dever de indenizar a vítima pelos danos morais ou materiais injustamente causados. O cumprimento

desta reparação se faz na pessoa do ofendido ou aos seus dependentes (Paulo Nader, 2016).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO NAMORO

4.1 Entendimento jurídico quanto ao namoro

Não encontramos na lei um conceito para a relação de namoro. Sem a regulamentação legal, não encontramos requisitos para sua formação, a não ser aqueles de cunho moral, impostos pela própria sociedade (Ravache, 2011). Tal relação é marcada por um vínculo afetivo contínuo com intenção de partilhar momentos, progredindo até que haja a constância do casamento (Lima, 2016)

Neste sentido, afirma LIMA (2016):

Verifica-se, pois, que as relações de namoro devem estar pautadas na convivência pública, contínua e duradoura, por meio do qual os companheiros não tenham a intenção de constituir família. Assim sendo, destaca-se que nas relações de namoro deve haver um vínculo, não é uma questão de durabilidade que não se analisa o tempo, mas sim o tipo de namoro e como as pessoas se reconhecem como tal.

Encontramos no namoro os requisitos para a formação da união estável, sendo elas a convivência pública, contínua e duradoura, no entanto, difere-se no componente subjetivo de constituir família. Preceitua Maria Berenice Dias (2016, p. 412) que “A união estável nasce da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação”.

4.2 Pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil na relação afetivas

A responsabilidade civil fundamenta-se na componente culpa, contudo, encontramos casos em que há o ensejo da obrigação sem que haja o pressuposto da culpa presente (Lima, 2016). Nesse sentido, o direito civil vem tentando se desvencilhar desse conceito tradicional, desta forma preceitua Pereira (2014, p. 537) “a responsabilidade civil tem procurado libertar-se do conceito tradicional de culpa”

Para a definir o estelionato sentimental, partimos da premissa de dois pressupostos do relacionamento amoroso que caracterizam a responsabilidade civil, sendo eles o abuso de direito e a boa-fé objetiva (Lima, 2016).

4.2.1 Abuso de direito

Fundamentada como cláusula geral da responsabilidade civil, o artigo 187, do Código Civil dispõe que (BRASIL, 2016) "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes", entende-se desta forma, que, qualquer prática irregular dos preceitos legais configura o abuso de direito.

Gonçalves (2017, p. 68) afirma que "o instituto do abuso do direito tem aplicação em quase todos os campos do direito, como instrumento destinado a reprimir o exercício antissocial dos direitos subjetivos.", as sanções podem variar conforme o caso concreto, podendo ser desde uma restrição de atividade e até sua cessação, declaração de ineficácia de negócio jurídico, obrigação de ressarcimento dos danos, entre outras.

A teoria defendida por Gonçalves (2017, p. 68) fundamenta que "prevalece na doutrina, hoje, o entendimento de que o abuso de direito prescinde da ideia de culpa.", contrário ao entendimento do autor, a I Jornada de Direito Civil, por meio do enunciado nº 37 (2012, p. 20), dispôs que: "A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico". Destarte, observa-se que a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa, fazendo-se necessária a comprovação de um direito subjetivo aliado ao seu emprego de forma irregular para sua caracterização (Lima, 2016).

4.2.1 boa-fé objetiva

A função da responsabilidade civil é a reparar um dano causado a outrem. Ocorre quem nem sempre as possibilidades de reparação de danos encontram-se no instituto da responsabilidade civil, e sim, baseadas em princípios que regem o meio jurídico (Castro, 2016). A boa-fé é compreendida pela definição de abuso de direito, isto é, ela consiste na restrição do exercício irregular de direitos subjetivos e incide na postura de uma conduta correta ao indivíduo (Lima, 2016).

Cavaliere Filho (2014, p. 214) salienta que: "A boa-fé objetiva é o padrão de conduta necessária à convivência social para que se possa acreditar, ter fé e confiança na conduta de outrem". Refere-se a um comportamento humano que perdura em qualquer forma de relação social, ou seja, tal princípio é fundamental para a regulamentação das relações individuais, sejam afetivas ou contratuais.

Nesse sentido Cavaliere Filho (2014, p.215) sustenta que:

Em sua função de controle, que aqui nos interessa, a boa-fé representa o padrão ético de confiança e lealdade indispensável para a convivência social. As partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Essa expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indispensável na vida de relação. Conforme já destacado, a boa-fé, em sua função de controle, estabelece um limite a ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo.

A reconhecimento do princípio como cláusula geral do Direito Civil, auxilia significativamente o instituto da responsabilidade civil, dando diretrizes para a regulamentação das relações no âmbito jurídico, impondo ao indivíduo um limite para a prática de seu direito subjetivo.

4 METODOLOGIA

Para o desenvolvimento do presente trabalho, foi utilizado como método de pesquisa a revisão bibliográfica, onde foram usadas como fundamentação e coleta de dados as doutrinas, especialmente de Paulo Stolzer Gagliano (2017), Carlos Roberto Gonçalves, (2016), Paulo Nader (2016), Flávio Tartuce (2018), entre outros autores mencionados no decorrer do presente artigo. Também foram utilizadas fontes de sites jurídicos e artigos científicos anteriormente publicados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das exposições levantadas pelo presente artigo, conclui-se que o estelionato sentimental é uma prática que se configura a partir das relações amorosas e emocionais, em que uma das partes tem como objetivo o enriquecimento ilícito, utilizando-se dos sentimentos alheios e levando o indivíduo a erro.

Caracterizado o estelionato, a vítima tem direito de ser ressarcida pelos danos, morais e materiais, sofridos na constância da relação afetiva. Lembrando que, é necessária uma análise fática do caso para ter certeza da caracterização do ato ilícito, pois a mera desilusão amorosa não configura o estelionato e a ajuda financeira, em grande parte dos relacionamentos, é aceitável.

Percebe-se que o instituto da responsabilidade civil tem grande alcance nos relacionamentos amorosos, em que pese na possibilidade reparação de danos,

morais e materiais, decorrentes de uma prática abusiva que leve a quebra da lealdade e do princípio da boa-fé objetiva.

Nestes termos, o atual estudo, tem relevância jurídica decorrente da demonstração do dever de reparação de danos aplicadas ao indivíduo que desrespeita o sentimento alheio com o único objetivo de obter vantagem ilícita.

REFERÊNCIAS

Acórdão n.838293, 20090710366978APC, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Revisor: ANA CANTARINO, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento:03/12/2014, Publicado no DJE: 12/12/2014. Pág.: 179.

APOSTILA DE CONCURSO. 15. **Responsabilidade Civil** (CIV15). Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgxwGBmqSQLfWwXgSHbPktZbFrqCQ?projector=1&messagePartId=0.1>>. Acesso: 18/11/2019

BRASIL. **Código Civil. VadeMecum**. Col. Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código Penal. VadeMecum**. Col. Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, MARIA LUISA DE. **ESTELIONATO SENTIMENTAL: UMA NOVA ABORDAGEM DE RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE ÀS RELAÇÕES AFETIVAS NÃO PROTEGIDAS JURIDICAMENTE**. CACOAL. 2016. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1815/1/MONOGRAFIA%20MARIA%20LUIZA.pdf>>. Acesso: 31/10/2019

ESTELIONATO DE AFETO. **Sentença do TJDF. Processo: 0012574-32.2013.8.07.0001**. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/140228453/estelionato-do-afeto-sentenca-do-tjdf>> 01-11-2019

GAGLIANO, PAULO STOLZE. **Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil** / Pablo StolzeGagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 15. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

GRECO, ROGÉRIO. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa** / Rogério Greco. – 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GIOVANNETTI, RAFAELA ELEUTÉRIO. **A REPERCUSSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ESTELIONATO SENTIMENTAL**. CURITIBA, 2018. Disponível em: <<https://www.unicuritiba.edu.br/images/tcc/2018/dir/RAFAELA-ELEUTERIO-GIOVANNETTI.pdf>> Acesso: 31/10/2019

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. **Direito civil brasileiro, volume 4 : responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017

Jornadas de direito civil I, III, IV e V : **enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior**. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

LIMA, ANA LAIZ DE OLIVEIRA. **Estelionato sentimental: a responsabilidade civil nas relações de namoro**. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47759/estelionato-sentimental-a-responsabilidade-civil-nas-relacoes-de-namoro>>. Acesso: 01/11/2019

NADER, PAULO. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. / Paulo Nader. 6. ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2014

PORTO, NARDENN SOUZA. **Ebook Estelionato Sentimental**. Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/#search/estelionato+sentimental/QgrcJHsBvFc tfNzTVGMWvLLmzQnnpVjRdrq?projector=1&messagePartId=0.1>>. Acesso: 10/11/2019

RAVACHE, ALEX QUARESMA. **Diferença entre namoro e união estável**. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22996/diferenca-entre-namoro-e-uniao-estavel>>. Acesso: 18/11/2019

TARTUCE, FLÁVIO. **Manual de responsabilidade civil : volume único** / Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

NOTAS:

[1] Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail: andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

DIEGO RODRIGUES DE BARROS:

Formado em Direito pelo Centro Universitário Una e pós-graduando em Direito Civil pela Escola Superior de Advocacia. Servidor Público.

RESUMO: O presente artigo versará acerca da responsabilidade civil do Estado, pormenorizando na obrigatoriedade imposta à Fazenda Pública de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, na qualidade de agentes públicos, causarem à esfera juridicamente tutelada dos particulares. Será destrinchada a evolução da responsabilidade do Estado, os fundamentos justificadores da responsabilidade objetiva, a possibilidade contemplada à Administração Pública em ajuizar uma ação regressiva em desfavor do agente que causou o dano à terceiro, caso comprove dolo ou culpa deste, bem como as possibilidades de excludentes da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do estado. Evolução Histórica.

ABSTRACT: This article will deal with the State's civil liability, detailing the obligation imposed on the Public Treasury to indemnify the patrimonial or moral damages that its agents, acting on their behalf, as public agents, cause to the legally protected sphere of individuals. The evolution of State responsibility, the grounds justifying strict liability, the possibility contemplated by the Public Administration to file a regressive action against the agent that caused the damage to the third party, in case it proves fraud or guilt, as well as the possibilities of excluding civil liability.

Keywords: State Civil Liability. Historic evolution.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução Histórica. 2.1. Irresponsabilidade do Estado. 2.2. Responsabilidade com Culpa Civil Comum do Estado. 2.3 Teoria da Culpa Administrativa. 2.4 Teoria do Risco Administrativo. 2.5 Teoria do Risco Integral. 3 Responsabilidade Objetiva do Estado pelos Danos Causados por Atuação de seus Agentes. 4. Excludentes da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública. 4.1 Culpa Exclusiva da Vítima. 4.2 Culpa Exclusiva de Terceiro. 4.3 Do Caso Fortuito e Força Maior. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO:

O presente trabalho tem como escopo analisar a responsabilidade civil do Estado frente à atuação dos seus agentes, que atuando em seu nome, causem danos causados a terceiros, tanto no âmbito patrimonial quanto moral. Destarte,

não só os atos ilícitos, mas também os atos lícitos dos agentes públicos são capazes de gerar a responsabilidade extracontratual do Estado.

Porquanto, é imprescindível aludir que a responsabilidade será sempre civil, de ordem pecuniária e proveniente de atos praticados pelos agentes públicos. Não obstante, consoante o ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil se orienta pelo princípio da causalidade adequada, ou seja, para que haja responsabilidade civil, é imprescindível a existência do nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano, bem como a respectiva prova dessa relação de causalidade.

Nesse diapasão, a responsabilidade civil do Estado pode ser determinada como a responsabilização estatal pelos danos que seus agentes possam vir a causar a terceiros, conhecida como responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro. Consoante à autora Maria Sylvia Zanella de Pietro, a responsabilidade do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.

Nesse mesmo contexto, ressalta Alexandrino: a responsabilidade tem origem no Direito Civil com o intuito de reparar um dano patrimonial ou moral causado por um fato humano. É modalidade de obrigação extracontratual e no Direito Privado a regra geral é a necessidade de estarem presentes os elementos: atuação lesiva, culposa ou dolosa do agente, a ocorrência de um dano patrimonial ou moral e o nexos de causalidade entre o dano e a conduta do agente, causada tanto por ação quanto por omissão ilícita.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

É de suma importância asseverar que a administração pública apresentou várias fases ao longo da história, correspondendo cada qual ao regime jurídico-político instituído no Estado em determinado momento.

2.1 Irresponsabilidade do Estado

Mensura-se que a não responsabilização do Estado pelos atos de seus agentes que fossem lesivos aos particulares possuía maior expressão nos regimes absolutistas, haja vista que o baseamento desta teoria partia do pressuposto que o Estado, personificado na figura do rei, não era possível ocasionar lesões aos seus súditos.

Tal regime era caracterizado pela forte concentração do poder estatal nas mãos de um soberano, na qual o rei praticava atos sem preocupar-se com os danos

que os terceiros poderiam sofrer. Desta feita, os agentes públicos no exercício de suas funções agiam representando o rei, porquanto eram impossibilitados de ser responsabilizados por seus atos.

2.2 Responsabilidade com Culpa Civil Comum do Estado

Sofrendo influência do individualismo característico do liberalismo, tal doutrina teve como escopo equipara o Estado ao indivíduo, ou seja, via-se a obrigatoriedade de indenizar os danos ocasionados aos particulares nas mesmas situações em que existe tal obrigação para os indivíduos.

Conquanto a atuação do Estado advier por meio de seus agentes, existia-se unicamente a obrigação de indenizar quando estes agiam com dolo ou culpa cujo particular prejudicado possuía o ônus de demonstrar a existência desses elementos subjetivos.

2.3 Teoria da Culpa Administrativa

Consoante esta teoria, o dever do Estado de indenizar o dano sofrido pelo particular unicamente existe nos casos em que seja provado a existência da falta de serviço, ou seja, somente o dano subsequente de alguma irregularidade na execução da atividade administrativa possibilitaria a indenização ao particular.

Nesse diapasão, era necessária uma culpa especial da Administração, que nada se assemelha à culpa subjetiva, caracterizando-se em 3 (três) formas possíveis de falta do serviço: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Insta salientar que o particular tem a incumbência de comprovar tal ocorrência para fazer jus à indenização.

2.4 Teoria do Risco Administrativo

Nesse aspecto, a atuação estatal que porventura causar dano ao particular faz advir para a administração pública à obrigação de indenizar, independentemente de culpa do agente público ou da existência da falta do serviço, ou seja, o simples dano decorrente da atuação administrativa é o suficiente, não exigindo a concorrência do particular para tal.

Estando presentes o fato de serviço e o nexo de direto de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, surge a obrigatoriedade para o poder público indenizar, não sendo incumbência de o particular comprovar qualquer espécie de culpa do Estado ou do agente público. Conquanto, o ônus da prova cabe à administração, caso queira afastar ou atenuar sua responsabilidade. Doravante, isso não significa

que a administração tenha sempre a obrigação de indenizar o particular; apenas fica dispensado, ao lesado, de comprovar a culpa da administração.

2.5 Teoria do Risco Integral

Tal teoria está consubstanciada na intensificação da responsabilidade civil da administração pública, uma vez que basta a existência do evento danoso e do nexo causal para que advenha a obrigação de indenizar para o Estado, não se cogitando alegar excludentes de sua responsabilidade.

Porquanto, não há que se falar em culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior, pois a teoria do risco integral é sedimentada como fundamento extremado ao dever de indenizar imputado ao Estado.

Consoante Hely Lopes Meirelles (1999, p. 586) a “teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Para essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima”.

3 Responsabilidade Objetiva do Estado pelos Danos Causados por Atuação de Seus Agentes

Destarte o entendimento da doutrina e da jurisprudência, o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, consagrou a responsabilidade objetiva da administração pública, na modalidade risco administrativo, decorrentes da atuação de seus agentes que causarem danos.

Conforme o § 6º do art. 37 da Constituição Federal:

“§ 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.”

Merece atenção especial à parte final do § 6º do art. 37 da Carta Política, haja vista que faz referência à responsabilidade do agente causador do dano, que poderá ser acometido a ressarcir a pessoa jurídica que fora condenada a indenizar a pessoa que o suportou. Não obstante, o agente somente será responsabilizado nos casos em que se consiga provar que sua atuação teve dolo ou culpa, sendo sua responsabilidade taxada como subjetiva, na modalidade culpa comum, cujo ônus

da prova é da pessoa jurídica que foi condenada a indenizar o particular que sofreu o dano.

Assaz mencionar que para imputar a responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica é crucial que o agente esteja atuando na condição de agente público, desempenhando suas atribuições próprias ou a pretexto de exercê-las, independentemente se a conduta é lícita ou ilícita. Destarte, o fator preponderante diz respeito à qualidade de agente público no momento de sua atuação, ou seja, é pertinente verificar se a condição de agente público fora determinante para a realização do ato.

Nesse contexto, torna-se necessária a existência de vínculo jurídico entre o agente e a pessoa jurídica responsável pelo dano que ele causou, mesmo que a validade de tal vínculo esteja eivada de nulidade. Doravante, cumpre alinhar que o denominado funcionário de fato, apesar de o vínculo ser revestido de vício insanável, suas condutas que porventura causarem danos ao particular obriga a pessoa jurídica a indenizá-lo. Não obstante, no caso do usurpador de função, não há que se cogitar a incidência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, à medida que não possui quaisquer vínculos com a Administração Pública, ou seja, sua atuação não será imputada a esta, à medida que o vínculo é inexistente.

Outro aspecto preponderante diz respeito ao contexto da conduta do agente público, uma vez que o Estado não pode ser responsabilizado nos casos em que a ação daquele não esteja relacionada à condição de agente público. Destarte, mesmo que o causador do dano seja realmente agente público, se sua conduta não estiver relacionada ao seu ofício, ou atuando como se estivesse a exercê-la, não será imputada nenhuma responsabilidade a administração pública.

4 Excludentes da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública

Destarte o exposto, a responsabilidade extracontratual fundada no § 6º do art. 37 da Constituição admite excludentes, uma vez que estas causam a eliminação do nexo causal entre a conduta realizada e dano podendo frisar:

- Culpa Exclusiva da Vítima ou de Terceiro;
- Caso Fortuito e Força Maior;

4.1 Culpa Exclusiva da Vítima.

O nome de tal excludente mostra-se por si só articulada, uma vez que, sendo o dano ocasionado por culpa exclusiva da vítima, não há nexo de causalidade, porquanto não há que falar-se em dever indenizatório. Doravante a conduta da

vítima, seja ela concorrente ou exclusiva, deve-se analisar se fora preponderante para a ocorrência do dano.

Caso seja a conduta da vítima a causadora total do evento danoso, exime-se qualquer responsabilização da Administração Pública. Nada obstante, caso ocorra culpa concorrente entre prejudicado e administração pública, não haverá exclusão da responsabilidade desta, mas será proporcionalmente reduzida, uma vez que ambos são responsáveis pelo efeito danoso, cujo ônus da prova é da administração pública, que caso não se consiga provar culpa do particular, será inteiramente responsabilizado a indenizar o particular pela lesão sofrida.

4.2 Culpa Exclusiva de Terceiro.

Caso o dano seja acometido por pessoa diversa da vítima e do aparente causador do dano, rompe-se o nexo de causalidade. Não obstante, tal rompimento ocorre pelo fato da conduta do terceiro assemelhar-se às características do caso fortuito, sendo porquanto, imprevisível e inevitável. Destarte, é de suma importância verificar se o terceiro fora o causador exclusivo do efeito danoso ou se o agente também concorrera para tal.

Insta salientar que o nexo causal somente estará rompido nos casos em que o dano decorrerá exclusivamente de terceiro, ou seja, por conduta de pessoa estranha ao fato. Nestes termos, também cabe à administração pública o ônus da prova.

4.3 Do Caso Fortuito e Força Maior.

Consoante às duas acepções em apreço, a distinção se mostra tênue, haja vista que ambas as circunstâncias possuem resultado inevitável, ou porque não se podia prever, ou porque, mesmo que esteja previsto, não é possível impedir a sua ocorrência.

Tendo em vista a asserção na doutrina e na jurisprudência, os eventos de caso fortuito e força maior causam a exclusão tanto da responsabilidade extracontratual, na modalidade risco administrativo, quanto na responsabilidade civil subjetiva, na modalidade culpa administrativa, desde que o resultado danoso decorra exclusivamente do evento força maior ou caso fortuito, porque afastam o nexo de causalidade.

5 Considerações Finais

Várias teorias acerca da responsabilidade do Estado surgiram ao longo do tempo, não obstante, percebe-se que a teoria objetiva, indiscutivelmente, tem sido a utilizada nos diversos atos comissivos.

Diante do que fora exposto, a responsabilidade civil do Estado decorre da atuação dos seus agentes, que agindo em nome daquele causem danos a terceiros, surgindo a obrigatoriedade da indenização. Nessa esteira, a responsabilidade objetiva, na modalidade risco administrativo existe independentemente de o agente atuar mediante dolo ou culpa, bastando para tanto, que este esteja desempenhando suas atribuições próprias ou a pretexto de exercê-las. Ou seja, é crucial, para fins de responsabilização da pessoa jurídica, que exista algum vínculo jurídico entre ela e o agente.

Nesse contexto, a análise da conduta do agente tem interesse prático para a pessoa jurídica que fora condenada a indenizar o terceiro prejudicado, uma vez que esta pode intentar ação regressiva contra o agente que causou o dano, desde que consiga provar que o dano adveio de uma conduta dolosa ou culposa. Não obstante, apesar da responsabilidade objetiva em indenizar o terceiro prejudicado, tal regra não absoluta, uma vez que existem causas excludentes, ou seja, há causas que elidem tal responsabilidade da administração pública para com o particular, doravante, o ônus da prova cabe àquela.

6 Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23ª Edição, São Paulo, Editora Método: 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, 25ª Edição, São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 3. Teoria das obrigações Contratuais e Extracontratuais. 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 20ª Edição, São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

O DESPREZO E O RESPEITO NA PERSPECTIVA DO INDIVÍDUO

FABRÍCIO TAVARES DE MORAES:

Mestrando do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Antropologia (PPGSA/UFPA). Graduado do curso de Ciências Sociais na instituição Universidade Federal do Pará, Brasil. Ex-membro do programa extracurricular temático, grupo temático em ciências sociais (PET/GT/CS) localizado no instituto de ciências humanas (IFCH/UFPA). Realizou estágio de iniciação científica (PIBIC-FAPESPA/UFPA) no projeto A institucionalização da graduação em ciência política no Brasil¹.

RESUMO: Este artigo pretende desenvolver a contribuição dos autores Axel Honneth e Richard Sennett na compreensão da desigualdade social pela perspectiva do indivíduo, apontando-se a questão do desprezo (invisibilidade social) e respeito (mutualidade). Para isso, discorre-se, de forma breve, sobre a escola de Frankfurt, a fim de situar Honneth na discussão sobre a teoria crítica. Logo depois, a trajetória de Sennett como pesquisador norte-americano e seu aprofundamento da temática do respeito numa sociedade desigual.

Palavras-chaves: desprezo; respeito; indivíduo.

Sumário: 1. Introdução. 2. Axel Honneth e a sua contribuição: 2.1. O desprezo - a invisibilidade social 3. Richard Sennett e a sua contribuição: 3.1. O respeito frente a uma sociedade desigual; 4. Considerações Finais

1. Introdução

¹E também como monitor de ensino no espaço Mirante do Rio (PROEG/UFPA). Foi estagiário do projeto de pesquisa O impacto da reforma do judiciário no campo da administração política da justiça local (PPGCP/UFPA). E voluntário no projeto de extensão Diálogos em Cabana de Caboco (PROEX/UFPA). Atualmente, voluntário do projeto de extensão Observatório de conflitos urbanos de Belém (OCURB/IFCH/UFPA) e no Grupo de pesquisa movimentos sociais, educação e cidadania na Amazônia (GMSECA/CCSE/UEPA)

A teoria crítica se abre como possibilidade de compreensão da sociedade capitalista no século XX, por meio da fundação do instituto de estudos sociais na Alemanha. Anos depois, na década de 50, pelos volumes de produção científica calcada nos escritos de Karl Marx sobre as relações sociais pautada numa sociedade de classes, será denominada de escola de Frankfurt.

A escola de Frankfurt prossegue o legado de Marx na busca da emancipação do ser humano sobre os processos de dominação subjacentes a sociedade capitalista. Os autores, envolvidos na busca dos desvelamentos, necessitam avançar nas discussões realizadas pelo escritor de capital. Por conta disso, a teoria crítica indica os limites e as abrangências do pensamento marxiano, para assim, avançar nas análises das transformações sociais, econômicas e políticas. Diante disso, há gerações de autores engajados na compreensão da sua época.

Considera-se a primeira geração da escola de Frankfurt os autores como Theodor Adorno, Max Horkheimer e Herbert Marcuse. Dentre várias obras, a famosa de Adorno e Horkheimer é "a dialética do esclarecimento" (1947), de Marcuse "a ideologia da sociedade industrial" (1964), Walter Benjamin e Erich Fromm. Os escritos de Benjamin "a obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica" (1936), "teses sobre o conceito de história" (1940) são artigos bem conhecidos no mundo e Fromm com o livro "o medo à liberdade" (1941). Já a segunda geração representada por Jürgen Habermas. O filósofo alemão é conhecido pela proposta do agir comunicativo, onde foi publicada sob o título "teoria da ação comunicativa" (1981). Para finalizar, pode-se apontar, como a terceira geração, o autor chamado Axel Honneth (BEVIAN, 2016). Ele é conhecido pela teoria do reconhecimento e uma de suas obras conhecidas no meio acadêmico é "luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais" (1996).

Richard Sennett é um sociólogo e historiador norte-americano pesquisador e professor da Cambridge University, London School of Economics e da New York University. O autor possui uma formação e trajetória diversificada. Estudou música durante a infância e adolescência relatado esse momento da vida nos seus escritos e se graduou em sociologia pela Universidade de Chicago. Qualificou-se e aprofundou os seus estudos de pós-graduação em Harvard e prosseguiu as suas funções de professor em Yale e depois de pesquisador e coordenador na New York University.

A produção dos seus estudos, segue uma linha cronológica do primeiro livro em 1969 e o mais atual em 2012. Expõe-se a bibliografia[1]:

Juntos: os rituais, os prazeres e a política da cooperação. Rio de Janeiro: Record, 2012

- How I write: Sociology as Literature, Rhema-Verlag (2009).
- O Artífice. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- A Cultura do novo capitalismo. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- A corrosão do caráter: conseqüências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- Carne e pedra: o corpo e a cidade na civilização ocidental. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- The Conscience of the Eye: The design and social life of cities, Faber and Faber (1991).
- Autoridade. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- O Declínio do Homem Público: as tiranias da intimidade. São Paulo; Companhia das Letras, 1988. Tradução: Lygia Araújo Watanabe.
- The Hidden Injuries of Class, con Jonathan Cobb, Knopf (1972).
- The Uses of Disorder: Personal Identity & City Life (1970),.
- Families Against the City: Middle Class Homes of Industrial Chicago, 1872-1890, Harvard (1970).
- Classic Essays On The Culture Of Cities, editor (1969).
- Nineteenth Century Cities: Essays In The New Urban History, Yale (1969), coautor.

Dentre as suas obras, as mais conhecidas foram que trabalharam com as conseqüências sociais, culturais e psicológicas do capitalismo contemporâneo. Entre elas, a prestigiada seria "O declínio do homem público" (1998) na qual desenvolve a relação entre a vida pública e ostentação ao indivíduo e ao individualismo da sociedade contemporânea.

2. Axel Honneth e a sua contribuição

Axel Honneth percebe, nas discussões levantadas pelas gerações anteriores, a preocupação em enfoques macrosociológicos. Por conta disso, o autor se preocupa na dimensão microsociológica, baseia-se no conceito de reconhecimento em Hegel e a psicologia social de Herbert Mead para formular a sua teoria. Com isso, a teoria do reconhecimento é desenvolvida por ele sobre três dimensões situadas no indivíduo: o amor, o direito e a sociedade.

Ele trabalha com a infância. Partindo da experiência da tenra idade o indivíduo necessita de um apoio afetivo para que possa desenvolver as suas potencialidades de convívio social. Pode-se, este suporte, perceber na inserção familiar, pois se realiza os primeiros contatos de socialização do indivíduo. Diante disso, é no ambiente familiar que se encontra o amor. Por outro lado, se não encontrar tal suporte, mas os maus tratos, a rejeição e a humilhação são as primeiras experiências de desrespeito vivenciada.

Adiante, desenvolve o argumento dos direitos como cidadão. Pontua outra experiência por meio dos direitos resguardados pelas instituições do poder judiciário, legislativo e executivo. A defesa de uma constituição promovendo a efetividade dos direitos civis, justiça social e políticas públicas. Em contrário, quando o indivíduo é desprovido dos seus direitos civis, a falta da ampla defesa por meio do contraditório, ausência de lisura no processo penal, sem um advogado da defensoria pública e o murmúrio de volta do AI-5. Neste momento, é a negação de direitos pelas instituições como desrespeito, que se agrava pela experiência de injustiça.

Já, o elemento de aceitação do indivíduo por meio da solidariedade em sociedade. Quando o indivíduo sente e presencia a sua dignidade resguardada pelas pessoas no cotidiano. Exercido pelos familiares, vizinhos e desconhecidos na interação de práticas sociais. Ou seja, o indivíduo experimenta o reconhecimento pela sociedade quanto a sua individualidade e o seu modo de viver e se expressar. Por outro lado, o indivíduo presenciando pela humilhação, discriminação, rebaixamento, racismo, homofobia e transfobia sofre a rejeição e desprezo pela sociedade.

Decerto, a identidade da pessoa se constrói e reconstrói pelo reconhecimento intersubjetivo e social do indivíduo. Para que isso se concretize é necessário o reconhecimento pelo amor (infância), pelo direito (as instituições democráticas) e pela solidariedade (sociedade). Caso haja ausência desses reconhecimentos, o indivíduo será afetado na sua personalidade e subjetividade acarretando prejuízos no seu convívio social.

2.1 O desprezo - a invisibilidade social

Na realização da leitura do livro "o desprezo", em específico, "a invisibilidade: sobre a epistemologia moral do reconhecimento" o autor propõe uma discussão sobre a invisibilidade social. Utiliza-se da literatura com a obra "o homem invisível" de Ralph Ellison para ilustrar como exemplo os fluxos de pensamentos e sentimentos vivenciados pelo personagem. O personagem descreve os olhos que o atravessam como se ele fosse transparente, esmaecido, uma coisa ou paisagem. Diante disso, Axel Honneth (2011) levanta a seguinte indagação: como o sujeito afetado reconhece que está invisível socialmente? Para isso, necessita diferenciar entre o conhecer e o reconhecer.

O conhecer se remete ao ato de ver a pessoa por meio físico no cotidiano social e laboral. Quando estamos em locais públicos ou não-públicos e vemos as pessoas ao nosso redor identificando a sua presença física, ou seja, o seu corpo. Consiste pela capacidade do cérebro receber a imagem invertida por meio da retina e depois ajustá-la para tornar cognoscível ao ser humano. Por conta disso, conseguimos

ver/conhecer objetos ao nosso redor pela presença e a sua existência num dado espaço e tempo circunscrito (HONNETH, 2011). Sendo assim, temos a possibilidade de situar-nos e orientar o nosso conhecer pelas vias externas do meio ambiente e identificar características.

Já o reconhecer se remete ao ato de saber sobre tal pessoa no cotidiano social e laboral. Quando estamos em locais públicos ou não-públicos e sabemos quais as pessoas que estão ao nosso redor. Em contraponto ao conhecer que é o ver e identificar a existência ou característica da outra pessoa, o reconhecer demonstra a disposição motivacional de ações benevolentes direcionada ao outro. Promovida pela apreciação, pontuada por Kant, onde o sujeito promove uma restrição da sua perspectiva egocêntrica para realizar um juízo de valor pautado na outra pessoa a qual emite o reconhecer (HONNETH, 2011).

Afastando-se do desprezo e exercendo o reconhecimento, que seria a junção do conhecer e o reconhecer por meio de atos expressivos. Por meio disso, se há ausência de atos linguísticos ou expressivos sutilmente negados se aponta para uma patologia social, que para a pessoa afetada sentirá em estado de invisibilidade. Diferente disso, a relação do reconhecimento promove o comprometimento tanto na pessoa que exerce o ato como a pessoa que recebe o ato em um aspecto moral de confirmação, onde realiza uma autoridade moral a pessoa na qual se trata com o conhecer e reconhecer por meio de atos expressivos, que possuem um significado positivo e digno de apreciação, ou seja, um reconhecimento social instituído.

3. Richard Sennett e a sua contribuição

O autor realiza pesquisas no campo da sociologia do trabalho. Abordando as modificações culturais propiciadas pelas reconfigurações do modo de produção capitalista, uma sociedade que aponta na direção do mérito sob a égide do pensamento neoliberal, o foco permanente em adquirir habilidades e competências, a busca de qualificação diversificada e na quantificação do desempenho dos indivíduos. Por conta disso, perceber como os indivíduos se relacionam com o seu trabalho e com o local em que habitam.

Nessas mudanças, o espaço público sofre o “esvaziamento”, como local de convergência dos problemas privados, para estabelecer o diálogo e a presença dos indivíduos na busca de soluções coletivas. Com isso, proporcionando o desmantelamento da potência de suas capacidades, mobilizações, engajamentos e interesses de cidadãos. Por outro lado, a potência da individuação é valorizada para discutir os assuntos da esfera pública enquanto indivíduos fragmentados e desprovidos do sentido de bem comum, ou seja, a coisa pública (SENNETT, 1998).

Dentro dessa lógica, o indivíduo sofre o processo de flexibilização na vida laboral, que acarreta prejuízos na produção de uma vida estabilizada, com planejamento de longo prazo e compreensão das mudanças na sociedade, por isso:

[...] à experiência de trabalho de curto prazo, a instituições flexíveis e ao constante correr riscos. Mas há pouco espaço para compreender o colapso de uma carreira, se acredita que toda história de vida é apenas uma montagem de fragmentos. Tampouco há qualquer espaço para avaliar a gravidade e a dor do fracasso, se o fracasso é apenas mais um incidente. (SENNETT, 2001, p.159-160).

Por conta disso, torna-se como parâmetro efetivo as situações efêmeras na produção do trabalho e reprodução da vida privada pelo advento de uma história de vida à deriva. De fato, o trabalhador está imerso dentro de uma lógica desprovida de estabilidade, na qual afetará a formação da sua identidade profissional por conta da mobilidade empregatícia, mais alarmante, a obstrução da constituição do caráter.

3.1 O respeito frente a uma sociedade desigual

Neste tópico, deve-se desenvolver o conceito trabalhado pelo Richard Sennett sobre o respeito. Ele é “[...] tão fundamental para a nossa experiência das relações sociais e do *self* que devemos definir com mais clareza o que ele é” (SENNETT, 2003, p. 67). Diante disso, o autor busca na obra “o respeito: sobre a dignidade do homem em um mundo de desigualdade (2003)” no capítulo dois “o significado de respeito” em aprofundar a discussão e delinear a definição de respeito perante a sociedade e o indivíduo.

Percebe-se a inquietação de Sennett sobre o respeito e o impacto sobre o indivíduo. Partindo disso, o autor realiza um percurso para chegar ao denominador comum, para isso, pontua-se pela caminhada: o caráter, personalidade, *status*, prestígio, reconhecimento, honra social, dignidade e a mutualidade. Sendo assim, os itens acima como possíveis elementos constituintes da elaboração do respeito.

O autor utiliza a relação entre caráter e personalidade definido pelos autores Gerth e Mills no livro “*Character and Social Structure*”. O caráter é definido pelo contato do indivíduo perante a sociedade em situações contextuais de comprometimento ou ausência frente a uma injustiça, ou seja, uma postura egoísta ou solidária. Enquanto, a personalidade é a expressão extrovertida ou introvertida na relação interpessoal. Segundo os autores, os dois itens possuem uma dinâmica relacional (SENNETT, 2003). Por conta disso, eles fazem parte do indivíduo.

Em seguida, pelo *status* e prestígio na tentativa de relacioná-los. O autor avança definindo *status* como “à posição de uma pessoa na hierarquia social” (SENNET, 2003, p. 71) que dentro dessa lógica e dinâmica social verticalizada os indivíduos estabelecem vínculos pautados na superioridade e inferioridade em busca de um reconhecimento social, para assim, legitimar a dominação social existente. Já o prestígio se define como “às emoções que o status suscita nos outros, mas a relação entre *status* e prestígio é complexa” (SENNET, 2003, p. 72) pois uma não é concomitantemente a outra, ou seja, nem sempre um indivíduo ocupando uma posição de *status* social será dotado de prestígio perante a sociedade, devido a sua conduta moral desviante dos valores vigentes (SENNET, 2003).

Também, o reconhecimento e honra social para desvendar as suas potencialidades. O reconhecimento possui várias interpretações de autores tanto em âmbito legal, social e discursivo entre os indivíduos de uma sociedade, mas ainda não possui a troca de algo similar na relação social. A honra social remete aos costumes voltado a moral de uma comunidade em que o indivíduo faz parte, mas ainda não há autonomia, ainda, está presente uma solidariedade mecânica e o aspecto depreciativo do outro para reafirmar a honra grupal (SENNET, 2003).

Ainda, a dignidade corporal e a laboral nos desmembramentos do universal e a sociedade modernidade. Por meio da promulgação dos direito universais humanos promovendo a discussão em torno da condição humana nas suas abrangências e limites via corpo, no intuito de resguardar a dignidade do ser humano independente das suas manifestações culturais. Adiante, a perspectiva da realização da dignidade por meio do trabalho, a inserção no mundo do trabalho configurando uma identidade profissional e o espraiamento das relações sociais de produção da sociedade capitalista (SENNET, 2003).

Em vias finais de raciocínio, a proposta do autor se pauta na definição do respeito mútuo inclusivo indicado pela mutualidade expressada ou interpretada pelos indivíduos. A comparação entre a sociedade e o concerto de música que estariam “explorando as formas de se apresentar como iguais, e demonstrar respeito mútuo” (SENNET, 2003, p. 77). Infere-se, na primeira, por meio do cotidiano se apresentando pela igualdade entre os indivíduos na forma de cidadãos e na rotina expressando o respeito pela mutualidade (reconhecimento e honra social). Já o segundo, no concerto se apresentando como músicos e na sonoridade demonstrar o respeito pela harmonização.

A problemática do exercício da mutualidade por conta da complexidade da subjetividade, do caráter e da personalidade dos indivíduos, ou seja, o âmbito psicológico. Dado que houve pelo outro lado, também, complexidade do status, do prestígio, do reconhecimento, da honra social, da dignidade corporal e laboral, ou

seja, o âmbito social (SENNET, 2003). Conclui-se, a efetivação do respeito pelo meio da "[...] mutualidade requer trabalho expressivo. Deve ser encenada, interpretada" (SENNET, 2003, p. 78) pois há necessidade da realização/demonstração/experimentação no ambiente social entre os indivíduos.

4. Considerações Finais

O desprezo é nocivo ao indivíduo, pois não estabelece o vínculo entre o eu e o outro na sociedade. Para isso, necessita-se da relação do reconhecimento, o seu oposto, que compromete o indivíduo que exerce o ato com o indivíduo que recebe o ato em um aspecto moral de realização, demonstrando uma autoridade moral por meio de atos expressivos. Por outro lado, o respeito deve ser exercido pela expressividade da mutualidade, para isso, deve-se reconhecimento ao outro, também, pelos atos expressivos. Com isso, o desprezo para ser neutralizado deve ser exercido o reconhecimento nas relações sociais e o respeito pela efetivação da mutualidade acionada nos espaços sociais do cotidiano, ou seja, no espaço público. Decerto, há necessidade em convergir o reconhecimento e o respeito, por meio de uma performatividade encenada e exercida pelos indivíduos em sociedade.

REFERÊNCIA

BEVIAN, Elsa Cristine. **Entrevista com Axel Honneth** - "As relações de trabalho no mundo atual". Revista Internacional Interdisciplinar INTER thesis, Florianópolis, v. 13, n. 2, p. 165-183, jun. 2016. ISSN 1807-1384. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2016v13n2p165>. Acesso em: 06 dez. 2019. doi: <https://doi.org/10.5007/1807-1384.2016v13n2p165>.

HONNETH, Axel. **La sociedad del desprecio**. Editorial Trotta, S.A., 2011. Edición y traducción de Francesc J. Hernandez y Benno Herzog.

SENNET, Richard. **El respeto**. Sobre la dignidad del hombre en um mundo de desigualdad. Barcelona: Editorial Anagrama, 2003.

_____. **A corrosão do caráter**: as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. 5. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. **O declínio do homem público**: as tiranias da intimidade. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NOTAS:

[1] Complemento dos dados biográficos adquiridos em:
https://pt.wikipedia.org/wiki/Richard_Sennett

O PARADOXO DAS POLÍCIAS JUDICIÁRIAS CADA VEZ MAIS “MILITARIZADAS” E AS POLÍCIAS MILITARES CADA VEZ MAIS “INVESTIGATIVAS”: UM CONTRASSENSO CONSTITUCIONAL QUE PRECISA SER REAJUSTADO E CORRIGIDO PELO PODER POLÍTICO E PELAS DEMAIS INSTITUIÇÕES

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

Respeitosamente as políticas de segurança pública nas mais diversas unidades federativas do Brasil têm trazido um paradoxo incontestável, consistente nas Polícias Judiciárias, sendo cada vez mais “polícias militarizadas” e as Polícias Militares sendo cada vez mais “polícias investigativas”, quadro este que estaria ao arrepio da Constituição Federal e de todo ordenamento pátrio.

Essa constatação empírica vai desde viaturas caracterizadas[1] disponibilizadas às Polícias Judiciárias pelo Estado, quando na verdade deveriam ser viaturas descaracterizadas[2] pela própria essência em si da atividade investigativa; e perpassa por integrantes (policiais) uniformizados, diariamente, para o exercício da função (anulando o fator surpresa, discricção, sigilosidade entre outros) e até formaturas em que aparecem policiais civis como se estivessem em verdadeiro curso de formação militar com “gritos de guerra” e “posturas típicas” do militarismo – deixando bem claro que não se tem absolutamente nada contra o militarismo, mas devemos nos ater à essência e razão de ser das coisas.

Ao passo que temos assistido de outro lado, as Polícias Militares na contramão disto, atuando como verdadeiras “polícias judiciárias” com policiais despídos de fardas, carros descaracterizados, exercendo atividades eminentemente investigativas que escapam da órbita do Direito Penal e Processual Militar em si (crimes perpetrados por cidadãos comuns), com verdadeiro desvio de função e da atribuição constitucional. Obviamente, não ignoramos àquelas infrações penais militares que permitem à adoção de atos de polícia judiciária em cena no inquérito policial militar, na esfera militar, mormente pelo rol ampliado através Lei nº 13.491/2017[3].

Não se pode apenas por mera questão política, compelir institucionalmente como diretriz de governo que, viaturas de Polícias Judiciárias sejam caracterizadas pelo simples fato de demonstrar investimento governamental neste segmento, quando na essência acaba se retirando uma força considerável da discricção, silêncio e invisibilidade da atuação das Polícias Judiciárias em levantamentos, investigações e diligências.

Não pode permitir também que, haja desvio de função e atribuições constitucionais, em nome e tão somente de uma conveniência, utilitarismo e ‘eficientismo’ falacioso.

Temos regras constitucionais em plena vigência ou esqueçamos de tudo isto para caminharmos para um verdadeiro “vale tudo jurídico constitucional” que cada um faz o que entender ao seu alvedrio perante o Estado Democrático de Direito.

Esta situação anacrônica cria uma disfunção sistêmica e traz sérias implicações de cunho prático, ou seja, o sistema formatado para operacionalizar em harmonia com a Lei Maior com repartição das atribuições claramente de cada uma das instituições, acaba por sofrer os efeitos colaterais da criminalidade em todas as suas vertentes, pois as Polícias Judiciárias vocacionadas a investigarem têm seu campo de investigação restringido por falta de efetivo de pessoas, viaturas adequadas, etc com prejuízo substancial as atividades e as Polícias Militares ao seu turno, deixam de realizar o serviço policial vocacionado ao policiamento ostensivo e preventivo, não evitando a prática dos delitos como se espera no desenho constitucional.

Isso compromete os resultados buscados pelo pacto social contido na Constituição Federal e outros regramentos jurídicos de regência e toda higidez de um sistema construído, visando uma harmonia, ainda que apenas no mundo ideal e jurídico.

Surge uma inevitável provocação: Tudo isso, seria fruto de uma conspiração para açodar a implantação de uma política do ciclo completo de polícia ou de uma

polícia única em nosso país ou seria mera coincidência fática da crise de identidade entre as forças de segurança e que perpassam para outros setores?

De qualquer forma, quer se aponte as respostas para um lado ou outro lado, não seria uma imposição à oportunidade para resgatarmos e ressignificarmos a necessidade de voltarmos a nossa essência e respeitarmos a Constituição Federal em vigor?

Sabemos da importância das Polícias Judiciárias, assim como da importância das Polícias Militares, mas não podemos ignorar que essa problemática de crise institucional de atribuições constitucionais invertidas deva ser enfrentada com seriedade e coragem, cada um respeitando as divisas de atribuições dos outros para se buscar um equilíbrio e acima de tudo, conferir uma verdadeira segurança pública.

Das considerações finais

Enfim, o paradoxo de crise de identidade de atribuições entre as Polícias Judiciárias e das Polícias Militares permite o crime se agigantar e tornam as atividades policiais menos eficazes, do que se idealiza com o respeito do desenho constitucional.

Afinal, a quem interessa uma Polícia Judiciária e uma Polícia Militar enfraquecida com crise de identidade de suas atribuições?

NOTAS:

[1] Caracterizadas: são veículos identificados com brasão da instituição, giroflex visual e sonoro, outras cores nítidas com vinculação a cada instituição e outros detalhes que variam de lugar para lugar.

[2] Descaracterizadas: são veículos não identificados como se fossem qualquer veículo convencional e que passam despercebidos, em regra, por qualquer cidadão e até mesmo ao criminoso, alvo de investigação.

[3] **STF - ADI questiona competência da Justiça Militar para julgar integrantes das Forças Armadas no caso da morte de civis ADI 5901.** Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370651>>>. Acesso em 11 de março de 2020.

A TIPICIDADE PENAL MODERNA

NATHALIA ESCANSETTI TAVARES:

Advogada. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito Cândido Mendes. Graduada pela Universidade Cândido Mendes - Centro. Advogada.

RESUMO: A teoria do tipo penal é um tema muito discutido no direito penal, em sua parte geral. Serão explicitadas na pesquisa além dos conceitos da tipicidade formal e material, as teorias da tipicidade conglobante, bem como a teoria da imputação objetiva como novas formas de se interpretar a tipicidade penal. Sendo assim será trazida, além dos conceitos, a possível aplicação prática, bem como o estudo da viabilidade da adoção da teoria da imputação objetiva no novo Código Penal, que se encontra em vias de desenvolvimento atualmente. A pesquisa, portanto, tem como objetivo esclarecer um tema normalmente não compreendido entre estudantes e operadores do direito, além de tentar trazer uma nova perspectiva ao direito penal, corrigindo suas imperfeições, em busca de um sistema mais coeso.

Palavras-chave: Direito Penal. Tipicidade penal moderna. Teoria da tipicidade conglobante. Teoria da imputação objetiva.

SUMÁRIO: Introdução. 1. As teorias da tipicidade adotadas atualmente no Código Penal. 2. A teoria da tipicidade conglobante. 3. A teoria da imputação objetiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho proposto tem como foco a análise das teorias do tipo penal com ênfase na teoria da tipicidade conglobante e da imputação objetiva verificando a existência de sua viabilidade prática no sistema penal brasileiro, modernizando-o.

Trata-se de um tema em voga na doutrina penal desde seu nascimento como direito autônomo, sua respectiva codificação, e seu reconhecimento como imprescindível para tornar o sistema punitivo coeso.

Objetiva-se discutir com o presente estudo qual é a melhor teoria moderna a ser adotada no sistema penal brasileiro, tendo em vista que o atualmente aplicado apresenta muitas falhas e incoerências, gerando repercussão direta na sociedade, já que gera a condenação de indivíduos.

Para tanto, inicialmente será feita uma reflexão acerca das principais teorias sobre o crime já existentes, aplicadas e positivadas, explicitando-se qual foi adotada pelo nosso ordenamento jurídico.

Serão apresentados os conceitos das teorias modernas e todos seus detalhes, bem como as consequências práticas da hipotética adoção, mediante apresentação de precedentes vanguardistas dos tribunais formadores do ordenamento jurídico.

Sendo assim, é importante ressaltar que o projeto visa a analisar, sobretudo a viabilidade prática da adoção da teoria da imputação objetiva, que se encontra positivada atualmente no projeto do novo Código Penal, que se encontra em vias de desenvolvimento.

Diante do contexto de incoerências evidentes no sistema penal brasileiro, destaca-se como relevante o estudo de como a teoria da tipicidade conglobante e a teoria da imputação objetiva poderiam solucionar os problemas e lacunas ainda existentes no sistema basilar do direito penal, no que tange ao tipo, tendo em vista que ele é o elemento primário para consubstanciar o que todos conhecem como crime.

Assim sendo, adotando as teorias a proposta é que não haja mais o confronto entre uma conduta que é proibida pelo Estado, e ao mesmo tempo exigida por ele, formando uma evidente incoerência, bem como evitar a propositura de ações penais, levando a discussão para o plano objetivo, ao invés do subjetivo.

A metodologia a ser adotada é a do tipo bibliográfica, histórica e descritiva.

1.AS TEORIAS DA TIPICIDADE ADOTADAS ATUALMENTE NO CÓDIGO PENAL

O princípio da Fragmentariedade, que rege o direito penal, traz como consequência uma construção tipológica que individualiza condutas que possam vir a ferir os bens jurídicos mais importantes para a sociedade.

O conceito analítico-operacional estratificado, por sua vez, estuda especificamente os elementos integrantes geradores da infração penal, a saber: fato típico, ilícito ou antijurídico e culpável.

Inseridos no fato típico, por sua vez, se encontram quatro elementos: conduta, resultado, nexa causal e tipicidade.

Diante disso, a tipicidade é alocada no primeiro momento de estudo da teoria do crime, objeto de análise presente pesquisa.

O tipo penal é a soma dos elementos descritos como puníveis na lei, limitando e individualizando as condutas penalmente relevantes. É na realidade um modelo abstrato de comportamento proibido pensado pelo legislador.

A tipicidade, por sua vez, é conceituada por Cezar Roberto Bitencourt como sendo a operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis da vida real e o modelo típico descrito na lei, consistindo em analisar se determinada conduta apresenta os requisitos que a lei exige, para qualificá-la como infração penal[1].

Ou seja, a tipicidade nada mais é do que a conformidade da conduta praticada pelo agente com o tipo abstratamente previsto no Código repressivo. Consubstancia-se em uma adequação típica tendo como base o comportamento concretamente realizado, se aproximando de um juízo de realidade.

Atualmente se adota primeiramente a tipicidade formal, também chamada de legal, como forma de verificação da ocorrência ou não do crime. Ela pode ser conceituada como a subsunção da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na normal penal, de forma perfeita. Sendo assim, se consubstanciaria na descrição na lei da conduta formalmente proibida.

Segundo preleciona Paulo Queiroz, típica é, em consequência, toda conduta humana que corresponda ao modelo legal (tipo penal). Tipicidade formal significa, assim, a coincidência entre dado comportamento humano e a norma penal incriminadora, como homicídio, furto ou estupro, por exemplo,[2].

A tipicidade formal deve ser observada primordialmente sob a finalidade de confrontar a conduta praticada pelo agente com os tipos previstos abstratamente no Código Penal objetivando a conclusão se o indivíduo praticou ou não o delito.

Pode-se considerar, portanto, como o tipo penal clássico que contém o verbo da conduta, seus elementos objetivos e subjetivos, e que consiste na subsunção da conduta a descrição prevista de forma fria.

Entretanto, a tipicidade formal não é adotada de forma isolada, sendo reconhecida pela própria jurisprudência dos Tribunais, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e pelos demais doutrinadores penalistas, a exigência de uma valoração mais aprofundada, um juízo de valor.

Para tanto não basta apenas que a conduta se adeque, em uma simples subsunção do comportamento do agente ao tipo objetivamente analisado, para se concluir pela tipicidade penal, dada sua grave natureza punitiva e consequência ao ser humano.

A tipicidade material, então, vem completar o conceito de tipicidade atualmente adotado pelo ordenamento jurídico. Seu objetivo é indicar preponderantemente se houve ou não a afetação do bem jurídico com a conduta do indivíduo.

Assim sendo, a tipicidade material está intimamente, e mais do que isso, precipuamente ligada ao Princípio da Lesividade, estabilizando o conceito de que a conduta que não afetar o bem jurídico de forma relevante não poderá ser punida pelo Direito Penal, não havendo consequentemente crime. O aspecto material, portanto, está atrelado à relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Por isso defende-se que a tipicidade material pode ser afastada pelo princípio da insignificância, sob a égide do princípio da lesividade, no qual quando a lesão ao bem jurídico for insignificante, ou seja, não relevante, a conduta não deve ser punida como crime, não havendo a consubstanciação da tipicidade material.

De acordo com o doutrinador Francisco de Assis Toledo, segundo o princípio da insignificância, o direito penal com sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não devendo se ocupar de bagatelas [3].

Outro vetor que pode vir a afastar a tipicidade material e que denota seu conteúdo é o princípio da adequação social, desenvolvida por Hanz Welzel, para retirar do tipo as condutas que jamais deveriam ter sido abarcadas pela tutela do Direito Penal pelo legislador.

Ocorre que o direito penal só deve se preocupar com condutas que tenham relevância social, já que o seu objetivo é tutelar os bens jurídicos em prol a vida pacífica e regrada em sociedade. Nesse diapasão, existem certas condutas ou comportamentos que são aceitos socialmente, ou seja, são dotados de "adequação social".

Como consequência disso, essas condutas não podem ser consideradas como criminosas e puníveis, não havendo que se falar em tipicidade.

O conceito de socialmente adequado varia de sociedade para sociedade, não havendo por parte de Hanz Welzel, seu criador, uma determinação sobre qual elemento do tipo que é excluído nessas situações. Por este motivo, deve ser entendido e aplicado apenas genericamente como princípio de interpretação.

Deve ser considerado após seu desenvolvimento não como uma excludente da tipicidade ou ilicitude, mas sim como princípio de interpretação, que afasta certas condutas do âmbito do Direito Penal.

Entretanto, as tipicidades formais e materiais puramente não vêm sendo consideradas suficientes para o aprofundamento ideal do estudo do tipo.

Os doutrinadores mais modernos têm criado novas teorias, que incluem outros elementos, no ímpeto de desenvolver ainda mais o conceito de crime e tornar o sistema penal brasileiro de aplicação da pena mais coeso.

Fato é que os conceitos apresentados neste capítulo não serão abandonados pelas teorias vanguardistas, mas tão somente complementados, portanto, o estudo realizado basilarmente nos leva a uma melhor compreensão do que o tipo penal moderno objetiva e até onde ele pode chegar.

Portanto, as teorias a seguir abordadas são mais complexas e aprofundadas diante da mudança da sociedade ocorrida durante todos os anos que separam os dias atuais com os dias em que os conceitos de tipicidade antigos foram consolidados.

2.A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

Eugênio Raúl Zaffaroni[4], em seu manual de direito penal, parte geral, criou uma nova modalidade de tipicidade chamada de conglobante. Tal nomenclatura foi utilizada, porque engloba outros conceitos que não apenas os típicos, normalmente adotados, analisando, assim, outros aspectos além daqueles previstos no tipo penal.

De acordo com Zaffaroni[5], as normas jurídicas não vivem isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras e não podem ignorar-se mutuamente.

A tipicidade conglobante se alia à tipicidade formal, formando a tipicidade penal, formando assim, um critério complexo a ser analisado acerca da conduta do indivíduo.

Primeiramente cabe ressaltar as noções principais adotadas por Zaffaroni para a formação da tipicidade conglobante, que são: a lesividade agregada à possibilidade de imputação do resultado ao agente.

O primeiro elemento trazido pelo doutrinador, a chamada lesividade, se faz presente quando a conduta do indivíduo atinge de forma efetiva o bem jurídico penalmente tutelado. Então, pode-se concluir que para formar a tipicidade conglobante é necessária a lesividade na conduta do agente.

Conseqüentemente, existem hipóteses em que não haveria essa lesividade, gerando com isso a chamada atipicidade conglobante, que faria com que a conduta não pudesse ser punida pelo Estado, pois faltando a lesividade, faltaria a tipicidade conglobante, que faz parte subsequentemente da tipicidade penal e do fato típico.

Segundo o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete[6], a atipicidade é a ausência de tipicidade, e tomando tal assertiva como base, pode-se afirmar que com a ausência de tipicidade conglobante, ocorrerá o fenômeno da atipicidade conglobante.

Tais hipóteses abarcariam, portanto, a insignificância ou bagatela, a imposição de um comportamento pelo Estado, o fomento de um comportamento pelo Estado e por fim o acordo do titular do direito, devendo cada hipótese ser analisada separadamente.

No que tange à insignificância, o Estado, no momento de tipificar as condutas, levou em consideração os bens jurídicos mais preciosos para a sociedade e seus indivíduos.

Todavia, a lesão a esse bem jurídico deve ser relevante o suficiente para gerar uma punição pelo direito penal, que por ser muito gravoso é a última *ratio* para a solução de um conflito.

Seguindo tais premissas, cabe exemplificar o que seria uma conduta insignificante ao ordenamento jurídico: um namorado que pega uma bala na bolsa da namorada. Se essa conduta fosse observada apenas pelo viés da tipicidade formal, esse namorado estaria praticando um furto, todavia, a aplicação de uma pena no caso concreto não seria razoável.

O princípio da insignificância deve ser suscitado nas hipóteses jurídicas mais leves, sendo reconhecida a atipicidade do fato, no caso concreto.

Outra hipótese que gera atipicidade conglobante acontece quando o Estado impõe ou fomenta a conduta do agente. Inclusive, é por causa dessa hipótese que a teoria da tipicidade conglobante é tão discutida pelos estudiosos do direito, já que gera muitas controvérsias.

Eugênio Raúl Zaffaroni traz então a figura da antinormatividade, que seria toda conduta contrária às normas e as suas determinações. As condutas que são fomentadas, determinadas pelas normas, pela lógica, não são consideradas antinormativas.

Tomando como base esse raciocínio, se um indivíduo atua em estrito cumprimento de seu dever legal, dever este imposto pela própria lei, ela fomentou, determinou que o indivíduo agisse de acordo com aquela norma, a conduta desse indivíduo não pode ser considerada antinormativa, muito pelo contrário, pode e deve ser considerada normativa.

Quando o Estado impõe ou fomenta uma conduta, para ele essa conduta não gera lesividade, não teria assim, uma tipicidade conglobante. Essa conduta não atinge efetivamente o bem jurídico porque o próprio Estado determinou aquele comportamento.

No caso do oficial de justiça, por exemplo, ao adentrar na casa de uma pessoa, para cumprir o mandado que tem em mãos, sua conduta se adequa formalmente ao tipo penal descrito no artigo 150 do Código Penal, a saber, violação de domicílio. Todavia, como pode a conduta do oficial de justiça ser considerada um crime, se foi o próprio Estado que determinou que ele entrasse na casa do indivíduo, sob pena de sanção?

A hipótese, portanto, tenta compreender e interpretar o confronto entre uma conduta que é proibida pelo Estado, e ao mesmo tempo exigida por ele, formando uma evidente incoerência no sistema.

Para corrigir essa incoerência criada no sistema penal pelo próprio legislador, propõe-se a possibilidade de excluir do âmbito do tipo aquelas condutas que apenas aparentemente estão

proibidas, reduzindo assim, a dimensão daquilo que a norma proíbe. Ou seja, a proposição seria retirar do rol de excludente de ilicitude, as figuras do inciso III do artigo 23 do Código Penal, deixando de fora da tipicidade penal àquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade formal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta.

Sendo assim, diante do referido acima, as condutas consideradas como estrito cumprimento de dever legal e alguns casos de exercício regular do direito deixariam de ser consideradas como causas excludentes de ilicitude, passando a integrar o fato típico, possuindo a natureza jurídica de excludente de tipicidade conglobante.

A última hipótese, ainda inserida no requisito lesividade, é o acordo do titular do direito, ou seja, o acordo do ofendido. Tal forma de aquiescência, no entanto, tem certos requisitos como: a capacidade de fato, do indivíduo, ou seja, para consentir que o bem seja lesado, é necessário ter 18 (dezoito) anos.

Além disso, é necessária a manifestação de vontade livre e desimpedida, livre de qualquer coação, o consentimento, anterior ou concomitante ao atuar do agente, e como último requisito a disponibilidade do bem jurídico a ser lesado, pois existem bens que são indisponíveis, como a vida ou a integridade física quando a lesão a ser causada é grave ou gravíssima. Como exemplo, tem-se a conduta do tatuador, que se adéqua perfeitamente ao tipo penal previsto no artigo 129, *caput*, do Código Penal, já que ao tatuar um indivíduo gera uma lesão corporal, ferindo um bem jurídico penalmente tutelado, a saber, integridade física.

Entretanto, a tatuagem e até o *piercing* podem ser considerados lesões corporais de natureza leve, e por isso a integridade física do indivíduo se torna um bem jurídico tutelado disponível, sendo as lesões causadas consideradas insignificantes, se presente o consentimento do ofendido.

Sendo assim, essa seria outra hipótese de excludente da tipicidade conglobante, e, por conseguinte, essa conduta não poderia ser punida pelo Estado, já que há ausência de lesividade, não havendo conduta que afete efetivamente o bem jurídico se o ofendido consente a conduta.

Contudo, a hipótese ainda é excludente de antijuridicidade e não de tipicidade.

Após a lesividade, primeiro requisito da tipicidade conglobante, cabe neste momento o estudo do segundo requisito para a formação dessa tipicidade, a saber: a possibilidade de imputação do resultado ao agente.

Para imputar um resultado ao agente é necessário que o autor tenha dominabilidade em relação à ocorrência do resultado, ou seja, a ocorrência do resultado não pode estar adstrita ao acaso.

Como exemplo, para melhor explicitar a teoria, A deseja matar B e leva B para uma floresta com chuva para que um raio caia na cabeça de B. Nesse caso o autor não tem dominabilidade do resultado, então caso B venha a morrer, A não pode responder por homicídio.

O mesmo se aplica ao partícipe, a quem não pode ser imputada uma conduta se houver apenas um suporte banal por ele praticado. Seu suporte deve ter relevância causal para que possa ser punido.

Como exemplo, o partícipe que cede sua arma para o autor matar a vítima, só que o autor usa um veneno e não a arma para realizar o homicídio. Quem emprestou a arma não pode responder por auxílio por aporte banal, pois a arma emprestada não foi utilizada para o resultado.

Nesses exemplos, em relação ao autor e ao partícipe, suas condutas não podem ser punidas, sendo verdadeiras causas excludentes de tipicidade conglobante.

Portanto, para a tipicidade conglobante ser concretizada deve ser feito um juízo de valor, observando se o Estado está fomentando a conduta, observando a objetividade jurídica, se aquela conduta realmente lesou o bem jurídico penalmente tutelado.

Somente assim pode ser reconhecida a tipicidade conglobante, que aliada com a tipicidade formal, e os outros requisitos citados no começo da exposição do tema, torna a conduta um verdadeiro fato típico.

Além de aprimorar e enriquecer a aplicação do direito penal, em sua parte geral, a adoção da teoria causaria efeitos drásticos de relevância social.

Pode-se afirmar que os fatos atípicos são considerados indiferentes penais. E, por isso, esses mesmos fatos, depois de verificadas as informações, constatar-se se, realmente, a conduta pode ser classificada como ilícito penal, ou não, sem a necessidade de instauração de inquérito policial. Enquanto que os considerados típicos são investigados através de inquérito pela autoridade policial e existindo lastro probatório mínimo, será oferecida denúncia ou queixa, que se recebidas ensejarão um processo criminal.

Portanto, se o fato for atípico, a autoridade policial não instaurará sequer inquérito policial, e mesmo se o fizer, e o *parquet* oferecer denúncia, o juiz deverá rejeitar a petição inicial com fulcro no artigo 395 do Código de Processo Penal.

3.A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A teoria da imputação objetiva foi criada pelo doutrinador alemão Claus Roxin, dentro de uma noção de funcionalismo moderado, adotando o princípio do risco como pressuposto.

O direito penal tem a finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos, tendo em vista o princípio da subsidiariedade e fragmentariedade ou ultima *ratio*, diante da gravidade da aplicação do direito penal para solucionar os conflitos da sociedade.

Para o finalismo, atualmente adotado pelo sistema penal brasileiro, prioristicamente, a conduta é objetivamente típica se o agente produz o resultado e há relação de causalidade, suficiente para gerar a tipicidade objetiva da conduta.

Com o funcionalismo continua-se usando a relação de causalidade como primeira etapa, entretanto, para resolver se o sujeito vai responder pelo resultado penalmente, deve-se em uma segunda etapa, agregar valorações, usando princípios jurídicos da imputação.

Um exemplo clássico utilizado para contextualizar a teoria da imputação é quando A quer matar o seu tio, para receber a sua herança. Com isso, ele compra, para ele, uma passagem de avião, torcendo que o avião caia. Ocorre que o avião efetivamente cai e o tio de A morre. No caso, A agiu, existindo um resultado e uma relação de causalidade física entre a ação e o resultado, já que, se A não tivesse comprado a passagem, seu tio não teria morrido. Indo além, A agiu com dolo. No entanto, não faz sentido esta responsabilidade penal pelo resultado.

Ou seja, os dados da realidade não podem oferecer sozinhos, soluções justas para problemas jurídicos, devendo-se agregar valorações. Com isso, o funcionalismo defende que, além da relação de causalidade física, devem-se agregar outros princípios jurídicos para saber se determinada pessoa irá responder por um crime consumado ou não. São as ideias da criação de um risco juridicamente desaprovado e da materialização do risco no resultado, estando no âmbito de proteção da norma.

Com isso, percebe-se que o sujeito que comprou a passagem não irá responder penalmente, já que terceiro não enxerga em sua conduta a criação de um risco relevante ou desaprovado para o bem jurídico. Ou seja, esta causa será irrelevante para o Direito Penal.

A teoria da imputação, portanto, é um exemplo de concretude do sistema funcionalista, partindo-se de dados da natureza, mas se concluindo que a natureza sozinha não oferece soluções para os problemas do Direito Penal. As valorações utilizadas pelo funcionalismo não são aleatórias, mas que tomam por base as ideias da missão do Direito Penal de proteger bens jurídicos mais relevantes e da finalidade preventiva da pena.

O artigo 13 do Código Penal prevê a teoria da *conditio sine qua non*, que considera que um antecedente é causa quando contribui para o resultado, ainda que de forma pequena. Por isso, essa teoria chama-se de teoria da equivalência dos antecedentes: todos os antecedentes que contribuem para o resultado são igualmente causas. Se contentando, contudo, com essa mera causalidade física o sujeito sempre seria responsabilizado.

Dessa forma, a teoria da imputação objetiva procura superar a mera relação de causalidade física possibilitando em certos casos a não atribuição do resultado ao agente. Ainda há, no entanto, resistência na aplicação da teoria com o

argumento de que a teoria da *conditio sine qua non* é suficiente para resolver todos os problemas de causalidade[7].

O artigo 13 §1º CP receberia críticas no que tange à mistura dos planos da causalidade e imputação, e por não oferecer critério seguro sobre imputação, na medida em que não se esclareceu o contexto quando uma causa seria adequada ou não.

Assim, a responsabilidade penal pelo resultado deve seguir as etapas de causalidade física (artigo 13, *caput*) e imputação, que utiliza um raciocínio jurídico (artigo 13, § 1º, e teoria da imputação objetiva).

A imputação reduz o leque de condutas para as quais o resultado pode ser imputado, restringe a causalidade, para descobrir se o resultado pode ser penalmente imputado ao agente responsável pelo antecedente que está sendo estudado[8].

Atualmente, com o funcionalismo, insere-se, em todos os tipos penais, elementos valorativos, quais sejam, a criação de um risco juridicamente desaprovado e a materialização do risco no resultado.

Se uma determinada conduta, embora seja causa física de um resultado, sequer cria um risco para a ocorrência desse resultado, essa conduta vai ser atípica. Se, por outro lado, a sua conduta cria um risco, ela é típica, mas, se não é este risco que se materializa no resultado, você não vai responder pelo resultado. Então, na primeira etapa, estuda-se a tipicidade da conduta, enquanto, na segunda, estuda-se, propriamente, a responsabilidade pelo resultado.

Para a imputação objetiva o tipo penal é composto pelo tipo objetivo pela conduta, resultado, nexos causal, imputação objetiva e tipo subjetivo.

A primeira etapa de estudo da imputação objetiva é a criação de um risco juridicamente desaprovado, que consiste naquelas condutas que sequer são perigosas para um bem jurídico. Quando a conduta sequer cria um risco para o bem jurídico, mesmo que seja causa típica para o resultado, ela é atípica[9].

A teoria da imputação objetiva acredita que o Direito Penal só deve se ocupar de ações que sejam perigosas para bens jurídicos, de acordo com o princípio da lesividade.

Para aferir se uma conduta põe em risco o bem jurídico, finge-se que existe uma pessoa acompanhando-a, chamado também de observador hipotético. Se ele enxergar um risco para o bem jurídico com aquela conduta, ela cria um risco

desaprovado. Se, por outro lado, esta pessoa não enxergar risco algum, não há a criação de um risco desaprovado e a conduta é atípica.

Esse observador prudente faz uma análise da criação do risco chamada de *ex ante*. Ou seja, deve-se avaliar se a conduta é perigosa enquanto ela é realizada, antes de o resultado se produzir, até porque, depois de o resultado se produzir, todos dirão que a conduta é perigosa.

Além disso, o observador prudente vai ter acesso a alguns conhecimentos especiais que o autor eventualmente possua, como no exemplo do avião, saber que um terrorista colocou uma bomba, informação a que A tinha acesso. Este conhecimento especial do agente deve ser considerado na avaliação de criação de risco feita pelo observador prudente. Com isso, quando o observador prudente vê o sujeito comprando uma passagem em um avião em que tem uma bomba dentro, será enxergada a criação de um risco.

Uma vez que se crie ou incremente um risco, a conduta do agente é típica, mas ainda não se sabe se existe a responsabilidade pelo resultado. Então, nesta primeira etapa, em se tratando de homicídio doloso, por exemplo, já há, ao menos, tentativa.

Levando-se em conta a regra geral apresentada acima e sofisticando o raciocínio, pode-se dizer que há hipóteses em que não há a criação ou incrementação de um risco e, portanto, a conduta é atípica:

A primeira hipótese é a de diminuição do risco. O sujeito pode, com a sua conduta, ao invés de criar um risco, diminuir um risco já existente. Neste caso, por óbvio, não há imputação, porque ele não só não criou um risco, como diminuiu um risco já existente[10].

Imaginando que uma pedra imensa esteja caindo na cabeça de A. Se B empurrar esta pedra e, ao invés de cair na cabeça de A, cai no seu pé, que perde o dedo. B deu causa física a este resultado? Sim. Se B não tivesse interferido, A não teria perdido o dedo. Porém, estudando imputação, verifica-se que B atuou naquela linha de risco e diminuiu o risco daquela linha de risco. Neste caso, é óbvio que B não vai responder.

Para que haja diminuição de um risco, é imprescindível que se atue na mesma linha de risco, não podendo criar um novo risco.

A segunda hipótese é do risco permitido. Nas sociedades modernas há atividades arriscadas, mas que são permitidas, porque são importantes para a vida social. Ou seja, dirigir automóvel, por exemplo, sempre envolve um percentual de

risco. No entanto, este percentual de risco é pequeno em relação à utilidade social daquela atividade. Então, todas essas atividades, como intervenções médicas e trânsito, têm, dentro delas, um percentual pequeno de risco, porque se irá obedecer a uma série de regras de cuidados. Se isso tudo é feito e gera algum problema, este problema está dentro do risco permitido, sendo a conduta do sujeito atípica. Então, o risco permitido é o risco inerente a algumas atividades que são realizadas na sociedade e que são permitidas. Se o resultado decorre deste risco permitido, a conduta é atípica.

Outra hipótese é a não criação de um risco desaprovado. O observador prudente acompanha a conduta enquanto ela é realizada e não enxerga risco nenhum. Além disso, aqui, também se inclui uma criação de risco muito pequena ou insignificante, gerando atipicidade.

A segunda etapa de estudo da imputação objetiva é a materialização do risco no resultado, tendo resposta positiva na primeira etapa, ou seja, que o sujeito criou o risco para o bem jurídico. Só agora, na segunda etapa, é que se descobre se há crime consumado ou se o resultado é fruto de outra linha de risco, hipótese em que o sujeito responde por tentativa.

O raciocínio principal é o nexos de risco ou fim de proteção da norma. Aqui, estudam-se os chamados cursos causais extraordinários, a ideia de previsibilidade e as hipóteses do art. 13, § 1º. Quando realiza uma conduta arriscada, esta conduta será proibida, pois você terá criado um risco desaprovado ou proibido, sendo a conduta típica. Se, porém, você cria um risco permitido, a sua conduta é atípica.

Quando dirige em excesso de velocidade, cria um risco desaprovado ou proibido. Com isso, deve-se, aqui, perceber que, quando o legislador proíbe dirigir em excesso de velocidade, ele quer evitar uma classe de resultados, qual seja, todos os danos que possam decorrer de um descontrole do automóvel. Então, o trabalho é identificar quando o legislador proíbe uma conduta arriscada, qual é a classe de resultados que ele pretende evitar.

Por exemplo, um sujeito vinha em excesso de velocidade que freia bruscamente, momento em que uma velhinha, que atravessava a rua, se assustou, sofreu um ataque no coração e morreu. Existe causalidade física, mas, quando o legislador proíbe o excesso de velocidade, não está dentro da classe de resultados previsíveis um ataque cardíaco por susto decorrente da freada. Neste caso, faltando nexos de risco, não há possibilidade de imputação.

Se o legislador vai proibir uma conduta, deve-se saber o porquê de ele estar proibindo, identificando a gama de resultados normalmente associados a esta conduta perigosa, o que traduz, aqui, a ideia de previsibilidade.

Traduz-se pelo princípio do exclusivo fim de proteção da norma consiste em o resultado ocorrido, deve ser exatamente aquele que a norma de cuidado pretendia evitar, senão não poderá ser imputado.

Ainda nesta etapa, estuda-se o comportamento alternativo conforme o Direito, que nada mais é do que comportamento correto. Imaginando que haja violação de uma regra de cuidado, criando um risco e o resultado se produza, no entanto, neste caso, existe uma peculiaridade, no sentido de que, mesmo que o sujeito tivesse obedecido à regra de cuidado, o resultado não teria sido evitado. Nestas hipóteses, em que o comportamento correto não teria evitado o resultado, não há a imputação do resultado, só respondendo o sujeito pela tentativa, em se tratando de crime doloso, ou pelo crime de perigo, em se tratando de crime culposos.

Existem muitas atividades arriscadas que são permitidas. Então, há um nível de risco chamado de risco permitido. Em princípio, se você aumenta este risco permitido, você cria um risco desaprovado.

Ou seja, é necessária a criação de um risco juridicamente relevante para que o agente responda pelo crime. Se a conduta dele não é capaz de criar um risco juridicamente relevante, o resultado por ele pretendido não depender exclusivamente de sua vontade, será atípico.

Para a teoria da imputação objetiva, aplica-se o princípio do alcance do tipo penal, em que só poderá imputar a conduta ao agente se a consequência for relacionada diretamente ao risco realizado. Nos casos de auto colocação da vítima em risco bem como no caso de responsabilidade de terceiros, o resultado é produto da atuação da vítima ou terceiro, não sendo mais atribuído ao agente[11].

A aplicação prática dessa teoria gera efeitos de exclusão da responsabilidade. Isso porque, em um exemplo clássico em que A empurra contra a parede B, idosa, para ambos não serem pisoteados pelas pessoas, gerando lesões, poderia falar em inexigibilidade de conduta diversa, gerando ausência de culpabilidade, último estrato da teoria do crime. A teoria da imputação objetiva é causa excludente da própria tipicidade, sendo excluída sua responsabilidade já no primeiro estrato. Sendo assim, aplicada a teoria, nem fato típico haveria, gerando trancamento da ação penal ou inquérito, sendo mais benéfico para o agente.

De acordo com o Projeto do Novo Código Penal (PLS 236/2011) a teoria da imputação objetiva será adotada no parágrafo único do novel artigo 14[12]:

Art. 14. A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza lesão ou risco de lesão a determinado bem jurídico.

Parágrafo único. *O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou aumento de risco juridicamente relevante.* (grifo nosso).

CONCLUSÃO

De acordo com a teoria da tipicidade conglobante, em resumo, deve-se analisar o ordenamento jurídico como um todo, a fim de não imputar ao agente, condutas que ao mesmo tempo sejam proibidas e fomentadas pelo Estado, gerando um estado de incoerência no sistema. Ela propõe a realocação do estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, como excludentes de tipicidade e não de ilicitude, para que sejam observadas no primeiro estrato da teoria do crime. Assim, como consequência, geraria a atipicidade da conduta já analisada em sede pré-processual, evitando que a ação penal seja ajuizada e prejudique o indivíduo que agiu em conformidade com o direito.

A teoria da imputação objetiva, por sua vez, realiza a análise pormenorizada de valoração do tipo objetivo antes mesmo da análise dos elementos subjetivos do tipo, e sua ausência gera atipicidade do fato. Leva-se em consideração que o agente diante do tipo objetivo previsto no Código Penal, só será imputado pelo crime, se criar ou incrementar risco juridicamente relevante e materializando esse risco no resultado[13].

Sendo assim, os doutrinadores mais modernos têm criado essas novas teorias, pensando em diversas possibilidades e exemplos costumeiros com o objetivo de desenvolver e sofisticar o conceito de crime, para além de gerar um ordenamento jurídico mais coeso, se buscar uma justiça penal mais verdadeira.

As duas teorias geram consequências em âmbito pré-processual, em sede de inquérito, no qual o delegado de polícia e eventualmente o *parquet* que esteja atuando nas investigações possa fazer o juízo de valor sobre a atipicidade antes mesmo do oferecimento da denúncia.

O estudo, portanto, tem como aspecto relevante a ideia basilar de que o Direito Penal deve ser o último ramo do direito a solucionar os conflitos existentes na sociedade, diante da gravidade da sua aplicação e das consequências geradas na vida do indivíduo que responde por um processo criminal no Brasil.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

Projeto do novo Código Penal 236/2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal> p. 313 >. Acesso em: 01/10/2014.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. Trad. de Luís Greco. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, vol. 10, fascículo 38, São Paulo, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOTAS:

[1] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305.

[2] QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.147.

[3] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 131.

[4] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 457.

[5] Ibid., p. 458.

[6] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 103.

[7] BITENCOURT, op. cit., p. 297.

[8] TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 222/223

[9] ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. Trad. de Luís Greco. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, vol. 10, fascículo 38, São Paulo, 2002, p.12.

[10] ROXIN, op. cit. p.17.

[11] ROXIN, op. cit. p.16.

[12] Projeto do novo Código Penal 236/2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal> pagina 313>. Acesso em: 01/10/2014.

[13] ROXIN, op. cit. p.11.

EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

GABRIEL TAGLIAFERRO DE FREITAS:

Graduando no curso de Direito. Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito na Disciplina de Processo Penal da Universidade Brasil, como Orientador Temático Prof. Me. **Matheus Lucatto de Campos**, e metodológico Prof^a. Me. **Márcia Kazume Pereira Sato**, visando complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade apresentar as temáticas envolvendo a execução da pena após condenação em segunda instância. Através de pesquisa científica na legislação, doutrinas, jurisprudências e tratados, analisando os principais conflitos que envolvem o tema. Em pauta estará o princípio da presunção de inocência, existente no mundo jurídico, elaborando uma linha do tempo entre as decisões que abarcaram o tema no passado, e como se encontra hoje nos dias atuais. E por fim, é feita uma breve análise sobre as principais consequências das decisões dos tribunais no sistema judiciário brasileiro.

Palavras-chave: direito; processo penal; presunção de inocência.

ABSTRACT: This paper aims to present the issues involving the execution of the sentence after conviction in the second instance. Through scientific research about legislation, doctrines, jurisprudence and treaties, analyzing the main conflicts involving the topic. On the agenda will be the principle of presumption of innocence, existing in the legal world, drawing a timeline between the decisions that covered the theme in the past, and how it is today. Finally, a brief analysis is made of the main consequences of court decisions in the Brazilian judiciary.

Keywords: law; criminal proceedings; presumption of innocence.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DESENVOLVIMENTO. 2.1 Da presunção de inocência. 2.1.1 Histórico Do Princípio Da Presunção De Inocência. 3. DA PRISÃO CAUTELAR. 3.1 Súmula 9 STJ. 3.2 Prisão Cautelar e a necessidade do Periculum in mora e o

Fumus commissi delicti. 4 DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. 4.1 Súmulas 716 e 717 STF. 4.2 HC 84078. 4.3 HC 126 192. 5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. 6 METODOLOGIA. 7 RESULTADOS E DISCUSSÃO. 8 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade retratar a execução provisória da pena após decisão de segunda instância, voltado sempre para análise à luz do princípio da presunção de inocência. Traça-se também os conflitos, as problemáticas que envolvem o tema, bem quanto, os princípios norteadores do direito relacionados com a matéria em análise.

Faz-se ainda um paralelo entre as correntes doutrinárias que abrangem a tratativa, bem quanto, súmulas, jurisprudências e julgados que estão relacionados com a temática.

Entre todos os princípios elencados, traz-se como principal parâmetro, como dito outrora, o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, que prescreve: *“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. (BRASIL, 1988). Neste sentido, as decisões dos tribunais e jurisprudências baseiam-se nesta prescrição, entretanto, sofrem interpretações diversas do mencionado texto constitucional, surgindo, portanto, entendimentos conflitantes, que merecem por sua vez, serem analisados.

Nesta mesma problemática, surgem adequações de extrema relevância, como por exemplo, a ordem cronológica das decisões. Ora, se fazer-se uma análise minuciosa perceber-se-á que, os parâmetros jurisprudenciais sofreram mudanças de entendimento ao passar do tempo, passando a sociedade a se transformar com as adequações jurídicas, gerando sempre grandes polêmicas, e conflituosas reações.

Portanto, o tema merece grande destaque, já que trata de um tema constitucional e ordinário presente no cotidiano do mundo jurídico e na vida dos cidadãos, como um todo.

Além da tratativa jurídica, a temática envolve a formação social e política, já que as decisões influenciam inteiramente no comportamento da sociedade.

Neste sentido, se discorrerá a seguir, as análises devem ser profundas e pautadas pela legalidade, presente no nosso ordenamento jurídico pátrio, como forma de se entender a justiça social, presente na matéria.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Da presunção de inocência

A Constituição da República, promulgada em 1988, teve como principal parâmetro a prerrogativa social, voltada para análise dos direitos fundamentais, ganhando destaque entre as constituições existentes no mundo, já que considerada moderna por muitos doutrinadores, ponderando-se sempre pelas garantias dos Direitos Humanos.

Conforme retrata Alexandre de Moraes:

Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente [...] (MORAES, 2016, p. 45)

Deste modo, devemos dar ao texto constitucional aplicabilidade imediata, pautando-se sempre, pela eficiência e ditames institucionais, influenciando-se, assim, parâmetros de ordem prática e direta, dentro da esfera jurídica.

Ora, neste sentido, se formos analisar a Carta Magna a luz da hierarquia jurídica, devemos dar à ela um posicionamento de ordem primordial, sendo o centro de referência das demais normas, ou seja, todas aquelas que estão abaixo de seu horizonte devem se subordinar a seu posicionamento, sob pena de ser considerada inconstitucional.

Nas ciências jurídicas e sociais, temos que os princípios são fundamentais na formação do direito, influenciando todas as normas dentro do ordenamento jurídico, sendo que a inexistência de tais princípios causaria uma enorme lacuna legal.

Vale ressaltar que, parte da doutrina discute sobre a forma adequada de tratar o princípio da presunção de inocência. Isso porque, muitos doutrinadores preferem referenciá-lo como princípio da não culpabilidade, entretanto, ficamos com parte do entendimento que não faz diferenciações entre ambas as terminologias, já que a mudança da expressão não altera o significado do termo.

2.1.1 Histórico Do Princípio Da Presunção De Inocência

Cesare Beccaria (1764), em sua obra *Dos delitos e das penas*, já fundamentava que: "Um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada".

Neste direcionamento, surge o princípio da presunção de inocência, existente dentro dos parâmetros legais, prescrito em diversas normas do nosso ordenamento. Tal princípio remonta a história do direito no universo jurídico, pautado desde a época romana, o mesmo sofreu diversas intervenções durante regimes autoritários, no decorrer dos tempos, conforme retrata Lopes Junior:

A presunção da inocência remonta ao Direito Romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. No *Directorium Inquisitorium*, EYMERICH orientava que "o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação". (JUNIOR, 2016, p.52)

Portanto, não podemos considerar o princípio da presunção de inocência como uma orientação insignificante, ou seja, sem fim seriamente eficaz. Caso não atribuirmos à inocência sua verdadeira especificidade, causaremos um contraditório, ou seja, algo que deveria inocentar acabaria servindo para culpabilizar.

Nesta perspectiva, temos que o princípio da presunção de inocência, visa garantir um limite ao Estado do poder de punir. Se formos analisar a lógica por trás de tal aspecto, podemos concluir que, só houve necessidade de limitar a autonomia estatal porque este mesmo Estado, ao longo do tempo, extrapolou seu poderio. Tal alegação se pauta no fato de regimes autoritários fundarem-se e disseminarem condenações até mesmo legais, entretanto, injustas.

Portanto, o princípio da presunção de inocência ganhou notoriedade graças a regimes autoritários que não compuseram-se em guardar a legítima pretensão de punir, extrapolando os limites impostos e apoderando-se do poderio estatal que detinham, condenando sem provas ou com provas, entretanto, imperfeitas, que por sua vez, não eram capazes de garantir que aquela determinada pessoa, havia cometido aquele determinado ilícito.

As acusações secretas são um abuso manifesto, mas consagrado e tornado necessário em vários governos, pela fraqueza de sua constituição. Tal uso torna os homens falsos e pérfidos. Aquele que suspeita um delator no seu concidadão vê nele logo um inimigo. Costumam, então, mascarar-se os próprios sentimentos; e o hábito de ocultá-los a outrem faz que cedo sejam dissimulados a si mesmo. (BECCARIA, p. 19, 1764)

A presunção de inocência remonta o passado histórico, desde o período da Revolução Francesa de 1789. Após Assembleia Nacional, o congresso Francês adotou em sua Declaração do Homem e do Cidadão, no artigo 9º, tal princípio, desde então influencia as demais constituições que adotam tal orientação em suas bases principiológicas. “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”. (FRANÇA, 1789).

O princípio da presunção de inocência ganhou destaque com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o seu artigo XI, faz menção ao indivíduo ser considerado inocente até que a lei prove sua culpabilidade.

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (ONU, 1948).

Neste sentido, a Constituição da República de 1988 e o Código de Processo Penal adotam tal princípio inspirada na prescrição existente em tal declaração, pautando-se pela garantia de que o acusado presumir-se-á inocente, até que não caiba mais recurso. Portanto, prescreve o artigo 5º, LVII, “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Nas palavras de Noberto Avena:

Também chamado de princípio do estado de inocência e de princípio da não culpabilidade, trata-se de um desdobramento do princípio do devido processo legal, consagrando-se como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito. Visando, primordialmente, à tutela da liberdade pessoal, decorre da regra inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, preconizando que ninguém será

considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (AVENA, 2017, p. 49)

Ora, a referência ao princípio vai além do efetivo cumprimento pelo poder judiciário, alcança todas as esferas do Estado de Direito, tão quanto, todas as dimensões de poderes sejam no âmbito legislativo que criam as normas, no executivo que as sancionam e principalmente no judiciário que às faz cumprir. Se não fosse o trabalho conjunto entre os poderes, seria impossível criarmos esta verdadeira esfera do conhecimento e efetividade, vinculada aos ditames sólidos e eficazes da atuação jurisdicional.

Entretanto, como doravante veremos, este princípio é palco de diversas discussões acerca de sua constitucionalidade e aplicabilidade, para muitos estudiosos e doutrinadores, o princípio transcende a linha da lógica jurídica, perdendo espaço para aqueles que detém o entendimento de que sua aplicabilidade causa injustiça, quando executada a pena antes do trânsito em julgado da sentença.

Aqueles que afirmam tal tese, ponderam-se pelo fato de que, se existem provas cabais que culpabilizam o acusado já é sim motivo para restringir a sua liberdade, independentemente se a ele é concedido o direito de se defender de tal acusação até que não lhe caiba, mais recurso.

Ora, todavia, não estamos diante de uma discussão de valores morais ou éticos, estamos diante de uma discussão principiológica, abarcada pelo nosso ordenamento jurídico dentro da mais alta esfera normativa, a Constituição da República Brasileira.

Nesta mesma tratativa, encontramos a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, tratado conhecido como Pacto San Jose da Costa Rica, assinado em 22 de novembro de 1969, ratificado posteriormente pelo Brasil em 1992, afirma em seu artigo 8.2 " Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. [...] " (CIDH, 1969).

Fica claro, portanto, diante de todas as alegações que nosso Estado de Direito visou garantir a presunção de inocência dentro do devido processo legal, ratificando inclusive, as normas internacionais que garantem tal presunção.

3. DA PRISÃO CAUTELAR

Antes de adentrarmos no tema da prisão em segunda instância, faz-se necessário pautarmos a aplicabilidade de tal princípio em outros institutos penais.

Diante disso, parte da doutrina discute sobre a aplicabilidade de tal instituto dentro da esfera da prisão cautelar.

A prisão cautelar, por sua vez, faz referência àquela restrição de liberdade do indivíduo antes mesmo de seu julgamento. Será decretada quando achar indícios suficientes de necessidade para sua aplicação, onde caso o indivíduo permaneça solto causara desavenças a continuidade da investigação ou da ação penal, ou até mesmo, gerando perigo a sociedade.

Entendemos que tal prisão não extrapola o princípio da presunção de inocência, nas palavras de Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves:

O princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF), não impede a decretação da prisão processual, uma vez que a própria constituição, em seu art. 5º, LXI, prevê a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada do juiz competente. A prisão processual, entretanto, é medida excepcional, que só deve ser decretada ou mantida quando houver efetiva necessidade (grande periculosidade do réu, evidência de que irá fugir do país etc.). Além disso, o tempo que o indiciado ou réu permanecer cautelarmente na prisão será descontado de sua pena em caso de futura condenação (detração penal). (REIS e GONÇALVES, 2017, p. 387).

Ora, neste sentido, a mesma constituição que garante a eficácia de tal princípio da não culpabilidade, também permite a aplicabilidade constitucional da respectiva medida cautelar, não há que se falar, portanto, de inconstitucionalidade ou ilegalidade que possa vir a surgir.

Os capítulos II e III, do Código de Processo Penal, consagram as duas possibilidades de segregação da liberdade do acusado de forma cautelar. As espécies são: a. Prisão em Flagrante, previsto dos artigos 301 a 310; b. Prisão Preventiva, à luz dos artigos 311 a 316 do referido texto normativo.

Em segundo plano, temos a Prisão Temporária presente em legislação extravagante, Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. A prisão temporária, por sua vez, diferencia-se das demais citadas, já que aplicável somente no curso da investigação, ou seja, durante o tramitar do inquérito policial.

Vale ressaltar, entretanto, que tal medida só será decretada se presente os requisitos estabelecidos pela legislação, analisando sempre os instrumentos que cercam o tema.

3.1 Súmula 9 STJ

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, grandes juristas começaram a debater sobre a questão do Art. 5º, LXI, ferir quaisquer tipos de prisões processuais provisórias existentes em nosso ordenamento.

Neste sentido, para encerrar o assunto, o Superior Tribunal de Justiça, editou a súmula número 9, em 06 de setembro de 1990. "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência". (STJ, 1990).

A intenção da decisão visou apenas garantir a continuidade das prisões provisórias que garantia ao Estado a possibilidade de encerrar a liberdade momentânea do acusado, se presente alguns dos requisitos previstos em nossa legislação processual penal.

Ora, neste sentido, surgiu a súmula 9, como forma de pacificar tal entendimento jurisprudencial, na perspectiva de se fazer cumprir a legislação processual penal afim de evitar lacunas e insegurança jurídica.

3.2 Prisão Cautelar e a necessidade do *Periculum in mora* e o *Fumus commissi delicti*

Para justificar o acautelamento do acusado, entende-se que precisa estar presente o *Periculum in mora*, expressão em latim que significa: o perigo da demora. Ora, de acordo com o entendimento jurisprudencial e doutrinário, só se justifica a prisão quando não houver outro meio de garantir a segurança da sociedade ou do devido processo legal, caso não haja a privação da liberdade do acusado.

Justificando, também, a necessidade de se constatar que aquele fato está intimamente relacionado com aquele determinado acusado, por isso estaremos diante do *Fumus boni iuris*, ou seja, a efetiva autoria ou participação daquele envolvido no fato criminoso. Prediz a lição de Avena:

Isto é importante porque referenda, de uma vez por todas, a exigência dos requisitos das medidas cautelares em geral para a prisão processual, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*: o primeiro traduzindo o risco à efetividade do processo penal causado pela liberdade plena do réu em

face da ordem pública ou econômica, da conveniência à instrução criminal e da aplicação da lei penal; e o segundo, a existência de indícios suficientes de autoria e de prova da existência do crime (AVENA, 2017, p. 598).

Em suma, parte da doutrina diferencia a expressão *Fumus boni iuris*, e *Fumus commissi delicti*, tal aplicabilidade se deduz que: o *boni iuris* está relacionada com a fumaça do bom direito, ou seja, elementos legais que consubstanciam a prisão, enquanto o *commissi delicti*, está relacionando com os elementos relacionados a pessoa do acusado, que compõe a necessidade de segregar a sua liberdade, já que presente os requisitos ensejadores da prisão.

4 DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

O tema do presente artigo está centrado no fato da aplicabilidade do princípio da insignificância na prisão decretada após a condenação do acusado em segunda instância.

Como vimos outrora, há diversas espécies de prisão, aquelas de natureza cautelar, aplicadas durante a fase da persecução criminal (inquérito policial), ou processual, antes da sentença. E a prisão pena, prevista como execução penal, ou seja, após a condenação do acusado, normatizada pela Lei Execuções Penais (LEP), lei 7.210, promulgada em 11 de julho de 1984.

Neste sentido, após sentença condenatória começa-se a execução da pena imposta pelo juízo criminal, aplicando a concessão do regime de cumprimento de pena.

No mesmo caminho, prescreve o artigo 283, do Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 2011).

Portanto, urge salientar que, os dispositivos legais são claros e precisos em relação a perspectiva que determinam a prisão do acusado, ganhando notoriedade e formação ao longo da trajetória jurisdicional.

Os debates acerca do tema geram diversas discordâncias, pois, o que se discute, afinal, é quando se inicia a segregação da liberdade do acusado imposta em sentença penal condenatória.

4.1 Súmulas 716 e 717 STF

Bom, neste direcionamento, surge a nós as súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal. Por muito tempo, o plenário do STF utilizou delas para justificarem a execução da pena antes do trânsito em julgado. “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. (STF, 2003). “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”. (STF, 2003).

Destarte, muitos doutrinadores justificam a aplicação da prisão após condenação em segunda instância pelo exposto nas referidas súmulas. Ora, alegam que, se é possível a redução ou progressão de regime antes do trânsito em julgado, obviamente seria possível o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesta visão, entende o eminente Ministro Alexandre de Moraes, em parte de seu julgamento proferido no Supremo Tribunal Federal:

Da mesma maneira, não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ambas – respectivamente art. 8.2 e art. 6º, 2 – consagram o princípio da presunção de inocência até o momento em que a culpabilidade do acusado for legalmente comprovada, respeitados os demais princípios e garantias penais e processuais penais já analisados. (STF, 2018)

Entretanto, com a devida vênia, ousamos discordar daqueles que defendem tal posicionamento. Ora, a Constituição Federal em seu artigo 5º, LXII, é clara em salutar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em momento nenhum o texto constitucional abre exceção sobre a aplicabilidade de entendimento diverso do que o previsto no texto constitucional.

Neste passo, ficamos com o posicionamento do ilustríssimo doutrinador, Renato Brasileiro, que nos ensina:

A Constituição Federal, todavia, é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável. (BRASILEIRO, 2015, p.45)

4.2 HC 84078

Em 2009, o ministro relator Eros Grau (2009), ao julgar o HC 84078, decidiu pela não execução da pena após decisão de segunda instância. Segundo seu entendimento, a corte não poderia adotar a medida da antecipação da pena, pois, caso o fizesse feriria também, o princípio da isonomia, já que, até o presente momento a Suprema Corte não entendia pela adoção da execução antecipada da pena nas restritivas de direito, não cabendo, portanto, à adoção a privativa de liberdade.

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas. (STF, 2009, p.7).

Neste diapasão, Grau (2009) afirmava que era inadmissível a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois, violaria expressamente o texto da Constituição da República, sendo totalmente arbitrário qualquer entendimento no sentido inverso do que prescrevia a norma.

Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória [...] (STF, 2009, p.7).

Ora, após tal voto o relator foi seguido por maioria dos ministros da corte, tendo, portanto, aprovada a decisão que colocou fim a prisão antes do trânsito em julgado naquela oportunidade. Os ministros que votaram a favor de tal medida foram, Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, tendo como vencidos os ministros, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

4.3 HC 126 192

Em 2016 o tema voltou em pauta, agora sobre relatoria do Eminentíssimo Ministro Teori Zavascky. Nesta oportunidade, o tema estava relacionado com o *Habeas Corpus* 126.192, de São Paulo. Nesta ocasião, o HC foi impetrado contra decisão do Excelentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Francisco Falcão, Presidente da respectiva corte.

Vale ressaltar que, o tema à época tramitava sobre extrema pressão política, e, até mesmo da opinião pública, tendo em vista a operação Lava Jato que se iniciou no ano de 2014, e vivia seu auge com diversas prisões decretadas e o clamor público enaltecendo os que estavam à frente da operação.

Pois bem, os olhos da nação se voltaram a decisão da Corte Suprema. Na ocasião, Teori Zavascky voltou a favor da prisão após a condenação em segunda instância. Para justificar tal decisão, ele se pautou na questão principal de que, com o fim da jurisdição ordinária, encerraria a apreciação das matérias de fato e qualquer reanálise pelas instâncias superiores estaria pautada nas matérias de direito.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de

ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990. (STF, 2016, p.6).

Data vênia, por mais que fossemos atribuir fim da análise das matérias de fato, ainda assim em juízo de admissibilidade dos recursos, poderíamos concluir que, haveria sim análise de mérito no que diz respeito a revogação da prisão, exemplificando, se ao fundamentar a prisão do acusado, a sentença proferida pelo magistrado feriu alguma norma constitucional ou ordinária, a respectiva prisão deverá ser revogada em sede de recurso especial ou extraordinário.

Ainda no mesmo julgamento, o Eminentíssimo Ministro retrata sobre o que diz respeito ao direito comparado, relatando que em nenhum país do mundo ocorre a execução da pena após o trânsito em julgado, entretanto, em mesma análise o Ministro Celso de Mello discorda do colega, afirmando que, por mais que vários países do mundo adotem tal medida, em nenhum deles há previsão expressa em suas constituições sobre o trânsito em julgado, como ocorre no Brasil.

No mais, o voto do Relator Teori Zavascki, foi seguido pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. Sendo vencido os votos dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, na época presidente da corte.

5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA^[1]

Pois bem, diante de todo o exposto resta nos conceptualizar sobre a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena. A Constituição é clara em

seu artigo 5º, LVII, que a prisão só será decretada quando ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por mais que a nossa legislação permita inúmeros recursos, não é possível contrariarmos o que está prescrito na norma maior, por um entendimento privado de cada indivíduo. Aqueles que alegam que ocorrerá impunidade pela ausência de prisão após o julgamento, adota tal entendimento através do pensamento de política criminal, seja pelo número de crimes existentes ou pela forma que estes mesmos crimes ocorreram.

Neste sentido, a Constituição garante ao acusado que recorra em liberdade das acusações a ele impostas, como bem relatou o Nobre advogado Antônio Carlos de Almeida (Kakay), em recente sustentação oral na Suprema Corte, como *amicus curiae*, afirmando que, basta uma simples interpretação do texto constitucional para evidenciar-se o que está em discussão.

Essa ação talvez fosse a ação mais simples de ser julgada. É cumprir ou não a clareza de um texto constitucional. Disse aqui, em respeito a vossas excelências, que o Supremo pode muito, mas não pode tudo, porque nenhum poder pode tudo no Estado democrático de direito. (STF, 2019, on-line)

Ao mesmo passo, o ilustríssimo defensor José Eduardo Cardozo, ao sustentar oralmente a ADC 54, afirmou que o que está em jogo é fazer-se cumprir a Constituição. "A Constituição quis dar segurança máxima para que alguém não pudesse perder um bem tão precioso quanto a liberdade. São vidas humanas, não gado. Seres humanos que não são tratados como seres humanos se transformam em bestas feras." (STF, 2019).

Entendemos, portanto que, se o legislador optou claramente por trazer à Constituição o texto da maneira que se encontra, ele mesmo quis, garantir à não execução da pena antes do trânsito em julgado.

Quando uma norma constitucional é promulgada, cabe a todos fazer-se cumprir o texto constitucional, caso contrário, geráramos uma verdadeira anomalia jurídica, fator este responsável pelas maiores causas de regimes autoritários que não cumprem a legislação pátria.

O poder legislativo emana do povo, através de seus representantes eleitos, é neste sentido que a Constituição Cidadã foi criada, na tentativa de dar ao poder constituinte uma maior garantia aos direitos dos cidadãos. Quando o legislador optou por colocar o artigo 5º, LVII, o mesmo teve a intenção de se fazer cumprir exatamente aquele texto normativo.

É neste aspecto que o advogado da Ordem dos Advogados do Brasil, em sustentação oral, no STF, Juliano Breda afirma:

E embora o relatório, esse anteprojeto de Constituição da comissão presidida por Afonso Arinos não tenha formalizado o processo histórico da Assembleia Nacional Constituinte, não tenha sido protocolizado perante a Assembleia Nacional Constituinte, ele foi publicado pelo Presidente da República como uma sugestão prévia de início dos trabalhos. E o projeto, ministro Marco Aurélio, sugeria à constituinte o seguinte texto, no Art. 43, §7º: presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa. Era inegavelmente um texto que permitiria a execução antecipada da pena até mesmo após a decisão de primeira instância e, em mais especial, após a confirmação por parte dos tribunais [...] E nas emendas ao texto inicial é dito de maneira muito clara que a alteração para a redação atual, de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, era exatamente para se evitar as polêmicas decorrentes do conceito de presunção de inocência.. (STF, 2019, p.2)

Ora, indubitavelmente, o legislador optou por colocar ao texto constitucional a respectiva norma, caso contrário o teria feito de forma diversa. Não cabe agora uma análise interpretativa divergente do texto constitucional, neste aspecto, temos que em momento algum o guardião da Constituição, deve dar a ela um posicionamento oposto do texto normativo.

Pois bem, nesta perspectiva, fica claro que o legislador garantiu à prisão o princípio da presunção de inocência até o último momento de seu exaurimento recursal. Por um motivo simples, podemos dizer que, enquanto houver possibilidades de recurso haverá possibilidade do acusado ser inocente, não cabendo o cerceamento de sua liberdade em momento algum, sob pena de segregar a liberdade de uma pessoa inocente.

Neste passo, ainda por sustentação ao debate, faz-se mister trazer aquilo que prediz o princípio do *in dubio pro reo*, que garante o direito da dúvida ao acusado, nas palavras de Renato Brasileiro

Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a

absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. (BRASILEIRO, 2015, p.45)

Se os recursos existentes permitem extrair a inocência do acusado, não é possível condená-lo e privar sua liberdade nos primeiros julgamentos, sem que seja garantido ao acusado o trânsito em julgado de sua sentença condenatória.

Portanto, diante de todo o exposto, a segregação da liberdade de um ser humano só pode ocorrer quando garantido todos os seus meios de defesa e quando não houver dúvidas alguma sobre a culpabilidade do acusado.

A Constituição existe para ser cumprida, e para orientar as demais normas do nosso ordenamento jurídico, fazendo-se cumprir, todos os meios de jurisdição e legalidade por de trás do aspecto institucional do Estado.

6 METODOLOGIA

Trata-se de um trabalho construído por meio de métodos de pesquisa aplicada, com base na legislação pátria e comparada, doutrinas, jurisprudências e tratados internacionais, afim de demonstrar a problemática relacionada à execução da pena após condenação em segunda instância.

O presente artigo diz respeito à uma pesquisa científica bibliográfica, cujo desenvolvimento consiste na coleta de informações a partir de artigos, livros, textos doutrinários e outros materiais de caráter científico. Tais dados são explanados ao longo do trabalho sob forma de citações, servindo de argumentações para a sustentação da tese.

7 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante de todas as argumentações suscitadas no presente trabalho, formou-se o resultado de que o Estado não pode sentir-se superior ao que o legislador em assembleia constituinte determinou, não cabendo em momento algum executar uma pena ainda sendo possível garantir o direito a presunção de inocência.

Os resultados encontrados no presente estudo sugerem uma formação de limite entre o texto contido da norma e as respectivas decisões judiciais que abarcam o tema. Neste sentido, encontrou-se uma adequação do que o texto constitucional tratou como maneira de adequação ao controle estatal, relativizando as formações de opiniões, que por sua vez, divergiram entre o certo e o errado, formando-se conflito entre encarcerar pelo intuito de esgotar a impunidade, ou

fazer-se cumprir o que prevê a norma máxima de um ordenamento jurídico, a Constituição.

8 CONCLUSÃO

pós todas as demonstrações de inconstitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado, é possível concluirmos-que, o legislador optou expressamente por garantir o efeito do cumprimento da pena, só ao final do esgotamento de todos os recursos presentes da legislação processual vigente.

Por mais que existam opiniões que consubstanciam o contrário da previsão expressa da constituição, não cabe a nenhuma corte, inclusive a constitucional, descrever entendimento diverso daquilo que previu o seio legislativo.

Ao adentrarmos no tema, percebemos que àqueles que defendem a execução antecipada da pena, afirma tal entendimento com base em estruturas de políticas criminais. Ora, em nenhum momento podemos dar a legislações inferiores um poder maior do que aquilo que prevê a Carta Magna, caso valorarmos uma legislação infraconstitucional acima da constitucional destruiremos todo um ordenamento jurídico, consagrado com base na hierarquia de normas e princípios essenciais.

A análise do seio jurídico depende, portanto, de uma consagração pura e extensiva, pautada por uma ideologia constitucional, almejada em parâmetros internos de uma nação que clama por justiça, entretanto, justiça que cumpra sua legislação, social e individual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9 ed. São Paulo. Método, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição única. São Paulo. Pillares, 2013.

BRASIL. Constituição da república Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 out. 2019.

BRASIL. Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 03 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o código penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 3 out. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 9. Brasília. 1990. 3 sessão. p 278.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 716 e nº 717. HC 96657 MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 30-10-2008, DJE 209 de 5-11-2008. DJ de 09/10/2003. P. 7; DJ de 13/10/2003, p. 7.

BRASILEIRO, Renato. **Manual do processo penal**. 3 ed. Salvador. Juspodvm, 2015. 1826 p.

COSTA RICA. Tratado Internacional de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Dispõe sobre os direitos humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 05 out. 2019.

JUNIOR, A. J. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo. Saraiva, 2016. 664 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo. Atlas, 2017.

REIS, A. C. A.; GOLÇALVES, V. E. R. **Direito processual esquematizado**. 6 ed. São Paulo. Saraiva, 2017. 755 p.

NOTAS:

[1] Durante a confecção do presente artigo, o Tribunal Pleno do STF decidiu sobre a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Após a análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43,44 e 54, a corte mudou de entendimento, declarando que a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado fere o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII. Foram votos vencidos, o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente.

UNIÃO ESTÁVEL

LUANA PEREIRA DOMINGUES:

Graduanda no curso de Direito.

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. Orientadora: Prof^a. Ma. Marcia Kazume Pereira Sato e co-Orientadora Prof^a Ma. Érica Cristina Molina dos Santos.

RESUMO: A pesquisa ora apresentada tem o intuito de esclarecer o instituto da União Estável e demonstrar de forma clara os direitos e deveres que os conviventes possuem, tal como os requisitos que devem existir para a comprovação da união, de acordo com os ditames da Constituição Federal e Código Civil. Sendo a União Estável um contrato firmado entre duas pessoas que vivem em uma relação de convivência duradoura e segura, e com o intuito de firmar um núcleo familiar. Antigamente, exigia-se o prazo de 5 (cinco) anos ou a existência de prole para que se configura-se tal união, atualmente, esse prazo não existe, de acordo com o Código Civil, não é mais delimitado um tempo mínimo de convivência entre o casal para que seja requerida a União Estável, mas sim que preencha os requisitos do Artigo 1723, do Código Civil, bem como que não haja nenhum impedimento constante do Artigo 1521, do Código Civil.

Palavras chaves: União Estável; Direitos; Deveres; Conviventes; Comprovação.

ABSTRACT: The research presented here is intended to clarify the institute of the Stable Union and clearly demonstrate the rights and duties that cohabitants have, as well as the requirements that must exist for the proof of union, according to the dictates of the Federal Constitution and Civil Code. The Stable Union is a contract signed between two people who live in a lasting and safe coexistence relationship, with the purpose of establishing a family nucleus. Previously, the term of five (5) years or the existence of offspring was required to configure such a union. Currently, this period does not exist, according to the Civil Code, is no longer delimited a minimum time of coexistence. Between the couple to apply for the Stable Union, but to fulfill the requirements of Article 1723 of the Civil Code, as well as that there is no impediment contained in Article 1521 of the Civil Code.

Keywords: Stable Union; Rights; Duties; Living Together; Proof.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DA UNIÃO ESTÁVEL. 2.1 DA FAMÍLIA E DA UNIÃO ESTÁVEL. 2.1.1 Princípios do direito de família. 2.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana. 2.1.3 Princípio da afetividade. 2.1.4 Princípio do pluralismo familiar. 2.1.5 Princípio da solidariedade. 2.1.6 Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar. 2.1.7 Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar. 3. REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL. 3.1 Convivência entre pessoas de sexo diferente. 3.2 Convivência entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, separadas de fato, divorciadas ou viúvas. 3.3 Convivência duradoura. 3.4 Convivência pública. 3.5 Convivência contínua. 3.6 Objetivo de constituição familiar. 3.7 Inexistência de impedimento matrimonial. 4. ESTADO CIVIL DOS COMPANHEIROS NA UNIÃO ESTÁVEL. 5. REGIME DE BENS ENTRE OS CONVIVENTES. 6. CONVERSÃO EM CASAMENTO. 7. DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. 8. PARTILHA DE BENS. 9. AÇÕES DECORRENTES DA UNIÃO ESTÁVEL. 9.1 Ação declaratória de reconhecimento. 9.2 Ação de alimentos. 9.3 Ação de habilitação em inventário e ação de inventário. 10. METODOLOGIA. 11. DISCUSSÃO DOS RESULTADOS. 12. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade vem evoluindo com o passar dos anos e com isso vem caindo o índice de preconceito e os direitos equiparando-se perante todos com igualdade, englobando assim, novas e diferentes formas das pessoas se relacionarem umas com as outras afetivamente.

A união entre homem e mulher sem o efetivo casamento sempre existiu, mas era reprovado perante a sociedade, sendo alvo de inúmeras críticas na antiguidade.

A Constituição Federal de 1988, felizmente reconheceu a existência da União Estável como entidade familiar, facilitando sua conversão em casamento e garantindo-lhes a sua proteção.

O presente trabalho tem como objetivo analisar os direitos e deveres que os companheiros têm na União Estável e a diferenciação que é tratada essa união com relação ao casamento, com ênfase no direito sucessório, partilha de bens.

A pretensão é de se trabalhar com os seguintes objetivos específicos no sentido de: discorrer brevemente sobre o conceito e a evolução histórica da União Estável; trazer alguns dos princípios constitucionais do direito de família; explicar os requisitos necessários para que seja considerado uma União Estável; diferenciar e analisar o regime de bens e sua conversão em casamento, bem como a dissolução

e a partilha dos bens; e por fim elencar as ações possíveis decorrentes da União Estável.

Na primeira parte, o artigo abordará rapidamente a respeito da evolução histórica da União Estável, para que assim possa ser conceituada; mencionando alguns dos princípios constitucionais do direito de família; analisando o estado civil dos companheiros e o regime de bens cabíveis entre os conviventes.

É mencionado também a respeito da conversão em casamento da União Estável; da sua dissolução e a partilha dos bens.

Por fim é abordado a respeito das ações possíveis decorrentes da União Estável.

2. DA UNIÃO ESTÁVEL

2.1 Da família e da União Estável

A Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer que a instituição familiar não era mais constituída apenas através do casamento, e passando a permitir que a família também pudesse ser fruto de uma União Estável ou monoparental.

Durante muito tempo, o casamento foi a única forma de constituição familiar, negando efeitos jurídicos a relação entre companheiros. A união entre o homem e a mulher não casados, chamava-se concubinato, que vem do latim, "*cum cubo*" e significa encontrar-se dentro de um cubículo, enquanto "*cum pane*" que dá origem à palavra companheiro, significa comer o mesmo pão (LIMA FILHO, 2015 p.1).

O ponto de partida para que os companheiros decorrentes da união, tivessem direitos concedidos foi dada pela Constituição Federal de 1988, ao trazer no seu Artigo 226, § 3º, que: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua convenção em casamento" (SARAIVA, 2014, p.72).

Surgindo depois a primeira tentativa de regular a União Estável, referindo-se a relação duradora entre homem e uma mulher, fora do casamento, dando aos mesmos o direito a alimentos e à sucessão, conforme a Lei nº 8.978, de 10 de maio de 1996.

Sendo que a Lei 8.971/94, consistia a União Estável na convivência comprovada, por mais de 05 (cinco) anos, ou por tempo inferior, havendo prole,

entre pessoas de sexo diferente, solteiras, separadas judicialmente. De acordo com o Artigo 1º:

A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade (MANOLE, 2017, p.1193).

O Código Civil de 2002, também menciona no seu Artigo 1.723, o conceito de União Estável: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família", (SARAIVA, 2014, p.265).

2.1.1 Princípios do direito de família

O direito de família, estabelece as relações entre os diversos membros e as consequências que delas resultem.

Os princípios são normas jurídicas que se diferenciam das regras não somente pelo alto de grau de generalidade mas por serem mandados de otimização.

A seguir serão abordados alguns dos princípios norteadores do direito de família.

2.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mais precisamente em seu artigo 1.º, garante que nós seres humanos temos o direito à liberdade e igualdade em dignidade e em direitos, desde o nosso nascimento.

2.1.3 Princípio da afetividade

Visto que a Constituição Federal passou a proteger diversos tipos de relações familiares, especificando, assim, tal princípio, visto que muitos dos relacionamentos que vem unindo as pessoas nos últimos anos não estão vinculados ao sangue, mas sim à afetividade. Assim garantindo que todos os filhos são iguais, independentemente de ser adotivo ou não.

2.1.4 Princípio do pluralismo familiar

O princípio do pluralismo das entidades familiares é uma norma de inclusão, no qual considera além do matrimônio a União Estável, seja entre

homem e mulher e também as monoparentais, sendo aquelas formadas por apenas um dos pais e seu prole.

Inclusive, a família homoafetiva, tendo os mesmos direitos assegurados que os casais heteroafetivos, pois perante a lei todos somos iguais, não podendo ter nenhuma distinção, de qualquer que seja a natureza.

2.1.5 Princípio da solidariedade

É a obrigação que um indivíduo tem com o outro, e cada um tem com todos, em prol à igualdade e a reciprocidade. É o princípio que reforça todas as relações familiares e afetivas, em um ambiente mútuo de compreensão e cooperação.

2.1.6 Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar

Os dois princípios se complementam, uma vez que geram responsabilidades aos genitores, no planejamento familiar e na mais adequada forma de lidar com a criação da criança e ou adolescente. Assistir, criar e educá-los, zelando sempre pela vida e o sustento dos filhos. Sendo livres para planejar como criar e educar seus filhos, mais terão o dever de assistir, criar e educá-los, zelando sempre pela vida e o sustento dos seus filhos.

2.1.7 Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar

É a liberdade de escolha pela constituição ou não de uma vida familiar, seja pelo casamento ou pela União Estável, não tendo nenhuma interferência de pessoa jurídica de direito público ou privado.

3. REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL

É cada vez mais comum a constituição da União Estável em vez do casamento tradicional. Entretanto, por ser mais informal, nem sempre é fácil saber identificar se um relacionamento se enquadra na forma desta união.

Os requisitos básicos para caracterizar a existência da união estável estão previsto no artigo 1º, da Lei 9.278, de 1996, bem como no artigo 1.723, do Código Civil, sendo os seguintes:

3.1 Convivência entre pessoas de sexo diferente

O Código Civil de 2002 determinou que somente casais heteroafetivos poderiam constituir União Estável, sendo: "reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública,

contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (SARAIVA, 2014, p.265).

Por outro lado, em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF), julgou procedente a ADIn n°. 4.277 e a ADP n°. 132, sendo hoje possível o reconhecimento da União Estável entre casais homoafetivos, afastando assim, o requisito da convivência entre somente pessoas de sexo diferente.

A decisão se baseou principalmente nos princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da liberdade sexual e da busca pela felicidade. Segue parte da ementa da decisão:

(...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva, (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341).

3.2 Convivência entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, separadas de fato, divorciadas ou viúvas

Admite-se a existência de União Estável, entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas, viúvas e as pessoas separadas de fato. Essas pessoas que somente estão separadas de fato, estão impedidas de casar, podendo assim somente optar pela União Estável, até que judicialmente seja concretizado o divórcio.

3.3 Convivência duradoura

Se entende a convivência prolongada no tempo e por um razoável período,

não configuram União Estável os encontros amorosos, mesmo que com frequência, ainda que os parceiros mantenham relações sexuais ou o comparecimento juntos a eventos, jantares, se não houver da parte de ambos a intenção de ter convivência como marido e mulher fossem.

3.4 Convivência pública

Deverá haver uma visão explícita do grupo social do qual os conviventes integram, no qual todos terão conhecimento de tal união, agindo e se apresentando perante a sociedade como se casados fossem.

3.5 Convivência contínua

Seja ela interrupta, que não tenha tido nenhum período de separação, decorrentes de discordâncias entre o casal, fato este que comprovaria a instabilidade da relação, ou seja, de forma a conceder solidez a relação.

3.6 Objetivo de constituição familiar

Como analisado, nos requisitos da União Estável, para a sua concepção não poderá ser qualquer tipo de relação, sendo ela fugaz ou transitória, ou até mesmo um único encontro, no qual teve como resultado uma gravidez não planejada.

Diante da inexistência de dispositivos legais a respeito do tempo de duração mínima para que um relacionamento seja caracterizado como uma União Estável, deverá ser levado em consideração os requisitos básicos para sua aceitação, em especial o objetivo de constituir família, conforme decisão a seguir exposta:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE COABITAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. A coabitação não constitui o único requisito à caracterização de uma entidade familiar, de maneira que, presentes os elementos caracterizadores previstos no art. 1.723 do Código Civil, quais sejam, convivência pública, contínua e duradoura da autora com o falecido, com assistência mútua e com objetivo de constituir família, é de ser reconhecida a união estável. (...) (Apelação Cível Nº 70062477476, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 11/02/2015).

3.7 Inexistência de impedimento matrimonial

A União Estável, possui os mesmos impedimentos para o casamento, conforme Artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, salvo as relações de pessoas separadas de fato e juridicamente, e Artigo 1.521, do Código Civil:

Do Casamento

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte, (SARAIVA, 2014, p.251-252).

Artigo 1.723, parágrafo 1º do Código Civil, que condiciona a existência de União Estável à exclusividade no núcleo, ou seja, que não admite se um de seus partícipes mantiver, no plano jurídico, comunhão de vidas no casamento com outra pessoa, ou União Estável com outrem, é constitucional e deve ser preservado nas decisões judiciais. Essa é a interpretação da VI Jornada de Direito Civil. Afirmando que é vedado o reconhecimento de União Estável paralela ao casamento, tendo a justiça consagrado a monogamia, (SILVA, 2013, p.1).

Tendo, como exceção no caso de União Estável, o inciso VI, tendo o juiz a faculdade de afastar tal impedimento as pessoas casadas, reconhecendo assim a União Estável de um novo relacionamento caso o cônjuge já esteja separado de fato.

A União Estável admite como meios para sua comprovação: testemunhas, demonstração da residência comum, prova de prole em comum, conta bancária conjunta, certidão de casamento religioso, certidão de filhos em comum, até mesmo escritura pública declaratória da existência de União Estável.

4. ESTADO CIVIL DOS COMPANHEIROS NA UNIÃO ESTÁVEL

Os conviventes em União Estável certamente já devem ter se deparado com a questão, de não saber ao certo o estado civil que possuem e ter ficado na dúvida no que seria correto responder, por não existir ainda definido expressamente em Lei, o estado civil das pessoas que vivem sob o regime da União Estável.

Atualmente ainda tramita o Projeto de Lei nº 1.779/2003, que tem como objetivo dispor especificadamente a respeito do assunto. De acordo com o referido projeto, seria acrescentado o § 3º ao Artigo 1.723, do Código Civil, com a seguinte redação: “Os companheiros adotarão o estado civil de conviventes”, (LUZ, 2009, p.101).

Com fulcro no Artigo 1.724, do Código Civil, são direitos e deveres dos conviventes em União Estável:

- a) Lealdade;
- b) Respeito e assistência moral e material;
- c) Guarda, sustento e educação dos filhos comuns, (SARAIVA, 2014, p.265).

O descumprimento tanto do dever de lealdade quanto o de respeito mútuos, causam afronta grave. A lei não exige para os conviventes a fidelidade recíproca, porém conforme o entendimento de algumas doutrinas, o adultério quebra o direito dever de fidelidade.

A assistência recíproca engloba o auxílio material, no âmbito do patrimônio, particularmente os alimentos entre os conviventes. Já a guarda, o sustento e educação dos filhos, que é dever indispensável à condição de pais, correspondente a preservação da subsistência e da saúde.

Também permitindo que qualquer um dos companheiros, possa utilizar o sobrenome do outro, desde que seja feita prova documental da relação por instrumento público e nela haja anuência do companheiro cujo nome será adotado, com fulcro na Lei 6.015/73, em seu Artigo 57 e parágrafos.

Ademais, ainda pode-se conferir a companheira mantida pela vítima de acidente de trabalho os mesmos direitos da esposa, desde que tenha sido declarada beneficiária, na carteira profissional, ou em qualquer outro ato oficial de declaração de vontade do acidentado.

5. REGIME DE BENS ENTRE OS CONVIVENTES

O Artigo 1.725, do Código Civil, estabelece que aplica-se as relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, salvo convenção válida entre companheiros. Portanto as partes no início da relação poderão acordar expressamente qual regime desejam, seja de separação, de comunhão universal ou de participação final nos aquestos.

Não estipulada tal pretensão dos conviventes, presume-se pactuado o regime de comunhão parcial de bens no qual somente os bens adquiridos onerosamente por qualquer das partes, após o início da união pertenceram aos dois em condomínio e em partes iguais.

DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF. 3. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 646259 RS 2004/0032153-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 22/06/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/08/2010)

No REsp 646.259, o Ministro Luis Felipe Salomão, relator do recurso, entende que, para a União Estável, à semelhança do que ocorre com o casamento, é obrigatório o regime de separação de bens de companheiro com idade superior a 60 (sessenta) anos, (STJ, 2013, p.1).

O recurso foi julgado em 2010, meses antes da alteração da redação do dispositivo que aumentou para 70 (setenta) anos o limite de idade dos cônjuges, para o estabelecimento obrigatório do regime de separação obrigatório.

A União Estável recai na regra contida no Artigo 977, do Código Civil, que permite a formulação de sociedade empresária, desde que não haja casamento com regime de comunhão universal de bens ou de separação obrigatória de bens. É

possível aos conviventes celebrar um contrato de sociedade, sob a agida de qualquer tipo empresarial permitido pela lei, desde que não tenham escolhido um contrato de convivência de comunhão universal de bens.

Ressaltando que poderão os conviventes, a qualquer momento, fazer um contrato de forma a estipular o regime de bens diverso da comunhão parcial de bens. É um contrato firmado entre ambas as partes, que estipulam as suas relações pessoais e convivências, sendo facultativo o seu registro, com previsão nos Artigos 1.723 a 1.727, do Código Civil.

Segundo o Ministro Moura Ribeiro, do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Não é lícito aos conviventes atribuírem efeitos retroativos ao contrato da União Estável, a fim de eleger o regime de bens aplicável ao período de convivência anterior a sua assinatura. O contrato de convivência, não pode conceder mais benefícios à União Estável do que ao casamento, pois o legislador constitucional, apesar de reconhecer como entidade familiar os dois, não os inseriu no mesmo patamar, pois conforme lei o facilitará a convenção daquele neste (§ 3º, Artigo 226, da Constituição Federal). O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e sua modificação somente é permitida mediante autorização judicial, sendo requerida por ambas as partes, apurando a procedência das razões pedidas e ressalvado o direito de terceiros. REsp 1.383.624.MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 02/06/2015, Dje 12/06/2015. (MARQUES, 2019, p.1).

Resumindo o regime de bens entre os companheiros começa a vigorar na data da assinatura do contrato e o regime de bens começa a produzir efeitos na data do casamento (Artigo 1.639, § 1º, do Código Civil).

6. CONVERSÃO EM CASAMENTO

Para converter uma União Estável em casamento, os companheiros devem comparecer ao Cartório de Registro Civil do seu domicílio e dar entrada nos papeis de casamento, perante o oficial de registro civil e ouvido o Ministério Público, (Artigo 1.726, do Código Civil).

As pessoas separadas judicialmente e de fato, para que lhe possam contrair a União Estável, é-lhes vedado o direito de obter a convenção da União Estável em casamento antes de darem por rompidos os vínculos matrimoniais pelo divórcio ou

pela viuvez, pois não se admite uma pessoa que ainda possua vínculos matrimoniais, estabelecer dois casamentos de forma simultânea.

Por se tratar o Artigo 1.726, do Código Civil, vago a respeito das regras a respeito de tal conversão, que as corregedorias gerais de justiça dos estados formularam regras específicas para o pedido de conversão. Em face, segue abaixo norma extraída do Código da Corregedoria-Geral do estado do Paraná, que dispõe a respeito:

CORREGEDORIA-GERAL DO PARANÁ

(...)

CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

- Ver arts. 1.723 a 1.727, do Código Civil.

Art. 280. A conversão da união estável em casamento deverá ser requerida pelos conviventes ao Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais de seu domicílio.

- Ver Ofício-Circular n. 2/2017.

Art. 281. Será admitido o processamento do pedido de conversão da união estável em casamento apresentado por pessoas do mesmo sexo.

(...)

Art. 288. A conversão da união estável dependerá da superação dos impedimentos legais para o casamento e sujeitará os companheiros a todas as normas de ordem pública pertinentes ao casamento.

Art. 289. A ausência de indicação de regime de bens específico, instrumentalizado em contrato escrito, obrigará os conviventes, no que couber, ao regime de comunhão parcial de bens, conforme exigência do art. 1.725 do Código Civil.

Art. 290. Da certidão de casamento por conversão da união estável poderá constar a declaração da data inicial da convivência. (CORREGEDORIA- GERAL DA JUSTIÇA- PARANÁ, 2013, p.49-50).

O enunciado 526 do Conselho de Justiça Federal, na V jornada de Direito Civil, diz que: “É possível a conversão de União Estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação”, (SARAIVA, 2014, p.1.720).

7. DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

dissolução da União Estável, em regra se realiza apenas de fato, seja em face da morte de um dos conviventes ou pela separação de fato decorrente de ato unilateral ou bilateral. No caso de não haver acordo entre as partes, isto é, se ambos não consentirem sobre todos os aspectos do fim do relacionamento conjugal, seja a respectiva partilha dos bens, a prestação de alimentos e guarda de filhos, se for o caso. Será então imprescindível o ajuizamento de ação declaratória de reconhecimento de União Estável, cumulada com pedido de partilha de bens, não só pelo feito de concretização da partilha, mas também para que seja decidido sobre eventual pedido a verba alimentícia e conseqüentemente a guarda de filhos.

Na dissolução judicial litigiosa, o companheiro terá direito a prestação de pensão alimentar, comprovada a necessidade, e a partilha de bens adquiridos após o início da união, salvo além da prova de necessidade, requer a comprovação de ausência de culpa, com fundamentação no Artigo 1.702, do Código Civil.

Vale ressaltar que o benefício da pensão alimentícia cessará quando o alimentado constituir uma nova união.

8. PARTILHA DE BENS

A partilha de bens não se funda no direito sucessório e sim no direito à partilha, por metade dos bens serem resultantes do regime de comunhão parcial ou universal de bens. Em relação ao direito sucessório o companheiro sobrevivente somente terá direito à totalidade da herança na hipótese de inexistência de descendentes e ascendentes, no caso o companheiro sobrevivente é meeiro.

O plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu no dia 10 de maio de 2017, que a União Estável e o casamento possuem o mesmo valor jurídico em termos de direito sucessório, tendo assim o companheiro os mesmos direitos a heranças que o cônjuge. Desta forma, mesmo que não seja casado no papel, o companheiro que provar a União Estável terá direito à metade da herança do falecido, sendo o restante dividido entre os filhos ou pais, se houver.

Antes, conforme o artigo 1.790, do Código civil, sendo agora inconstitucional, o companheiro tinha direito somente a uma quota igual à que coubesse aos filhos comuns do casal.

No casamento, se for o caso de regime de separação total de bens, o cônjuge sobrevivente é herdeiro e concorre com os descendentes sobre os bens deixados pelo falecido. No caso da comunhão parcial de bens, se o casal tiver apurado bens durante a união, o companheiro sobrevivente será meeiro e, no caso do falecido somente ter bens adquiridos antes do casamento, o companheiro sobrevivente é herdeiro, concorrendo com os descendentes. Em qualquer um dos regimes, os bens particulares, que são aqueles doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade, são excluídos da comunhão (artigo 1.668 do Código Civil).

Desta forma, com a equiparação, para fins de herança, do casamento e da União Estável, o mais seguro para o casal para evitar discussões entre os herdeiros, principalmente se houver filhos de outra união ou casamento, é formalizar a União Estável, mediante escritura pública ou contrato particular de convivência, com a previsão do regime de bens.

No caso de falecimento do segurando, o seu companheiro tem direito de receber a pensão por morte por ser considerado um dependente. Contudo, a Medida Provisória 871/2019 diferenciou o cônjuge do companheiro ao acrescentar o § 5º na Lei 8.213/91:

§ 5º A prova de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior e ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento, (CARDOSO, 2019, p.1).

Conforme Artigo citado, o companheiro deve comprovar a dependência econômica do falecido, enquanto o cônjuge não precisa disto para receber o benefício previdenciário. Com égide nessas razões, pode-se afirmar que a Medida Provisória 871, diferenciou o casamento da União Estável para a concessão da pensão por morte.

O direito a Usufruto, tendo sua natureza personalíssima, no qual concede ao titular do direito retirar de uma coisa suas utilidades econômicas, podendo então usá-la ou fruí-la.

O Artigo 1390, do Código Civil, diz que: "O Usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou em parte, abrangendo-lhes, no todo ou em parte, os frutos e utilidades" (SARAIVA, 2014, p.241).

Como já vimos anteriormente, a União Estável, a regra é que os bens adquiridos nela serão partilhados igualmente, contudo, como o estado civil dos

conviventes não informa a existência de união em si, é comum que seja documentado um imóvel ou outro bem apenas no nome de um dos conviventes, nesta ocorrência, apenas esse convivente que tem o nome escrito na documentação do imóvel ou outro bem, é considerado o proprietário perante todos e por isso pode realizar uma série de atos como, a compra e venda do referido imóvel ou outro bem, sem necessitar da assinatura do outro convivente. Sendo uma das grandes vulnerabilidades da União Estável, pois se fossem casados, isso não poderia ocorrer.

O proprietário do imóvel poderá então instituir o regime de usufruto em seu benefício ou até mesmo colocar em nome dos filhos, prejudicando assim o outro companheiro, caracterizando assim o abuso de direito. No casamento isso não é possível.

9. AÇÕES DECORRENTES DA UNIÃO ESTÁVEL

A União Estável, ao chegar ao fim, surgem questões referentes à partilha de bens, aos alimentos em prol dos filhos e do convivente, dentre outras questões que precisam ser solucionadas, muitas vezes em estado de fragilidade emocional das partes após o término do vínculo de convivência.

9.1 Ação declaratória de reconhecimento

É facultativo ao convivente, mediante prova dos requisitos elencados pelo Artigo 1.723, do Código Civil, promover ação declaratória de reconhecimento da União Estável, como também de requerer alimentos e eventual partilha de bens, conforme Artigo 1.725, do Código Civil.

As pessoas que convivam no estado civil de conviventes, poderão pleitear a dissolução da sociedade de fato, com fundamento no Direito das Obrigações (Artigo 981, do Código Civil e na Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal).

9.2 Ação de alimentos

O direito a alimentos são prestações para a satisfação das necessidades básicas de quem não pode provê-las por si só, com previsão no Artigo 1.694, do Código Civil.

9.3 Ação de habilitação em inventário e ação de inventário

A ação de habilitação em inventário é usada para um dos companheiros habilitar-se no inventário do outro, ou reivindicar sua parte na herança após o término do mesmo inventário na qualidade de meeiro dos bens adquiridos na união

(Artigo 1.725, do Código Civil). A ação de inventário é a indicada para requerer a totalidade da herança.

Apesar de se tratarem de institutos jurídicos diferentes, a União Estável e o casamento são formas de constituição familiar. Possuindo ambos pontos em comum, e assentam-se nos vínculos de afeto, solidariedade e respeito.

Existem sim algumas diferenças entre o casamento e a União Estável, como por exemplo com relação a sua realização, pois o casamento é um ato solene, formal, de natureza pública, o cônjuge goza de um status de casado. Em relação ao direito de habilitação segundo o artigo 1.831, do Código civil, ser-lhe-á assegurado, qualquer que seja o regime de bens, e na matéria de sucessão, ele é herdeiro necessário.

Em relação à União Estável, o contrato pode ser expresso ou tácito. Quanto ao estado civil, a lei ainda não aprovou o projeto de lei, que traz como status o de convivente. Em relação ao direito real de habilitação, segundo a Lei n. 9.278/96, parágrafo único, se for dissolvida a União Estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá tal direito, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado a residência da família.

No entanto o companheiro não é herdeiro necessário.

10. METODOLOGIA

O método de pesquisa utilizado é uma revisão bibliográfica em livros, doutrinas, artigos científicos e jurisprudenciais, com a sua natureza dedutiva.

Realização de pesquisas bibliográficas, desenvolvendo fichamentos e resumos de textos escolhidos para a análise; e sua exploração na Constituição Federal de 1988 e Código Civil 2002.

Analisando os aspectos relevantes da União Estável, de maneira clara e objetiva, com o intuito de esclarecer e informar aos leitores desse artigo científico, os direitos e deveres que os conviventes nessa união possuem.

11. DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Nesse sentido, a maior afronta da legislação diz respeito ao princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, da Constituição Federal que diz que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (SARAIVA, 2014, p.6).

Dado que o companheiro não passa de herdeiro legítimo, e já o cônjuge é elevado a condição de herdeiro necessário, que são aqueles que a lei protege e obriga a reserva da metade do patrimônio que tinha o falecido.

Contudo, no dia 10 de maio de 2017, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu que a União Estável e o casamento possuem o mesmo valor jurídico em termos de direito sucessório, tendo o companheiro os mesmos direitos a heranças que o cônjuge. Desta forma, mesmo que não seja casado no papel, o companheiro que provar a União Estável terá direito à metade da herança do falecido, sendo o restante dividido entre os demais herdeiros se houver.

Antes, o companheiro tinha direito somente a uma quota igual à que coubesse aos filhos comuns do casal. Ressaltando, que essa decisão não alcança os julgamentos de sucessões que já tiveram sentenças transitadas em julgado ou partilhas extrajudiciais com escritura pública.

Atualmente a maioria dos companheiros optam por não se casar e acabam vivendo em uma União Estável, impensadamente, em alguns casos, pois enquanto o casamento exige formalidades para sua formação, a União Estável se forma e tem fim no “plano dos fatos” sem sombra de dúvidas o casamento ainda é a melhor opção, por não haver grandes complicações jurídicas. Que por esses e outros motivos levam muitos casais a converterem a União Estável em Casamento.

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do trabalho exposto, se fez necessário analisar mesmo que sucintamente a respeito da evolução da União Estável, para a melhor compreensão do assunto. Para tanto, foi estudado as diferenças existentes entre a União Estável e o casamento.

Na União Estável, os conviventes acabam optando pela convivência informal, bastando para sua existência e comprovação, ser uma relação entre homem ou mulher ou por casais homoafetivos, que seja pública, duradoura, contínua, sem que haja impedimentos matrimoniais e por fim, com o intuito de construção familiar.

Podendo ser formalização a relação, pela facilitação da conversão da União Estável em casamento, desde que preenchidos os requisitos legais.

Os conviventes, possuem direitos e deveres, tais como, o respeito e a lealdade mútuas, assistência moral e material, foi chegado à conclusão que os mesmos têm direito à guarda dos filhos, a pensão alimentícia, a partilha dos bens e

também a utilização do sobrenome do companheiro, desde que autorizado documentalmente pela parte.

Deste modo, pode-se verificar no referente artigo, as semelhanças, vantagens e desvantagens entre a União Estável e o casamento. Sendo a principal diferença entre as duas uniões, a respeito da partilha dos bens, no âmbito sucessório. O companheiro sobrevivente somente terá direito a totalidade da herança na hipótese de inexistência de descendentes ou ascendentes.

Porém, o companheiro tem o direito a meação dos bens adquiridos onerosamente na união, com a exceção de contrato em contrário, participará da sucessão do outro. Mas somente, será herdeiro se não tiver optado pelo regime de comunhão de bens, separação obrigatória de bens ou pelo regime de comunhão parcial de bens.

Portanto, conclui-se a partir da análise jurídica entre os institutos da União Estável e o casamento, ambos com suas garantias e direitos específicos aos companheiros, cabendo assim, a cada pessoa a escolha da melhor forma para a construção de sua família.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Frederico de, **Direito civil: família e sucessões** / Fernando Frederico de Almeida Júnior, Juliana Zacarias Fabre Tebaldi, Barueri-SP: Manole, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Direito de família. União Estável**. Recurso Especial nº 646259-RS. Relator: Min.Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 22 junho. 2010, Diário da Justiça, Brasília, DF, 24 agost. 2010, ement. 0032153-9. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16827288/recurso-especial-resp-646259-rs-2004-0032153-9>>. Acesso em: 16 nove. 2019.

CARDOSO, Oscar Valente, JÚNIOR, Adir José da Silva. Novidades da Medida Provisória nº 871/2019: prova da união estável e da dependência econômica. **Disponível em:** <<https://jus.com.br/artigos/72107/novidades-da-medida-provisoria-n-871-2019-prova-da-uniao-estavel-e-da-dependencia-economica>>. **Acesso em: 16 nov. 2019.**

FERNANDES, Alexandre Cortez, **Direito civil- direito de família** / Alexandre Cortez Fernandes, Caxias do Sul-RS: Educ, 2015.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida, **Manual de direito civil: tabela com resumo e questões de concursos e da ordem** / Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, Barueri-SP: Manole, 2016.

LIMA FILHO, Lima e Leitão Advocacia e Consultoria. O princípio da monogamia diante das repercussões jurídicas das uniões paralelas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n° 4380, 29 jun. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40272>>. Acesso em: 21 out. 2019.

LUZ, Valdemar P. da, **Manual de direito família**, 1° ed. / Valdemar P. da Luz, Barueri-SP: Manole, 2009.

MEDEIROS, Aruana Mendes. **União Estável e os direitos dos companheiros**. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/aruana%20medeiros.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

MELLO, Cleyson de Moraes, **Direito civil: famílias** / Cleyson de Moraes Mello, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

NETO, Mario de Carvalho Camargo. **Conversão da união estável em casamento**. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=8230>. Acesso em: 16 nove. 2019.

PARANÁ. Corregedoria Geral de Justiça. Aviso nº 146, de 06 de janeiro de 2005. **CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA**, Curitiba, 6 jan. 2005. Disponível em: <http://www.irpen.org.br/site/arquivos/Codigo_de_Normas_do_PR.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2019.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Relação paralela a casamento não dá direito de família**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-mar-18/regina-silva-relacao-paralela-casamento-nao-direito-familia>>. Acesso em: 16 nove. 2019.

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUANDO O AGENTE PÚBLICO MUDA DE CARGO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

THIAGO STANLEY GURSKI: Bacharel em Direito pela Faculdade Mater Dei de Pato Branco/PR, Técnico do Ministério Público da União exercendo a função de Assessor - Nível I, FC-2, junto ao Gabinete nº 01, da Procuradoria da República no Município de Pato Branco.

RESUMO: O mote do presente estudo foi obter uma resposta ao seguinte problema: é constitucional impor a perda da função pública quando, no momento do trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa, o agente público ocupa um cargo diferente daquele no qual cometera o ato ímprobo? Utilizou-se a metodologia de pesquisa exploratória, não original, visando construir um trabalho teórico. No capítulo 1, expôs-se a força normativa da Constituição e a autoaplicabilidade dos princípios expressos da Administração Pública, a improbidade administrativa e seu cariz constitucional. No capítulo 2, após a identificação de duas correntes doutrinárias antagônicas, catalogaram-se todas as opiniões encontradas sobre a decretação da perda da função pública por decorrência de ato pretérito de improbidade cometido em cargo público diverso daquele atualmente ocupado pelo agente público. No capítulo 3, demonstrou-se a atual e iterativa divergência no seio do Superior Tribunal de Justiça (STJ), observando-se que as decisões mais recentes filiam-se à corrente doutrinária minoritária. Por fim, obteve-se que a Constituição é clara ao estabelecer que os atos de improbidade administrativa importarão a perda da função pública e que a Administração Pública é regida pelo princípio da moralidade. É regra de hermenêutica que, se a Carta Maior não restringiu, não cabe ao intérprete restringir, logo, a *mens legis* do art. 37, § 4º, só pode ser no sentido de obstar a continuidade do exercício da função pública por agente ímprobo, não importando em qual cargo tenha praticado atos de improbidade administrativa. Neste vértice, vislumbrou-se que sim, é constitucional impor a perda da função pública ao agente público condenado por improbidade administrativa ainda que, no momento do trânsito em julgado, ele ocupe cargo diverso daquele no qual cometeu o ato de improbidade.

Palavras chave: Improbidade. Cargo. Perda. Constitucional.

INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional é a base sustentadora da esmagadora maioria das sociedades contemporâneas, é o ramo primordial do Direito ao qual todas as demais normas do ordenamento devem observância. A Constituição Federal, há muito, deixou de ser uma carta de intenções e assumiu o papel de instrumento moderador da vida em sociedade, tornando-se o primeiro diploma normativo a ser consultado para o bom desenvolvimento das relações jurídicas civis, penais, administrativas, tributárias, entre outras. Nesse sentido, Barroso (2018, p. s/n):

O direito constitucional moderno, investido de força normativa, ordena e conforma a realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos. A juridicização do direito constitucional e a atuação profícua dos tribunais constitucionais ou das cortes a eles equiparáveis deram especial destaque à jurisprudência constitucional, característica marcante do novo direito constitucional. No Brasil de hoje, a ampliação da jurisdição constitucional, a importância das decisões judiciais e uma crescente produção doutrinária de qualidade proporcionaram ao direito constitucional um momento de venturosa ascensão científica e política.

O Direito Administrativo, por sua vez, escorado na matriz constitucional, normatiza e direciona as relações entre a administração pública consigo mesma (introversa) e entre ela e os particulares (extroversa), sujeitando-se ao regime jurídico-administrativo de direito público (Carvalho Filho, 2019, p. s/n). Nesse contexto, os dois precitados ramos do Direito são imbricados desde o plano abstrato até aportar concretamente na vida dos jurisdicionados, sendo que o Direito Administrativo traduz-se no veículo que imprime movimento aos ditames constitucionais. Segundo Carvalho Filho (2019, p. s/n):

A relação de maior intimidade do Direito Administrativo é com o Direito Constitucional. E não poderia ser de outra maneira. É o Direito Constitucional que alinha as bases e os parâmetros do Direito Administrativo; este é, na verdade, o lado dinâmico daquele. Na Constituição se encontram os princípios da Administração Pública (art. 37), as normas sobre servidores públicos (arts. 39 a 41) e as competências do Poder Executivo (arts. 84 e 85).

Acerca dos temas de estudo, o Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) em voga aborda: a) a força normativa da Constituição e os princípios expressos da Administração Pública, a improbidade administrativa e seu cariz constitucional, com

especial atenção à sanção de perda da função pública; b) a decretação da perda da função pública por decorrência de ato pretérito de improbidade cometido em cargo público diverso daquele atualmente ocupado pelo agente; c) o mesmo objeto de estudo da alínea anterior, mas pela visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Em relação à delimitação do tema de estudo, verifica-se que ele orbita em torno da polêmica referenciada na alínea "c", supra, destacando-se que, atualmente, pela perspectiva jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a questão é tormentosa e urge ser pacificada, pois as duas turmas de Direito Público da Corte Superior estão proferindo julgamentos diametralmente opostos, causando insegurança jurídica.

Dos elementos suso informados, extrai-se o seguinte problema: é constitucional impor a perda da função pública atualmente ocupada por agente público em razão de ato de improbidade praticado em cargo público diverso, por ele ocupado no passado? Ou, dizendo da forma mais direta o possível para que qualquer um possa entender qual é o problema objeto do trabalho: o que acontece se, no momento do trânsito em julgado, o condenado por improbidade administrativa ocupa cargo diferente daquele que exercia na prática do ato?

A pesquisa é justificada cientificamente porque o problema vislumbrado é de interesse da comunidade jurídica, demanda estudos mais aprofundados sobre temas correlatos de Direito Constitucional e Administrativo e, como antes mencionado, está causando séria divergência jurisprudencial na Corte responsável por uniformizar a jurisprudência nacional, ou seja, o debate transcendeu o plano teórico e está impactando o direito dos jurisdicionados.

Como objetivo geral a pesquisa realizada é investigar, ou seja, analisar qual está sendo o tratamento doutrinário e jurisprudencial ao problema apresentado e verificar a adequação constitucional das respostas.

O objetivo específico, por sua vez, é responder se é constitucional impor a perda da função pública se, no momento do trânsito em julgado, o condenado por improbidade administrativa ocupa cargo diferente daquele que exercia durante a prática do ato de improbidade.

A metodologia de pesquisa adotada foi não original, conforme classificação proposta por Ruaro (2004, p. 24), "[...] a pesquisa não original lida com trabalhos ou estudos já realizados e são motivo de análises e interpretações do proponente da pesquisa", na medida em que se realizou uma revisão de estudos já publicados, no intuito de interpretá-los e interlaçá-los.

O caminho metodológico percorrido foi o exploratório, que, segundo Ruaro (2004, p. 24) é "[...] um estudo que tem por finalidade buscar maiores informações sobre determinado assunto, facilitando a delimitação de um tema de trabalho, bem como definir objetivos e/ou formular hipóteses de uma pesquisa."

A tipologia de pesquisa adotada foi a teórica, a qual, segundo Baffi (2017), é "[...] orientada no sentido de re-construir teorias, quadros de referência, condições explicativas da realidade, polêmicas e discussões pertinentes."

Em relação ao método de pesquisa, optou-se pelo método dedutivo, ilustrado por Bittar (2016, p. 34) como a "[...] extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas."; e definido por Russ (2015, p. s/n) como "[...] argumentação lógica perfeita constituída de três proposições declarativas que se conectam de tal modo que a partir das primeiras duas, chamadas premissas, é possível deduzir uma conclusão."

1. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A teoria da força normativa da Constituição proveio da doutrina alemã de Konrad Hesse propondo uma interação entre a realidade social e a abstração jurídica de forma que as normas constitucionais não sejam pura abstração nem tampouco somente um reflexo da realidade, mas podendo, contudo, moldá-la, conforme ensina Sarmiento (2012, p. s/n):

É nesse sentido que Hesse resgata a proposta de Heller, para quem a Constituição deveria ser definida simultaneamente como normatividade e normalidade social (norma e realidade). Seu objetivo é também operar uma síntese das duas posições (sociológica e normativa), ao formular a conhecida teoria da força normativa da Constituição.

Segundo Canotilho, *apud* Moraes (2017, p. s/n), em matéria de regras interpretativas das normas constitucionais, o princípio da máxima efetividade deve atribuir a uma norma constitucional a interpretação que lhe proporcione a maior eficácia possível.

Tal princípio já foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), dentre outros fundamentos, para declarar indevida a perda automática do mandato parlamentar por decorrência de condenação criminal, tendo em vista o texto constitucional mencionar, no art. 55, § 2º, que "a perda será decidida" pela Casa à qual estiver vinculado o parlamentar, como consta em trecho do voto do Relator

Ministro Nelson Jobim, no Recurso Extraordinário nº 225.019/GO, publicado no Informativo STF nº 162.

Mendes (2018, p. s/n), por seu turno, entende que a força normativa da Constituição é inerente ao princípio da máxima efetividade. Veja-se:

De alguma forma contido no princípio da máxima efetividade, fala-se no princípio da força normativa da Constituição. Com este, propõe-se seja conferida prevalência aos pontos de vista que tornem a norma constitucional mais afeita aos condicionamentos históricos do momento, garantindo-lhe interesse atual, e, com isso, obtendo-se “máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso”.

No contexto da decisão exarada no RE 225.019/GO, pode-se extrair que, se as normas constitucionais devem ter a máxima efetividade, tendo a Constituição verdadeira força normativa, sobrelevando-se a normas infraconstitucionais como o Código Penal, e atribuindo a última palavra sobre a perda do mandato à respectiva Casa Legislativa, nem mesmo o STF poderia expurgar o parlamentar federal sem a chancela do parlamento, sob pena de vulnerar-se a norma constitucional.

Pelo viés da força normativa da Constituição, Sarmento (2012, p. s/n) alega ter sido o Direito Administrativo severamente impactado pela nova abordagem interpretativa, devendo este ramo do direito público rever seus conceitos:

No Direito Administrativo, a constitucionalização tem provocado mudanças igualmente importantes em conceitos e institutos fundamentais. [...] O próprio princípio da legalidade administrativa, segundo o qual o Estado só pode agir quando autorizado por lei, tem sido repensado em razão do reconhecimento da força normativa da Constituição. Afinal, se as normas constitucionais são, em regra, diretamente aplicáveis, independentemente de mediação legislativa, não faz muito sentido exigir que a Administração se abstenha de agir sob o pretexto da inércia do legislador.

Nesse ensejo, ainda que haja falhas ou omissões na Lei de Improbidade Administrativa, suas lacunas poderiam ser colmatadas por normas extraídas diretamente do texto da Constituição, eis que esta preocupou-se em frisar os efeitos e consequências dos atos de improbidade administrativa eventualmente cometidos pelos agentes públicos.

Ademais, a ligação da improbidade administrativa com os princípios expressos da Administração Pública é inegável, podendo ela ser considerada a ferramenta de efetivação deles. Tais princípios, segundo Pazzaglini Filho (2018, p. s/nº) são:

[...] normas jurídicas primárias ou superiores de eficácia imediata, plena e imperativa, hegemônicas em relação às demais normas (constitucionais e infraconstitucionais) do sistema normativo, que, de um lado, expressam os valores transcendentais da sociedade e o conteúdo essencial da Constituição e, de outro, predefinem, orientam e vinculam a formação, o conteúdo, a aplicação e a exegese de todas as demais regras que compõem o ordenamento jurídico.

A improbidade administrativa foi erigida a tema de grande importância pelo Constituinte de 1988, pois são encontradas diversas referências no Texto Maior (grifou-se):

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V - **improbidade administrativa**, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 37. [...] § 4º Os atos de **improbidade administrativa** importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Art. 97. [...] § 10. No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009) [...] III - o chefe do Poder Executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de **improbidade administrativa**; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

Art. 101. [...] § 3º Os recursos adicionais previstos nos incisos I, II e IV do § 2º deste artigo serão transferidos diretamente pela instituição financeira depositária para a conta especial referida no caput deste artigo, sob única e exclusiva administração do Tribunal de Justiça local, e essa transferência deverá ser realizada em até sessenta dias contados a partir da entrada em vigor deste parágrafo, sob pena de

responsabilização pessoal do dirigente da instituição financeira por **improbidade**. (Incluído pela Emenda constitucional nº 99, de 2017)

Art. 104. Se os recursos referidos no art. 101 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para o pagamento de precatórios não forem tempestivamente liberados, no todo ou em parte: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 94, de 2016) [...] II - o chefe do Poder Executivo do ente federado inadimplente responderá, na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de **improbidade administrativa**; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 94, de 2016)

Como consta no art. 37, *caput*, da CF/88, a Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e a violação de qualquer deles, como visto acima, poderá ser considerado ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração.

Sendo os princípios da Administração Pública valores transcendentais da sociedade a cuja observância pelos agentes públicos da moderna Administração pública gerencial é esperada, a violação de qualquer deles é uma afronta à própria Constituição, ainda que a Lei de Improbidade, em seu art. 11, não tenha reproduzido *ipsis literis* o comando constitucional do art. 37 da CF/88, conforme percebido por Pazzaglini Filho (2018, p. s/nº):

Embora a redação do dispositivo não tenha sido a mais apropriada, pois seria de maior rigor ou precisão reiterar os princípios constitucionais basilares que informam a atuação pública elencados no art. 37, *caput*, da Carta Magna (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), a circunstância de constar dele a expressão violação da legalidade elucida, sem dúvidas, que o preceito compreende a transgressão dos demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam a atuação dos agentes públicos, posto que, como já afirmado no Capítulo I, por ocasião do exame dos princípios constitucionais da Administração Pública, estes “servem para esclarecer e explicitar o conteúdo do princípio maior ou primário da legalidade”.

Em sendo verificada a lesão aos multirreferidos princípios, poderá sem imposta a perda da função pública, nos termos do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

De acordo com as linhas que iniciam este capítulo, o Texto Maior deve ser observado no sentido do cumprimento dos comandos idealizados pelo Constituinte devido à força normativa da Constituição, repisando-se a especial influência e orientação que a CF/88 imprimiu ao Direito Administrativo.

Nesse contexto, os princípios da Administração Pública mencionados são normas jurídicas autoaplicáveis e devem prover efetividade tanto à seleção dos agentes que atuarão em favor da sociedade quanto à exclusão dos inaptos por inobservância das normas deontológicas, ainda que haja omissão na Lei de Improbidade. Tal conclusão é extraída das lições de Barroso (2017, p. s/nº):

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

Calha rememorar que o art. 37, § 4º, da CF/88 traz a perda da função pública como decorrência do cometimento de ato de improbidade e tal punição foi devidamente acolhida pelo legislador infraconstitucional, entretanto, não houve um detalhamento necessário no corpo da Lei de Improbidade Administrativa no sentido de esclarecer qual função pública exatamente será perdida no caso de o agente público mudar de função após cometer o ilícito.

Esta é, enfim, mais uma das lacunas deixadas pelo legislador às quais a doutrina e a jurisprudência pátria debruçam-se atualmente, resultando em interessante e fervoroso embate, cuja solução definitiva ainda não foi pacificada na jurisprudência, mas pode estar na força normativa da Constituição e na autoaplicabilidade dos princípios regentes da Administração Pública.

2. A PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA DIVERSA DAQUELA OCUPADA NO MOMENTO DO ATO ÍMPROBO (ÓTICA DOUTRINÁRIA)

Em primeiro lugar, calha esclarecer a amplitude do termo "função pública" para os fins deste estudo, qual seja, a análise da (in)constitucionalidade da perda da função ocupada em cargo diferente do qual foi praticado o ato ímprobo.

Alerta-se, desde já, sobre a existência de celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da decretação da perda da função pública por ato de improbidade cometido por agentes políticos, como o Presidente da República, senadores e deputados, que são diferenciados dos demais servidores por serem investido no mandato popular eletivo e por serem beneficiados por uma garantia exacerbada ao exercício da função outorgada pela própria Constituição Federal. Nas palavras de Emerson Garcia (2006, p. 472):

[...] a perda do mandato está condicionada ao prévio pronunciamento do órgão competente do Poder Legislativo, o que afasta a possibilidade de que ela advenha de sentença prolatada em ação civil em que sejam perquiridos os ilícitos praticados pelos membros do Congresso Nacional.

O mesmo não se dá em relação aos governadores, prefeitos e vereadores, ou seja, podem perder a função pública em razão de ato de improbidade sem qualquer entrave porque a Constituição Federal não os blindou com maiores garantias, como o fez para os demais agentes políticos supramencionados. Dessa feita, não havendo norma constitucional de reprodução obrigatória nas Cartas Estaduais e leis orgânicas, se assim o fizerem, estarão invadindo a competência da União. É o que explica Emerson Garcia (2006, p. 468-473):

[...] nas hipóteses previstas na Lei nº 8.429/92, cumpre distinguir o seguinte: a) em se tratando de ato de improbidade igualmente previsto na Lei nº 1.079/50, as sanções de perda da função e inabilitação poderão ser aplicadas pelo Senado Federal [...] Em relação aos Chefes dos Executivos Estaduais e Municipais, além de estarem sujeitos à Lei de Improbidade em sua totalidade, não poderá o princípio da simetria sequer ser aventado pela legislação infraconstitucional para lhes assegurar todas as prerrogativas outorgadas ao Presidente da República pela Constituição. E ainda, não poderia a Constituição Estadual restringir a eficácia da Lei nº 8.429/92, sob pena de usurpar competência privativa da União. Em razão disto, o Governador poderá ter seu mandato cassado sempre que incorrer em crime de responsabilidade ou praticar atos de improbidade, aplicando-

se o mesmo entendimento em relação ao Prefeito Municipal e aos respectivos vices.

Recapitulando, tal debate não é alvo da presente pesquisa, pois ampliaria a discussão demasiadamente e refugiria ao escopo do objetivo a ser alcançado.

Voltando ao curso do presente estudo, pelo espírito da Lei de Improbidade idealizado pelo legislador, o termo função pública abrange toda e qualquer forma de desempenho de atividade pública: cargo, emprego, função permanente ou temporária, estatutária ou contratual, remunerada ou gratuita. Segundo Calil Simão (2014, p. 824):

A utilização do termo função pública permite considerar um número maior de situações - logo, aumenta o campo de aplicação dessa sanção. Essas atividades são desempenhadas pelos detentores de cargos e empregos públicos, situações, desse modo, incluídas no âmbito de incidência do dispositivo. As funções transitórias são exercidas pelos denominados servidores públicos especiais ou temporários (CF, art. 37, IX). Já as funções permanentes, pelos detentores de cargos ou empregos públicos. [...] A expressão função pública abrange, desse modo, as de natureza derivada e as de natureza autônoma decorrentes de qualquer vínculo jurídico que o condenado mantenha com o poder público (estatutário ou contratual).

Segundo Pazzaglini (2018, p. s/nº), a perda de função pública "[...] consiste na ruptura ou cessação compulsória do vínculo jurídico do agente público com o órgão ou entidade pública (ou assemelhada) decorrente de sentença condenatória em ação civil de improbidade administrativa que a decretou.", devendo cingir-se à função ocupada pelo agente no momento da prática do ato ímprobo, sendo descabido qualquer acréscimo de efeitos para além disso, *in verbis* (grifou-se):

Cumpre ter presente que a sanção fulmina a função pública (ou cargo), que o agente exercia (ou ocupava) por ocasião da prática do ato de improbidade administrativo reconhecido na sentença. Vale dizer, **penaliza a função ou cargo público que o agente público condenado exercia ou ocupava à época em que praticou a conduta (ação ou omissão) ímproba incriminada**. Nesse ponto, impende assinalar que, caso já tenha ocorrido a aposentadoria do agente público

infrator, ao tempo do trânsito em julgado da sentença correspondente, não cabe a cassação de sua aposentadoria sob o argumento de que se trata de consequência da perda da função pública.

Ainda na visão de Daniel Amorim e Rafael Carvalho (2018, p. s/nº), com a perda da função pública "[...] extingue-se a relação jurídica existente entre o agente ímprobo e a pessoa jurídica de direito público ou privada elencada no art. 1.º da Lei 8.429/1992." e somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado, visando a "[...] valorizar a segurança jurídica para a aplicação dessas sanções, ainda que tal exigência possa tornar a medida ineficaz, em especial em cargos eletivos."

Sobre qual função deverá ser perdida, os supracitados autores, afirmando filiação à corrente majoritária, alegam que deve ser extirpado da Administração Pública o agente ímprobo condenado com trânsito em julgado, sendo desinfluyente o fato de este ocupar cargo diferente do qual cometera o ato de improbidade (grifou-se):

A parcela doutrinária majoritária, com a qual me filio, entende que **a função pública que será perdida é aquela exercida pelo agente ímprobo no momento do trânsito em julgado, mesmo que diferente daquela exercida à época em que foi praticado o ato de improbidade administrativa.** Nesse sentido também o Superior Tribunal de Justiça. Além de ser interpretação que dá uma maior eficácia à sanção ora analisada, é a única que afasta o agente ímprobo de sua vinculação com a Administração Pública. **Que sentido teria reconhecer que o sujeito é ímprobo e mantê-lo nos quadros da Administração Pública, dando-lhe total condição para que venha a repetir a prática de tais atos?**

Cleber Masson (2016, p. 785), por sua vez, informa que a perda da função enseja a extinção do vínculo jurídico, entre o agente ímprobo e a entidade vitimada, e alcança qualquer função que esteja sendo ocupada no momento do trânsito em julgado (grifou-se):

A finalidade da sanção em exame, de natureza político-administrativa, é afastar dos quadros da Administração Pública todos os agentes que demonstraram pouco ou nenhum apreço pelos princípios regentes da atividade estatal, denotando uma deformidade de caráter incompatível com a natureza da função exercida. É **oportuno salientar que esta**

sanção incide sobre toda e qualquer função pública que esteja sendo exercida pelo agente ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, mesmo que diferente da exercida à época em que praticou o ato ímprobo.

A mesma solução é proposta por Pedro Roberto Decomain (2007, p. 208), Eurico Ferraresi (2011, p. 144), Carlos Frederico Brito dos Santos (2009, p. 160-162), Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto (2010, p. 181-182).

Interessante a visão de Waldo Fazzio Júnior (2015, p. 515, grifou-se):

A função pública do agente público consiste nos deveres inerentes à sua posição administrativa, mas também encerra direitos em face da Administração Pública. Em princípio, **a lei não precisaria dela cogitar, já que a suspensão dos direitos políticos envolve a perda da função, implicando a cessação imediata de seu exercício.** Qual é a extensão da perda da função pública? Parece-nos correto entender que **a Lei nº 8.429/92 retira o agente público de seu *status* administrativo.** Este perde a investidura, fica sem posição administrativa. Não se trata de suspensão mas de perda. **É o desfazimento da situação jurídica constituída pela investidura** ou contratação, conforme o caso.

Observe que o autor lança luzes sobre a questão da suspensão dos direitos políticos, a qual, na ótica dele, já bastaria a forçar a exclusão do agente ímprobo dos quadros da Administração, tendo por mote que o exercício dos direitos políticos é condição inafastável ao exercício de cargo público, pois é pré-requisito exigido por lei (art. 5º, II, Lei 8.112/90) conforme autorizado pela própria CF/88, art. 37, I, "[...] os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei [...]".

Emerson Garcia (2006, p. 466), por sua vez, também entende que a sanção de perda da função pública é ampla e compreende o desfazimento de todos os vínculos que o agente ímprobo mantenha com o poder público, em todas as esferas de governo. Dessa feita, tendo o agente ímprobo cometido um ato ilícito contra a Administração municipal, ainda que esteja ocupando cargo público estadual no momento do trânsito em julgado, deveria ser sumariamente excluído. Nas palavras do autor (grifou-se):

Em razão da mencionada incompatibilidade entre a personalidade do agente e a gestão da coisa pública, o que

se tornou claro com a prática do ato de improbidade, **deve a sanção de perda da função, quando aplicada, extinguir todos os vínculos laborais existentes junto ao Poder Público**. O art. 12, em seus três incisos, fala genericamente em **perda da função**, que **não pode ser restringida** àquela exercida por ocasião da prática do ato de improbidade, isto sob pena de se permitir a prática de tantos ilícitos quantos sejam os vínculos existentes, **em flagrante detrimento da coletividade e dos fins da lei**. [...] Assim, **é irrelevante que o ilícito, *verbi gratia*, tenha sido praticado em detrimento de um ente municipal e o agente, por ocasião da aplicação da sanção, mantenha uma relação funcional com a administração estadual**, pois a dissolução deverá abranger todos os vínculos mantidos com o Poder Público, designativo que abrange os sujeitos passivos dos atos de improbidade.

Por outro lado, a corrente minoritária da doutrina opta pela **interpretação restritiva**, limitando a perda da função pública àquela na qual o agente público efetivou o ato ilícito. Tendo havido mudança de cargo público ou função, seria descabido determinar a perda da nova posição ocupada, porquanto os dispositivos constitucionais e legais preveem que o ato de improbidade administrativa importará a **perda "da" função pública, e não "de" função**. O detalhe é percebido por Daniel Amorim e Rafael Carvalho (2018, p. s/nº):

Para parcela minoritária da doutrina, a perda da função pública será limitada àquela função exercida pelo agente público no momento da prática do ato de improbidade administrativa. Afirma-se que essa foi a opção do legislador ao prever a perda "da" função pública e não "de" função pública, sendo, ademais, impossível uma condenação genérica e eventual, a colher o agente público no momento de seu trânsito em julgado.

A mesma posição é compartilhada por José Roberto Pimenta Oliveira (2009, p. 298-299), Carlos Alberto de Salles (2010, p. 166-168).

Convenha-se, ambas as posições detêm argumentos plausíveis.

A posição doutrinária majoritária pela decretação da perda de qualquer função pública, que esteja sendo ocupada no momento do trânsito em julgado da condenação por ato de improbidade administrativa, leva em conta o fato de que o agente público ímprobo seria desprovido de capacidade moral para ser mantido

em qualquer cargo público, seja qual for o ato cometido no passado, escorando-se na robustez da interpretação teleológica.

Busca-se, assim, livrar a sociedade do agente público que desrespeitou os princípios constitucionais da Administração pública, com base nos fins almejados pelo legislador ao editar a Lei de Improbidade Administrativa.

De outro vértice, a posição minoritária, ainda que largue em desvantagem por ir de encontro ao anseio punitivista das maiorias na pretensa proteção do patrimônio público, não pode ser ignorada porque é escorada em apurado aspecto técnico e favorece as garantias individuais.

Sabe-se que a interpretação textual da lei, não obstante ser reconhecida como o modo mais "pobre" do exercício da hermenêutica, presta-se, no mais das vezes, a justamente abrandar os excessos interpretativos. Segundo Paulo Nader (2017, p. s/nº):

O elemento gramatical compõe-se da análise do valor semântico das palavras empregadas no texto [...] Modernamente, a crítica que se faz a esse elemento não visa, como é natural, à sua eliminação, mas à correção dos excessos que surgem com a sua aplicação. Objetiva-se evitar o abuso daqueles que se apegam à literalidade do texto, com prejuízo à *mens legis*.

Nessa toada, cabe lembrar que, em matéria de direito punitivo, a interpretação extensiva é amplamente rechaçada, devendo, em regra, adotar-se uma posição restritiva. Nesse sentido, Ivan Rigolin (2012, p. s/nº):

Sendo dispositivos que restringem direitos, somente restritivamente podem ser lidos e aplicados, nos exatos termos escritos na lei, sem a menor possibilidade de se sujeitar a interpretações ampliativas, analógicas, sistemáticas, teleológicas ou finalísticas, históricas, generalizantes ou difusas.

Desse modo, ainda que a corrente minoritária lance mão da interpretação semântico-textual das palavras do texto normativo (a perda "da" função pública, não "de" função pública), não pode ser completamente relegada ao obívio porque está devidamente fundamentada.

É líquido e certo que a pretensa "defesa de corruptos" encontra resistência em todas as searas da sociedade, nem é isso o que se pretende com o

presente debate. Ocorre que a garantia de leis claras e jurisprudência coerente e previsível é direito de todos.

2. A PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA DIVERSA DA OCUPADA NO MOMENTO DO ATO ÍMPROBO (ÓTICA DO STJ)

Considerando que o objeto do presente estudo foi amplamente exposto nas linhas anteriores, demonstrar-se-á agora, de plano, a divergência atual e iterativa entre as duas turmas de direito público do STJ.

A 1ª Turma, em suma, filiou-se à corrente doutrinária minoritária, ou seja, entende que o condenado somente deve perder a função pública utilizada para o cometimento do ato de improbidade administrativa. Isso se deve ao fato de as normas de direito sancionatório serem matéria de legalidade estrita, estando, assim, fora da órbita da interpretação extensiva. Observe-se que os arestos são recentes, conforme se extrai da colação infra (grifou-se):

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. **PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA. SANÇÃO QUE NÃO ATINGE CARGO PÚBLICO DIVERSO DAQUELE OCUPADO PELO AGENTE PÚBLICO À ÉPOCA PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE.** 1. A questão controversa cinge-se a saber se a sanção de perda da função pública em razão de atos então praticados na condição de vereador e tesoureiro poderia atingir cargo público efetivo para o qual, por concurso público, o agente foi nomeado posteriormente aos fatos narrados na inicial da ação de improbidade administrativa. 2. A Primeira Turma do STJ orienta-se no sentido de que as **normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva**, motivo pelo qual a sanção de perda da função pública do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, não pode atingir cargo público diverso ocupado pelo agente daquele que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita. Precedentes: AgRg no AREsp 369.518/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 28/3/2017; EDcl no REsp 1.424.550/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 8/5/2017. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1423452/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe **13/03/2018**)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. EXAME. VIA IMPRÓPRIA. ATO CONFIGURADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. **PERDA DO CARGO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.** 1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Consoante jurisprudência pacificada no STJ, não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo. 3. A via do recurso especial é imprópria para a alegação de violação de dispositivo constitucional. 4. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo "indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou, pelo menos, evitada de culpa grave nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011). 5. Hipótese em que, em face das premissas fáticas assentadas no acórdão objurgado, que reconheceu o enquadramento do recorrente nos atos de improbidade administrativa (arts. 10, XII, e 11 da Lei n. 8.429/1992), com a indicação expressa do elemento subjetivo (dolo), a modificação do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias demandaria indubitavelmente o reexame de todo o material cognitivo produzido nos autos, desiderato incompatível com a via especial, a teor da Súmula 7 do STJ. 6. A teor do **entendimento majoritário da Primeira Turma do STJ, a sanção da perda do cargo público, prevista entre aquelas do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, não está relacionada ao cargo ocupado pelo agente ímprobo ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas sim àquele (cargo) que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita.** 7. A obrigação de reparar o dano causado ao erário, correspondente ao total das remunerações percebidas pelos

parentes dos vereadores que foram nomeados indevidamente para ocupar cargos em comissão, constitui enriquecimento ilícito por parte da Administração, considerando que o serviço público foi desenvolvido. 8. Fixação da multa civil em 3 (três) vezes o valor da remuneração percebida pelo recorrente à época dos fatos. 9. Recurso especial parcialmente provido, na parte conhecida. (REsp 1766149/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Rel. p/ Acórdão Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 04/02/2019)

Por outro vértice, de forma diametralmente oposta, a 2ª Turma do STJ, filiando-se à doutrina majoritária, julga pela perda de qualquer função pública que esteja sendo ocupada no momento do trânsito em julgado. O fundamento base é a ausência de capacidade moral para continuar integrando os quadros da Administração Pública. Entretanto, ainda que não seja mencionado nas ementas, é óbvia a aplicação de interpretação extensiva em favor da *mens legis* da Lei nº 8.429/92, mesmo se tratando de direito punitivo. Observe-se (grifou-se):

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. **IMPROBIDADE. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA.** SENTENÇA CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. DECLARAÇÃO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. MERO CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA AO DIREITO POSTULADO. 1. Recurso ordinário em mandado de segurança impetrado contra o ato administrativo que declarou a perda da função pública de servidor público por atenção ao teor de sentença judicial transitada em julgada. O impetrante alega violação do devido processo legal e o abuso de direito. 2. **A aplicação da penalidade de perda de função pública, prevista nos arts. 9º, 10º e 11 da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), abrange todas as atividades e vínculos que o agente ímprobo eventualmente possuir com o poder público.** 3. "A sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irreversível" (REsp 1.297.021/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20.11.2013). No mesmo sentido: REsp

924.439/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.8.2009. 4. Não há falar em violação do devido processo legal, pois o ato administrativo atacado (fl. 12) somente deu cumprimento administrativo à decisão judicial, transitada em julgado, por meio da qual se declarou a perda da função pública. Recurso ordinário improvido. (RMS 32.378/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 11/05/2015)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. COBRANÇA DE PROPINA. PREQUESTIONAMENTO AUSENTE: SÚMULA 211/STJ. PROVA EMPRESTADA. ESFERA PENAL. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DOS FATOS. MODIFICAÇÃO DE PREMISSA INVIÁVEL. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO CONFIGURADA. **PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA**. ART. 12 DA LEI 8.429/1992. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento. 2. A jurisprudência do STJ é firme pela licitude da utilização de prova emprestada, colhida na esfera penal, nas ações de improbidade administrativa. 3. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas (Súmula 7/STJ). 4. Inexistente violação dos arts. 458 do CPC e 12, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, pois o acórdão recorrido fundamentou adequadamente a imposição da perda de função pública. 5. A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida. 6. **A sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível.** 7. **Não havendo violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem, no caso

concreto, enseja reapreciação dos fatos e provas, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ). 8. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1297021/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013)

Para ficar claro, o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre o tema, não havendo sequer tese de repercussão geral em fila de julgamento.

No tangente à nítida e inconciliável divergência entre as Turmas do STJ, o tema urge ser pacificado pela 1ª Seção, órgão competente para temas de direito público, tais como improbidade administrativa. Como se vê, a necessidade de tal debate passa ao largo de mero interesse acadêmico, pois a segurança jurídica obtida pela integridade e coerência da jurisprudência é um dos fins do próprio Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O mote principal do presente estudo foi obter uma resposta ao seguinte problema: é constitucional impor a perda da função pública quando, no momento do trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa, o agente público ocupa um cargo diferente daquele no qual cometera o ato ímprobo?

No capítulo 1, expôs-se a força normativa da Constituição e a autoaplicabilidade dos princípios expressos da Administração Pública, a improbidade administrativa e seu cariz constitucional, com especial atenção à sanção de perda da função pública.

Nesse quadrante, é certo que os preceitos constitucionais são normas jurídicas dotadas de efetividade. O Constituinte originário determinou que o ato de improbidade administrativa importa na perda da função pública. Os princípios regentes da Administração Pública, em especial o da moralidade, são autoaplicáveis, entretanto, o aplicador do direito também deve respeito à lei.

No capítulo 2, após a identificação de duas correntes doutrinárias antagônicas, catalogaram-se todas as opiniões encontradas sobre a decretação da perda da função pública por decorrência de ato pretérito de improbidade cometido em cargo público diverso daquele atualmente ocupado pelo agente público.

Como resultado, viu-se que a corrente doutrinária majoritária pela decretação da perda de toda e qualquer função pública que esteja sendo ocupada no momento do trânsito em julgado confere prevalência ao princípio da moralidade em detrimento da lacuna legal da Lei de Improbidade e ainda profere interpretação

extensiva a preceito de direito sancionatório, o que contraria princípios de hermenêutica jurídica.

A corrente doutrinária minoritária, por sua vez, faz uma leitura legalista do Texto Maior, com preferência pela interpretação gramatical e semântica, entendendo que a sanção perda "da" função pública não corresponde à perda "de" função pública, privilegia a interpretação restritiva em matéria de direito sancionador.

No capítulo 3, demonstrou-se a atual e iterativa divergência no seio do Superior Tribunal de Justiça (STJ), observando-se que as decisões mais recentes filiam-se à corrente doutrinária minoritária.

A síntese de tudo que foi visto é que ambas as correntes detêm argumentos de peso. É líquido e certo que a pretensa "defesa de corruptos" encontra resistência em todas as searas da sociedade, sendo a doutrina majoritária de fácil aceitação, contando com a suposta prevalência da força normativa da Constituição e dos princípios da Administração Pública, em especial o da moralidade.

Ocorre que a garantia de leis claras e jurisprudência estável e coerente é direito de todos, dentro do que é esperado do Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, também é lícito conceder crédito a doutrina minoritária, pois ela também tem esteio na Constituição, quando esta prevê a perda "da" função pública, que seria aquela ocupada no momento do ato de improbidade, bem como é pacífica a inaplicabilidade de interpretação extensiva em matéria de direito punitivo, sob pena de ferir-se uma das garantias mais básicas conquistadas pela sociedade em face do poder estatal: o respeito ao princípio da legalidade estrita em matéria sancionatória.

Contudo, atrevendo-se a responder ao questionamento imposto pela problematização, opta-se pela constitucionalidade da corrente doutrinária majoritária, isto é, o agente público condenado por ato de improbidade administrativa deve perder a função pública que ocupa no momento do trânsito em julgado da ação de improbidade, sendo desinfluyente ter cometido o ato ímprobo em cargo anterior.

A Constituição é clara ao estabelecer que os atos de improbidade administrativa importarão a perda da função pública e que a Administração Pública é regida pelo princípio da moralidade.

É regra de hermenêutica que, se a Carta Maior não restringiu, não cabe ao intérprete restringir, logo, a *mens legis* do art. 37, § 4º, só pode ser no sentido de obstar a continuidade do exercício da função pública por agente ímprobo, não importando em qual cargo tenha praticado atos de improbidade administrativa.

Neste vértice, respondendo diretamente ao problema proposto, afirma-se que sim, é constitucional impor a perda da função pública ao agente público condenado por improbidade administrativa ainda que, no momento do trânsito em julgado, ele ocupe cargo diverso daquele no qual cometeu o ato de improbidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 6ª ed. – São Paulo: Método, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2018, versão eletrônica.

BAFFI, Maria Adelia Teixeira. *Modalidades De Pesquisa: Um Estudo Introdutório*. Artigo. Disponível em http://usuarios.upf.br/~clovia/pesq_bi/textos/texto02.pdf, acesso em 09/11/2019.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 3. ed – São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019, versão eletrônica.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

FERRARESI, Eurico. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, versão eletrônica.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, versão eletrônica.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 40. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, versão eletrônica.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, versão eletrônica.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2018, versão eletrônica.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, versão eletrônica.

RUARO, Dirceu Antonio. *Manual de Apresentação de Produção Acadêmica*. 2a. ed. – Pato Branco: Faculdade Mater Dei, 2004.

RUSS, Jaqueline. *Filosofia, Os autores, as obras*. Petrópolis: Vozes, 2015, versão eletrônica.

SALLES, Carlos Alberto de. *O objeto do processo de improbidade administrativa: alguns aspectos polêmicos*. In: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Temas de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade administrativa*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade Administrativa: teoria e prática*. 2. ed. – Leme: J. H. Mizuno, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, versão eletrônica.

TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

NATHALIA ESCANSETTI TAVARES:

Advogada. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito Candido Mendes. Graduada pela Universidade Cândido Mendes - Centro. Advogada.

Monografia apresentada a Faculdade de Direito Candido Mendes – Centro como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Alexandre Pereira da Costa

RESUMO: A teoria da tipicidade conglobante é um tema muito discutido no Direito Penal, em sua parte geral. Este trabalho é uma síntese de toda uma pesquisa em torno desse assunto dentro do ordenamento jurídico em que vivemos. Serão explicitados na pesquisa além do conceito da teoria da tipicidade conglobante, sua aplicação prática e suas conseqüências, tanto no âmbito jurídico, quanto no âmbito social. A pesquisa tem como objetivo esclarecer um tema normalmente não compreendido entre estudantes, além de tentar trazer uma nova perspectiva ao Direito Penal, corrigindo suas imperfeições, em busca de um sistema mais coeso.

Palavra-chave: Direito Penal; Teoria da Tipicidade Conglobante.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE. 2.1 CONCEITO DE TIPICIDADE CONGLOBANTE. 2.2 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE. 2.2.1 Princípio da Insignificância. 2.2.2 Imposição ou Fomento de Conduta pelo Estado. 2.2.3 Acordo do Titular do Bem Jurídico. 2.3 POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DO RESULTADO AO AGENTE. 3 AS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE E SUAS INCOERÊNCIAS. 3.1 IMPOSIÇÃO OU FOMENTO DE CONDUTA PELO ESTADO. 3.2 CASOS CONCRETOS DE ATIPICIDADE CONGLOBANTE. 3.2.1 Estrito Cumprimento do Dever Legal. 3.2.2 Exercício Regular do Direito. 3.2.3 O Excesso. 4 RESULTADOS PRÁTICOS DA ADOÇÃO DA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE. 4.1 EFEITOS JURÍDICOS. 4.2 EFEITOS SOCIAIS. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Um dos temas de grande discussão até os dias atuais é a questão sobre a teoria da tipicidade conglobante, criada pelo doutrinador e ministro da Suprema Corte Argentina, Eugênio Raúl Zaffaroni. Isso porque, em tese, tal teoria tem o objetivo de trazer uma nova perspectiva à tipicidade penal vigente em nosso ordenamento jurídico.

Tal teoria preconiza que as normas devem ser interpretadas englobando todo o ordenamento jurídico, para que não haja contradições entre elas, gerando assim, confusão interpretativa tanto para os operadores do direito, quanto para a sociedade.

Diante do contexto de incoerências evidentes no sistema penal brasileiro, a presente pesquisa tem como foco principal o estudo de como a teoria da tipicidade conglobante poderia solucionar os problemas e lacunas ainda existentes no sistema basilar do direito penal, no que tange ao tipo, tendo em vista que ele é o elemento primário para consubstanciar o que todos conhecem como crime.

Essa teoria tenta compreender e interpretar, por sua vez, o confronto entre uma conduta que é proibida pelo Estado, e ao mesmo tempo exigida por ele, formando uma evidente incoerência no sistema.

Mediante a quantidade enorme de processos que não resultam em nada, e principalmente no transtorno que eles causam a ambas as partes, autor e réu, o estudo sobre o tema teria repercussão social no sentido de evitar a propositura de ações penais, como por exemplo, nos casos englobados pelo artigo 23, inciso III do Código Penal, que trata do estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, já que descriminalizaria tais condutas, que ainda hoje geram confusão quanto sua interpretação.

A relevância jurídica do estudo, por sua vez, seria de aprofundar o estudo do Direito Penal em sua parte geral com a finalidade de preencher as lacunas existentes e resolver conflitos internos, tornando o sistema como um todo mais coeso. Assim, chegar-se-ia mais perto da idéia do garantismo penal, que prega a intervenção mínima do Estado na sociedade e as garantias individuais elevadas ao seu máximo, essências da Constituição da República brasileira vigente, tão almejada pela maioria dos profissionais que lidam diariamente com o direito penal e processual penal.

Para o objeto em estudo será levado em consideração: a legislação penal ultrapassada, as problemáticas geradas pelo sistema atualmente adotado, a adoção da teoria da tipicidade conglobante na prática, por alguns magistrados, analisando se esta teoria aliada a teoria formal, resolveria os conflitos ainda existentes no sistema penal.

Para dar o suporte necessário a pesquisa será utilizada como área de estudo o direito penal, em sua parte geral.

O que nos leva ao questionamento: Seria a teoria do tipo atual a mais correta e justa a ser utilizada pelos magistrados brasileiros na aplicação da pena de um indivíduo? A teoria da tipicidade conglobante, se adotada, poderia ser utilizada como corretivo para as distorções ocasionadas na análise do tipo?

Utilizando-se de pesquisas doutrinárias este trabalho procura entender as origens do problema, interpretar de forma clara o que é a teoria da tipicidade conglobante, com a o objetivo principal de tentar apontar alternativas que possam diminuir as imperfeições do sistema penal brasileiro, direta ou indiretamente.

2 A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

2.1 CONCEITO DE TIPICIDADE CONGLOBANTE

Eugênio Raúl Zaffaroni[1], em seu manual de direito penal, parte geral, criou uma nova modalidade de tipicidade chamada de conglobante. Tal nomenclatura foi utilizada, porque engloba outros conceitos que não apenas os típicos, normalmente adotados, analisando, assim, outros aspectos além daqueles previstos no tipo penal.

Nas palavras de Zaffaroni[2]:

As normas jurídicas não “vivem” isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras e não podem ignorar-se mutuamente.

Atualmente, se adota em um primeiro momento a tipicidade formal (legal), que pode ser conceituada como a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na norma, seria a descrição na lei da conduta formalmente proibida. Portanto, a tipicidade formal, primordialmente deve ser observada, com o objetivo de confrontar a conduta praticada pelo agente com os tipos previstos no Código Penal, a fim de se concluir se aquele indivíduo praticou ou não um delito. É o tipo penal clássico contendo o verbo da conduta, os elementos objetivos e elementos subjetivos.

Todavia, não se adota para o estudo do tipo apenas a tipicidade formal. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça exige um algo mais para a formação da tipicidade penal, um chamado juízo de valor, não bastando apenas que a conduta se adéqüe, ou seja, que a simples subsunção, acomodação do comportamento do agente ao tipo não é suficiente para concluir a tipicidade penal.

Para seu criador, Eugênio Raúl Zaffaroni[3] a tipicidade conglobante se aliaria a tipicidade formal, formando a tipicidade penal, formando assim, um critério complexo a ser analisado acerca da conduta do indivíduo, como afirma em seu manual:

Isso nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa.

Para um melhor entendimento acerca da tipicidade, vale relembrar onde este elemento está alocado no conceito analítico-operacional estratificado adotado por nosso sistema penal.

O conceito analítico-operacional estratificado estuda os elementos integrantes que geram a infração penal, a saber: o fato típico, a antijuridicidade (ilícito) e a culpabilidade. Por sua vez, inseridos no elemento fato típico, se encontram quatro elementos: a conduta, o resultado, o nexa causal e a tipicidade. Ou seja, a tipicidade será analisada no primeiro momento da chamada teoria do crime, a saber, no momento do fato típico.

Depois de feita a exposição sobre onde e quando será estudada a tipicidade, de uma forma genérica, cabe o estudo se aprofundar especificamente na teoria da tipicidade conglobante.

2.2 O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Primeiramente cabe ressaltar as noções principais adotadas por Zaffaroni para a formação da tipicidade conglobante, que são: a lesividade agregada à possibilidade de imputação do resultado ao agente.

O primeiro elemento trazido pelo doutrinador, a chamada lesividade, se faz presente quando a conduta do indivíduo atinge de forma efetiva o bem jurídico penalmente tutelado. Então, pode-se concluir que para formar a tipicidade conglobante é necessária a lesividade na conduta do agente.

Conseqüentemente, existem hipóteses em que não haveria essa lesividade, gerando com isso a chamada atipicidade conglobante, que faria com que a conduta não pudesse ser punida pelo Estado, pois faltando a lesividade, faltaria a tipicidade conglobante, que faz parte subseqüentemente da tipicidade penal e do fato típico.

Segundo o doutrinador Mirabete[4], a atipicidade é a ausência de tipicidade, e tomando tal assertiva como base, pode-se afirmar que com a ausência de tipicidade conglobante, ocorrerá o fenômeno da atipicidade conglobante.

Tais hipóteses abarcariam, portanto, a insignificância (chamada de bagatela), a imposição de um comportamento pelo Estado, o fomento de um comportamento pelo Estado e por fim o acordo do titular do direito, devendo cada hipótese ser analisada separadamente.

2.2.1 O Princípio da Insignificância

A insignificância deve ser observada em um primeiro momento, pois pode causar grandes confusões. O direito penal não pune conduta que não atinge efetivamente o bem jurídico penalmente tutelado. Tomando como premissa essa afirmativa, percebe-se a interligação íntima que a insignificância tem com o conceito de lesividade. O Estado, no momento de tipificar as condutas levou em consideração os bens jurídicos mais preciosos para a sociedade e seus indivíduos.

Todavia, a lesão a esse bem jurídico deve ser relevante o suficiente para gerar uma punição pelo direito penal, por ser muito gravoso, gerar muitos danos, tanto é que tal direito é considerado a última *ratio* para a solução de um conflito.

Nas palavras de Zaffaroni[5]:

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada.

As afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requeriam sempre alguma entidade, isto é, alguma gravidade, posto que nem toda afetação mínima do bem jurídico era capaz de configurar a afetação requerida.

Como ensina o doutrinador Rogério Greco[6]:

O bem juridicamente protegido pelo Direito Penal deve, portanto, ser relevante, ficando afastados aqueles considerados inexpressivos". Portanto a lesão ao bem jurídico só é relevante se o mesmo for tutelado e a ofensa efetiva.

Seguindo tais premissas, cabe exemplificar o que seria uma conduta insignificante ao ordenamento jurídico: um namorado que pega uma bala na bolsa da namorada. Se essa conduta fosse observada apenas pelo viés da tipicidade formal, esse namorado estaria praticando um furto, todavia, a aplicação de uma pena no caso concreto não seria nenhum pouco razoável.

Apesar de existir a tipicidade formal nesse caso, pois a conduta se adequou perfeitamente ao artigo, não há conduta significativa, devendo ser feito um juízo de valor: Qual a objetividade jurídica do furto? O patrimônio; Mas, o que a bala representa para o patrimônio da pessoa? Nada. Seria então considerada uma lesão insignificante.

Por conseguinte, a conduta do agente, por ser uma lesão insignificante ao bem jurídico tutelado, é considerada excludente de tipicidade conglobante, gerando assim a atipicidade conglobante, não podendo o indivíduo ser punido pelo Estado, entendimento este sendo majoritário, sendo seguido pelo doutrinador César Roberto Bittencourt[7], em seu livro Tratado de Direito Penal, 11º edição.

O professor Damásio de Jesus[8] assevera que o princípio da insignificância deve ser suscitado nas hipóteses jurídicas mais leves, sendo reconhecida a atipicidade do fato, no caso concreto.

Um caso considerado pelo próprio Supremo Tribunal Federal como insignificância, sendo excludente de tipicidade, é o do crime de descaminho. Se o indivíduo deve menos de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a União, não é considerado crime, já que segundo o artigo 20 da lei 10.522, a União não se interessa por execuções fiscais abaixo desse valor, sendo considerado insignificante recebê-lo ou não.

2.2.2 Imposição ou Fomento de Conduta pelo Estado

Outra hipótese que gera atipicidade conglobante acontece quando o Estado impõe ou fomenta a conduta do agente. Inclusive, é por causa dessa hipótese que a teoria da tipicidade conglobante é tão discutida pelos estudiosos do direito, já que gera muitas controvérsias.

Eugênio Raúl Zaffaroni traz então a figura da antinormatividade que seria toda conduta contrária às normas e as suas determinações. As condutas que são fomentadas, determinadas pelas normas, não são consideradas antinormativas.

Nas palavras do autor[9]:

Isso significa que a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa.

Ainda nas palavras de Zaffaroni[10]:

A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a tipicidade legal, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e apenas quando esta se comprova é que se pode concluir pela tipicidade penal da conduta.

Tomando como base esse raciocínio se um indivíduo atua em estrito cumprimento de seu dever legal, dever este imposto pela própria lei, se esta lei impôs um dever, ela fomentou, determinou que o indivíduo agisse de acordo com aquela norma, a conduta desse indivíduo não pode ser considerada antinormativa, muito pelo contrário, pode e deve ser considerada normativa.

Quando o Estado impõe ou fomenta uma conduta, para ele essa conduta não gera lesividade, não teria assim, uma tipicidade conglobante. Essa conduta não atinge efetivamente o bem jurídico porque o próprio Estado determinou aquele comportamento.

Segundo Zaffaroni[11]:

A norma proibitiva que dá lugar ao tipo (e que permanece anteposta a ele: "não matarás", "não furtarás" etc.) não está isolada, mas permanece junto com outras normas também proibitivas, formando uma ordem normativa, onde não se concebe que uma norma proíba o que outra ordena ou aquela que outra fomenta. Se isso fosse admitido, não se poderia falar em "ordem normativa", e sim de um amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas.

Exemplificando o raciocínio existem vários casos que traduzem perfeitamente o porquê dessa hipótese ser tão controversa.

No caso do oficial de justiça, por exemplo, ao adentrar na casa de uma pessoa, para cumprir o mandado que tem em mãos, sua conduta se adequa formalmente ao tipo penal descrito no artigo 150 do Código Penal, a saber, violação de domicílio. Todavia, como pode a conduta do oficial de justiça ser considerada um crime, se foi o próprio Estado que determinou que ele entrasse na casa do indivíduo, sob pena de sanção?

Outro exemplo que pode ser considerado é o do cirurgião plástico, que ao realizar uma cirurgia, se adequaria perfeitamente ao tipo previsto no artigo 129 do Código Penal, a saber, lesão corporal, sendo que o próprio Estado permite essa conduta.

A hipótese, portanto, tenta compreender e interpretar o confronto entre uma conduta que é proibida pelo Estado, e ao mesmo tempo exigida por ele, formando uma evidente incoerência no sistema.

Para corrigir essa incoerência criada no sistema penal pelo próprio legislador, propõe-se a possibilidade de excluir do âmbito do tipo aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, reduzindo assim, a dimensão daquilo que a norma proíbe, retirando do rol de excludente de ilicitude, as figuras do inciso III do artigo 23 do Código Penal, deixando assim de fora da tipicidade penal àquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade formal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta.

Como preceitua Zaffaroni[12]:

Daí que a tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal (isto é, à adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário, que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma. Isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode, reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal.

Sendo assim, diante do referido acima, as condutas consideradas como estrito cumprimento de dever legal e alguns casos de exercício regular do direito deixariam de ser consideradas como causas excludentes de ilicitude, passando a

integrar o fato típico, possuindo a natureza jurídica de excludente de tipicidade conglobante.

Todavia, este entendimento ainda é considerado minoritário, sendo ainda majoritário que tais condutas devem ser consideradas excludentes de antijuridicidade.

2.2.3 Acordo do Titular do Bem Jurídico

A última hipótese, ainda inserida no requisito lesividade, é o acordo do titular do direito, ou seja, o acordo do ofendido.

Tal forma de aquiescência, no entanto, tem certos requisitos como: a capacidade de fato, do indivíduo, ou seja, para consentir que o bem seja lesado, é necessário ter 18 (dezoito) anos.

Além disso, é necessária a manifestação de vontade livre e desimpedida, livre de qualquer coação, o consentimento, anterior ou concomitante ao atuar do agente, e como último requisito a disponibilidade do bem jurídico a ser lesado, pois existem bens que são indisponíveis, como a vida ou a integridade física quando a lesão a ser causada é grave ou gravíssima.

Segundo Zaffaroni[13]:

O acordo é precisamente o exercício de disponibilidade que o bem jurídico implica, de modo que, por maior que seja a aparência de tipicidade que tenha a conduta, jamais o tipo pode proibir uma conduta para qual o titular do bem jurídico tenha prestado sua conformidade.

O acordo somente pode ser feito pelo titular do bem jurídico. Tratando-se de um bem jurídico de sujeito múltiplo, somente podem efetuar-lo todos os titulares. Por outro lado, frequentemente o acordo não é revogável pelo titular, ou somente o é nas condições estabelecidas em lei.

Como exemplo, tem-se a conduta do tatuador, que se adéqua perfeitamente ao tipo penal previsto no artigo 129, *caput*, do Código Penal, já que ao tatuar um indivíduo gera uma lesão corporal, ferindo um bem jurídico penalmente tutelado, a saber, integridade física.

Entretanto, a tatuagem e até o piercing podem ser considerados lesões corporais de natureza leve, e por isso a integridade física do indivíduo se torna um

bem jurídico tutelado disponível, sendo as lesões causadas consideradas insignificantes, se presente o consentimento do ofendido.

Sendo assim, essa seria outra hipótese de excludente da tipicidade conglobante, e, por conseguinte, essa conduta não poderia ser punida pelo Estado, já que há ausência de lesividade, não havendo conduta que afete efetivamente o bem jurídico se o ofendido consente a conduta.

Contudo, ainda é entendimento majoritário que tal hipótese seria excludente de antijuridicidade e não de tipicidade.

2.3 POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DO RESULTADO AO AGENTE

Após a lesividade, primeiro requisito da tipicidade conglobante, ser analisada, cabe neste momento o estudo do segundo requisito para a formação dessa tipicidade, a saber: a possibilidade de imputação do resultado ao agente.

Para imputar um resultado ao agente é necessário que o autor tenha dominabilidade em relação à ocorrência do resultado, ou seja, a ocorrência do resultado não pode estar adstrita ao acaso.

Como exemplo, para melhor explicitar a teoria, A deseja matar B e leva B para uma floresta com chuva para que um raio caia na cabeça de B. Nesse caso o autor não tem dominabilidade do resultado, então caso B venha a morrer, A não pode responder por homicídio.

O mesmo se aplica ao partícipe, a quem não pode ser imputada uma conduta se houver apenas um suporte banal por ele praticado. Seu suporte deve ter relevância causal para que possa ser punido.

Como exemplo, o partícipe que cede sua arma para o autor matar a vítima, só que o autor usa um veneno e não a arma para realizar o homicídio. Quem emprestou a arma não pode responder por auxílio por aporte banal, pois a arma emprestada não foi utilizada para o resultado.

Nestes exemplos, em relação ao autor e ao partícipe, suas condutas não podem ser punidas, sendo verdadeiras causas excludentes de tipicidade conglobante.

Portanto, para a tipicidade conglobante ser concretizada deve ser feito um juízo de valor, observando se o Estado está fomentando a conduta, valora observando a objetividade jurídica, se aquela conduta realmente lesou o bem jurídico penalmente tutelado.

Somente assim pode ser reconhecida a tipicidade conglobante, que aliada com a tipicidade formal, e os outros requisitos citados no começo da exposição do tema, torna a conduta um verdadeiro fato típico.

3 AS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE E SUAS INCOERÊNCIAS

3.1 IMPOSIÇÃO OU FOMENTO DE CONDUTA PELO ESTADO

No capítulo anterior foi analisada a teoria da tipicidade como um todo, em aspectos genéricos, para uma melhor compreensão. Todavia, a grande controvérsia existente sobre o tema pesquisado se encontra na imposição ou fomento de uma conduta pelo Estado, que é englobada pelo princípio da lesividade.

A teoria da tipicidade conglobante tenta compreender e interpretar o confronto entre uma conduta que é proibida pelo Estado, e ao mesmo tempo exigida por ele, formando uma evidente incoerência no ordenamento jurídico.

Porém, antes de se adentrar na discussão em si, compreender certos institutos trazidos por Zaffaroni, para uma melhor compreensão de toda a problemática.

Como foi analisada no capítulo I, a antinormatividade seria toda conduta contrária à norma, enquanto que a normatividade seria a conduta determinada pela norma, é o elemento inibidor do juízo de tipicidade por incompatibilidade lógico-jurídica de uma conduta obrigatória e proibida.

Isto posto, conclui-se que as condutas que são impostas ou fomentadas pelo ordenamento jurídico como um todo, não só na parte penal, não podem ser consideradas antinormativas, mas sim normativas, já que o Estado quer ou manda que o indivíduo pratique aquela conduta.

Portanto, pode-se afirmar que para uma conduta ter tipicidade conglobante é necessário a inexistência de lei que imponha ou autorize essa conduta lesiva.

Como afirma Rogério Greco[14]:

A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contraria a norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material).

Cabe ainda diferenciar a antinormatividade e a antijuridicidade. A última, ao contrário da antinormatividade, é formada por preceitos permissivos. Tais preceitos não são contrários à norma, e tanto não são que geram causas de justificação para aquelas condutas praticadas, também chamadas de causas excludentes da ilicitude ou antijuridicidade.

Tais causas que excluem a antijuridicidade estão previstas no artigo 23 do Código Penal, e são elencadas em seus incisos como legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

Todavia, para a teoria da tipicidade conglobante, as condutas de legítima defesa e o estado de necessidade, continuam sendo causas excludentes da antijuridicidade, enquanto as condutas de estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito não seriam excludentes da antijuridicidade, sendo erroneamente estudadas no elemento ilicitude, mas sim, causas excludentes da tipicidade conglobante.

Isso porque, existe uma grande diferença entre os preceitos permissivos e os preceitos fomentadores de uma conduta.

No preceito permissivo, como a legítima defesa, o Estado apenas permite que o indivíduo pratique aquela conduta, não o obrigando a agir daquela forma. É uma permissão que a ordem jurídica outorga em certas situações que geram conflito de bens jurídicos e gera com ela causas de excludente de antijuridicidade.

No preceito fomentador, por sua vez, como o estrito cumprimento do dever legal, o Estado ordena, manda que o indivíduo pratique aquela conduta sob pena de sanção, havendo uma diferença muito grande em relação a intensidade do preceito trazido pelo ordenamento.

Como ensina Zaffaroni[15]:

É precisamente esta a mais importante diferença entre a tipicidade conglobante e a justificação: a tipicidade conglobante não surge em função de permissões que a ordem jurídica resignadamente concede, e sim em razão de mandatos ou fomentos normativos ou de indiferença (por insignificância) da lei penal.

Juarez Tavares[16], por sua vez, preceitua em sua doutrina:

Quando, porém, se trata de deveres de igual categoria, não há na verdade que se falar em causa de justificação.

Nessa hipótese, deve-se seguir a tese de ZAFFARONI, caracterizando-a como causa de atipicidade, isto porque, diferentemente das causas de justificação, na colisão real de deveres da mesma hierarquia, em qualquer das hipóteses aventadas pela doutrina, se fossemos seguir os padrões dominantes o sujeito teria cometido ato ilícito.

Cabe, portanto, analisar a função da tipicidade como corretivo do sistema penal brasileiro, corrigindo as distorções ocasionadas na análise do tipo, no que tange essencialmente as figuras do estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, já que se encontram nesses casos incoerências.

Primeiramente, salienta-se que o ordenamento jurídico como um todo forma um sistema, que deve ser ordenado. Essa ordem só existe quando os elementos são coerentes como o todo e entre si.

Partindo dessa premissa, a coerência que as normas guardam entre si as impede que uma delas proíba algo que as outras normas fomentam, ordenam, mandam. Todavia, essa incoerência existe em nosso ordenamento jurídico, nos institutos analisados a seguir.

3.2 CASOS CONCRETOS DE ATIPICIDADE CONGLOBANTE

3.2.1 Estrito Cumprimento do Dever Legal

Esse instituto é atualmente considerado como uma causa excludente de antijuridicidade, também chamada de causa de justificação, todavia para a teoria da tipicidade conglobante, o indivíduo que pratica uma conduta, abarcado pelo estrito cumprimento do dever legal não pode ser punido, não por faltar elemento da ilicitude, mas sim por faltar elemento da tipicidade, gerando a atipicidade conglobante.

Preceitua Zaffaroni[17]:

Quem não quer agir justificadamente pode não fazê-lo, porque o direito não lhe ordena que assim o faça, mas simplesmente lhe dá uma permissão. Por outro lado, quem deixa de cumprir com um dever jurídico é punido, porque o direito lhe ordena que aja desta forma. Ademais, enquanto no cumprimento de um dever jurídico há uma ordem, na causa de justificação não há sequer um favorecimento da conduta justificada, que somente está permitida como um gesto de impotência diante de uma situação conflitiva.

A lei, portanto, não pode punir quem cumpre um dever que ela mesma impõe.

A expressão “dever legal” significa uma obrigação imposta pela lei, que deve cumpri-la. Por ser legal, a obrigação deve ser proveniente direta ou indiretamente de uma lei, não só penal, abarcando conglobantemente o ordenamento civil, administrativo, empresarial, dentro outros, podendo ser trazida inclusive por decretos, regulamentos e não somente de uma lei *strictu sensu*.

A expressão “estrito cumprimento” significa que existem limites, parâmetros na obrigação imposta. Ou seja, a norma só fomenta ou impõe o dever, a obrigação, até um determinado ponto, nível, e o agente deve respeitar esse limite trazido.

Se o indivíduo, por sua vez, não atue dentro dos limites do que a lei obriga, não poderá ser aplicada a excludente de tipicidade, pois surge a figura do excesso.

Exemplificando a teoria, existem certos casos que são comumente apresentados para a melhor compreensão do tema.

O caso do policial que priva o indivíduo de sua liberdade, ao efetuar uma prisão em flagrante, por exemplo. Se atendo a tipicidade formal, o policial teria praticado um constrangimento ilegal, pois a dinâmica de sua conduta de adéqua perfeitamente ao tipo penal previsto no artigo 146, do Código Penal. Todavia, esse agente não responde por tal delito, pois a lei, mais precisamente o artigo 301 do Código de Processo Penal, obriga o policial a prender o indivíduo quando esse estiver em situação de flagrante delito, preenchido assim, o requisito do dever legal, sendo sua conduta causa excludente da tipicidade conglobante, não sendo nem ao menos típica.

Em relação ao estrito cumprimento, deve-se observar, no entanto, se o policial agiu nos limites trazidos pela lei, pois senão será responsabilizado pelo excesso que tenha praticado.

Os limites da atuação do policial podem ser observados no artigo 292 do Código de Processo Penal, que o autoriza a usar da força caso o indivíduo resista à prisão. Entretanto, há uma linha tênue que separa a atuação desse agente público, devendo-se analisar minuciosamente sua conduta com o objetivo de aferir se houve ou não excesso.

Outro exemplo muito utilizado para a compreensão da teoria é o caso do oficial de justiça, que através de um mandado de penhora, entra na casa de um indivíduo e retira objetos de sua propriedade.

Analisando a conduta apenas sob o viés da tipicidade formal, o oficial de justiça estaria praticando crimes como violação de domicílio, previsto no artigo 150 do Código Penal, furto, previsto no artigo 155 do Código Penal. Todavia, tal agente público não responde por tais delitos, pois o mandado judicial entregue a ele impõe-lhe o dever, a obrigação de cumpri-lo, sob pena de sanção administrativa, preenchendo assim, o requisito do dever legal, sendo sua conduta causa excludente da tipicidade conglobante, não sendo nem ao menos típica.

Preceitua Zaffaroni[18]:

A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adéqua ao “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” (art. 155 do CP), mas que não é alcançada pela proibição do “não furtarás”.

Porém, o requisito do estrito cumprimento também deve ser observado nos casos em concreto, pois é necessário que este oficial de justiça respeite os limites estabelecidos em lei, respeitando estritamente os limites previstos no próprio mandado, senão praticará excesso, podendo ser responsabilizado pelo mesmo.

Haveria excesso neste caso, por exemplo, se o oficial penhorasse outro objeto móvel não relacionado na lista do mandado. Neste caso, o agente será responsabilizado por essa conduta de excesso, não sendo este englobado pela atipicidade conglobante.

Existe também o caso do médico anestesista que, por estar cuidando de um paciente, se nega a anestesiá-lo outro que vem a morrer. Nesse caso, o médico teria praticado, segundo a tipicidade legal, a conduta prevista no artigo 135 do Código Penal, a saber, omissão de socorro.

Entretanto, nesta conduta não se encontra presente a tipicidade conglobante, levando-a a atipicidade conglobante pela existência de norma interna que proíbe o anestesista de cuidar ao mesmo tempo de dois pacientes.

Nesse caso, se observou para ser considerada uma conduta atípica, norma não penal, provando que para se aferir a existência ou não da tipicidade deve se observar o ordenamento de uma forma conglobante.

Afirma Zaffaroni[19]:

A afirmação de que o cumprimento de um dever jurídico é uma causa de atipicidade penal, por efeito da correção exercida pela consideração conglobada da norma sobre tipicidade legal, impede a afirmação absurda de concluir que o policial que detém um suspeito, comete uma privação ilegal de liberdade justificada, ou que o oficial de justiça que seqüestra uma coisa móvel, comete um furto justificado, ou que o médico que cumpre com o dever de denunciar uma doença infecciosa comete uma violação de segredo profissional justificada etc. Essas condutas são diretamente atípicas.

Em virtude da atipicidade causada pela sua conformidade com a ordem normativa, contra essas condutas não se pode admitir a legítima defesa, ou qualquer outra causa de justificação, porque é inadmissível que a ordem jurídica aceite a rejeição das condutas que ordena.

3.2.2 Exercício Regular do Direito

Alguns casos que são enquadrados no instituto do exercício regular do direito também devem ser considerados causas excludentes da tipicidade conglobante. Isto porque, apesar do Estado não impor, obrigar que o indivíduo pratique tais condutas, ele fortemente as fomenta.

O exercício regular do direito pode ser conceituado como uma faculdade de agir proveniente do ordenamento jurídico em si, dado a um indivíduo. Este, por sua vez, pode desempenhar uma conduta ou atividade autorizada pelo ordenamento jurídico.

Como afirmado acima, apesar dessas condutas serem facultativas, remetendo à idéia dos preceitos permissivos, anteriormente estudados e que levam a excludente de antijuridicidade, nos casos de exercício regular de direito não é dada uma mera permissão como nos casos de legítima defesa e estado de necessidade, mas se fomenta essa conduta, sendo mais intensa que uma mera permissão de fazer ou não fazer alguma coisa.

O exemplo usual apresentado pela doutrina é o caso das intervenções cirúrgicas terapêuticas, que tem como finalidade salvar a vida do paciente, ou melhorar sua condição. Nesses casos, o médico, ao operar o paciente estaria praticando segundo o entendimento tão somente da tipicidade legal ou formal, o crime previsto no artigo 129 do Código Penal, a saber, lesão corporal.

Todavia, tal conduta está abarcada pela causa excludente de tipicidade conglobante, já que as intervenções cirúrgicas com finalidade terapêutica são fortemente fomentadas pelo ordenamento jurídico, bastando-se observar a legislação sanitária pertinente, segundo Zaffaroni[20].

O médico que pratica intervenções terapêuticas tem obrigação de meio para com o paciente, sendo o bastante que ele tente salvá-lo, não sendo responsabilizado se não conseguir o seu fim, não podendo ser imputado por prática de homicídio culposo, previsto no artigo 121, parágrafo 3º do Código Penal.

No caso das lesões desportivas, causadas pelas práticas de esportes como boxe, onde a violência é inerente ou até eventuais, nos casos de lesões provenientes da prática de futebol.

Os praticantes de esportes violentos, como *rugby*, ao causarem lesões no adversário, estariam praticando a conduta prevista no artigo 129, parágrafo 6º do Código Penal, a saber, lesão corporal culposa, ou até lesões corporais dolosas, artigo 129, *caput*, do Código Penal, no caso do boxe.

Porém, apesar da conduta se adequar perfeitamente a esse tipo penal, observando o ordenamento conglobantemente, pode se afirmar que tais esportes e conseqüentemente tais condutas são fortemente fomentadas pela legislação desportiva, sendo a conduta atípica.

Devem-se respeitar nesses casos também as regras do esporte praticado, para que o agente não pratique excesso. Se fugir das normas esportivas respectivas, o agente responderá pelo abuso.

Zaffaroni[21] em seu manual afirma:

A concordância dos outros participantes e o favorecimento da prática desportiva pelo próprio ordenamento jurídico eliminam a tipicidade penal da conduta desportiva sempre que, sem violação dos regulamentos do esporte em questão, for causada uma lesão em algum dos participantes.

Um exemplo um tanto quanto controverso nos dias atuais, no entanto, é a correção dos filhos por seus pais, que no exercício do poder familiar, trazido pela legislação especial, a saber, o Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil Brasileiro, deixa seu filho de castigo no quarto.

Sua conduta se analisada apenas pelo viés da tipicidade legal ou formal estaria prevista no artigo 148 do Código Penal, a saber, cárcere privado.

Porém há nesse caso a atipicidade conglobante, porque o Estado fomenta que os pais tomem atitudes para educar seus filhos, exercendo assim o direito de poder familiar que tem, devendo ser afastada a tipicidade da conduta, já que é incoerente que o Estado fomenta algo e ao mesmo tempo a puna.

3.2.3 O Excesso

Por ser uma conduta fomentada ou ordenada, os agentes não podem ao mesmo tempo estarem praticando crimes. Todavia, há nesses institutos limitações que devem ser observadas. Nesses institutos o excesso da conduta é punido.

O excesso está previsto no parágrafo único do artigo 23 do Código Penal, e independentemente das condutas de exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal serem consideradas causas excludentes da tipicidade conglobante e não excludentes da antijuricidade, devendo ser retiradas desse rol, também se aplicam a elas a punição pelo excesso da conduta.

Para Zaffaroni[22], o excesso extensivo ocorre quando o indivíduo que está praticando a conduta, abarcado por aquele instituto continua a atuar mesmo os requisitos do mesmo já terem sido cessados.

Portanto, devem ser observados sempre, para garantir a aplicação da excludente de tipicidade ou até de antijuricidade, os limites trazidos pelo ordenamento jurídico para cada situação.

Isto porque, existe o excesso doloso e também o culposo, proveniente da inobservância do dever de cuidado, segundo Zaffaroni[23], errando na apreciação da existência ou não dos requisitos da justificação.

Esse excesso que será analisado para fins de responsabilidade administrativa, civil e até penal, já que por exceder dos limites impostos, não estará mais abarcado por nenhuma excludente de tipicidade, podendo responder pelo resultado, caso seja confirmado o abuso.

4 RESULTADOS PRÁTICOS DA ADOÇÃO DA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

4.1 EFEITOS JURÍDICOS

Muito se discute sobre a teoria da tipicidade conglobante, seu conceito, suas idéias e premissas. A maioria dos doutrinadores, em seus manuais, explicam o que é essa teoria, todavia não exterioriza os efeitos práticos, o que mudaria realmente em nosso ordenamento jurídico e principalmente na sociedade caso a teoria analisada fosse adotada por nosso sistema.

Cabe, *a priori*, analisar as conseqüências da adoção da teoria no tocante ao nosso ordenamento jurídico.

Como foi analisada nos capítulos anteriores, a teoria da tipicidade conglobante propõe uma mudança drástica no texto e no conteúdo da parte geral do Código Penal Brasileiro.

Isso porque, transformaria duas excludentes de antijuridicidade, presentes no inciso III do artigo 23 do Código Penal, que são analisadas no segundo momento da teoria do crime, a saber, ilicitude, em excludentes de tipicidade, passando a ser analisados no primeiro momento da teoria do crime, o fato típico.

Tal proposta é desenvolvida tomando como base a premissa de que se uma norma do ordenamento jurídico fomenta, determina ou permite uma determinada conduta, o que está fomentado ou permitido por essa norma não pode estar proibido por outra.

Ao analisar os exemplos basilares da teoria, é de fácil e clara percepção, que no nosso sistema jurídico existem muitas situações em que uma norma fomenta ou obriga que uma conduta seja realizada, e ao mesmo tempo outra norma que as proíbe, tornando tal sistema incoerente.

Tal assertiva leva a conclusão que, em síntese, ou uma coisa é verdadeira ou é falsa, não podendo ser as duas coisas ao mesmo tempo. Sendo assim, não é possível que uma conduta seja formalmente típica e ao mesmo tempo se encontre fomentada por outra norma.

Sendo assim, a teoria da tipicidade conglobante é proposta como um corretivo da tipicidade penal atualmente adotada, já que exclui do âmbito da tipicidade aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, mas que na verdade não são.

Essa teoria tenta compreender e interpretar o confronto entre uma conduta que é proibida pelo Estado, e ao mesmo tempo exigida por ele, formando uma evidente incoerência no sistema.

Propõe-se, então, a corrigir as distorções ocorridas no momento da análise do tipo.

O ordenamento jurídico deve constituir um sistema ordenado em sua totalidade, e os elementos que o formam também devem ser ordenados entre si.

Mesmo não fazendo parte da mesma espécie de legislação, as normas em sua totalidade, independente do tema, devem guardar coerência entre si, e isso impede que uma delas proíba o que as outras fomentam, ordenam ou determinam, sob pena de tornar o sistema como um todo em além de incoerente, caótico.

Diante, portanto, do contexto de incoerências evidentes no sistema penal brasileiro, a teoria da tipicidade conglobante, elaborada pelo doutrinador Eugênio Raúl Zaffaroni, se propõe a solucionar os problemas e lacunas ainda existentes no sistema basilar do direito penal, no que tange ao tipo, tendo em vista que ele é o elemento primário para consubstanciar o que todos conhecem como crime.

As normas penais, e as não penais, que formam o ordenamento devem ser interpretadas de modo sistemático e lógico, para que se possa construir um sistema normativo perfeito e indivisível, onde não haja antinomias, como as analisadas, que fomentam e ao mesmo tempo proíbem uma conduta.

Por isso, para que se evite a formação de mais antinomias, e para que se possa corrigir as já existentes, deve-se analisar a tipicidade de forma conglobante, examinando já no primeiro momento da teoria do crime, a saber, o fato típico, todo o ordenamento jurídico em busca de incoerências como as citadas.

Em outras palavras, deve-se buscar evitar que condutas impostas pelo ordenamento jurídico sejam consideradas típicas pelo próprio ordenamento jurídico, tornando este mais harmônico.

Juarez Tavares[24], por sua vez, preceitua:

Uma norma será perfeita quando corresponda ao resultado de um discurso ideal. (...) Nesse sentido, de fazer com que a correção da decisão decorra do procedimento pode-se entender que o conceito procedimental de correção tem também um caráter absoluto, mas um caráter absoluto somente como método regulador, isto é, não se busca aqui uma decisão absoluta, apenas se exige que, diante de opiniões divergentes acerca, primeiramente, de qual norma aplicar e depois, de justificar a conduta como correta, se

devam atender as condições do discurso ideal, que garantem que essa decisão será tomada de forma imparcial e adequada.

Esta maneira de antever a decisão adequada como decisão procedimental, relativiza a questão da antijuridicidade, de tal modo, que se pode, então, justificar que no próprio tipo de injusto, se inicie e se conclua, em certos casos, a discussão, se efetivamente uma determinada conduta é, desde logo, injusta ou não, justificando desse modo, a preocupação de ZAFFARONI, quando propõe a chamada atipicidade conglobante.

A relevância jurídica, por sua vez, é aprofundar o estudo do Direito Penal em sua parte geral para preencher as lacunas existentes e resolver conflitos internos, tornando o sistema mais coeso.

Assim, chegar-se-ia mais perto da idéia do Garantismo Penal, que prega a intervenção mínima do Estado na sociedade e as garantias individuais máximas, essências da Constituição brasileira vigente, tão almejadas pela maioria dos profissionais que lidam diariamente com o direito penal e processual penal.

4.2 EFEITOS SOCIAIS

Além de aprimorar e enriquecer a aplicação do direito penal, em sua parte geral, a adoção da teoria causaria efeitos drásticos de relevância social.

Pode-se afirmar que os fatos atípicos são considerados indiferentes penais, e por isso, estes mesmos fatos, depois de verificadas as informações, constatar-se se, realmente, a conduta pode ser classificada como ilícito penal, ou não, sem a necessidade de instauração de inquérito policial.

Enquanto que os considerados típicos são investigados através de inquérito pela autoridade policial e existindo lastro probatório mínimo, será oferecida denúncia ou queixa, que se recebidas ensejarão um processo criminal.

Tomando essa afirmativa como premissa, pode-se dizer que as condutas englobadas pelos institutos deslocados também seriam considerados indiferentes penais, e seus agentes se beneficiariam com isso.

Isso porque, a existência das excludentes de antijuridicidade é verificada em um segundo momento, o da ilicitude. Materialmente falando, são aferidas posteriormente, podendo ser reconhecidas ou não somente antes da sentença, dependendo do caso concreto e da instrução probatória.

No entanto, se o fato for atípico, a autoridade policial não instaurará sequer inquérito policial, e mesmo se o fizer, e o *parquet* oferecer denúncia, o juiz deverá rejeitar a petição inicial com fulcro no artigo 395 do Código de Processo Penal.

Neste ponto reside a verdadeira relevância da adoção da teoria da tipicidade conglobante, pois suprimindo os institutos supracitados do artigo 23 e alocando-os no momento do fato típico, suas condutas seriam indiferentes penais e por isso não poderiam ser objeto de inquérito policial e muito menos de um processo criminal.

Vale ressaltar que qualquer indivíduo que responda por um processo criminal, ou seja, suspeito em um inquérito policial, sofre danos extremamente gravosos e algumas vezes até irreparáveis.

Não é a toa que o direito penal é a última *ratio* na solução dos conflitos da sociedade.

Também não é a toa que se adota o garantismo penal, que embora muitos digam que se trata de abolicionismo penal, prega a intervenção mínima do Estado na sociedade e garantias individuais máximas, como forma de freio e contrapeso do poder Estatal, tendo em vista as conseqüências tão gravosas do direito penal aplicado na vida de um cidadão.

Sendo assim, as condutas praticadas nos exemplos apresentados nos tópicos acima, como o do oficial de justiça, do policial, do médico, dos esportistas, dos pais, seriam atípicas, se fossem praticadas nos limites previstos, sem excesso.

Com isso, nesses casos, não haveria abertura de inquérito policial e sequer de processo judicial evitando assim, o uso desnecessário da máquina judiciária, além claro, de evitar as conseqüências gravosas de um processo e inquérito a esses agentes.

Atualmente muitos inquéritos policiais são instaurados com a finalidade de apurar fatos praticados em exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal, que posteriormente são arquivados.

No entanto, se houver dúvidas quanto à ocorrência de excesso, quando o limite previsto é ultrapassado, a autoridade policial deverá instaurar o inquérito, ou verificar a procedência das informações, para apurar os fatos, e enviá-lo ao Ministério Público, destinatário das provas indiciárias, para que este emita sua *opinio delicti* e ofereça ou não a denúncia ao juiz.

Portanto, só no caso de ocorrência de excesso proveniente da conduta do agente, que o mesmo terá contra ele instaurado inquérito policial, ou oferecida uma ação penal.

Não havendo excesso, por ser a conduta atípica, o agente não poderá responder por sua conduta, já que o próprio Estado, como foi visto anteriormente as ordenou ou fomentou, não sendo justo, portanto, que sejam sequer investigados, quanto mais processados por sua prática.

5 CONCLUSÃO

Percebe-se no estudo do direito penal como um todo, que as leis concernentes ao assunto estão extremamente defasadas e que certas problemáticas criadas, direta ou indiretamente pelo legislador não foram até os dias atuais enfrentadas a fim de se encontrar soluções.

Partindo dessa premissa, a pesquisa buscou ao longo dos capítulos enfrentar a problemática e incongruência criada pelo legislador ao alocar situações de estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito no artigo 23, inciso III, do Código Penal Brasileiro, concernente à excludente de ilicitude.

Por tal motivo, procurando sempre aperfeiçoar os instrumentos utilizados pelos operadores do direito, cabe uma discussão sobre a teoria da tipicidade conglobante e sua eficácia, se posta em prática, como forma de corrigir o ordenamento jurídico brasileiro no que tange à área penal.

Ao longo de toda a pesquisa foi estudada a teoria criada pelo doutrinador Eugênio Raúl Zaffaroni, com o objetivo de explicá-la minuciosamente e com vislumbrar se sua aplicação de fato traria uma nova perspectiva a teoria do tipo penal, e um novo olhar em relação às contradições ainda existentes no sistema penal.

Analisando o capítulo 1, percebe-se que alguns conceitos trazidos pela teoria são adotados de forma majoritária pelo ordenamento, como é o caso do princípio da insignificância, onde um indivíduo não pode ser punido por uma conduta que de fato não lese, ou lese, mas de forma insignificante o bem jurídico penalmente tutelado, remetendo os casos ocorridos nessa dinâmica à excludente de tipicidade.

Outra posição adotada pela teoria da tipicidade conglobante, e citada por Zaffaroni em seu livro, é a situação do consentimento do ofendido, também chamado de acordo. Neste caso, quando o ofendido é capaz e preenche os requisitos de consentir a lesão, não estaria presente o princípio da lesividade, e com

isso, a conduta praticada pelo agente se encaixaria perfeitamente como excludente de tipicidade. Todavia, tal teoria não é adotada nesses casos, permanecendo no ordenamento jurídico o entendimento que tais casos seriam causas supra legais, ou seja, não previstas no código penal, de excludente de ilicitude.

Porém, a grande discussão em torno da teoria da tipicidade conglobante está na imposição ou fomento pelo Estado, de uma conduta, sendo a mesma proibida por outra esfera do ordenamento como um todo.

A teoria da tipicidade conglobante, então, surge, para dirimir conflitos de interpretação e aplicação do direito penal, alcançando searas além do Código Penal somente, já que não existe apenas esse ramo no ordenamento, mas sim muitos outros, que devem ser observados na tipificação de uma conduta. Até porque as outras searas são conhecidas da sociedade, não podendo o juízo de tipicidade ficar adstrito apenas ao Código Penal.

Ao longo do capítulo 2, tais contradições e a própria teoria da tipicidade conglobante são estudadas a fundo, trazendo a tona diversos exemplos plausíveis e concretos de casos em que o indivíduo é investigado e processado por praticar uma conduta, que o próprio Estado o obrigou a praticar, ou o fomentou a praticar.

Tais indivíduos são obrigados a praticar uma conduta pelo Estado, e ao mesmo tempo sofrem uma resposta penal, deste mesmo Estado por tê-la praticado. Não há o menor sentido e a menor lógica em situações como essas.

Com o intuito de dirimir e resolver tais situações de incongruências gritantes em nosso sistema jurídico, a teoria da tipicidade conglobante se propõe à simples observação, antes de qualquer coisa, do ordenamento jurídico como um todo, para verificar se tal conduta é fomentada ou imposta em alguma das searas. Se não for, o indivíduo poderá ser investigado e processado. Todavia, se for, o indivíduo não poderá sofrer tais respostas do Estado.

Tal análise feita a priori, se resultasse em uma resposta positiva, ou seja, se o Estado impusesse ou fomentasse tal conduta, o indivíduo estaria protegido por uma excludente de tipicidade conglobante. Com isso, não poderia ser alvo ao menos de inquérito policial, já que a tipicidade é analisada em um momento anterior que a ilicitude, somente analisada pelo juiz, quando já há processo tramitando.

Com isso, praticada uma conduta atípica conglobantemente, não poderia a autoridade policial instaurar inquérito. A dúvida ensejaria, no máximo, a verificação da procedência das informações, procedimento menos gravoso ao

indivíduo, e à sociedade, não causando assim, os males provenientes do inquérito policial.

Porém, cabe salientar que a extensão da conduta, e suas conseqüências, deverão ser analisadas também, já que o excesso é punível. O indivíduo, no seu atuar, deve estar adstrito aos limites trazidos pela sua obrigação. Caso contrário, poderá sim, sofrer investigação policial, processo, e inclusive, sofrer sanções criminais e/ou administrativas, dependendo da gravidade do excesso praticado.

No capítulo 3, por sua vez, é analisada a aplicação prática da teoria da tipicidade conglobante e o que realmente mudaria com sua adoção.

Devido a enorme quantidade de processos inócuos e nas conseqüências que eles causam às partes envolvidas, principalmente ao indivíduo que praticou ou não a conduta, a aplicação da teoria da tipicidade conglobante repercutiria socialmente no sentido de evitar a propositura de ações penais, nos casos de estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, descriminalizando tais condutas, já que não seriam mais analisadas no âmbito da ilicitude.

A relevância jurídica, por sua vez, ao nosso ver, seria de aprofundar o estudo do Direito Penal em sua parte geral para preencher as lacunas existentes e resolver conflitos internos, tornando o sistema mais coeso.

Sendo assim, a teoria da tipicidade conglobante é proposta como um corretivo da tipicidade penal atualmente adotada, já que exclui do âmbito da tipicidade aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, mas que na verdade não são.

Ao nosso ver, na indagação feita na introdução do trabalho, se seria a teoria do tipo atual a mais correta e justa a ser utilizada, a resposta é negativa, já que após toda a pesquisa, em nosso entendimento a teoria da tipicidade conglobante adotada na prática poderia ser utilizada como corretivo para as distorções e lacunas existentes na análise do tipo.

Assim, chegar-se-ia mais perto da idéia do Garantismo Penal, que prega a intervenção mínima do Estado na sociedade e as garantias individuais máximas, essências da Constituição brasileira vigente, tão almejada pela maioria dos profissionais que lidam diariamente com o direito penal e processual penal.

Para resumir todo o pensamento construído ao longo do trabalho, tem-se por certeza que a adoção da teoria da tipicidade conglobante corrigiria o direito penal de forma material, já que tal mudança atingiria os aplicadores e estudiosos desse ramo do direito tão rico, que é a seara penal, mas também a população, já

que entre sua totalidade existem muitos indivíduos que são injustamente investigados e processados por executarem e obedecerem a ordens do próprio Estado, não sendo esta uma resposta condizente à conduta praticada, já que esta estava plenamente correta e justificada.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL, *Código Penal brasileiro* (CPB - Decreto-lei nº 2.848/40)

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

E SILVA, Plácido, *Vocabulário Jurídico*, 15ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I, 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal, Volume I, Parte Geral*, Editora Saraiva, São Paulo, 23ª edição, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal, Volume I, Parte Geral*, Editora Atlas, São Paulo, 11ª edição, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Manual da Monografia Jurídica*. ed. Saraiva. 1999, 3ª Edição, São Paulo.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOTAS:

[1] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 457.

[2] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 458.

- [3] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 459.
- [4] MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal, Volume I, Parte Geral*, Editora Atlas, São Paulo, 11ª edição, 1999. p. 103.
- [5] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 562.
- [6] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I, 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 65.
- [7] BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- [8] JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal, Volume I, Parte Geral*, Editora Saraiva, São Paulo, 23ª edição, 1999.
- [9] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 456.
- [10] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 456.
- [11] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 549.
- [12] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 549 a 550.
- [13] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 554.
- [14] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I, 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 157.
- [15] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 461.
- [16] TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 265 e 266.
- [17] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 551.
- [18] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 459.
- [19] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. pp. 553 e 554.
- [20] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 557.
- [21] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 559.

[22] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 596.

[23] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 596.

[24] TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. pp. 82 e 86.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: IMPACTOS FÍSICOS E PSICOLÓGICOS

DÉBORA PEREIRA NAVES:

Bacharelanda no curso de Direito pela Universidade Brasil, campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil como complementação para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadores: Prof. Ms. André de Paula Viana e Prof^a Márcia Kazume Pereira Sato.

RESUMO: A violência física e psicológica contra a mulher é a forma mais frequente de violência sofrida pelas mulheres. São atos e comportamentos dirigidos contra a mulher que correspondem a agressões físicas ou sua ameaça, maus tratos psicológicos e abusos ou assédios sexuais, e desrespeito aos seus direitos na esfera da vida reprodutiva ou da cidadania social. Consistem em agressão verbal, física e psicológica cometidas por um membro da família ou pessoa que habite ou tenha habitado o mesmo domicílio. A Lei n. 11.340, sancionada em 7 de agosto de 2006, passou a ser chamada Lei Maria da Penha em homenagem à mulher cujo marido tentou matá-la duas vezes e que desde então se dedica à causa do combate à violência contra as mulheres. A grande maioria das vítimas não tem coragem de denunciar seus agressores, por serem ameaçadas, ou até mesmo por não acreditarem inteiramente na “Lei Maria da Penha”. Entretanto, muitas mulheres em consequência tornaram-se mais confiantes e determinadas, muitas tomaram coragem, denunciaram e hoje possuem vidas próprias. A lei também tipifica as situações de violência doméstica, proíbe a aplicação de penas pecuniárias aos agressores, amplia a pena de um para até três anos de prisão e determina o encaminhamento das mulheres em situação de violência, assim como de seus dependentes, a programas e serviços de proteção e de assistência social.

Palavras-chaves: Violência Física, Violência Psicológica, Assédio Sexual, Empoderamento Feminino. Lei Maria da Penha.

RESUMO: Physical and psychological violence against women is the most frequent form of violence suffered by women. They are acts and behaviors directed against women that correspond to physical aggression or its threat, psychological abuse and sexual abuse or harassment, and disrespect to their rights in the sphere

of reproductive life or social citizenship. They consist of verbal, physical and psychological aggression committed by a family member or person who lives or has lived in the same household. Law no. 11,340, sanctioned on August 7, 2006, came to be called the Maria da Penha Law in honor of the woman whose husband tried to kill her twice and who has since been dedicated to the cause of combating violence against women. The vast majority of victims do not have the courage to denounce their aggressors, because they are threatened, or even because they do not entirely believe in the "Maria da Penha Law". However, many women have consequently become more confident and determined, many have taken courage, denounced and today have lives of their own. The law also typifies situations of domestic violence, prohibits the application of pecuniary penalties to aggressors, extends the sentence from one to up to three years in prison and determines the referral of women in situations of violence, as well as their dependents, to programs and protection and social assistance services.

Keywords: Physical Violence, Psychological Violence, Sexual Harassment, Female Empowerment. Maria da Penha Law.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. 3. TIPOS DE VIOLÊNCIA. 4. O CICLO DA VIOLÊNCIA. 5. LEI MARIA DA PENHA. 6. EMPODERAMENTO FEMININO. 7. A VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NO BRASIL. 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso insere-se na temática da violência contra mulher, e através de um estudo bibliográfico de diferentes aspectos do direito, voltadas para a assistência da mulher que sofre violências. Nesse sentido, podemos ressaltar que há alguns desafios e avanços na do direito, nas últimas décadas tem ocorrido um aumento preocupante dos indicadores dos números de mulheres que são agredidas diariamente, seja por seus companheiros ou outra pessoa do sexo masculino, o que mais se tem observado é que ocorre em todos os tipos de cores, idades, cultura e sociedade, inclusive em famílias com poder aquisitivo maiores. O estudo tem por finalidade apontar o quão alarmante é os números desses episódios no brasil e os direitos das mulheres que sofrem agressões principalmente no que relaciona a proteção e amparo de qualidade para essas mulheres.

Em todo o mundo o combate à violência contra a mulher se constituiu em uma preocupação fundamental dos movimentos sociais, assim é necessária a conscientização da importância de a mulher ser protegida nos dias atuais, uma vez que o número de agressores físicos vem crescendo simultaneamente. Há Leis

que amparam as mulheres contra a violência, estas devem saber de seus direitos e poder recorrer caso aconteça alguma violência contra elas.

Para a realização do trabalho, utilizaremos um levantamento bibliográfico, com base em materiais já elaborados, assim como artigos, livros, revistas, jornais sobre a Violência contra a Mulher e a Lei Maria da Penha.

2. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

É preciso conceituar violência para poder entender a sua prática. A Organização Mundial da Saúde (OMS) define violência como “uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação”. Todo ato intencional que cause algum dos danos supracitados é considerado violento, os atos acidentais ou não intencionados não fazem parte dessa classificação.

O conceito apresentado pela OMS é amplo e abarca as diversas formas de manifestação da violência. O “uso de poder” também leva a incluir a negligência ou atos de omissão, além dos atos violentos mais óbvios de execução propriamente dita. Assim, o conceito de “uso de força física ou poder” deve incluir negligência e todos os tipos de abuso físico, sexual e psicológico, bem como o suicídio e outros atos auto infligidos. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE [OMS], 2002, p. 05).

A palavra violência deriva do Latim “violentia”, que significa “veemência, impetuosidade”. Mas na sua origem está relacionada com o termo “violação” (violare), indicando as situações de intimidação e uso da “superioridade” física e psicológica de um ser sobre o outro. A violência está alicerçada na existência humana, desde os primórdios e possui suas variáveis influenciadas pela época, local, circunstâncias e realidades diversas.

Para Dallari (2008)

A violência, em seus mais variados contornos, é um fenômeno histórico na constituição da sociedade brasileira. Desde a escravidão, primeiro com os índios e depois, e especialmente, a mão de obra africana, a colonização mercantilista, o coronelismo, as oligarquias antes e depois da independência, tudo isso somado a um Estado caracterizado pelo autoritarismo burocrático, contribuiu

enormemente para o aumento da violência que atravessa a história do Brasil. (DALLARI, 2008 p. 54).

A compreensão do termo violência deve alcançar todas as formas de manifestação violenta, desde questões que envolvam danos físicos, às que causem danos psicológicos, morais e patrimoniais.

As ações humanas, complexas por sua natureza, devem ser analisadas sob a ótica de quem as pratica, dos estímulos internos e externos que as motivam e, também, de acordo com o contexto em que ocorrem. Há comportamentos que se manifestam pela livre vontade do agente, que, consciente e deliberadamente, opta por assim fazê-lo; outros se originam em complexas conexões provenientes de estados emocionais e de componentes orgânicos que escapam à deliberação do indivíduo. (FIORELLI; MANGINI, p. 268, 2014)

Assim como apresentam Fiorelli e Mangini (2014), as ações humanas violentas precisam ser observadas através de fatores que envolvem o agressor, assim, devem ser levantadas questões relacionadas ao que o impulsionou a praticar esse ato, quais os sentimentos, as emoções e em que situação essa conduta agressiva perpetuou-se.

A violência doméstica e familiar é um fenômeno que se mantém vivo devido a manutenção de uma cultura de desigualdade. Se manifestando a partir de sentimentos e emoções relacionadas ao poder e domínio, tem como maioria, vítimas mulheres.

Os danos causados pela violência contra a mulher podem ser físicos, deixando marcas permanentes na vida da vítima, ou, psicológicos, os quais podem dar início à primeira fase do ciclo que permeia a violência contra a mulher.

Os motivos que aprisionam a mulher em uma relação na qual ela é vítima de agressões podem ser muitas vezes interpretados de forma errada pela sociedade. A permanência se dá, muitas vezes, por medo, insegurança ou vergonha de contar para a família, amigos, ou órgãos competentes o que se passa na sua vida.

O apoio às vítimas deve ser divulgado e capacitado para que as medidas de segurança apresentadas pela Lei nº 11.340/2006 possuam eficácia. Em sua maioria a violência doméstica é perpetrada pelo parceiro íntimo, sendo a vítima, na maioria dos casos a mulher. Esse dado se revela por um processo histórico que vê na mulher um papel de filha, esposa e mãe, a qual deve zelar e respeitar a figura patriarca durante toda sua existência.

Às mulheres destinavam-se à obediência e a procriação. Eram “boas” esposas e “boas” mães, e pertenciam ao espaço doméstico. Através da imagem de fragilidade física da mulher construiu-se que a sua natureza era inferior ao homem. Ela estaria propensa à passividade, a submissão, à docilidade, à meiguice e à clareza dos sentimentos. Deveria ser exemplo da moral e dos bons costumes. Então lhe era negado o direito de estudar ou de manifestar-se socialmente. (SILVA, 2009, p. 28)

O mapa da violência no Brasil em 2015 descrevia que a cada 11 minutos uma mulher é estuprada, a cada 2 horas uma mulher é assassinada em nosso país, sendo que a grande maioria das mortes são cometidas por familiares. É possível observar, então, um quadro bastante preocupante sobre essa realidade brasileira, um verdadeiro problema de ordem pública onde o quadro de violência contra a mulher vem aumentando em larga escala, indiferentemente de idade, região, cor ou classe social.

As pesquisas de 2017 a 2019 mantiveram os números estáveis, 28,6% e 27,4% respectivamente. Isso significa dizer que 16 milhões de mulheres com idade entre 16 anos ou mais sofreram algum tipo de violência ao longo do ano de 2018.

Outro dado extremamente preocupante diz respeito a quem foi o autor do episódio mais grave de violência relatado, já que 76,4% das mulheres indicaram que o agressor era um conhecido, aumento de 25% em relação a pesquisa realizada em 2017. Dentre os vínculos mais citados destaca-se namorado, conjugue ou companheiro como principal perpetrador, com 23,8% (aumento de 23%), ex- namorados e ex-companheiros com 15,2% e vizinhos com 21,1%.

A maioria das mulheres continua sendo vítima de violência dentro de sua própria casa (42%), e apenas 10% relatam ter buscado uma delegacia da mulher após o episódio mais grave de violência sofrida no último ano. Infelizmente 52% das mulheres alegam não ter feito nada, mesmo percentual da pesquisa realizada dois anos antes, na evidencia do desafio posto para a proteção das mulheres em situação de violência.

De acordo com a Revista Época (08/03/2019), depois de movimentos como a Primavera Feminista, em 2015, e o #MeToo, em 2018, não há dúvidas de que a sociedade fez avanços importantes nos últimos anos no que diz respeito ao combate à violência contra a mulher. Ainda temos, no entanto, a quinta maior taxa de feminicídios do mundo. No ano de 2018, 536 mulheres foram agredidas por hora, segundo dados do Fórum de Segurança Pública.

Para Wânia Pasinato, doutora em sociologia pela USP e assessora técnica da ONU Mulheres e da USP Mulheres, houve um avanço nos últimos anos na capacidade de informar a sociedade e falar sobre os diversos tipos de violência, mas ainda estamos longe de responder da maneira certa a ela.

Avançamos na informação sobre violência, em falar para que as mulheres denunciem, mas a gente não consegue avançar na resposta a essas denúncias. Fazemos várias propostas, políticas públicas, mas não conseguimos penetrar nas instituições e nos dedicamos pouco a monitorar se elas estão dando certo. (PASINATO. 2019)

Essa questão tem sido amplamente abordada porque afeta diretamente as famílias, a sociedade, impacta a saúde pública e influencia a legislação brasileira, especialmente no que se refere aos direitos humanos e sua dignidade. Nesse sentido, o tema ganhou enorme repercussão principalmente com a validação da Lei nº 11.340/2006 – a Lei Maria da Penha – que fortaleceu a discussão e compreensão sobre o problema da Violência contra a Mulher, suas proporções e enfrentamentos.

O intuito efetivo da lei foi o de gerar proteção e punir mais severamente esse tipo de crime e, certamente foi umas das conquistas femininas mais importantes dos últimos tempos, pois teve como principal objetivo reprimir agressões domésticas, provenientes de ação ou omissão baseada no gênero que provoquem dano sexual, psicológico, físico, moral ou patrimonial.

A Violência física resulta em ferir, provocar danos ao corpo e é caracterizada por tapas, empurrões, chutes, murros, perfurações, queimaduras, tiros, dentre outros. A Violência patrimonial diz respeito à dilapidação de bens materiais, objetos, documentos de alguém. A Violência sexual, normalmente se apresenta quando o agressor obriga a vítima, por meio de conduta que a constranja, a presenciar, manter ou a participar de relação sexual não desejada.

A Violência moral caracteriza-se por comportamento causador de calúnia, difamação ou injúria e a Violência psicológica que é a mais velada, mas que deixa cicatrizes profundas, por não ter um caráter passageiro e sim cumulativo, sendo caracterizada por qualquer conduta que resulte em dano emocional como a diminuição da autoestima, coação, humilhações, imposições, jogos de poder, desvalorização, xingamentos, gritos, desprezo, desrespeito, enfim, todas as ações que caracterizem transgressão dos valores morais.

Todavia, de acordo com o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), em dez anos da Lei Maria da Penha, o número de homicídios de mulheres caiu 10% em nosso país, o que mostra que a referida lei serviu para poupar vidas e diminuir os casos de agressões contra mulheres, além de embasar algumas evoluções constitucionais como a ampliação de medidas assistenciais, protetivas e de urgência em favor da mulher agredida e ameaçada e de seus dependentes.

De acordo com o Instituto Datafolha, na visão de 90% das brasileiras e brasileiros, a violência contra a mulher aumentou no último ano. De fato, mais de um quarto (27%) das brasileiras relataram ter sofrido algum tipo de violência em 2018, sendo que 42% das agressões ocorreram dentro de casa e, em 76% dos casos, o agressor é conhecido da vítima. Nesse contexto, mais da metade (54%) dessas mulheres não tomaram nenhuma providência após a agressão.

A violência doméstica e familiar contra a mulher é um fenômeno complexo e que costuma ser cíclico. Quando a mulher não consegue romper o ciclo da violência, a tendência é que ela aumente, com episódios de agressão cada vez mais graves. Por isso, é imprescindível que as mulheres conheçam os seus direitos e saibam a quem recorrer quando se encontram nessa situação.

Porém, o medo ou vergonha paralisam muitas mulheres, que acabam não procurando ajuda ou se sentirem culpadas pela agressão que sofreram. Isso é reforçado por uma cultura que reproduz papéis de gênero estereotipados e, ao conformar com a submissão acabam naturalizando a própria violência. Assim, não se pode falar em enfrentamento à violência sem falar em políticas de promoção da igualdade de gênero e de empoderamento das mulheres

3. TIPOS DE VIOLÊNCIA

A Organização Mundial de Saúde - OMS (2014) desenvolveu uma tipologia da violência que caracteriza os diferentes tipos de violência e os vínculos que existem entre eles. Assim, encontram-se três tipos de violência, os quais se dividem em: violência dirigida a você mesmo; violência interpessoal; violência coletiva.

A violência dirigida a você mesmo, ou violência auto-infligida se subdivide em comportamentos suicidas e auto abuso, "O primeiro inclui pensamentos suicidas, tentativas de suicídio também chamadas de "para suicídio" ou "autolesão deliberada" em alguns países e suicídios completados. O auto abuso, por outro lado, inclui atos como a automutilação" (KRUG et al, 2002, p. 06).

A violência interpessoal possui duas categorias, a primeira abrange a violência da família e de parceiros íntimos, conhecida como violência doméstica “ocorre em grande parte entre os membros da família e parceiros íntimos, normalmente, mas não exclusivamente, dentro de casa” (KRUG et al, 2002, p. 06). A violência comunitária “ocorre entre pessoas sem laços de parentesco (consanguíneo ou não), e que podem conhecer-se (conhecidos) ou não (estranhos), geralmente fora de casa” (KRUG et al, 2002, p. 06).

A violência coletiva se subdivide em social, política e econômica, as quais abrangem a violência cometida por grandes grupos ou por países. Com relação às formas de violência contra a mulher, o art. 7º da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, as classifica como: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial, violência moral.

A violência física caracteriza-se pelo uso da força com objetivo de causar lesões físicas que podem ser diagnosticadas, como por exemplo, lesões “cutâneas, neurológicas, oculares e ósseas, provocadas por queimaduras, mordidas, tapas, espancamentos, ou qualquer ação que ponha em risco a integridade física da mulher” (FONSECA; LUCAS, 2006, p. 09), não necessariamente precisa deixar hematomas evidentes na vítima para se caracterizar violência física.

A violência sexual diz respeito a participação, presença ou manutenção de qualquer prática ou atividade sexual sem seu consentimento. Formaliza-se “com uso de força, intimidações, chantagens, manipulações, ameaças ou qualquer outro mecanismo que anule ou limite a vontade pessoal” (FONSECA; LUCAS, 2006, p. 09). A violência psicológica é qualquer ato agressivo que cause algum dano emocional ou à autoestima da vítima “expresso através da tentativa de controlar suas ações, crenças e decisões, por meio de intimidação, manipulação, ameaças dirigidas a ela ou a seus filhos, humilhação, isolamento, rejeição, exploração e agressão verbal” (FONSECA; LUCAS, 2006, p. 09). Pode ser mais prejudicial do que a agressão física, tendo em vista que as marcas deixadas por ela são interiores e não exteriores. Assim, a mulher vítima de violência psicológica acaba tendo uma visão negativa de si mesma e se afastando dos relacionamentos sociais e desenvolvendo problemas relacionados à saúde mental que podem causar danos irreversíveis.

A violência moral configura-se por calúnia, injúria ou difamação. As falsas acusações direcionadas a mulher, palavras ou xingamentos ofensivos à sua reputação são formas de violência moral. (FONSECA; LUCAS, 2006, p. 09).

4.O CICLO DA VIOLÊNCIA

A agressão conta a mulher não é contínua, ela segue um padrão que pode tornar-se um ciclo vicioso e repetitivo, do qual a mulher não consegue sair. Esse ciclo possui três fases: a criação da tensão no relacionamento, a explosão da violência, e a lua-de-mel. (BRASIL, p. 07, 2006).

O ciclo inicia-se pela construção da tensão no relacionamento. Nessa fase se apresentam incidentes menores, como agressões verbais, crises de ciúmes, destruição de objetos, críticas, ameaças, calúnia, injúria. Esse período pode durar dias ou anos. Os comportamentos adotam uma frequência crescente e a mulher começa a perceber a agitação do companheiro. Na fase um a mulher acaba sempre buscando no cansaço, álcool, drogas, entre outros, justificativas para as manifestações agressivas, enquanto o homem apresenta uma postura ameaçadora e violenta. Negando que algo errado está acontecendo, a mulher busca adotar medidas de preventivas relacionadas a atividades que podem vir causar algum sentimento raivoso e despertar a ira no parceiro.

[...] tenta controlar a situação assegurando que refeições estão sendo preparadas, que a casa é bem cuidada e que os filhos têm bom comportamento. Um pequeno incidente de violência ocorrerá. A mulher procurará justificar a agressão. O agressor sabe que o comportamento dele está errado e teme que sua companheira o abandone. A mulher, inadvertidamente, reforça os temores do agressor, retraindo-se para não provocá-lo. A tensão entre o agressor e sua companheira fica insuportável. Estas expressões de tensão, hostilidade e descontentamento invariavelmente conduzem à fase dois. (BRASIL, p. 07, 2006)

A fase dois possui um período de duração menor do que a fase um, podendo durar de duas até quarenta e oito horas. É o momento em que ocorre o incidente maior, onde o agressor encontra-se descontrolado e comete agressões físicas e verbais com danos mais sérios.

A mulher consegue recordar frequentemente em detalhes a Fase Dois, o que o homem não consegue. O agressor parece saber como prolongar a violência em sua companheira, sem matá-la. O agressor pode acordar a mulher para bater nela. A mulher provavelmente negará a seriedade dos danos que sofreu para acalmar o agressor e assegurar o término da Fase Dois. (BRASIL, p. 07, 2006)

Sabendo, mesmo que de forma inconsciente, que essa é a fase de menor duração e, não aguentando mais o medo e a insegurança que a tensão construída vem lhe causando, a mulher acaba provocando a explosão da violência, pois, sabe que logo em seguida virá a fase lua-de-mel.

A terceira fase é marcada, muitas vezes, pelo arrependimento por parte do agressor. Isso acaba fazendo com que a mulher busque antecipar essa fase do ciclo. É chamada de fase lua-de-mel porque nesse período o companheiro age de forma carinhosa, cuidadosa, amorosa e humilde.

Ele pode encher a mulher de presentes e desculpas e prometerá não a atacar novamente. O comportamento amoroso dele reforça na mulher a esperança de que ele mudará e muitos até começam a buscar um tratamento psicológico ou para alcoolismo. Isto normalmente encoraja a mulher a manter sua relação de vida matrimonial. Mas, às vezes, não há nenhum comportamento amoroso na Fase Três, apenas a ausência de violência. O agressor e a mulher aceitam de bom grado esta fase. O agressor se mostra encantado e manipulável. O agressor acredita que pode se controlar e nunca mais agredirá a mulher. Convince a todo mundo disso, usando frequentemente a família e os amigos para convencer a mulher a não romper o relacionamento com ele. A mulher quer acreditar nele e se convence de que a intenção dele é verdadeira. A mulher recorda, pelo menos tem uma pequena lembrança, do amor que nutriu por ele no início de seu relacionamento. O agressor se mostra carente – não pode viver sem a mulher. A mulher sente-se responsável pelo homem. É durante esta fase que a probabilidade da mulher fugir é menor. (BRASIL, p. 07 - 08, 2006)

O problema encontra-se no fato de ser um ciclo vicioso. Assim, com o término da fase três, inicia-se novamente a tensão no relacionamento, assim, conseqüentemente, as outras fases.

A mulher pode desenvolver um sério problema devido à repetição do ciclo, a chamada Síndrome do Desamparo Aprendido, o que faz com que a mulher comece a “[...] acreditar que não importa o que faça, é incapaz de controlar

o que acontece em sua vida. A Síndrome também pode fazer com que a mulher fique desmotivada a reagir diante da situação de violência” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, p. 12).

Os motivos que uma mulher possui para permanecer em uma relação que lhe cause danos são de difícil compreensão, pois, a partir de uma visão superficial podem parecer insignificantes. Porém, as emoções que orbitam os casos de violência contra a mulher são muito mais complexas do que se pode imaginar.

Normalmente, a violência não acontece da noite para o dia. Ela vai se desenvolvendo aos poucos: de forma sutil e sorrateira. Pode começar com uma pequena grosseria, um grito ou um objeto quebrado pelo parceiro.

5. LEI MARIA DA PENHA

No ano de 2006 foi aprovada a Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, onde a mesma:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. (Congresso Nacional. Lei Nº 11.340/2006)

Onde o título II aborda sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, em seu art. 5º aponta como violência doméstica e familiar qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por

afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Em seu Art. 7º são elencadas todas as formas de agressão onde são apontas:

I - A violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Partindo dos termos expostos na lei citada podemos dizer que a lei Maria da Penha criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Ela incorporou o avanço legislativo internacional e se transformou no principal instrumento legal de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher no Brasil, tornando efetivo o dispositivo constitucional que impõe ao Estado assegurar a "assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência, no âmbito de suas relações" (art. 226, § 8º, da Constituição Federal).

Os benefícios alcançados pelas mulheres com a Lei Maria da Penha são inúmeros. A Lei criou um mecanismo judicial específico os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres com competência cível e criminal; inovou com uma série de medidas protetivas de urgência para as vítimas de violência doméstica; reforçou a atuação das Delegacias de Atendimento à Mulher, da Defensoria Pública e do Ministério Público e da rede de serviços de atenção à mulher em situação de violência doméstica e familiar; previu uma série de medidas de caráter social, preventivo, protetivo e repressivo; definiu as diretrizes das políticas públicas e ações integradas para a prevenção e erradicação da violência doméstica contra as mulheres, tais como: implementação de redes de serviços interinstitucionais, promoção de estudos e estatísticas, avaliação dos resultados, implementação de centros de atendimento multidisciplinar, delegacias especializadas, casas abrigo e realização de campanhas educativas, capacitação permanente dos integrantes dos órgãos envolvidos na questão, celebração de convênios e parcerias e a inclusão de conteúdos de equidade de gênero nos currículos escolares.

Em suma, a Lei Maria da Penha, reconhece a obrigação do Estado em garantir a segurança das mulheres nos espaços públicos e privado ao definir as linhas de uma política de prevenção e atenção no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar e inverte a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade a fim de privilegiar as mulheres e dotá-las de maior cidadania e conscientização dos reconhecidos recursos para agir e se posicionar, no âmbito familiar e social, garantindo sua emancipação e autonomia.

6. EMPODERAMENTO FEMININO

O termo empoderamento se originou nos Estados Unidos e começou a ser utilizado pelas feministas em meados dos anos 70. Segundo Friedmann (1996,

p.8), empoderamento é todo o acréscimo de poder que, “induzido” ou “conquistado”, permite aos indivíduos ou unidades familiares aumentar a eficácia do seu exercício de cidadania.

Friedmann (1996) aponta três tipos de empoderamento voltados especialmente a mulheres em situação de violência: o social, o político e o psicológico. Empoderamento social diz respeito ao acesso ao conhecimento, à informação, à participação em organizações sociais e acesso a recursos financeiros. Ele frisa que, quando há aumento da capacidade de estabelecer e alcançar objetivos, ou seja, quanto mais se tem acesso à informação, a conhecimentos e técnicas, participações em organizações sociais e aos recursos financeiros, maior será o empoderamento dos sujeitos.

Já o Empoderamento Político, segundo o autor, é aquele baseado no processo de tomadas de decisões que afetam o futuro dos indivíduos.

Acesso dos membros individuais de unidades domésticas, ao processo pelo qual são tomadas decisões, particularmente as que afetam o seu futuro como indivíduos. O poder político não é, portanto apenas o poder de votar; também o poder da voz e da ação coletiva. (FRIEDMANN,1996, p.35)

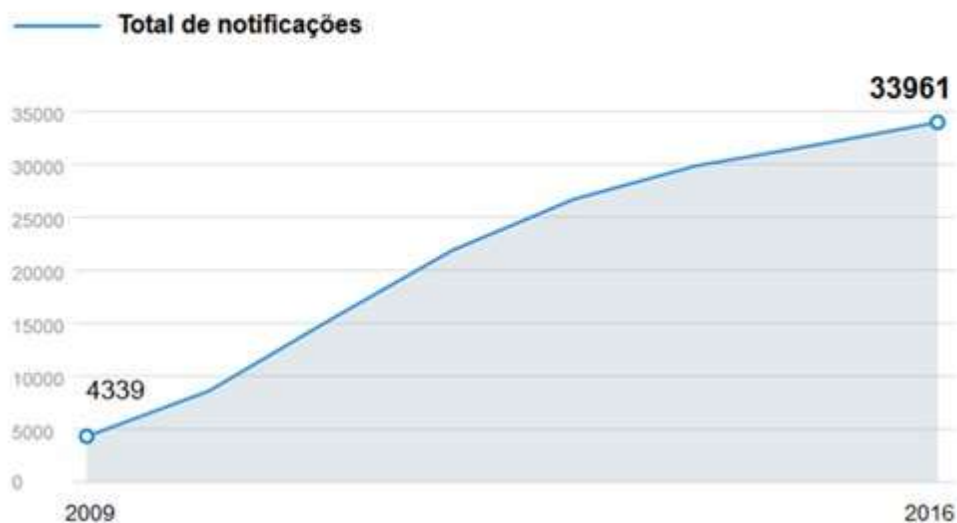
Já o Empoderamento Psicológico diz respeito à capacidade de os indivíduos tomarem suas próprias decisões e terem o controle de suas vidas. É uma forma de coragem individual, um descobrimento de suas capacidades individuais, produzindo autoconfiança, autoestima, na construção crítica de suas atitudes e ações, de decidir sobre como fazer, o que fazer e quando fazer. Desse modo, para Friedmann (1996, p.35), o empoderamento psicológico é, muitas vezes, “o resultado de uma ação vitoriosa nos domínios social ou político, embora possa também resultar de trabalhos intersubjetivos”.

Nesse contexto podemos afirmar que o empoderamento das mulheres, tanto no aspecto social, político e psicológico, é o caminho para ajudar a minimizar a situação de violência doméstica. No entanto, para que haja o efetivo combate e o rompimento da violência contra as mulheres, são necessárias ações conjuntas do Estado, da sociedade civil e a implementação de políticas públicas que propiciem esse empoderamento, principalmente em grupos onde mais se expressa essa violência de gênero, as mulheres negras e pobres, por exemplo, são mais afetadas do que as mulheres brancas.

7. A VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NO BRASIL

Com dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação - SISNAN do Ministério da Saúde, foram reunidos cinco gráficos que explicam o panorama da violência contra a mulher nos últimos anos, neste sentido segue abaixo:

Figura 01: Violência Física por Conjuge ou Namorado
Violência física por cônjuge ou namorado



Fonte: Ministério da Saúde / SVS - Sistema de Informação de Agravos de Notificação - SISNAN do Ministério da Saúde. 2017

De acordo com a revista *Época*, o número de notificações de violência física contra mulheres causadas por seus cônjuges ou namorados, segundo o Ministério da Saúde, quase quadruplicou de 2009 a 2016 em todo o país. Uma das grandes barreiras ao combate é a tolerância social a esse tipo de violência. De acordo com uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) em 2014, embora 91% dos brasileiros afirmem que "homem que bate na esposa tem de ir para a cadeia", 63% concordam que "casos de violência dentro de casa devem ser discutidos somente entre os membros da família". Além disso, 89% dos entrevistados pensam que "a roupa suja deve ser lavada em casa" e 82% que "em briga de marido e mulher não se mete a colher".

Figura 02: Violência Psicológica por Cônjuge ou Namorado

Violência psicológica por cônjuge ou namorado

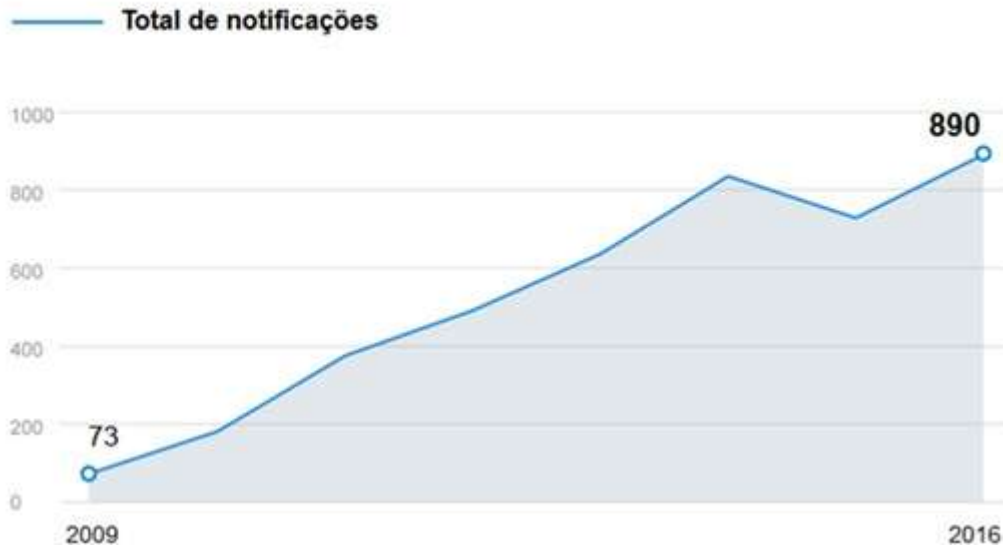


Fonte: Ministério da Saúde / SVS - Sistema de Informação de Agravos de Notificação - SISNAN do Ministério da Saúde. 2017

De acordo com Pasinato (2019), a Violência Psicológica “cria um ambiente de medo e insegurança e de incapacidade de tomar decisões sobre a própria vida, inclusive de se defender e sair desse relacionamento abusivo”. Hoje, o crime penal mais conhecido é o de ameaça. “Os números do DATASUS (Departamento de Informática do Sus) ainda não são os melhores para falar do tamanho desse problema, pois os efeitos dessa violência são subjetivos, não estão sempre evidentes como um hematoma. Mas são importantes para mostrarmos que essas agressões precisam ser detectadas pelo sistema de saúde porque geram efeitos na depressão, ansiedade e inclusive no suicídio de mulheres.”

Figura 03: Estupros por Cônjuge ou Namorado

Estupros por cônjuge ou namorado



Fonte: Ministério da Saúde / SVS - Sistema de Informação de Agravos de Notificação - SISNAN do Ministério da Saúde. 2017

Segundo a Revista Época, o número de notificações de estupros por cônjuges ou namorados das vítimas cresceu quase sete vezes desde 2009. Foi exatamente nesse ano que a Lei 10.015 reconheceu o estupro marital — o crime também está previsto na Lei Maria da Penha e foi reconhecido como uma violação dos direitos humanos pela ONU em 1993.

Até 2005, enquanto esteve em vigor o Código Penal de 1940, havia uma previsão que extinguiu a punibilidade do crime de estupro “pelo casamento do agente com a vítima”. Na prática, existia a possibilidade de que um estuprador não fosse punido caso fosse casado com a vítima. O estupro, à época, era considerado um crime contra a honra (do homem, da família), e não uma violação do corpo feminino.

Conforme Pasinato (2019)

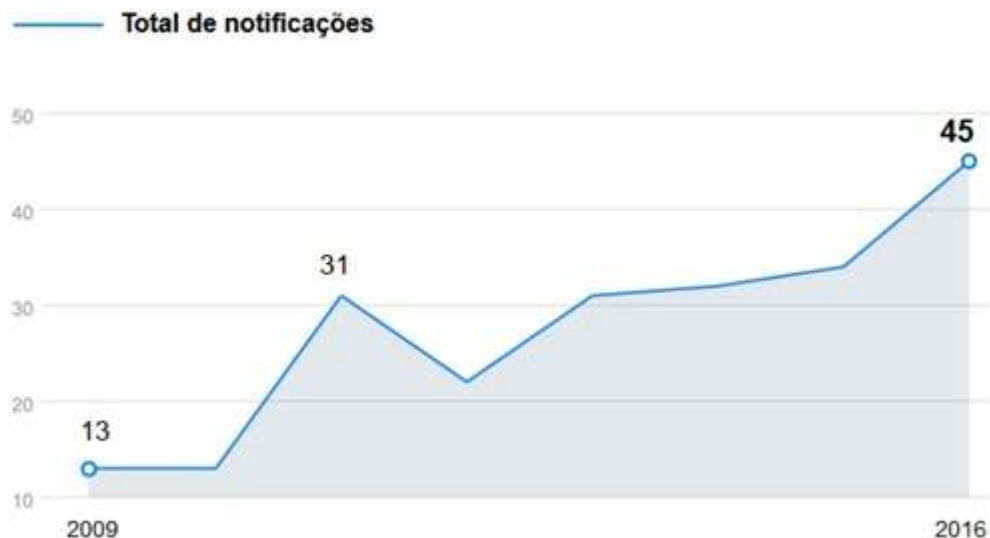
Existe uma questão cultural das mulheres entenderem que, estando num relacionamento afetivo, elas têm essa dívida: devem manter relação sexual mesmo contra a vontade, porque se não fizerem isso vão estar falhando como companheiras. Elas assumem essa responsabilidade de que

precisam ceder sempre ao desejo do companheiro porque essa é a forma de manter uma relação. (PASINATO. 2019)

Seria uma forma de estupro dentro da relação, na qual muitas mulheres sabem que é seu direito como pessoa humana, desrespeitando sua dignidade em não ter vontade de praticar o sexo naquele dia ou naquela modalidade, mesmo que o parceiro tente impor pelo fato de estarem casados legalmente ou coabitando.

Figura 04: Assédio Sexual por Chefe

Assédio sexual por chefe



Fonte: Ministério da Saúde / SVS - Sistema de Informação de Agravos de Notificação - SISNAN do Ministério da Saúde. 2017

Ainda conforme relata a Revista Época, uma pesquisa divulgada pelo Datafolha em janeiro de 2018 mostrou que o assédio no trabalho foi relatado por 15% das brasileiras, incluindo as formas de assédio físico (2%) e verbal (11%). Nos Estados Unidos, no ano passado, mais de 200 homens foram retirados do poder depois que o movimento #MeToo ganhou as redes sociais, as ruas e as capas de revista. As denúncias passaram de 900.

O #MeToo chegou com força também no Brasil. Mas, na minha percepção as coisas acabam arrefecendo, perdem o vigor, justamente porque avançamos na informação sobre violência, em dizer para que as mulheres denunciem, mas não conseguimos avançar na resposta a essas denúncias”,

afirmou Pasinato. “Não conseguimos trabalhar dentro das instituições e fazer com que mudem as raízes. Para isso, suas lideranças precisam estar dispostas, e geralmente quem está no comando são homens, brancos, de elite — aqueles que, em regra, se beneficiam da estrutura. (PASINATO. 2019)

Nesse sentido é extremamente importante se observar o recorte racial das vítimas, principalmente porque as mulheres negras são as mais vitimadas por tal violência, mas acumulam também outras vulnerabilidades como o fato de se encontrarem em espaços de trabalho mais insalubres, com baixa escolaridade, concentrando inúmeros desvantagens e vulnerabilidades, somadas com a responsabilidade em chefiar suas famílias em seus arranjos familiares.

Figura 05: Violência por Arma de Fogo Contra a Mulher

Fonte: Ministério da Saúde / SVS - Sistema de Informação de Agravos de

Violência por arma de fogo contra mulher



Notificação - SISNAN do Ministério da Saúde. 2017

Segundo a revista *Época* (2015), as notificações de violência por arma de fogo contra a mulher quase quadruplicaram desde 2009. O medo de especialistas é que, com a mudança nas regras para posse de arma, o número aumente.

Segundo Flacso (2015) de acordo com o “Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil”, embora homens sejam mais frequentemente vítimas de armas de fogo do que mulheres, esse tipo de arma foi o meio mais usado nos 4.762 homicídios de brasileiras registrados em 2013. Foram 2.323

casos, o equivalente a 48,8%, seguido por objeto cortante/penetrante (25,3%), objeto contundente (8%),

estrangulamento/sufocação (6,1%) e outros (11%).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme Faleiros (2007), no sentido jurídico, o termo violência significa uma espécie de repressão, ou forma de constrangimento, posto em prática para vencer a capacidade de resistência de outra pessoa, ou a levar a executá-lo, mesmo contra a sua vontade. É caracterizado como um ato de força exercido contra as coisas, na intenção de violentá-las ou delas se apossar.

Segundo Oliveira (1999), aponta que toda pessoa violentada física ou moralmente, deve ter a coragem para denunciar o agressor, pois agindo assim ela está se protegendo contra futuras agressões, e serve como exemplo para outras pessoas principalmente aos idosos, pois enquanto houver a ocultação do crime sofrido, não vamos encontrar soluções para o problema.

Em todo o mundo o combate à violência contra a mulher se constituiu em uma preocupação fundamental dos movimentos sociais. Para marcar a importância do tema e mobilizar ações e a atenção da sociedade, são destacadas algumas datas específicas para mostrar a importância do idoso na sociedade.

As situações reveladas pelos índices provam que as leis, isoladamente, não têm o poder de transformar a realidade. Elas funcionam como valiosos instrumentos para prevenção, conscientização e repressão, mas sua efetiva implementação e avaliação é que servem para mudar a realidade.

Enfrenta a violência contra a mulher é estabelecer o rompimento de inúmeras barreiras, que alcançam preconceitos e machismos "naturalizados" até os fatores que as matem em silêncio pro medo, vergonha e esperança na mudança do parceiro, bem como a dupla vitimização por parte de autoridades e da sociedade. Essa violência, muitas vezes, velada, tem ceifado a vida de várias mulheres, vítimas de agressores conhecidos, que perpetuam esse problema de gênero.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006. violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: www.planalto.gov.br Acesso em: 10 de outubro de 2019.

ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1133, 8 ago. 2006. Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764> Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 48. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. LEI Nº 8.080, DE 19 de Setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. 2006.

BRASIL, SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES.

Enfrentando a violência contra a mulher. 2005. Disponível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/cgvs/usu_doc/ev_vio_ta_2005_e_nfren_tando_a_violencia_contra_a_mulher.pdf Acesso em: 17 outubro 2019

BRASIL, SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES.

Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica. Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos, 2006.

ÉPOCA, revista. <https://epoca.globo.com/a-violencia-contra-mulher-no-brasil-em-cinco-graficos-23506457>, acesso em 12 de outubro de 2019.

FLACSO BRASIL. Mapa da Violência, 2015. Homicídio de Mulheres no Brasil. 2015.

FRIEDMANN, John. Empowerment- uma política de desenvolvimento alternativo. Oeiras: Celta, 1996.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Relatório de Pesquisa. Acessado em 10 de outubro de 2019.

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. Rev. direito GV [online]. 2015, vol.11, n.2, pp.407-428. ISSN 1808- 2432. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201518>.

Pesquisa #APoliciaPrecisaFalarSobreEstupro. Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Datafolha; Agosto, 2016.

<https://ndmais.com.br/opiniao/artigo/violencia- contra-a-mulher/>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

ABUSO SEXUAL INFANTIL

MARCIA ALESSANDRA DE ARAÚJO

PONCIANO: Auxiliar Administrativa. Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Brasil, para obtenção de título de bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Penal. Orientador: Prof.Me. Ademir Gasques Sanches e Prof.Me. Marcia Kazume Pereira Sato.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo o estudo da violência sexual praticadas contra crianças e adolescentes, protegidas juridicamente e socialmente por conta da fragilidade e inocência. Necessário, inicialmente, trazer à baila conceitos e definições legais da violência, além das diversas formas em que é praticada, tanto em ambiente familiar, como no extrafamiliar, por familiares, amigos, conhecidos ou profissionais, todos com uma semelhança essencial: a confiança que emprega na vítima menor. Por fim, necessário demonstrar a importância da denúncia, seja pela família, seja por pessoas próximas, que também possuem papel extremamente relevante no tocante ao acompanhamento e cuidado pós violência, que, por muitas das vezes, deixam marcas permanentes.

Palavras-Chave: abuso sexual, violência sexual infantil, criança, adolescente.

ABSTRACT: This article aims to study sexual violence against children and adolescents, legally and socially protected due to fragility and innocence. Initially, it is necessary to bring up concepts and legal definitions of violence, in addition to the various ways in which it is practiced, both in the family environment and outside the family, by family, friends, acquaintances or professionals, but with an essential similarity: the trust that employs the minor victim. Finally, it is necessary to demonstrate the importance of the complaint, whether by the family or by close people, who also play an extremely relevant role in post-violence monitoring and care, which often leave permanent marks.

KEYWORDS: sexual abuse, child sexual violence, child, adolescent.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2.ABUSO SEXUAL INFANTIL: CONCEITO E DEFINIÇÕES LEGAIS. 3.O ABUSO SEXUAL INTRA E EXTRAFAMILIAR. 4.DENÚNCIA: O TRABALHO E ATENDIMENTO DOS PROFISSIONAIS. 5.CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

Embora difícil e revoltante, a violência sexual praticada contra criança e adolescente é um problema vivenciado diariamente pelo mundo. Dia a dia, é possível descobrir casos em que um menor de idade é tragicamente violado, tanto fisicamente, como psicologicamente, e pior, de forma silenciosa e dissimulada.

Trata-se, deste modo, de um problema que acomete ambos os sexos e não costuma obedecer a nenhuma regra como nível social, econômico, religioso ou cultural.

É amplo os modos em que as atividades sexuais em crianças e adolescentes é praticada, em que pode ou não haver contato físico, porém todas com a intenção de satisfazer o desejo sexual de outro. Qualquer seja o indivíduo que insira um menor nas suas práticas sexuais, sendo dentro ou fora do âmbito familiar, pratica o abuso sexual infantil.

Segundo a psicóloga Elaine Ribeiro dos Santos, da Universidade de São Paulo, não é em todos os casos que se consegue identificar os sinais físicos da agressão, o que gera a dificuldade de sua identificação. Ocorre, também, que em muitos casos os abusos decorrem em constantes ameaças, de modo a causar o medo da vítima em denunciar. Diante de toda a situação vivenciada, é natural que a criança comece a produzir alterações comportamentais e emocionais, como o medo- o mais frequente - depressão, retração, choro frequente, dentre tantos outros problemas que podem variar de vítima para vítima. Estes, são os sinais mais visíveis, que podem ajudar, e muito, na busca pela descoberta da violência.

Dependendo do tipo de violência praticada, do tempo entre o abuso e a descoberta, sem a existência de vestígios do ato sexual, confirmação nenhuma subsiste de forma a comprovação da violência, pois pelo exame pericial não existirá como prova completa e suficiente do delito praticado. Por se tratar de um ato ilícito, praticado as escondidas, raramente havendo testemunhas, resta somente a palavra da criança ou adolescente vítima como prova.

Embora a proteção infantil seja assegurada em lei, sabe-se não é só por ela que todo o contexto do abuso sexual infantil deve decair. É necessário um estudo social, familiar e psicológico da situação como um todo, visto tratar-se de um assunto extremamente delicado e preocupante, já que as vítimas são aquelas que mais merecem atenção social dentro de todo contexto.

2. ABUSO SEXUAL INFANTIL: CONCEITO E DEFINIÇÕES LEGAIS

Azevedo e Guerra assim conceituam violência sexual:

todo o ato ou jogo sexual, relação heterossexual ou homossexual entre um ou mais adultos e uma criança menor de 18 anos, tendo por finalidade estimular sexualmente esta criança ou utilizá-la para obter estimulação sexual sobre sua pessoa ou de outra pessoa (AZEVEDO & GUERRA, 1989, p. 42).

Tal conceito apresenta a dificuldade de um tema que engloba uma infinidade de questões, sejam elas sexuais, sociais, psicológicas, legais e outras mais.

Socialmente, sabemos que uma criança ainda não tem todo o preparo psicológico e nem físico para opor resistência a atos que socialmente e juridicamente são caracterizados como errôneos. Mais difícil ainda quando a violência é praticada por alguém que ela é afetivamente dependente.

São diversas as modalidades de abuso sexual cometidas contra crianças e adolescentes, que, por sua vez, apresentam também formas de expressão que ultrapassam a violência física e psicológica. A variar de cada situação, a forma do abuso pode ter caráter tão mais impactante do que a relação sexual em si.

Dentre as várias formas de abuso, tem-se: a exploração sexual, voyeurismo, o exibicionismo, os telefonemas obscenos, abuso sexual verbal, exposição de vídeos pornográficos, e até mesmo o sadismo.

Tem-se por abuso sexual o ato em que se manipula da criança ou adolescente para fins de gratificação sexual de um maior de idade, através de um estado de poder que inclui diversas formas de abuso, como os já descritos acima, contendo ou não o ato de violência. Forçar uma criança ou adolescente a tomar parte em atividades sexuais, estando ou não em consciência do que acontece. O ato pode englobar não só o contato físico, como também, atos não-penetrantes e penetrantes. Pode, ainda, haver atividades sem contato, como levar o menor a presenciar ou produzir material pornográfico ou assistir atividades sexuais e encoraja-lo a maneiras sexualmente inapropriadas.

Trata-se de violência absoluta as condutas sexuais praticadas com menores de 14 (quatorze) anos, sendo irrelevante o consentimento ou não para a ação, de modo que não reflete no sistema jurídico penal tal condição. Observa-se, aqui, que o legislador busca proteger a criança e adolescente de qualquer ação que possa lhe prejudicar, mesmo que indiretamente. O crime resta consumado quando o agente mantém ato libidinoso ou conjunção carnal com menor de 14 (quatorze) anos, ou seja, o vulnerável.

Considera-se como vulnerável todo aquele que seja desprotegido, exposto, desarmado, indefeso e derrotável pela fragilidade que possui ou pela falta

de conhecimento e discernimento necessário que ainda não possui diante da pouca idade.

Assim disciplina o Código Penal acerca dos crimes sexuais praticados contra menores de idade:

Art. 217-A: Estupro de vulnerável

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14(catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 a (oito) a 15 (quinze) anos.

§1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ Vetado

§3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Art.218: Corrupção de menores;

Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Art.218-A: Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente;

Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena – reclusão, de (dois) a (quatro) anos.

Art.218-B: Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Submeter, induzir ou atrair a prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilita-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 10 (dez) anos.

O estudo em questão aborda um tema extremamente delicado, já que o abuso sexual tem consequências diretas em crianças e adolescentes, sejam eles permanentes, sejam eles passageiros, dentre os aspectos emocionais, comportamentais, interpessoais, cognitivos, sexuais e físicos.

Muito embora em muitos casos não haja a violência concreta, não afasta a perturbação psicológica vivenciada pelo menor. Qualquer ato de abuso sexual provoca marcas significativas, além comprometer o desenvolvimento. Ainda mais quando corriqueiro os abusos, esses podem agravar, e muito mais, o progresso da vida de um jovem.

A Constituição Federal de 1988, a lei das leis, adverte e protege o menor, senão vejamos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

[...]

§ 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

O artigo 227 nos chama a agir na defesa e promoção dos direitos de todas as crianças: da criança desconhecida, mas que sofre os abusos da violência diária em suas casas, mas sobrevivente em um cenário concreto e visível de

violações de seus direitos e desrespeito a sua condição de vulnerabilidade e de indivíduo em desenvolvimento.

Além disso, resta também protegido o jovem nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe em seu Artigo 5º:

[...] nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Ademais, também nos artigos 240 e 241 dispõe a lei:

[...] o ato de produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica, assim como de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança e adolescente.

Embora assegurados, e até mesmo obvio tal proteção, observa-se que as concretizações dos seus direitos ainda parecem um tanto distantes. Os noticiários, jornais, e os meios de comunicação jogam dia a dia o abuso e a exploração sexual infantil, que, por sua vez, atingem índices assombrosos e alarmantes dia a dia.

3. O ABUSO SEXUAL INTRA E EXTRAFAMILIAR

O abuso sexual pode ser classificado em duas categorias: intrafamiliar e extrafamiliar.

O abuso sexual intrafamiliar ocorre dentro do ambiente do convívio familiar, e é executado justamente por um membro da família: sendo o pai, mãe, avo, avó, tio, tia, padrastos e madrastas e até os irmãos. Em alguns casos, envolve não só abusador e abusado, mas, de forma direta ou indireta, todos os membros da família, pela participação ativa no crime, ou, até mesmo pela omissão, o silêncio. Já o abuso sexual extrafamiliar acontece fora do âmbito familiar e, normalmente, é praticado por pessoas que possuem algum vínculo afetivo com a criança, de forma a conquista-la. Pode, inclusive, desenvolver-se na própria residência da vítima, de modo que as denúncias podem partir da família.

No tocante as razões da violência sexual, tem-se que o primeiro deles é o abuso de poder: a figura de um maior de idade, adulto, que possui mais desenvolvimento físico e psicológico, capaz de dominar a mente e o físico de uma

criança ou de um adolescente. Pode ainda ser em razão dos traços de personalidade do agressor.

Neste sentido, afirma Santos (1998):

"[...] estados psicóticos ou perversos, depressão, baixo controle dos impulsos, problemas neurológicos, baixa tolerância ao stress, bem como o uso de álcool e outras drogas são fatores relevantes para a compreensão desse problema" (SANTOS, 1998, p. 21).

Em vários casos, o abusador reconhece a gravidade do seu ato e tamanho o erro, e que tal justamente constitui na violação de um dispositivo legal, ou seja, sabe que é crime. Sabe, ademais, que o abuso prejudica o menor, mas o intento de satisfazer sua própria lascívia torna-se maior. Para o agressor o abuso constitui um alívio de tensão que o conduz à compulsão e, conseqüentemente, à repetição, fazendo-o dependente.

O que mais preocupa nos casos de abuso sexual é que, na maioria dos casos, as vítimas convivem muito frequentemente com o risco. A situação de risco, neste caso, é compreendida pelo conjunto de eventos negativos presentes na vida da pessoa em desenvolvimento e que aumentam diretamente na probabilidade de surgirem problemas físicos, sociais e emocionais.

No caso da violência intrafamiliar, as pessoas não precisam sair de casa, pois "elas presenciam diariamente, em seu ambiente familiar, os atos violentos e hostis que, certamente, agem contra a sua natureza e têm influência deletéria em seu desenvolvimento" (KOLLER & DI ANTONI, 2004, p. 294). Para contrapor-se aos mecanismos de risco que esta grave questão suscita, é preciso gerar fatores de proteção que transformem esta situação. Se a família é responsável por expor a criança à violência, cabe aos demais microssistemas que formam a rede de atendimento social, por exemplo, a escola, atuar de forma protetiva para impedir que o abuso perdure.

Nas palavras de Bitencourt (2013, p. 94):

O abuso sexual intrafamiliar é um dos temas mais sensíveis da realidade social e criminal nos tempos atuais, principalmente porque se sabe que as conseqüências para as crianças e os adolescentes abusados sexualmente são perenes, colocando em risco o equilíbrio biopsicossocial para o resto de suas vidas.

Ainda, quanto a jurisprudência, importante trazer à baila:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 217-A, CAPUT, C/C ART. 226, INC. II, E ART. 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL. SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA E OU ADOLESCENTE. ART. 218-A, C/C ART. 226, INC. II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. VIAS DE FATO. DUAS VEZES. ART. 21 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/41. PRELIMINAR DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA AFASTADA. EXISTÊNCIA DOS FATOS E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE O 3º E 4º FATOS. BASILARES REDUZIDAS. APENAMENTO REDIMENSIONADO. 1. Considerando que o réu respondeu o processo preso, não se mostra admissível que, após a prolação de sentença condenatória e em se tratando de pena alta, venha a ser beneficiado com a liberdade provisória, até porque mantidos os requisitos autorizadores da segregação. Preliminar afastada. 2. As provas produzidas no presente feito são robustas e autorizam a manutenção do decreto condenatório pela prática dos delitos descritos na denúncia, não sendo o caso de absolvição. No caso, o acusado (com 43 anos de idade à época dos fatos) abusou sexualmente da sua enteada (de 11 anos de idade), resultando, inclusive, em uma gravidez. Além disso, E. manteve relações sexuais na presença de criança (irmã... da vítima do 1º fato) e praticou vias de fato contra sua companheira e contra a enteada (vítima do 1º fato). Delitos comprovados pelas falas das vítimas e das testemunhas. 3. A existência de um suposto relacionamento amoroso e o consentimento da vítima (1º fato) não afastam a responsabilidade criminal do réu pela prática do crime de estupro de vulnerável, nos termos da Súmula 593 do STJ. Além disso, restou demonstrado nos autos o elemento subjetivo referente ao delito previsto no art. 218-A do Código Penal (2º fato). 4. Estupro de vulnerável. Basilar reduzida para 09 anos de reclusão, em virtude do afastamento das vetoriais culpabilidade e circunstâncias do delito (mantida a valoração das consequências). Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes. Na terceira fase, pela presença da majorante do art. 226, inc. II, do Código Penal, confirmado o aumento da

pena em ½. Pela continuidade delitiva, considerando que os abusos ocorreram em diversas oportunidades, confirmado o aumento da pena em 2/3. Pena definitiva redimensionada para 22 anos e 06 meses de reclusão. Satisfação da Lascívia. Basilar reduzida para 02 anos e 04 meses de reclusão, em virtude do afastamento das vetoriais culpabilidade e circunstâncias do delito (mantida a valoração das consequências). Na segunda... fase, ausentes agravantes e atenuantes. Na terceira fase, pela presença da majorante do art. 226, inc. II, do Código Penal, confirmado o aumento da pena em ½. Pena definitiva redimensionada para 03 anos e 06 meses de reclusão. Vias de fato. Basilares confirmadas no mínimo legal (15 dias). Na segunda fase, mantida a agravante do art. 61, inc. II, f, do Código Penal, e o aumento das penas em 15 dias. Ausentes outras causas modificadoras, confirmada a pena definitiva de cada fato em 01 mês de prisão simples. Concurso material. Pelo concurso material (art. 69 do Código Penal), ficam estabelecidas as penas do acusado em 26 anos de reclusão e 02 meses de prisão simples. Mantido o regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, a, do Código Penal. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal. PRELIMINARREJEITADA. MÉRITO PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL, 2018)

Mesmo diante das diversas formas de abuso a que nos deparamos pelo dia a dia, ainda é espantoso a própria violência em si.

O abuso sexual extrafamiliar sobrevém fora do ambiente familiar e, em grande parte dos casos, o autor é aquele que também tem um vínculo de confiança com o menor: amigos da família, profissionais da saúde, professores, dirigentes espirituais, ou até mesmo os empregados.

Outrossim, pode acontecer ainda em instituições sociais, responsáveis pelo cuidado e proteção do menor.

A ofensa pode, por fim, partir de um agente desconhecido pela criança. Na mídia, vemos diariamente casos em que adolescentes são aliciados por maiores de idade, com falsas amizades ou até mesmo um relacionamento amoroso iniciado em salas bate papo da web, redes sociais e afins. Nestes aplicativos, os abusadores criam uma imagem diversa do real, sempre com assuntos diferentes, de modo a atrair a atenção e confiança da vítima. E é a partir desta certeza que mora o perigo.

Desde fotos íntimas enviadas, até encontros marcados que podem gerar o ato sexual consumado forçado, são várias as formas de exploração e abuso sexual infantil.

4. DENÚNCIA: O TRABALHO E ATENDIMENTO DOS PROFISSIONAIS

A denúncia em casos de violência é de suma importância. Isto porque sabe-se que muitos jovens, no decorrer do abuso, sofrem não só a dor e o trauma da exposição sexual, mas também as agressões físicas, verbais, e em grande maioria dos casos as ameaças constantes do agressor. Tem-se, portanto, que denunciar é garantir o absoluto sentido de proteção e preservação da vida e da integridade dos envolvidos.

A denúncia ou notificação de uma situação de abuso sexual em qualquer situação, compreendem ações que não dependem de atitudes isoladas. É necessário haver uma ligação e colaboração de um conjunto de fatores que agrupam a rede de apoio social dos envolvidos, seja a criança, o adolescente e ou a família. Contudo, mais importante ainda, envolve a participação de pessoas chave, que precisam estar devidamente preparadas para reconhecer os indícios de uma prática abusiva.

É necessário, ainda, frisar que se trata de uma modalidade de violência que pode marcar profundamente o desenvolvimento da vítima, de modo que exige urgência no tocante a intervenção, seja ela familiar ou não.

Aliás, é um papel não só familiar, porém social. Trata-se de vidas precoces e sem o devido discernimento para o certo e o errado, além do fato de serem indefesos, sem possibilidade nenhuma de defesa, ficando à mercê do abusador.

Presume-se, contudo, que os dados das estatísticas podem ainda estar baixos. Isto pois muito se vê a omissão das vítimas, pelo medo e a vergonha, constantes e consequentes da violência causada externa e internamente.

A omissão, por muitas das vezes, decorre do medo. O medo de sofrer retaliações, o medo de sua família sofrer, o medo de enfrentar a sociedade, o medo de ser tachada como culpadas. Por isso tão difícil sentirem confiança para relatar um abuso.

Os agressores, por sua vez, utilizam-se dos meios mais cruéis e ameaçadores já existentes, ou ainda através da alienação, trazendo a culpa para o lado mais fraco do polo: a vítima. Cria-se, assim, uma eterna confusão na mente precoce do menor, impedindo a procura da ajuda.

Tabajaski, Paiva e Visnievski, explicam:

Essa confusão muitas vezes é reforçada pelas ameaças do abusador, que frequentemente afirma que a criança será responsável pelas consequências que possam ocorrer caso ela rompa com o silêncio, revelando a situação abusiva. Assim, os sentimentos de culpa pela ocorrência do abuso, associados ao medo de ser responsabilizada por danos potenciais decorrentes da revelação, contribuem para a manutenção da situação abusiva e perpetuação do silêncio. (TABAJASKI, PAIVA EVISNIEVSKI, 2010, P. 59).

Na grande maioria dos casos, o abuso dura por muito tempo, visto que abusador se utiliza das constantes ameaças para fortalecer o sigilo da criança, consequência da repetição das situações abusivas.

O amparo familiar juntamente com a criança ou adolescente é importantíssimo no caso concreto. Na maioria dos casos são as mães/avós que são as mais presentes para dar o colo e proteção para a criança, pois é ela quem precisa aprender a lidar com a situação do abuso sofrido pela vítima. Se a reação do protetor for negativa, esta pode ser mais danosa do que a própria violência. Por se tratar de uma situação muito difícil em que ninguém sabe lidar e nem imagina como se passar, os familiares da criança vítima precisam também de apoio e orientação.

É na família que a criança conseguirá a força necessária para seguir construindo a vida, de afagar a tristeza profunda e contribuir para o processo criminal contra o violentador. Nesses casos, o depoimento da vítima é a prova mais robusta da ação penal, já que não há testemunhas e em alguns casos, nem mesmo prova material.

É por esse motivo que é fundamental conter todo um acompanhamento psicológico, psicossocial, amparando a vítima e dando suporte para que consiga contribuir para a produção da prova, além do mais importante, é claro, desenvolver-se e tratar o trauma sofrido.

Em último caso, porém, há a possibilidade de acolhimento pelo serviço social local. Esse acolhimento pode acontecer por meio de abrigos ou famílias acolhedoras (provisórias), as adoções também podem ser intermediadas pelo Poder Judiciário.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo trazer à tona a grave problemática da violência sexual sofrida por crianças e adolescentes, além das consequências do abuso, não só de conjuntura física, mas psicológica, talvez, inclusive, a pior. Ademais, buscou-se demonstrar o papel primordial dos profissionais e familiares na busca pela solução do problema.

Dentre as maiores dificuldades, a denúncia. Muitas das vezes, o ato ocorre dentro do próprio ambiente familiar, com um longo histórico de ameaças e, conseqüentemente, o receio e sentimento de culpa por parte da vítima, que se vê só, fragilizada, e com imensuráveis pressões.

As constatações são árduas, duras e até mesmo cruéis. Além da vítima, outras são os personagens diretos dos atos praticados pelo abusador, como família e amigos. A todos recaem as difíceis conseqüências.

Contudo, é fundamental que todos estejam diretamente ligados na busca pela solução do problema. Necessário, pois, retirar o véu do preconceito, encarar o fato de frente e compreender que é preciso um longo trabalho para que a vítima possa sentir-se protegida e consiga, doravante, prosseguir no seu desenvolvimento social, físico e psicológico.

De um outro lado, recorrer a esforços por parte dos poderes públicos e privados, como conselho tutelar, profissionais da saúde e da educação, Ministério Público e ter um elo entre os familiares da vítima e a sociedade, ajudam na identificação e no processo do combate ao abuso sexual.

Embora expressamente previsto em lei, é um dever social a proteção dos direitos da criança e do adolescente. É, portanto, imprescindível, a atuação conjunta do Estado e de toda a sociedade a fim de garantir à eles o necessário para um crescimento digno e saudável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V. N. A. Pele de asno não é só história... um estudo sobre a vitimização sexual de crianças e adolescentes em família. São Paulo: Rocca, 1998.

BITENCOURT, C.R. Tratado de Direito Penal. Parte Especial 4 - Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 94-97.

BRASIL. **Constituição da república Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei n.º 2.048, de 07 de Dezembro de 1940: Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 14 de outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.036/90, de 13 de julho de 1990: **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 14 de outubro de 2019.

SANTOS, B. C., et alii. *Maus-tratos e abuso sexual contra crianças e adolescentes: Uma abordagem multidisciplinar.* São Leopoldo: Com-texto Gráfica e Editora, 1998.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DISPOSITIVO 28º DA LEI 11.343/2006.

RODOLFO RANGEL: Graduando no curso de Direito. Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito na Disciplina de Direito Penal da Universidade Brasil, como Orientador Prof. Me. **André de Paula Viana**, visando complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito.

RESUMO: A elaboração do presente trabalho verifica-se se há uma possibilidade de aplicação ao princípio da insignificância no sujeito caracterizado usuário de entorpecentes no disposto artigo 28º da Lei 11.343 promulgada no ano de 2006, ou seja, este sujeito por sua vez porta seu entorpecente químico ou natural de maneira ilícita sem autorização legal para o seu consumo pessoal de maneira contínua. Sendo assim, foi realizada uma análise sobre a temática abordada sendo elaborada uma revisão bibliográfica e web gráfica ambos os conteúdos existentes trazendo de modo claro e explícito quanto ao termo conceitual, fundamento histórico, sua natureza jurídica, manifestação de opiniões doutrinárias de doutrinadores renomados brasileiros e quais possíveis pressupostos toleráveis aderidos pelos Egrégios Tribunais sendo eles; Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Ademais, a realização deste artigo foi feito a distinção sobre o sujeito usuário de drogas e o sujeito traficante de drogas ambos os de condutas diferentes e resultados distintos, com penas cabíveis a depender do caso concreto existente. Neste sentido, foi apreciado também sobre as Políticas de Drogas, e possíveis inovações arguidas no dispositivo 28º da letra da Lei.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância, Usuário, Traficante, Entorpecente, Penas, Lei 11.343/06.

ABSTRACT: The elaboration of the present work verifies if there is a possibility of application to the principle of insignificance in the subject characterized user of narcotics in the disposition article 28 of the Law 11.343 promulgated in the year 2006, that is, this subject in turn carries his chemical narcotics. or unlawfully natural without legal authorization for your personal consumption on an ongoing basis. Thus, an analysis of the thematic approach was performed and a bibliographical and web graphic review was elaborated, both existing contents bringing clearly and explicitly as to the conceptual term, historical basis, its legal nature, manifestation

of doctrinal opinions of renowned Brazilian doctrines and teachers. what possible tolerable assumptions adhered to by the Egregious Courts being them; Superior Court of Justice and Supreme Federal Court. Moreover, the realization of this article distinguished between the drug user and the drug trafficker both from different behaviors and different results, with appropriate penalties depending on the existing case. In this sense, it was also appreciated on Drug Policies, and possible innovations argued in the 28th provision of the letter of the Law.

Keywords: Principle of Insignificance, User, Drug Dealer, Narcotic, Sentencing, Law 11.343 / 06.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 2.1 Fundamento Histórico. 2.2 Possibilidade de sua aplicação. 3. USO DOS ENTORPECENTES. 4. LEI 11.343/2006 E DISTINÇÃO DE PORTADORES DE DROGAS. 4.1 Finalidade da lei 11.343/2006. 4.2 Usuário.

4.3 Traficante. 5. ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS. 5.1 Superior Tribunal de Justiça. 5.2 Supremo Tribunal Federal. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância ganha cada vez mais relevância no campo do Direito Penal, havendo discussões presentes no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Os Egrégios Tribunais mencionados apresentam entendimento pacífico acerca do assunto, aliás, os ministros destes tribunais possuem posicionamentos majoritários acerca da temática a ser abordada.

Entretanto, observa-se se é cabível a aplicação do Princípio da Insignificância ao sujeito caracterizado como usuário previsto no dispositivo 28º da Lei de Drogas N° 11.343 promulgada no ano de 2006, atualmente com vigência em todo território nacional.

Os tribunais pátrios diante do caso concreto existente mencionam algumas prerrogativas e limites que possivelmente há minoria dos ministros toleram e adota o princípio da insignificância no tocante ao sujeito usuário de entorpecentes.

Sendo assim, a natureza jurídica do princípio da insignificância existe inúmeras incertezas por não estar inserido de forma expressa no Código Penal Brasileiro. Além disso, far-se-á um apanhado de sua origem e evolução histórica e por fim quais os critérios e limites adotados pelos tribunais.

A metodologia utilizada será com abordagem em pesquisa bibliográfica com base em revisões doutrinárias e pesquisas realizadas na internet e em diversos materiais bem como jurisprudência, textos digitais, sendo analisados todos os conteúdos já existentes.

2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância precisa ser apreciado e averiguado de maneira profunda observando em quais situações, quando irá se tratar e quais serão os pressupostos advindos com requisitos fundamentais para que o sujeito que vem há praticar uma conduta ilícita se prevaleça de uma possível aplicação deste princípio da insignificância a depender do caso concreto existente.

A doutrina brasileira e a jurisprudência têm posicionamentos ambos os divergentes em se tratando do sujeito caracterizado como usuário de entorpecentes químicos ou naturais previsto expressamente na lei 11.343/2006 no disposto artigo 28º, lei está vigente em todo o território nacional que de maneira ilícita o sujeito sem autorização porta seu entorpecente para o uso e seu consumo pessoal contínua de maneira normal ou até mesmo de forma exagerada.

Destaca-se, portanto, os entendimentos pacíficos e precedentes julgados majoritários dos Egrégios Tribunais, sendo eles o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, pois bem, os ministros se posicionam nos casos concretos existentes no Brasil pela não aplicabilidade deste princípio da insignificância, onde este agente caracterizado como usuário porta seus entorpecentes de forma ilícitas sem autorização, de modo que, os tribunais na maioria dos precedentes e julgados condene o sujeito tipificando a sua conduta sem que ele se prevaleça desta insignificância.

Neste diapasão, o direito romano advindo com seu raciocínio expõe a sua origem e fundamento histórico se baseando de maneira clara e explícita junto com alguns doutrinadores brasileiros sobre uma possível aplicabilidade deste princípio e quais os pressupostos legais e toleráveis para que o sujeito portador de entorpecentes vá se enquadrar sendo reconhecido como um simples usuário de drogas sem uma tipificação prevista em lei apenas sendo lhe imposta uma pena de medida educacional.

2.1 Fundamento Histórico

A existência da sua aplicação sobre o princípio da insignificância em determinados casos concretos se originou com o Direito Romano, que já observava possibilidades ocorrendo seu reconhecimento depois do fenômeno ocasionado na Segunda Guerra Mundial.

Neste sentido, a doutrina aprecia de modo explícito sendo escrito tal princípio na obra do doutrinador José Henrique Guaracy Rabêlo afirmando que “ a mencionada máxima jurídica anônima, da Idade Média, eventualmente usada na forma *minimis non curat praetor*, tendo o seguinte significado um magistrado deve desprezar os casos insignificantes para cuidar das questões realmente inadiáveis ”.

Desta maneira, em nosso ordenamento jurídico brasileiro previsto no Código de Processo Penal apresenta o fundamento da política Processual Penal do Estado, tendo previsão também na Constituição Federal de 1988 vigentes em nosso País.

2.2 Possibilidades de sua Aplicação

Os requisitos para a uma suposta aplicação deste princípio da insignificância decorrem com posicionamentos doutrinários e precedentes julgados no Superior Tribunal de Justiça, que de tal modo, este princípio deve ser averiguado onde o sujeito pratique uma conduta tipificada expressamente em Lei.

Palavras de Renato Brasileiro:

O Direito Penal não deve se ocupar de bagatelas. Daí a importância do princípio da insignificância, que funciona como causa excludente da tipicidade material, quando presentes os seguintes pressupostos: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

(BRASILEIRO, 2016, p.700).

O doutrinador Fernando Capez, em sua obra manifesta sua opinião no tocante ao princípio da insignificância para o sujeito caracterizado como usuário de drogas ilícitas, apresentando em sua obra que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou em alguns casos possíveis aplicação admitindo e observando pressupostos requisitos para a sua aplicabilidade a depender do caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, traçou alguns vetores para a incidência desse princípio, quais sejam: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) a nenhuma periculosidade social da ação; (iii) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Segundo essa Corte, tais vetores, capazes de descaracterizar no seu aspecto material a

tipicidade penal, não estariam presentes na conduta de portar pequena quantidade de droga.

(CAPEZ, 2018, p.527).

Nesse contexto, é claro observar que ambas as correntes doutrinárias brasileiras apresentam em sua obra posicionamentos advindo de raciocínio conjunto, a fim de trazer na minoria dos casos já julgado um precedente existente do Supremo Tribunal Federal (STF, HC 84.412/SP).

Neste diapasão, o doutrinador Ricardo Antonio Andreucci, aborda em sua obra sobre esta temática apresentando alguns casos concretos com precedentes e julgados no Superior Tribunal de Justiça aonde o posicionamento majoritário dos Ministros não vem admitindo a aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse ilícita de entorpecentes químicos ou naturais para o uso e consumo pessoal. Nesse sentido:

Conforme jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, não se aplica o princípio da insignificância ao delito contido no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Isso porque, trata-se de crime de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida. Precedentes” (STJ – HC 377.737/MS – 5ª T. – Rel. Min. Feliz Fischer – DJe,16-2-2017).

A jurisprudência de ambas as Turmas Criminais deste Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento assente no sentido de que o crime de posse de drogas para consumo pessoal é de perigo abstrato ou presumido, que visa a proteger a saúde pública, não havendo necessidade, portanto, de colocação em risco do bem jurídico tutelado, de tal forma que não há falar em incidência do

postulado da insignificância em delitos desse jaez, porquanto, além de ser dispensável a efetiva ofensa ao bem jurídico protegido, a pequena quantidade de droga é inerente à própria essência do crime em referência” (STJ – AgRg no REsp 1.581.573/RS – 5ª T. – Rel. Min. Ribeiro Dantas – DJe, 9-11-2016).

(ANDREUCCI, 2018, p.299).

Deste modo, observa-se que quando a situação envolve um caso concreto existente no Brasil de usuário de entorpecente ilícito os ministros do Superior Tribunal de Justiça não vêm tolerando de forma alguma e não permite a sua aplicação independentemente de quais circunstâncias o agente se encontrava. Nesse sentido, o sujeito caracterizado como usuário ao portar suas drogas sem autorização e é pego pela autoridade policial responderá por um fato típico e punível já consumado em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, podemos arguir que estamos diante de quantidades relativamente mínimas e não ferindo a esfera social de um modo direto, aonde vem à doutrina brasileira e alguns ministros com entendimentos minoritários do Supremo Tribunal Federal com posicionamentos contrários e divergentes entre ser ou não aplicado o princípio da insignificância em casos que envolvem usuário de drogas, podendo ter averiguação a depender do caso concreto e quais às circunstâncias que o agente se encontrava.

3. O USO DE ENTORPECENTES

O uso unitário de entorpecentes advindo de um consumo contínuo normal ou exagerado de drogas químicas ou natural sendo elas ilícitas onde o sujeito automaticamente cria conseqüentemente uma grande dependência química e psicoativa estando correlacionado supostamente de um modo direto na convivência social do ser humano em sua sociedade civil, onde o Estado impõe uma ação conjunta a partir de políticas no tocante ao aspecto da disciplina da educação, saúde física e mental, relação com seus familiares e assistência social prestado pelos profissionais capacitados.

A Lei de Drogas instituiu um novo órgão denominado Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, com a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

(ANDREUCCI, 2018, p.266).

O Legislador brasileiro que criou a Lei N° 11.343/2006, que se institui no Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (SISNAD), prescreve e aprecia medidas cautelares de prevenção do uso indevido de entorpecentes químicos ou naturais se atentando nos casos existentes quando estamos diante do sujeito caracterizado usuário no disposto artigo 28° desta lei, que ao portar de seus entorpecentes ou substâncias químicas para seu consumo pessoal, seja estes de modo normal ou

exagerado, portanto, essas substâncias que por sua vez irá causar sua dependência com o seu uso contínuo no dia a dia.

4. LEI 11.343/2006 E DISTINÇÃO DE PORTADORES DE DROGAS

A lei prevista em nosso ordenamento jurídico brasileiro atualmente vigente em todo o território nacional de modo explícita expõe para os operadores do direito as situações e suas distinções quando o agente será caracterizado como usuário de entorpecentes disposto no dispositivo 28º e traficantes de entorpecentes no dispositivo 33º desta lei.

Ademais, iremos nos depararmos com penas e punições totalmente distintas a serem aplicadas de medida inteira de justiça a depender do caso concreto envolvendo cada sujeito em sua circunstância encontrada, ou seja, local, quantidade, motivos pelo qual se envolveu na conduta ilícita dentre outros, de modo que os operadores do direito irão se atentar nesses pressupostos para que assim possa fazer valer a lei e suas medidas punitivas expressamente previstas na legislação brasileira.

4.1 Finalidade da Lei 11.343/2006

A lei de drogas, Lei N° 11.343 promulgada no ano de 2006 tendo como objetivo diferenciar o sujeito traficante previsto no artigo 33º do sujeito usuário de drogas previsto no artigo 28º. Neste seguimento, está lei tem como objetivo e finalidade a existência de uma pena justa e condizente com a ação de cada sujeito tendo uma aplicação de pena no decorrer do caso concreto, ou seja, uma pena para o usuário e uma pena para o traficante com medida de inteira justiça, sendo que a conduta do traficante irá ter uma majoração na pena por sua conduta praticada de modo ilícito, quando diante do caso o sujeito usuário poderá se prevalecer e ter como substituição a pena de reclusão para uma pena restritiva de direito.

A expressão caracterizada e descrita como entorpecente ou nome popularmente conhecido na maioria das vezes pelos sujeitos leigos vem discriminado como drogas substância causadora de dependência química e psicoativa, uma vez que, segue a recomendação da Organização Mundial de Saúde (OMS), onde esta Lei é uma norma penal em branco, ou seja, é complementada por preceito administrativo que sendo a Portaria 322/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Portanto, a Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), considerando como entorpecente toda substâncias seja ela natural ou química drogas ilícitas que causam uma dependência química e psicoativa no ser humano usuário.

Porém, esta política nacional de drogas fundada pelo Legislador em nosso ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2005, estabelece fundamentos com pressupostos objetivos, diretrizes e possíveis estratégias para que as ações de redução e a de manda pudessem ser elaboradas de forma articulada e planejada para os sujeitos que se encontram nesta realidade.

Ademais, está premissa prevista na lei 11.343/06, adentra nas diretrizes internacionais, sendo sobre tudo a Organização das Nações Unidas (ONU), correlacionada aos direitos humanos e direitos à saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS).

Cumpri frisar, que o Poder Executivo da União todo ano sem sessar atualiza periodicamente uma planilha com uma grande lista onde consta todo e quaisquer tipos de entorpecente natural ou químico produzidos em todo território nacional, de modo que essa atualização irá dizer aos operadores do direto quando se trata de entorpecentes proibidos para o seu consumo próprio salvo às hipóteses com autorização prevista na letra da lei.

Com tudo, já mencionado há uma proibição em todo o território nacional onde o sujeito produz seus próprios entorpecentes sem autorização, onde essas substâncias ao serem produzidas torna-se a conduta do agente fato típico e caracterizado como ato ilícito, sendo essa produção como exemplo sua própria plantação, cultivo, colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas, sendo o local explorado em seu domicílio ou em terreno alheio de sua posse.

O diploma legal da letra de lei, lei esta número 11.343/2006, expõe em seu artigo 2º, em seu caput, advindo com o parágrafo único, a proibição dessas condutas praticada pelo sujeito mencionado acima;

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso .Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados,

mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

(BRASIL, 2019).

Salienta-se, que há exceções nas hipóteses em casos de autorização legal ou regulamentar onde estabelece a Convenção de Viena e das Nações Unidas sobre as substâncias psicotrópicas, não sendo tipificada conduta ilícita caso o agente porte seu entorpecente e se enquadre nessa situação, não havendo discussão ou quaisquer tipos de repercussão mediante essa autorização.

4.2 Usuário

O diploma legal, da lei 11.343/2006, dispõe no artigo 28º, em seu *caput*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

(VADE MECUM SARAIVA, 27.ed 2019, p.2044).

esta maneira, podemos afirmar que o uso pessoal da substância denominada Droga, destina-se para o seu uso e consumo pessoal, onde o juiz deverá atender a característica da natureza quanto ao seu valor, quantidade da substância apreendida, ao local em que se encontravam os entorpecentes, o usuário e quais os motivos e condições em que se desenvolveram essas ações que de modo explícito estão previsto no §1º desta lei.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

(VADE MECUM SARAIVA, 27.ed 2019, p.2044).

Nesta mesma linha de raciocínio, a corrente doutrinária aprofunda sobre a questão de usuário, arguindo em sua obra cinco verbos que irá trazer características de usuário. Nesta baila escreveu Andreucci;

Conduta: vem representada por cinco verbos: “adquirir” (conseguir, obter, comprar), “guardar” (conservar, manter, ter em depósito), “ter em depósito” (manter armazenado, reservado), “transportar” (levar de um local para outro) e “trazer consigo” (ter em poder, portar). A prática de mais de uma conduta não implica concurso de crimes, mas um único delito (crime de ação múltipla – tipo misto alternativo).

(ANDREUCCI, 2018, p.298).

Cumpri frisar, que a conduta de usuário tem como sujeito ativo qualquer pessoa, se tratando de crime comum. Já o sujeito passivo será o Estado (Coletividade), podendo ocorrer às incidências no meio da sociedade de maneira direta.

É importante destacar, que está modalidade onde o sujeito pratica a conduta de portar seu entorpecente sem autorização não permite hipótese de tentativa em regra; abordando em sua obra Andreucci:

Tentativa: em regra não se admite. Há quem sustente a possibilidade de tentativa na conduta “adquirir”, quando, iniciado o ato executório de aquisição, esse vem a ser interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Nesse sentido, **ainda na lei anterior:** “O crime do art. 16 da Lei n. 6.368/76 é de perigo de dano à saúde pública e de mera conduta. Portanto, consuma-se no instante mesmo em que a ação se inicia. Inadmissível, pois, o reconhecimento da tentativa. Se não houve a tradição do tóxico, ainda que por intervenção policial, impõe-se a absolvição” (TJSP – RT, 622/287).

(ANDREUCCI, 2018, p.298/299).

Deste modo, o sujeito ao adquirir, guardar ou trazer, para o seu uso próprio, substância entorpecente ou que determine sua dependência química, sem a autorização já consumou ato ilícito.

4.3 Traficante

O diploma legal, da lei 11.343/2006, dispõe no art.33º, em seu *caput*, o conceito de traficante:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

(BRASIL, 2019).

Assim, podemos entender que a conduta do agente já abrange em quantidades maiores de entorpecentes, uma vez que, não será apenas uma pessoa utilizando essas substâncias químicas, sendo várias causando um dano direto na sociedade.

Palavras de Andreucci:

Deste modo, podemos dizer que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, e no caso do sujeito passivo o Estado (coletividade); secundariamente, o consumidor da droga.

Em sua obra Andreucci, aprofunda de maneira explícita sobre a questão e os requisitos do sujeito traficante.

Conduta: vem representada por dezoito verbos (importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar e entregar), integrantes do *caput* do artigo, traduzindo tipo misto alternativo, em que a prática de mais de uma conduta não implica concurso de crimes, mas um único delito.

(ANDREUCCI, 2018, p.306).

Neste seguimento, no tocante as outras condutas praticadas pelo sujeito traficante prevista na lei 11.343/2006, expõem explicitamente todas as suas ações e práticas, trazendo em seu dispositivo 33º, §1º, Incisos I, II, III, §2º, §3º e §4º desta lei.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

(VADE MECUM SARAIVA, 27.ed 2019, p.2044).

Neste contexto, a conduta do sujeito traficante prevista nesta lei abrange de maneira total a coletividade da sociedade, uma vez que busca seus fins lucrativo ou não lucrativo a depender de cada situação induzindo o uso seguido de abuso às

substâncias caracterizado como droga para viciar e deixar pessoas da sociedade com dependência química e psicoativa trazendo condutas ilícitas como: destruição familiar, perigo abstrato na sociedade e situações equivocadas dependendo do caso concreto.

Cumpri salientar-se, que a conduta do sujeito caracterizado como traficante está correlacionada sobre a questão também de semear, cultivar ou fazer colheitas sem a autorização ou desacordo com a determinação legal ou regulamentar, utilizando em local proibido ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade ou posse direta em seu poder.

5. ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS

Os principais tribunais colegiados detenham posicionamentos em relação à temática, de modo que cada ministro com sua convicção tem seu posicionamento no teor de sua aplicação entre os casos concreto existente em todo território nacional.

Sendo assim, os operadores da justiça revestidos com o cargo de ministros do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, com ambos os entendimentos em sua maioria pela não aplicação do princípio da insignificância em suas respectivas jurisprudências. Doravante, traçaremos um levantamento com seus precedentes e julgados.

5.1 Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça foi aderido à competência de tornar a interpretação da Lei Federal uniformizada em todo território nacional brasileiro, observando de modo amplo e profundo os princípios constitucionais e a defesa da garantia do Estado de Direito.

A maioria dos Ministros que compõem a Corte possui o posicionamento sobre a não aplicação do princípio da insignificância ao dispositivo 28º previsto na Lei 11.343/06. Neste sentido, a argumentação utilizada vem sobre preocupações com a saúde pública de modo direto ou indireto.

Neste diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, no RHC nº35.920-DF, onde o sujeito caracterizado na disposição do artigo 28º da Lei 11.343/06, não admite a aplicabilidade do princípio da insignificância para o sujeito usuário mesmo se tratando de pequenas quantidades de entorpecentes para o seu uso e consumo pessoal.

5.2 Supremo Tribunal Federal

No tocante, ao referido dispositivo do artigo 102º da Constituição Federal de 1988, é revestido de competência ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Carta Maior em todo território nacional, sendo assim o órgão de cúpula do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, para tornar a conduta praticada pelo sujeito usuário de entorpecente atípica, estabelece em alguns posicionamentos minoritário requisito que dentre eles seja possível à aplicação do princípio da insignificância. Sendo eles; (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

Sendo assim, a 1º Turma do STF, no HC N° 110.475, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, entende-se pela aplicação deste princípio da insignificância, onde a conduta praticada pelo sujeito usuário de drogas porta de maneira ilegal pequena quantidade de entorpecente ilícita sem autorização.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal assim como o Superior Tribunal de Justiça, vem com o entendimento majoritário pela não aplicabilidade sobre o princípio da insignificância, quando diante da situação se trata de substância química ou natural constituída e caracterizada como entorpecentes, sendo o agente caracterizado como usuário previsto em lei adquirindo e portando sua droga ilícita para o seu consumo próprio em seu domicílio ou lugares públicos.

Neste diapasão, podemos verificar de modo notório alguns precedentes e julgados constituindo fato típico e punível previsto em lei, sendo o agente na condição de usuário.

Segue alguns julgados: HC 87.319/PE, Rel. Min. Marco Aurélio; HC 92.287/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 83.191/DF e HC 81.523/PR, Rel. Min. Nelson Jobim. Neste sentido, verifica-se o posicionamento adotado no HC 102.940/ES, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

Sendo assim, os fundamentos utilizados e adotados pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal vem aderindo pela não aplicação do princípio da insignificância, seguindo a mesma linha de raciocínio junto com os ministros do Superior Tribunal de Justiça. Neste diapasão, podemos de maneira clara e explícita aderir um entendimento pacífico na jurisprudência do nosso ordenamento jurídico brasileiro.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o sujeito que se enquadra na condição prevista no dispositivo 28º da Lei 11.343/06 que está atualmente em vigor em todo o território nacional,

consuma-se ato ilícito sem a possibilidade de tentativa na prática de portar seus entorpecentes químicos ou naturais para seu uso e consumo pessoal sem autorização legal, salvo nas hipóteses prevista em lei e nas convenções legais. Pode-se dizer que o princípio da insignificância apesar de existir no Direito Penal Brasileiro tem uma relevância minoritária entre os posicionamentos dos Egrégios Tribunais, sendo apenas o Supremo Tribunal Federal em alguns precedentes e julgados aderirem uma possível possibilidade de sua aplicação. Nesse sentido, vem à doutrina brasileira manifestando sua linha de raciocínio em conjunto destes ministros do Supremo Tribunal Federal arguindo em suas obras bibliográficas que o agente ao praticar o uso indevido de entorpecentes deve ser privilegiado deste princípio não sendo-lhe cabível uma pena de reclusão, ressaltando ainda a doutrina em suas obras bibliográficas que essa conduta de usar entorpecentes sem autorização deve ser considerada como bagatela, pois não prejudica de forma ampla a sociedade onde diante do caso concreto existente possuem e porta quantidades relativamente mínimas não merecendo ser uma conduta típica e punível pelo Legislador, aliais, tem outros casos e situação mais agravantes para se dar-lhe atenção e julgar.

No entanto, o entendimento majoritário é pela não aplicação deste princípio, tendo em vista que o usuário ao portar seu entorpecente sem autorização legal comete um fato típico resultando uma pena de caráter de ressocialização. Salienta-se que o fator principal é prevenir a saúde do agente preocupando com sua integridade física e de forma ampla precaver a sociedade de um possível vício devastador, prioriza-se o princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Neste diapasão, é notório e pacífico apreciar que os posicionamentos adotados pelos Tribunais são totalmente a favor que a conduta seja tipificada, é sabido que cada conduta merece distinção em sua penalidade tendo dosimetria em sua aplicação, é claro que a conduta em questão deve demonstrar periculosidade para que dessa forma seja possível a sua tipificação.

Portanto, a lei aborda a conduta de forma preventiva e com caráter de ressocialização prevendo ainda outras espécies de penas diversas da pena de privação de liberdade evitando as penas de prisão para a conduta especificada no artigo 28º do mencionado diploma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 4. Legislação penal especial. 13. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4. Ed. Salvador: JusPODIVIM, 2016.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância**: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Vade Mecum Saraiva/ Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha – 27. Ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Atribuições, 2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Conheça-o-STJ/Atribuições. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. RHC 35910/DF. 6ª Turma. Recorrente: Lailson Lopes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 20 mai. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DROGAS+E+PRINCIPIO+DA+INSIGNIFICANCIA&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 102.940/ES. 1ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Admilson Pereira dos Santos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 15 fev. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621470>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 102.940/ES. 1ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Admilson Pereira dos Santos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 110475/SC. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cwrghun>. Acesso em: 21 out. 2019.

LEI 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; Prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; Estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas;

Define crimes e dá outras providências. In Diário Oficial da União em 24/8/2006.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 11.10.2019.

AS RELAÇÕES LOCATÍCIAS NA ERA DA PANDEMIA DO COVI-19 E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NO CUMPRIMENTO DAS AVENÇAS

BRUNO MACEDO DA FONTE:

Advogado. Bacharel em Direito. Pós graduado em Direito Público pela UNINASSAU. MBA em Marketing pela FBV. Mestrando pela Faculdade Damas da Instituição Cristã na linha de pesquisa Historicidade dos Direitos Fundamentais. Professor Universitário. Tem experiência na área de Direito Privado.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo a análise do cumprimento das avenças locatícias, em especial o adimplemento ou não do aluguel e as taxas a ele correlatas na locação do imóvel urbano residencial, neste cenário da pandemia do COVID-19. A história do direito será prestigiada, pois o período Vargas foi marcado pela insegurança jurídica nos pactos locatícios, gerando impactos na economia e nas relações sociais. Será abordado as locações por temporada e de longo prazo, bem como a locação por aplicativo, muito difundida na contemporaneidade, bem como a legislação correlata e as iniciativas legislativas que estão por vir.

Palavras-chave: Locação – Obrigações – COVID-19 – segurança jurídica – contrato.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Legislação da locação residencial em perspectiva histórica. 3. O sistema da Lei 8.245/91 que disciplina a locação e os projeto de lei de n.º 1.179/2020 em andamento. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

A sociedade está enfrentando a pandemia do COVID-19 e o complexo funcionamento das relações sociais em época de crise. O atual cenário impõe desafios na compreensão das modificações na sociedade, nas relações de trabalho e nas intervenções estatais nas relações privadas.

O Coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias, no caso da pandemia desse novo agente, foi descoberto em 31 de dezembro de 2019 em Wuhan na China, O vírus atual faz que os portadores deles tenham a doença chamada de coronavírus (COVID-19). (MACEDO, 2020, p.1)

Em decorrência da alta capacidade de transmissão, tem-se adotado a quarentena como solução no combate à transmissibilidade do vírus em destaque. A quarentena consiste no isolamento social, o que implica o não exercício de

atividades escolares, comerciais e prestações de serviços, funcionando apenas aquelas atividades que são essenciais.

Não é objeto de estudo do presente artigo analisar a eficiência de tais medidas, nem tão pouco discutir se devam ser feitas em maior ou menor grau de intensidade, mas sim seus efeitos na locação de imóveis residências urbanas, o que exclui, inclusive os imóveis alugados para fins comerciais.

A relevância do tema é perceptível na medida em que a pandemia que assola o planeta traz novos desafios para a economia, pois é notório que o período de isolamento social trará retração econômica.

A locação de imóvel urbano, como parte do arcabouço social, será objeto de questionamentos jurídicos nesta época de crise, já sendo perceptível nas redes sociais postagens defendendo o não pagamento dos alugueres, inclusive o projeto de lei 1.179/2020 que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus - Covid-19 dispõe sobre o assunto.

Para harmonizar e compreender a realidade surgida na crise atual, *hards cases* não de ser enfrentados. Para análise dos aspectos jurídicos e sociais analise-se a legislação da locação residencial numa perspectiva histórica no Brasil, com enfoque na atividade do rentista urbano na era Vargas (1930 a 1945).

Através da análise histórica da legislação do aluguel no Brasil, tem-se a oportunidade de examinar os impactos do Direito na economia, em especial o congelamento dos aluguéis e seus impactos sociais, passando pela crise habitacional da década de 1940 até o auto empreendimento da casa própria.

Através desta incursão no tempo, é possível compreender o sistema da Lei 8.245/91 que disciplina a locação na atualidade, bem como os impactos deste cenário de incerteza na segurança jurídica dos pactos locatícios residências urbanas que têm peculiaridades e contornos próprios.

2. Legislação da locação residencial em perspectiva histórica

A era Vargas é um período interessante para estudar a legislação dos aluguéis no Brasil, uma vez que no Estado Novo teve destaque a normatização da locação urbana. Neste período, ocorreu o congelamento dos aluguéis e um intenso regramento desta atividade, pelo que se discorre brevemente sobre a legislação compreendida entre os anos de 1942 e 1964.

O rico debate jurídico dessa época, nos abre espaço para compreender o sentido dado ao Estado e seus delineamentos e ambiguidades em torno de questões como democracia, liberdade, cidadania e autoritarismo no nosso país. Também nos possibilita compreender a relação entre Estado e legalidade, entre Estado e Direito naquele período marcado por contradições e ambivalências. (ARAÚJO, 2017, p.2).

Sobre o pretexto do prestígio ao social, o Estado regulamentou fortemente diversas atividades privadas, dentre elas a locação imobiliária, sendo um período sombrio para o setor que sucumbiu ao autoritarismo da época.

A necessidade de construção de um Estado mais forte, para atender às crescentes demandas sociais, foi utilizada como pretexto para aniquilação dos direitos individuais e das franquias democráticas. Esse fenômeno foi intenso nas décadas de 1930 e 1940, com a instauração de regimes totalitários (Alemanha e Itália), ou, mais frequentemente, autoritários (Brasil, durante o Estado Novo). Nestas situações, pode-se falar em Estado Social, mas não constitucionalismo social. (SOUZA NETO, 2014, p. 83-84).

Durante o Estado Novo, através do decreto-lei 4.598/42, iniciou-se uma sequência de leis que disciplinava a locação e congelava o valor dos aluguéis, sob o pretexto de proteger o inquilino. Em seguida sobrevieram os decretos-leis 1569/43, 6739/44, 7466/45, 9669/46, 1300/50, lei n.º 3494/58, 3844/60, 3912/61, 4240/63, dentre outras modificações legislativas.

As diversas versões da Lei do inquilinato promulgadas entre 1942 e 1964, todas restringindo a livre negociação dos aluguéis, tiveram consequências tão amplas que modificaram por completo não só o relacionamento entre proprietários e inquilinos, como a própria produção de moradias para os seguimentos de baixa e média renda (BONDUKI, 2017, p. 218).

As legislações acima mencionadas impactaram diretamente na atividade dos rentistas urbanos. A intervenção estatal ingressou nas liberdades contratuais e congelou os aluguéis, bem como impediu a retomada dos imóveis por parte dos proprietários. Entretanto, na prática, o resultado colhido com a intervenção estatal não foi o esperado, a consequência foi a desorganização do setor de aluguéis e do próprio mercado imobiliário. "O certo é que a interferência governamental

desorganizou e desestruturou o mercado de locação, gerando incertezas e riscos que inexistiam anteriormente, afastando investidores” (BONDUKI, 2017, p. 226).

Para a compreensão do que estava por trás da legislação excessiva do setor, se faz necessário descriptar a linguagem e buscar o verdadeiro sentido do comportamento do Estado. O que se buscava na época era proteger o salário do trabalhador e, como consequência, impedir o aumento do salário, que seria prejudicial ao setor industrial. Também se defendia que com o congelamento, o setor dos rentistas urbanos seria desestimulado e o capital iria para a industrialização, atividade prioritária na época. “Os grandes beneficiados foram os empregadores urbanos, pois passaram a contar com pelo menos parte de seus empregados ou operários abrigados a um custo decrescente, ajudando a reduzir a pressão altista sobre os salários” (BONDUKI, 2017, p. 234).

O risco da legislação excessiva se mostra na encriptação da linguagem, isto é a impossibilidade da sua leitura e entendimento das normas a todos – pode-se normatizar sobre um pretexto na busca de outro. Nesta época, os grandes prejudicados foram os proprietários de imóvel para locação. Mas será que estes proprietários eram os vilões? Ou foram naufragados injustamente?

O conflito entre o direito do proprietário e do locatário é por igual curioso [sic.]. Entre os dois o legislador não hesitou; sacrificou deliberadamente o direito do proprietário. Um interesse social justificou durante algum tempo a decisão: havia crise de habitação e parecia conforme a boa ordem assegurar àqueles que estavam sem casa a prolongação dos seus arrendamentos. Mas quando aquela crise acabou, nem por isso as medidas legais desapareceram. Eram ditadas para a proteção do locatário contra o proprietário; os direitos do primeiro eram vistos com mais favor que os do segundo, que, sendo homem rico ou pelo menos suposto como tal, tinha, por essa razão, que ser sacrificado (RIPERT, 1937, p. 219/220).

É imperioso destacar que o rentista urbano não explora o trabalhador, na verdade há uma relação negocial entre ambos, conforme abaixo bem delineado:

E, portanto, uma deturpação total da relação entre inquilino e senhorio querer equipará-la à que existe entre operário e capitalista. Tratasse, pelo contrário, de um negócio de mercadorias de todo habitual entre dois cidadãos, e este negócio processa-se segundo as leis económicas [sic.] que regulam a venda de mercadorias em geral e a venda, em

especial, da mercadoria: propriedade do solo (ENGELS, 1887, p. 12).

Para a compreensão da situação do rentista urbano da época, é necessário dar voz àqueles que exerciam a atividade naquele recorte histórico, para tanto, divide-se a figura do proprietário em três grupos a fim de desmistificar e compreender o ser humano que está por detrás de determinado segmento econômico.

Primeiramente, há de se observar que a “nova” História começou a privilegiar toda a “atividade humana”, desde os mínimos detalhes, o comum e cotidiano. Tal preocupação explica um relativismo cultural destruidor de tradicionais hegemonias temáticas que distinguem acontecimentos importantes e que merecem ser narrados e outros que devem ser postos de lado e esquecidos. (WOLKMER, 2004, p. 14).

Observam-se algumas facetas propiciadas pela legislação, um grupo de proprietários que detinham o capital e conhecimento técnico conseguia se sobressair do congelamento, através de processos custosos ou acordos com os inquilinos, com o chamado pagamento de luva para o inquilino desocupar o imóvel.

Os proprietários vulneráveis, outro seguimento, acabavam cedendo à força da legislação, viam seus rendimentos se deteriorando e acabavam vendendo a preço baixo sua propriedade. “Todas essas medidas são em favor daqueles que não cumpriram seus compromissos. Aquele que pagou com exatidão no dia devido, é um ingênuo que já não tem direito a nada. [sic.]” (RIPERT, 1937, p. 158).

Nas camadas mais populares vigorava por vezes o uso da força. Assim, em descompasso com o Direito, burlava-se o congelamento através da força na seara da locação nos espaços das classes menos favorecidas. De outro lado, inquilinos manejando a legislação, com aluguéis congelados, subdividiam as propriedades locadas e alugavam pequenos e precários espaços a outros inquilinos. Estes espaços eram muitas vezes chamados de cortiços, o que levavam aos primeiros inquilinos a auferir lucro com o congelamento e normatização excessiva do setor de alugueres.

O período Vargas enriqueceu alguns que souberam lidar com a legislação, seja manobrando processos, seja com o uso da força, mas também levou a ruína o grupo de rentista hipossuficiente, notadamente aqueles que não detinham o conhecimento técnico ou força para salvaguardar sua propriedade frente a atuação estatal. No mesmo sentido, a legislação não salvaguardou o elo mais carente que passou a morar nos cortiços urbanos, portanto, se faz necessário uma leitura crítica dos fatos para compreender os movimentos atuais em torno da locação urbana. “É

necessária uma reflexão sobre a natureza do passado humano a fim de distanciar-se das falsas linearidades e continuidades que tanto infectam as abordagens históricas do direito, trazendo consigo, como vimos, consequências tão nefastas.” (FONSECA, 2012, p. 115).

É possível assim verificar que o rentista urbano difere do empregador e que o aluguel por ele auferido é um negócio, estando afeito a fatores externos, inclusive à legislação estatal.

Primeiro, esquece-se que o aluguer da casa tem não só de pagar os custos da construção mas também de cobrir as reparações e o valor médio de dívidas incobráveis, alugueres não pagos, bem como de eventuais períodos em que a habitação esteja vazia, e, finalmente, de pagarem amortizações anuais o capital investido na construção de uma casa que com o tempo se vai tornando inabitável e sem valor (ENGELS, 1887, p. 12).

A referida normatização também afetou a construção civil, pois com a decadência do aluguel, a atração dos investidores desapareceu. O fato foi tão marcante que a legislação, no decorrer de sua mutação, regravava que novas propriedades não estavam sujeitas ao congelamento e outras restrições. Tal prescrição veio tarde demais, visto que a insegurança gerada já havia mergulhado o setor da construção civil em uma crise.

O período em análise foi sombrio e cruel, fomentou a desigualdade, estimulou a má-fé, naufragou a construção civil e levou diversos hipossuficientes à ruína. Tendo a mão do Estado, em uma hipótese concreta, massacrado o setor econômico atrelado à locação imobiliária.

3. O sistema da Lei 8.245/91 que disciplina a locação e os projeto de lei de n.º 1.179/2020 em andamento.

O Código Civil de 1916 disciplinava a locação imobiliária, em 1921, sobreveio o Decreto Legislativo 4.403 que vigorou até 1928, este continha 14 artigos e disciplinava prazo de locação, pagamento e despejo. Como já mencionado no item anterior, sucederam as legislações da era Vargas que ocasionou insegurança jurídica.

Neste período, constata-se uma relação entre inquilinos e proprietários bastante conturbada, conflituosa. À época, a marchinha de carnaval “Daqui não saiu”, do final da década de 1940, retrata de forma bem humorada, o problema da

falta de habitação. Esta marchinha na verdade era um protesto diluído em face do deficit habitacional, do surgimento dos cortiços e da insegurança jurídica.[1]

Frente aos conflitos entre locador e locatários, em 1991, logo após a promulgação da Constituição Cidadã, de 1988, no mesmo caminho que o Código de Defesa do Consumidor, sucedeu a publicação da Lei 8.245/91 com a finalidade de proteger o hipossuficiente, que na visão do legislador é o inquilino. Esta legislação disciplinou de forma detalhada a locação residencial, prevendo prazos mínimos, regrado o despejo e protegendo o inquilino de práticas prejudiciais.

Em 2009, a Lei de Locação de Imóveis sofreu forte alteração. Com a finalidade de modernizar e alavancar o setor, na tentativa de desburocratizar e facilitar o acesso ao imóvel objeto de locação, a principal alteração foi a previsão expressa de concessão de liminar para o despejo do inquilino inadimplente, cujo contrato não tivesse garantia.

Sem dúvida, seria absurdo negar que as transformações económicas tiveram uma grande influência sobre a evolução do nosso direito. A criação da grande indústria, o desenvolvimento dos grandes meios de transportes, a organização do crédito transformaram as condições da produção e da venda; novas formas de riqueza aparecem e ganharam uma importância que os redactores do Código Civil não podiam suspeitar. Foi necessário adaptar o nosso direito a essa economia nova [sic.]. (RIPERT, 1937, p. 6).

A intenção do legislador foi facilitar a locação de imóveis por parte do inquilino que não pudesse oferecer garantia, sendo um avanço a tentativa legislativa em dar velocidade aos processos que se enquadrem na nova sistemática.

A locação na atualidade é regida pela Lei n.º8.245/91 que normatiza a locação urbana e disciplina o aluguel residencial basicamente em duas etapas: a locação de longo prazo e a locação por temporada.

A locação por longo prazo é a realizada pelo prazo mínimo de 30 meses, conforme reza o artigo 46 da Lei n.º 8.245/91, tendo um detalhado regramento, inclusive com tipos penais que criminalizam algumas práticas, como por exemplo, exigir mais de uma modalidade de garantia no mesmo contrato de locação. Já a locação por temporada é aquela celebrada pelo prazo não superior a 90 dias.

Quando se analisa a atividade do rentista urbano há de se diferenciar a locação do imóvel puro e simples, dos imóveis alugados com móveis; como

também as locações de longo prazo das de curto prazo, nesta última se incluem as locações por meio de aplicativos.

Aqui, a história pode ter um papel fundamental, para através do passado, em especial a era Vargas, criar um elo com o presente e o futuro, na busca da tutela desta nova ordem social.

Frente ao cenário de crise, surge questionamentos sobre a continuidade e cumprimentos das avenças nas relações locatícias. Sobre o tema está em tramitação o projeto de lei de n.º 1.179/2020 que em síntese veda a concessão de liminar em processo de despejo e prevê que os locatários residenciais que sofrerem alteração econômico-financeira, decorrente de demissão, redução de carga horária ou diminuição de remuneração, poderão suspender, total ou parcialmente, o pagamento dos alugueres vencíveis a partir de 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020.

A iniciativa do ponto vista social é relevante, porém há de se observar a história e compreender que na contemporaneidade temos três grupos distintos de locadores, os detentores de capital e técnica; os hipossuficientes e os locadores nas camadas mais populares.

Além disso, há a locação por longo prazo e curto prazo, locação com móveis e sem móveis, logo em que pese a urgência ante a velocidade com que os fatos acontecem em época de pandemia, as diversidades aqui apontadas não de ser observadas, sob pena de mais uma intervenção estatal que pode desarranjar o setor.

Refleta-se, sem a distinção entre locação de curto e de longo prazo, qual a segurança jurídica do locador que aluga seu imóvel mobiliado para quem deseja por algum motivo realizar a quarentena em local diverso de sua residência? Qual o amparo aos idosos que tem sua renda atrelada aos frutos civis do aluguel? Será que tal determinação genérica alcançará os inquilinos de baixa renda que habitam as comunidades? Qual o impacto de mais uma intervenção estatal na atividade do rentista urbano no setor da construção civil? Haverá diminuição na oferta de imóveis para aluguel ou ocorrerá um maior rigor nas contratações, como o retorno da exigência de fiador, prejudicando assim o acesso daquele que busca um imóvel neste momento de crise?

A influência estatal neste cenário de crise é um desafio enorme, o risco da omissão quanto da intervenção é alto, pelo que em que pese a urgência com que as decisões não de ser tomadas, há de se resgatar o passado para solidificar a conduta a ser seguida.

O risco é, para Beck, um estágio intermediário entre a segurança e a destruição, e a percepção dos riscos ameaçadores determina o pensamento e a ação. No risco, o passado perde o seu poder de determinar o presente. É o futuro, algo que é construído, não existe, que constrói o presente, e os riscos são sempre locais e globais, assumindo uma dimensão transescalar. (MENDES, 2015, p. 212).

Estes são apenas alguns questionamentos factíveis, as respostas podem ser encontradas no texto acima que trata da locação na era Vargas que repita-se sofreu forte intervenção estatal e ao final só prejudicou os hipossuficientes, seja no lado do inquilino ou do locador, pois os rentistas urbanos hipossuficientes viram seu patrimônio e renda naufragarem e a proteção aos inquilinos de baixa renda não se concretizou, pois prevaleceu o uso da força nestas relações negociais.

4. Conclusão.

O período atual reverbera uma intensa necessidade de reflexão dos arranjos sociais, a cada dia o cenário muda, as incertezas são postas na mesa e a sociedade experimenta um trauma coletivo.

A locação de imóveis como demonstrado ao longo do artigo é atividade muito antiga, consagrada pela sociedade e disciplinada pelo Direito. O presente trabalho ocupou-se de realizar um recorte histórico sobre o assunto com a finalidade de reverberar reflexões sobre o tema e não o esgotar, haja vista a impossibilidade momentânea, pois os reclames sociais estão em ebulição e de difícil mensuração.

O tema habitação seja em que modalidade ou contexto for estudado sempre será um tema muito sensível para a sociedade. Pois, como narrado nas páginas acima, uma intervenção do legislativo pode ter efeitos colaterais severos, como também sua omissão pode amargar o sentimento de trauma coletivo experimentado pela sociedade.

A pandemia do medo gera um *hard case* para o Direito, pois a nova realidade não se subsumi perfeitamente às normas vigentes. O que não significa que não haja Lei que se aplique ao caso concreto, gerando desafios para o Estado em lidar com a nova ordem social.

Caso a União e os demais entes federativos optem por legislar sobre o assunto, uma boa solução é a observação do programa Legislar Melhor da União Europeia, a fim de que a norma possa contribuir com a pacificação social em um momento turbulência e incerteza.

Feitas estas considerações, espera-se ter contribuído para o debate, sem ter a intenção de ter a palavra final sobre a temática tratada, mas sim contribuir com a discussão acadêmica sobre a mesma que é tão relevante para a sociedade, pois alberga questões de viés social, econômica e jurídica.

5. Referências:

ARAÚJO, Gabriel Frias; BOUCAULT Carlos Eduardo de Abreu. **Direitos sociais e autoritarismo nos anos Vargas.** 2017. Disponível em: <https://sites.usp.br/pesquisaemdireito-fdrp/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/gabriel-frias.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2018.

BONDUKI, Nabil. **Origens da habitação social no Brasil:** arquitetura moderna, lei do inquilinato e difusão da casa própria. São Paulo: Estação Liberdade, 2017.

ENGELS, Friedrich. **Para a questão da habitação.** 1873. Disponível em: http://resistir.info/livros/engels_q_habitacao.pdf. Acesso em 02 abr. 2020.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito.** Curitiba: Juruá, 2012. p. 89-148.

MACEDO, Yuri Miguel; ORNELLAS, Joaquim Lemos; BOMFIM, Helder Freitas do. **COVID – 19 NO BRASIL: o que se espera para população subalternizada.** Disponível em http://www.revistas.uneb.br/index.php/encantar/article/view/8189/pdf_1. Acesso em 02 abr. 2020.

MENDES, José Manuel. **Ulrich Beck:** a imanência do social e a sociedade de risco. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **DIREITO CONSTITUCIONAL:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 69-96.

RIPERT, Georges. **O regime democrático e o Direito Civil Moderno.** São Paulo: Livraria Acadêmica – Lg. Ouvidor, Saraiva & Cia, 1937.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NOTA:

[1] Daqui não saio, marchinha carnavalesca de composição de Paquito e Romeu Gentil, em 1949: "Daqui não saio. Daqui ninguém me tira. Onde é que eu vou morar?"

O senhor tem paciência de esperar!Inda mais com quatro filhos. Onde é que vou parar?”.

REFLEXÕES SOBRE O TRÁFICO DE PESSOAS

VICTÓRIA MIEKO DE OLIVEIRA GONDO:

Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil, campus de Fernandópolis-SP

Trabalho de Conclusão de Curso, artigo científico, apresentado como exigência parcial da habilitação profissional de Bacharel em Direito da Universidade Brasil, campus de Fernandópolis-SP, orientador(a) temático Professor(a) Me. **Marco Antônio Colmati Lallo** e metodológico Me. **Erica Cristina Molina dos Santos**.

RESUMO: Este artigo traz reflexões e chama atenção para o tema “Tráfico de Pessoas”, com abordagem para os Direitos Humanos, alinhavado pela parceria entre a Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e o IEDC – Instituto de Estudos Direito e Cidadania, que estabelece diretrizes para Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, aprovada pelo Decreto 5.948, de 26 de outubro de 2006. Tendo como finalidade de contribuir para a cultura de respeito aos direitos humanos, especialmente para a proteção da dignidade e integridade das pessoas em situação de tráfico ou os mais vulneráveis a esta situação. A metodologia empregada é a da revisão bibliográfica, estando dividida didaticamente em três capítulos. O primeiro capítulo trata da evolução histórica do tráfico de seres humanos, de modo que possa ser compreendido o seu conceito e natureza, diante da legislação brasileira. O segundo capítulo analisa o perfil dos traficantes e das vítimas, bem como as formas de recrutamento e aliciamento das mesmas. Por fim, o terceiro capítulo trata-se dos direitos humanos no Brasil junto com as políticas públicas em defesa deles e os princípios as diretrizes a prevenção e a repressão da nova Lei em vigor 13.344/2016. Estima-se que o tráfico de pessoas a nível mundial, seja o comércio ilícito que mais se especializou, se organizou e movimentou a sociedade civil e governamental, na busca de seu combate. Ainda que seja um tema latente, muitos desconhecem a gravidade que envolve esse tema, muitos não acreditam que exista esse tipo de conduta, mais na verdade um grande número de pessoas é beneficiado por explorarem a vida de terceiros.

Palavras-chaves: Tráfico de Pessoas; Direitos Humanos; Vítimas de Exploração.

ABSTRACT: This article reflects and draws attention to the theme “Trafficking in Persons”, with an approach to Human Rights, aligned with the partnership between the National Secretariat of Justice of the Ministry of Justice and the IEDC - Law and

Citizenship Studies Institute, which establishes guidelines for the National Policy against Human Trafficking, approved by Decree 5,948, of October 26, 2006. Its purpose is to contribute to a culture of respect for human rights, especially for the protection of the dignity and integrity of persons who are trafficked or most vulnerable to this situation. The methodology used is the bibliographic review, being didactically divided into three chapters. The first chapter deals with the historical evolution of human trafficking, so that its concept and nature can be understood, under Brazilian law. The second chapter analyzes the profile of traffickers and victims, as well as the ways of recruiting and enticing them. Finally, the third chapter deals with human rights in Brazil along with the public policies in defense of them and the principles the guidelines for prevention and repression of the new law in force 13.344 / 2016. It is estimated that trafficking in persons worldwide, the most specialized illicit trade, has organized and moved civil and governmental society in the pursuit of its fight. Although it is a latent theme, many are unaware of the gravity surrounding this theme, many do not believe that such conduct exists, but in fact a large number of people benefit from exploiting the lives of others.

Keywords: Human trafficking; Human Rights; Exploitation victims.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. TRÁFICO DE SERES HUMANOS . 2.1 - Evoluções Históricas e Conceito. 2.2 - Tráfico de Pessoas e seu Enfrentamento como forma de proteção aos Direitos Humanos. 2.3 - A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2.4 - Algumas conclusões a partir dos muitos Desafios e Perspectivas. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O enfrentamento ao tráfico segundo o entendimento da pesquisa é daqueles poucos temas que conseguem unanimidade no que diz respeito à indignação e à perplexidade: de como podemos, em pleno século XXI, aceitar que seres humanos sejam escravizados e comercializados? (SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013)

O tráfico de seres humanos é um fenômeno que cresce extraordinariamente na sociedade atual. Impulsionado por diversos elementos, como a pobreza, instabilidade econômica, déficit educacional, falta de informações, política e social, preconceitos em relação a gênero e raça, guerras, globalização, leis deficientes, entre outros, o crime tem se expandido e dominado o mercado, envolvendo principalmente o comércio o internacional. (BALBINO, 2017)

E que atualmente centenas de milhares de pessoas cruzam os oceanos em busca de um sonho, do desejo de mudança de vida e de situação econômica melhor,

buscando a inclusão na sociedade de consumo, tentando fugir das dificuldades diárias, como fome, pobreza, violência e criminalidade.

Mais adiante, afirma que a grande porcentagem dessas pessoas são mulheres e muitas vezes até crianças em tenra idade, deixando os seus países de origem, para engrenar em uma viagem onde muitas vezes sem volta, nas mãos de quadrilhas internacionais interessadas em sua exploração, tratando-as como escravas e aumentando o crescimento do mercado sexual.

Este delito é considerado um problema antigo, ao qual o mundo democrático ocidental pensava estar extinto. Se estabelecendo como um verdadeiro vilipêndio à dignidade humana e tornando-se um fenômeno real, possuindo forma multidisciplinar e complexa. (PINHEIRO, 2017)

Em outro ponto da pesquisa sobre tráfico de pessoas, o entendimento é o de que o Brasil, é ao mesmo tempo exportador e importador de pessoas em situação de tráfico humano. E que os desafios para superar essa chaga são inúmeros: desde a necessidade de mudanças na legislação que contemplem as peculiaridades do crime do tráfico, passando pelo fortalecimento institucional e pela necessidade de apoiar e assegurar a sustentabilidade de organizações da sociedade voltadas à proteção dos grupos mais vulneráveis da sociedade. (SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013)

2. TRÁFICO DE SERES HUMANOS

2.1 - Evoluções Históricas E Conceito

De acordo com Borges Filho, 2005, o tráfico de seres humanos teve seu início na Antiguidade, devido a grandes batalhas entre povos, em busca de territórios para serem explorados, no qual o exército que saísse perdedor seria escravizado pelo povo vencedor, com o objetivo de aumento na população e deste modo comercializar a mão-de-obra dos que se tornavam escravos.

Com o início das grandes navegações para explorar novas terras, os europeus utilizavam-se da mão-de-obra de escravos negros, que eram fornecidos principalmente pelo continente africano que tinha baixo poder de resistência a outros continentes com alto poder econômico, com a ideia de povoar as terras descobertas, no qual seriam colônias de sua metrópole.

A escravidão, podia também ser exercida pelos criminosos ou aquelas pessoas que não pagavam suas dívidas. Nesse mesmo contexto, a autora continua seu pensamento, detalhando mais o funcionamento do período da escravidão pelo mundo:

A escravidão negra, de natureza étnica ou racial, integrava o sistema produtivo da época, e o senhor exercia, licitamente, direito de propriedade sobre o escravo. Ter escravos era sinal de status e poder, mesmo porque consistia em um alto investimento.(RODRIGUES, 2013 p. 56).

No entanto, o tráfico de seres humanos é uma realidade muito antiga, mas há uma grande diferença do tráfico de pessoas na era da escravidão para os da atualidade, sendo que nos dias de hoje esse fato é ilegal, tornando um dos crimes que mais viola os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana. (RODRIGUES, 2013).

Mesmo após o abolicionismo, a escravidão não cessou, mas pelo contrário, com o desenvolvimento da globalização e dos avanços tecnológicos o tráfico de pessoas apenas progrediu, e se tornou um dos crimes organizados transnacionais que mais auferem lucros na atualidade.

Damásio de Jesus, (2003, p.08) acrescenta algumas características sobre o tráfico de seres humanos, no qual se refere a um requisito essencial que é a “[...] presença do engano, da coerção, da dívida e do propósito de exploração. [...] O que importa é que o traficante impede ou limita seriamente o exercício de seus direitos, constrange sua vontade, viola seu corpo”.

O que se tem é a restrição da liberdade da pessoa, que é um direito fundamental perante o ordenamento jurídico pátrio, e está inserido em nossa Carta Magna em que determina:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (BRASIL, 1988).

Nesse mesmo raciocínio, Cícero Rufino Pereira (2007, pg. 97) conceitua o tráfico humano:

Consiste na atitude de alguém (o aliciador) enganar dolosamente ou coagir a vítima, apropriando-se de sua liberdade por dívida ou outro meio, sempre com o propósito de transferi-la a outro país ou a outra região dentro de um mesmo país, para fins de diversos tipos de exploração.

Noutro ponto, Thaís de Carmargo Rodrigues (2013, p. 72 - 73) define a finalidade do tráfico de pessoas, no que se segue:

A finalidade do tráfico de pessoas é a exploração, de qualquer natureza. Consiste ela em ganhar dinheiro com a pessoa traficada, transformando-a em objeto, que pode ser comercializado e explorado. [...] A renda obtida com o tráfico de pessoas é contínua, advinda da exploração.

O Escritório da Nações Unidas sobre drogas e crime define tráfico de pessoas, da seguinte forma:

O tráfico de pessoas é uma forma moderna de escravidão. A maioria das vítimas é composta por mulheres, crianças e adolescentes que são aliciadas para exploração sexual ou mão-de-obra escrava. [...] A globalização - o fluxo intensificado de pessoas, capital e informação - gera grandes oportunidades no desenvolvimento internacional, mas também cria riscos e abre espaço para o crime organizado transnacional. Por isso é mais fácil hoje traficar uma pessoa que no século passado, ou há duzentos anos. O tráfico humano ocorre tanto no âmbito doméstico quanto no internacional. É uma violação aos direitos humanos que precisa ser enfrentada por todos os países. (UNODC, 2015).

Diante dessas definições, o tráfico de pessoas está inserido como uma forma de crime organizado transnacional e tem sua estrutura facilitada pela globalização, trazendo seu principal elemento a exploração do ser humano como uma forma de escravizá-lo e retirar a sua liberdade, com o objetivo central de obter lucros para si, o que consiste em um crime que mais viola os direitos humanos, comparando o ser humano como uma coisa, omitindo toda a dignidade humana existente.

No entanto, o tráfico de seres humanos consiste em diversas formas de abuso, sendo a exploração sexual a que possui mais repercussão mundial, mas pode se dar de outros modos como para adoção ilegal, trabalho escravo forçado, remoção de órgãos e outras variadas modalidades de explorar o ser humano. (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2009).

Dorchen Leidholdt (1999 apud Jesus, 2003, p.19) elenca as principais causas do tráfico internacional de seres humanos, no que consiste:

A ausência de direitos ou a baixa aplicação das regras internacionais de direitos humanos; a discriminação de gênero, a violência contra a mulher; a pobreza e a desigualdade de oportunidades e de renda; a instabilidade

econômica, as guerras, os desastres naturais e a instabilidade pública.

Nesse sentido, uma das principais causas que ocasiona o tráfico de pessoas é a violação dos direitos humanos e fundamentais de todo indivíduo. Com o desemprego em alta, a péssima qualidade na saúde e na educação, a falta de informação, a discriminação de mulheres e negros, a forte desigualdade econômica e social que é existente em toda parte do globo, o baixo nível de qualidade de vida, tudo isso leva a uma grande vulnerabilidade no que versa no tráfico de seres humanos. (OIT, 2009).

Esses direitos estão presentes na Constituição Federal de 1988, que assim determina:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).(BRASIL, 1988).

As crianças e mulheres são mais vulneráveis a serem exploradas, principalmente em países subdesenvolvidos, onde seus direitos são violados constantemente e a legislação deixa muito a desejar. (JESUS, 2003)

Devido ao aumento desse delito e as inúmeras violações de seus direitos, foi aprovado o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças no ano de 2000 e promulgado pelo nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004.

2.2 - Tráfico de Pessoas e seu Enfrentamento como Forma de Proteção aos Direitos Humanos

A concepção contemporânea segundo Borges Filho, 2005 é de que os direitos humanos integram uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, com traços que permitem a conciliação entre catálogos de direitos civis e políticos e de direitos sociais, econômicos e culturais, e precisam de um patamar mínimo de democracia. Como os direitos humanos são tema que abriga uma diversidade de direitos, há um esforço contínuo nos âmbitos local, regional e internacional para estabelecer instrumentos próprios dedicados às temáticas específicas de acordo com as violações praticadas e com os direitos humanos ameaçados ou violados.

A Convenção de Palermo e seus Protocolos Adicionais (ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000) são marcos no tratamento da liberdade e da autodeterminação como direitos humanos universais e inalienáveis, os quais integram o rol de direitos fundamentais e somente podem se consolidar de acordo com valores democráticos. Nesse mesmo sentido, outras normas e tratados que versam sobre temas relacionados ao enfrentamento ao tráfico de pessoas, como os relativos à dignidade no trabalho, direitos da mulher, direito à saúde, direito das crianças e adolescentes, direitos dos estrangeiros etc., dão a diretriz de como combater esse crime.

O reconhecimento do tráfico de pessoas como uma violação aos direitos humanos (pelo já comentado Protocolo de Palermo – ONU, 2000) é um instrumento a mais a possibilitar a realização de liberdades e direitos fundamentais e a expandir capacidades e habilidades básicas das pessoas para que usufruam de seus direitos e escolham seu modo de viver. Nesse sentido, as ações contra o tráfico de pessoas são um veículo para efetividade da dignidade da pessoa que requer a constante construção e manutenção das bases materiais para a vida com dignidade. Daí a importância das políticas públicas que minimizem a vulnerabilidade de grupos mais

sujeitos ao tráfico humano, bem como das ações que acolham as pessoas em situação de tráfico.

Além dos documentos internacionais específicos, sob a ótica dos direitos humanos, a partir da concepção de que os povos têm direito à autodeterminação e de que a garantia de todas as liberdades é fundamental para o ser humano viver com dignidade, o tráfico de pessoas é uma violação que pode ser enfrentada com base em diversos documentos internacionais de direitos humanos, entre os quais destacamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); o Pacto de São José da Costa Rica (1969). No que toca à busca de concretização dos direitos humanos no âmbito regional, vale destacar que o Brasil é Estado-Parte na Convenção Americana desde 1992 e que está submetido à competência contenciosa da Corte desde 1998, de acordo com o artigo 62 da Convenção.

Desse modo, a construção do sistema normativo no plano internacional - fundado em valores e princípios que resguardam o exercício e a fruição dos direitos humanos e possibilitam a prevenção da sua violação, desde a Declaração Universal de 1948 — é o lastro para que os Estados, inclusive o brasileiro, passem a trabalhar no plano jurídico interno e, principalmente, em suas Constituições valores e garantias que proporcionem o patamar de dignidade necessário para que cada indivíduo possa viver com liberdade, dentro das suas possibilidades, das suas opções e das suas concepções.

É consenso entre pesquisadores e defensores dos direitos humanos que as obrigações para garantir e defender os direitos humanos devem ser cumpridas pelo Estado (âmbito local) na medida de suas possibilidades e de sua boa-fé. E, quanto ao ETP (Enfrentamento ao Tráfico de pessoas), o Estado Brasileiro tem demonstrado boa-fé: assumindo o ETP como assunto merecedor de especial atenção na sua agenda de direitos humanos e tem procurado combater esse tipo de violação com a realização das tarefas de prevenção, repressão e responsabilização (indicadas na Convenção de Palermo e nos seus protocolos adicionais), mediante a criação de uma agenda própria, adaptada à realidade brasileira.

O enfrentamento ao tráfico de pessoas está intrinsecamente ligado aos valores democráticos espalhados em diversos dispositivos da Constituição, entre os quais se pode destacar: a cidadania e dignidade humana (art. 1º, II e III); o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV); o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, inciso IX); a garantia de igualdade no gozo dos direitos individuais entre os residentes no país,

nacionais ou estrangeiros (art. 5º); os direitos sociais (art. 6º: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à infância, assistência aos desamparados); a ordem econômica conformada aos ditames da justiça social para assegurar a todos existência digna (art. 170); a ordem social baseada no primado do trabalho e com objetivo de proporcionar bem-estar e justiça sociais (art. 193).

A previsão de direitos fundamentais que dão respaldo às ações de enfrentamento ao tráfico de pessoas ganha uma dimensão concreta em 29 de janeiro de 2004, com o depósito, pelo governo brasileiro, do instrumento de ratificação da citada Convenção de Palermo e seus Protocolos adicionais na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas. Após esse depósito, houve a publicação dos Decretos 5.015, 5016 e 5017, todos de 12 de março de 2004, documentos que formalizaram os compromissos assumidos, permitindo o desenvolvimento de políticas públicas em nível local para o enfrentamento dessas graves violações aos direitos humanos.

Após, em 2006, é lançada a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, veiculada por lei federal. As formas de exploração listadas expressamente na Política Nacional são as três mais conhecidas: a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual; o trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão e a servidão; a remoção de órgãos. Nessa lei que institui a Política Nacional, há a diretriz expressa no sentido de que o consentimento da vítima não afasta a responsabilidade dos perpetradores nem o dever do Estado de acolher as pessoas em situação de tráfico. A partir da edição dessa Política, foi possível a discussão para elaboração o Plano Nacional, lançado em 2008.

Com a vivência das situações reais de violação aos direitos humanos por meio do tráfico de gente como mercadoria, notou-se a importância de diferenciar o tratamento de cada uma das finalidades do tráfico de pessoas para o seu enfrentamento adequado e racional. Ficou claro que as medidas para prevenir o crime, resgatar e acolher as vítimas e punir os criminosos variavam de acordo com o objetivo da “comercialização” da vítima e de sua apropriação pelo perpetrador. Ao mesmo tempo, a percepção de que há diferenças e graus de fragilidades/vulnerabilidades entre as vítimas foi tida como fator decisivo para a reflexão sobre as ações para sua reinserção na sociedade e no mercado de trabalho.

A posição do governo brasileiro, em discurso proferido pelo Secretário Nacional de Justiça, Paulo Abraão, na Assembleia Geral da ONU, em maio de 2013, que tratava da implementação do “Plano Global de Ação de Combate ao Tráfico de Pessoas” (ONU, 2010), guarda pertinência com o argumentado:

A Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional e seus três protocolos enfatizam a necessidade de lutarmos contra a delinquência. O Brasil acredita que, para fazerem frente eficazmente ao tráfico de pessoas, as políticas públicas devem focar não somente nas ações de repressão, mas também nas ações de prevenção e de ajuda às vítimas.

Por outro lado, uma estratégia adequada e eficaz de combate ao tráfico de pessoas deve assegurar o respeito aos direitos fundamentais. Cabe destacar que o Brasil se comprometeu a aumentar a proteção ofertada aos estrangeiros indocumentados e outros grupos vulneráveis, como a comunidade LGBT, que são vítimas do tráfico de pessoas. É relevante também destacar a necessidade de prestar especial atenção à desigualdade de gênero e todas as formas de discriminação contra a mulheres, que são origens importantes de tráfico de pessoas, tanto nos países de origem quanto nos países de destino. Por outra parte, o sexismo e a discriminação de gênero são especialmente cruéis com as mulheres que sobrevivem ao tráfico, as quais normalmente são discriminadas pela sociedade depois de sobreviverem à situação, incapazes de se reintegrarem e, às vezes, forçadas a regressar às redes do tráfico.

A política do Brasil para combater o tráfico de pessoas foi formulada e é executada por uma ampla gama de atores, que inclui agências governamentais e atores não governamentais. O modelo de governança brasileiro permite a participação em grande escala da sociedade civil. Este é um tema transversal e a solução dos problemas a ele relacionados deve se basear nos esforços da sociedade como um todo.

O Brasil não é somente “exportador” de vítimas, mas também “importador”. Nesse sentido, é de sua importância transcrever trecho do Relatório sobre Tráfico de Pessoas, produzido pelos Estados Unidos, no ano 2012, por retratar a atual situação brasileira:

O Brasil é um grande país de origem de homens, mulheres e crianças submetidos ao tráfico sexual no país e no exterior, assim como de homens e crianças para trabalho forçado no país. Em grau menor, o Brasil é destino e trânsito de homens, mulheres e crianças usados no trabalho forçado e no tráfico

sexual. Um número significativo de mulheres e crianças brasileiras é explorado para o tráfico sexual no país, e a Polícia Federal reportou índices mais altos de prostituição infantil no Nordeste. Um grande número de mulheres brasileiras é encontrado no tráfico sexual no exterior, quase sempre em países europeus, como Espanha, Itália, Portugal, Reino Unido, Holanda, Suíça, França e Alemanha, também nos Estados Unidos e em destinos mais distantes como o Japão. Algumas mulheres e crianças brasileiras também são submetidas ao tráfico sexual em países vizinhos, como Suriname, Guiana Francesa, Guiana e Venezuela. Em menor escala, algumas mulheres de países vizinhos são exploradas pelo tráfico sexual no Brasil. Alguns transgêneros brasileiros são forçados à prostituição no país, e alguns homens e transgêneros brasileiros foram explorados pelo tráfico sexual na Espanha e na Itália. (SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013 p. 90)

A divulgação das rotas de destino e origem das vítimas é mais um elemento a fortalecer o argumento de que ainda é preciso maior atenção no fomento da cooperação jurídica internacional, com o objetivo de reprimir e punir o Tráfico de Pessoas na origem e no destino, com estabelecimento de Termos de Cooperação Técnica do Brasil com outros países. Como alento, vale destacar a atual posição do governo brasileiro, no já mencionado discurso do Secretário Nacional de Justiça na Assembleia da ONU (em maio de 2013), que indica a percepção da necessidade da cooperação entre países:

A cooperação internacional, incluído o aperfeiçoamento do Plano de Ação Mundial das Nações Unidas, deve estar baseada na responsabilidade compartilhada e na melhor coordenação entre os países de destino, trânsito e origem, com vistas à proteção das vítimas e à punição dos traficantes e daqueles que se beneficiam destes crimes.

Creemos que a consolidação de uma rede global para proteger e assistir às vítimas desestimularia a demanda e evitaria uma nova vitimização. Por outra parte, a responsabilidade compartilhada não deve afetar aqueles que legitimamente buscam melhores condições de vida em outros países. (SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013 p. 90 - 91)

Por isso, a atenção ao estrangeiro em situação irregular em virtude de ter sido contrabandeado não pode ser tratada de forma desvinculada da questão do tráfico

de pessoas. A exploração/violência sofrida pelos estrangeiros em situação irregular no país em decorrência do tráfico humano ou do contrabando não pode ser ignorada na construção da política brasileira de ETP. Nas rodadas de elaboração do II PNETP (Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas), o tema foi discutido e a posição dos especialistas foi no sentido da necessidade de haver um “esforço de padronização” para que o tráfico humano seja gênero e o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes sejam espécies de violação contra os direitos humanos:

A abrangência da expressão “tráfico de pessoas” e a sua correta e compreensível aplicação demanda um esforço de padronização, de modo a incluir não somente o tráfico de pessoas em sentido estrito, em que a vítima é submetida a uma situação de violência ou fraude, mas também o contrabando de migrantes, na medida em que as diferentes situações de risco a que pessoa se acha exposta aumentam as possibilidades da exploração ilegal ou da prática de alguma atividade ilícita. A exploração ilegal e a atividade ilícita são os fins aos quais se destinam tanto o tráfico de pessoas como o contrabando de migrantes, ainda que as pessoas que trafiquem ou contrabandeiem não sejam as mesmas que aqueles que exploram ilegalmente.

Essa assertiva é justificada pelos seguintes fatores: 1º) o fato de que a vítima de tráfico, por violência ou fraude, quando no território de outro país, ali se encontra, na grande maioria das vezes, em situação ilegal; 2º) muitas hipóteses de tráfico de pessoas estão dissimuladas em comportamentos que se caracterizam como mero contrabando de migrantes; 3º) a exploração ilegal ou a atividade ilícita a que se acha exposta a vítima, como a exploração sexual, o trabalho forçado, a extração de ilegal órgãos, dentre outros, têm como objeto não somente a vítima que é traficada no sentido estrito, mas também aquele que imigra ilegalmente; 4º) o bem jurídico tutelado tanto no tráfico de pessoas em sentido estrito, como no contrabando de migrantes, é a mesma dignidade humana, traduzida na preservação da vida e da integridade física e psíquica, no exercício de direitos básicos, como saúde e educação. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013 p. 91 - 92)

Essa argumentação guarda toda a lógica sob a ótica das medidas protetivas e garantidoras da dignidade e integridade do ser humano. Especialmente nas modalidades exploração sexual e trabalho escravo, o TP guarda estreita relação com movimentos/fluxos migratórios, apesar da distinção existente entre TP e contrabando de migrantes. Em ambos os casos, a situação de vulnerabilidade das vítimas que ingressam num país estrangeiro e ficam totalmente sujeitas à rede criminosa é potencializada. Por isso, mesmo que, em determinada situação, a tônica seja problema de migração ou de ordem pública ou, ainda, de desmantelamento da organização criminosa, o tratamento deve ser sempre integrado e sob a perspectiva dos direitos humanos e mesmo do direito humanitário. Nesse esteio, destaca-se a concepção de que o tráfico de pessoas é um conceito aberto e que se amolda à proteção dos direitos humanos, como a exposto pela OIT – Organização Internacional do Trabalho:

Hoje, quando se discute a implementação do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, avaliamos que a temática do tráfico de pessoas parece estar se consolidando no campo dos debates e reflexões sobre a violação dos direitos ao trabalho e à migração, ficando redimensionada sua ênfase inicial, outrora restrita ao tráfico de pessoas para prostituição e/ou exploração sexual. De qualquer maneira, o campo temático e político do tráfico de pessoas continua incorporando os diálogos já iniciados entre as diferentes áreas identificadas acima, suas sugestões (em termos de alterações legislativas, políticas públicas e dotações orçamentárias) e críticas.

Nesse sentido, qualquer trabalho de *advocacy* na área de tráfico de pessoas no Brasil, para chegar a bom termo, precisa necessariamente ter ciência deste histórico e compreender que tráfico de pessoas é um conceito heterogêneo, cuja unidade se dá no constante diálogo e tensão entre áreas temáticas que lhe precederam e lhes são coetâneas. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013 p. 92 - 93)

Certamente não se defende a inexistência de regras e condições impostas pelo Estado em que a pessoa se encontra, mas sim o acolhimento do ser humano que esteja em situação de tráfico, seja estrangeiro ou nacional, seja migrante ilegal ou legal, já que esta é uma situação especial, anormal e de alta vulnerabilidade. É uma situação limite e que deixa a pessoa sujeita à degradação de seus valores essenciais quando não lhe aproxima do risco de morte.

Nota-se que a construção doutrinária dos países em que há normas mais severas para migração (Europa Central e Estados Unidos) é no sentido de distinguir o contrabando de migrantes do tráfico de pessoas, com afastamento da presunção de violência para o caso da pessoa contrabandeada, com base no seu consentimento. A argumentação é de que: a) o migrante contrabandeado tem conhecimento do ato criminoso e consente com a ação; b) sua exploração cessa com a chegada ao destino; e c) o contrabando é um crime transnacional. Essa interpretação, apesar de correta, não deixa de ser estranha, já que na prática as vítimas do tráfico humano tendem a ser afetadas mais severamente. E ainda: a irregularidade/ilegalidade na documentação da pessoa contrabandeada a torna uma presa fácil de grupos criminosos, inclusive para ser escravizada e passar à categoria de vítima do tráfico de pessoas.

No Brasil, não se pode aceitar esse tipo de interpretação por força do que a legislação dispõe sobre o consentimento da vítima, ou melhor, sobre a irrelevância do consentimento. A presunção de vício no consentimento prevista no Protocolo de Palermo é uma diretriz que foi incorporada no cenário brasileiro sem restrições e com avanço, já que na Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas não há qualquer condicionamento aos meios empregados pelos perpetradores para caracterização de vício no consentimento. Aliás, a concepção constante na lei brasileira é de que o "consentimento dado pela vítima é irrelevante para configuração de tráfico de pessoas"

A irrelevância do consentimento na Política de ETP em nosso país decorre da concepção da vulnerabilidade e de hipossuficiência da vítima em todas as situações de tráfico humano e indica que toda construção conceitual e todo o esforço no combate a este crime estão centrados na figura da vítima, na proteção de seus direitos.

Esse sentido é inegavelmente uma clara opção do Brasil pela abordagem do tema sob a ótica dos direitos humanos. As consequências do afastamento do consentimento estão presentes nas formulações das agendas de reforma legislativa penal e de atuação (vide II PNETP), além de refletirem na construção da jurisprudência e da doutrina pátria.

2.3 - A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico De Pessoas

No âmbito interno, para cumprir as obrigações previstas no Protocolo de Palermo, o Brasil tem implementado medidas para a prevenção do crime, para proteção às vítimas e para a responsabilização dos envolvidos.

Em 2006 foi instituída a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Os princípios direcionadores dessa Política são: respeito à dignidade da pessoa; não

discriminação por motivo de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, atuação profissional, raça, religião, faixa etária, situação migratória ou outro status; proteção e assistência integral às vítimas diretas e indiretas, independentemente de nacionalidade e de colaboração em processos judiciais; promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos; respeito a tratados e convenções internacionais de direitos humanos; universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas. A Política também estabelece as diretrizes gerais para o ETP, bem como diretrizes específicas de acordo com cada eixo de atuação: prevenção, repressão e acolhimento às vítimas.

Em janeiro de 2008, foi aprovado o I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP), cujo prazo de implementação terminou em 2010. O I PNETP visava a dar uma resposta ao problema em três grandes eixos de atuação, mencionados no Protocolo de Palermo como estratégicos para um enfrentamento efetivo: a) prevenção ao tráfico de pessoas; b) repressão ao crime e responsabilização de seus autores; c) atenção às vítimas. Neste I Plano, ao lado de medidas repressivas, típicas do Estado, notou-se o envolvimento de ONGs e órgãos públicos do executivo federal e estadual e também instituições como o Ministério Público, Defensorias Públicas, entre outros, para cumprimento de tarefas que contribuíssem para o fortalecimento da vítima (inclusive a vítima em potencial/grupos vulneráveis) e para a prevenção desse tipo de crime, numa perspectiva de direitos humanos. No âmbito da prevenção e das parcerias, o esclarecimento para a população em geral do que significa a expressão Tráfico de Pessoas foi um dos avanços mais notáveis alcançados pelo governo brasileiro.

Em fevereiro de 2013, o Decreto 7.901 instituiu a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (integrada pelo Ministério da Justiça, Secretaria de Políticas para as Mulheres e Secretaria de Direitos Humanos) para coordenar a gestão estratégica e integrada da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e dos Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. São atribuições da Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: analisar e decidir sobre aspectos relacionados à coordenação das ações de enfrentamento ao tráfico de pessoas no âmbito da administração pública federal; conduzir a construção dos planos nacionais de enfrentamento ao tráfico de pessoas e coordenar os trabalhos dos respectivos grupos interministeriais de monitoramento e avaliação; mobilizar redes de atores e parceiros envolvidos no enfrentamento ao tráfico de pessoas; articular ações de enfrentamento ao tráfico de pessoas com estados, Distrito Federal e municípios e com as organizações privadas, internacionais e da sociedade civil; elaborar relatórios para instâncias nacionais e internacionais e disseminar

informações sobre enfrentamento ao tráfico de pessoas; subsidiar os trabalhos do Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, propondo temas para debates.

O Decreto que instituiu a Coordenação Tripartite também criou o CONATRAP – Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (no âmbito do Ministério da Justiça), com o objetivo de articular a atuação dos órgãos e entidades públicas e privadas no enfrentamento ao tráfico de pessoas. Entre as atribuições do CONATRAP relacionadas no instrumento normativo, vale mencionar: propor estratégias para gestão e implementação de ações da Política Nacional de ETP; propor o desenvolvimento de estudos e ações sobre o ETP; acompanhar a implementação dos planos nacionais de ETP; articular suas atividades àquelas dos Conselhos Nacionais de políticas públicas que tenham interface com o ETP, para promover a intersetorialidade das políticas; articular e apoiar tecnicamente os comitês estaduais, distrital e municipais de ETP na definição de diretrizes comuns de atuação, na regulamentação e no cumprimento de suas atribuições.

O II PNETP foi aprovado pela Portaria Interministerial 634, publicada no DOU de 26/02/2013. Esse II Plano, construído de forma participativa e democrática, terá duração de quatro anos (de 2013 a 2016) e parte da experiência da execução do Plano anterior (2008 a 2010), apropriando-se dos desafios na implementação da Política Nacional (2006). Os objetivos desse Plano estão delimitados em ações que deem visibilidade ao tema, com a sensibilização e mobilização da sociedade, e proporcionem um conhecimento mais sofisticado, atento e difuso das situações de tráfico humano e das formas de enfrentamento. As finalidades desse II PNETP, no entanto, não são diferentes do anterior, mas sim mais focadas na importância da informação e no seu alcance pelo público em geral e especialmente pelos envolvidos no ETP.

Nesse sentido, os objetivos do Plano vão da ampliação e aperfeiçoamento de órgãos envolvidos no enfrentamento ao tráfico de pessoas ao fomento, inclusive com capacitação dos profissionais, e fortalecimento da cooperação entre órgãos públicos, organizações da sociedade civil e organismos internacionais no Brasil e no exterior, passando pela produção e disseminação de informações sobre o tráfico de pessoas e as ações para seu enfrentamento.

O II Plano chega em 2013 acompanhado da já mencionada coordenação tripartite da Política Nacional de ETP e também pelo já aventado CONATRAP. Além disso, uma boa nova da Portaria que institui o Plano é a criação do Grupo Interministerial de Monitoramento e Avaliação do II PNETP (art. 3º), que funcionará no âmbito do Ministério da Justiça. Entre suas atribuições, além das esperadas para monitoramento e avaliação, é interessante a previsão de que o Grupo estabeleça

uma metodologia de monitoramento e avaliação do II PNETP. Esse dispositivo é um legado do aprendizado na execução da política pública de enfrentamento no Brasil e uma clara indicação do avanço no tratamento do tema no âmbito local. A prática da última década no cenário brasileiro demonstrou as dificuldades de atuação no Enfrentamento ao Tráfico Humano sem dados sistematizados.

Ao mesmo tempo, há uma lógica de transversalidade e/ ou intersectorialidade na implementação da política local de enfrentamento que traz boas perspectivas, já que no traçado do II PNETP devem-se levar em consideração e respeitar as políticas setoriais já existentes. A partir dessas políticas, as estratégias específicas para o enfrentamento ao tráfico de pessoas são desenhadas e executadas.

Outra característica interessante é que ações previstas no II PNETP dependem da articulação entre os três níveis do pacto federativo. Desse modo, é importante que os atores governamentais dos níveis estaduais e municipais desenvolvam as metas do Plano.

O trabalho em rede — com atores e órgãos de setor público e privado, como Ministério Público, Judiciário, Defensorias Públicas, Núcleos Estaduais de Enfrentamento, Postos de Atendimento (municipais e estaduais), Comitês de Enfrentamento, Movimentos Sociais, Organizações não Governamentais etc. - também é considerado de extrema relevância no Plano, inclusive na etapa repressão.

O II PNETP prevê cinco linhas operativas: 1) aperfeiçoamento do marco regulatório para fortalecer o ETP; 2) integração e fortalecimento das políticas públicas, redes de atendimento, organizações para prestação de serviços necessários ao ETP; 3) capacitação para o enfrentamento ao tráfico de pessoas; 4) produção, gestão e disseminação de informação e conhecimento sobre tráfico de pessoas; 5) campanhas e mobilização para o ETP. Cada linha operativa descreve uma série de atividades e metas para os próximos quatro anos.

O II Plano abraça a ideia de que a construção de alicerces para o ETP precisa de valores e mecanismos democráticos, bem como de um Estado comprometido com o respeito e a promoção de tais valores, mas principalmente atento para impedir injustiças sociais, culturais e econômicas, provocadas, inclusive, pelas demandas de mercado ou por posturas sexistas e preconceituosas em relação a grupos vulneráveis, como mulheres e homossexuais. Nesse sentido, muitas das atividades previstas em cada uma das linhas operativas do II PNETP iluminam as necessidades dos vulneráveis, dos excluídos e dos discriminados, possibilitando que as políticas públicas sejam pensadas e desenhadas de modo participativo, para atender aos mais frágeis.

Da leitura das atividades previstas em cada linha operativa, nota-se que o tema foi tratado de forma holística, com a percepção de que o êxito do II Plano vem da integração entre órgãos e da capacitação de todos. Há uma visão da necessidade de se criar e consolidar uma cultura de educação para o Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Nesse sentido - apenas para exemplificar com algumas atividades - na linha operativa 2, que versa sobre políticas públicas para ETP, há previsão de criação e implementação de protocolo nacional para atendimento à vítima; dotação orçamentária para custear o retorno das vítimas às comunidades as quais desejem regressar; Disque 100 e Ligue 180 ampliados, internacionalizados e divulgados; estratégia para a incorporação do tema do tráfico de pessoas ao atendimento do SUS – Sistema Único de Saúde; inventário nacional de serviços de acolhimento temporário que atendem ou possam atender vítimas de tráfico de pessoas; campo que contemple as vítimas de tráfico de pessoas incluído no CadÚnico – Cadastro Único para Programas Sociais; e também “Ações de inclusão produtiva e de enfrentamento à evasão escolar de populações vulneráveis ao tráfico de pessoas realizadas, em particular lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais”.

Ainda sobre essa linha operativa (linha 2) e a seguinte, que prevê ações para *capacitação para o enfrentamento ao tráfico de pessoas* (linha 3), são muitos os desafios para os próximos anos de execução do II Plano. Entre eles, destacam-se a estruturação de uma “retaguarda” para receber as pessoas em situação de tráfico. Esse suporte requer medidas que envolvam diversas vertentes: desde a criação, manutenção e ampliação de abrigos sigilosos até a implantação de protocolos de atendimento/tratamento a serem seguidos pelos profissionais de saúde, com viés para detectar casos de tráfico de pessoas; e, ainda, desde o estabelecimento de programas que permitam a inclusão socioeconômica das pessoas em situação de tráfico (também das vítimas em potencial), com articulação entre os programas de proteção já existentes, com a finalidade de não as revitimizar e não as colocar novamente em situação de risco, até a capacitação dos operadores do direito para que possam trabalhar com maior profundidade na revisão do modelo normativo, principalmente o penal, tanto para o alinhamento dos tipos ao conceito de tráfico de pessoas do Protocolo de Palermo como para a exclusão de normas que criminalizam as vítimas.

Em relação à linha operativa 4, que versa sobre *a produção, gestão e disseminação de informação e conhecimento sobre tráfico de pessoas*, muito há de ser realizado nesses próximos anos: a organização e a implantação de um sistema transparente de informações (com dados quantitativos/qualitativos, estratégias de monitoramento das políticas públicas voltadas ao enfrentamento do tráfico de pessoas e elaboração de um fluxograma nacional de atendimento aos casos de

Tráfico de Pessoas) com vistas a produzir dados/relatórios oficiais e também para proporcionar o monitoramento das ações. Além disso, esse monitoramento permanente da rede de enfrentamento ao TP deve ter como enfoque especial as ações desenvolvidas pelo Poder Público, por meio dos Núcleos e Postos Humanizados de Atendimento aos Migrantes (postos implantados nos aeroportos, rodoviárias, portos, lugares de trânsito das vítimas em deslocamento).

É possível que a execução do II Plano, com êxito na implementação de grande parte das medidas previstas, aumente a exposição dos casos ao poder público para repressão e acolhimento das vítimas, já que esta ainda é precária. Exemplo do afirmado é o diagnóstico preliminar sobre o tráfico de pessoas no Brasil, apresentado no final de 2012 pelo Ministério da Justiça e pelo Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime. Nele, são constatadas 475 vítimas entre os anos de 2005 e 2011. Desse total, 337 sofreram exploração sexual e 135 foram submetidas a trabalho escravo 137. Note-se que não há menção a um caso sequer de tráfico de órgãos. Esses dados são interessantes exatamente por refletirem a fragilidade das ações judiciais de repressão e responsabilização, já que é sabido que o número de crimes dessa natureza e também de vítimas é infinitamente maior do que o judicializado.

A falta de tipificação das condutas por lei prejudica a responsabilização criminal com o processamento e condenação dos perpetradores. Certamente os protocolos antitráfico (de tráfico de pessoas e de combate ao contrabando de migrantes), ao serem incorporados à legislação brasileira, trouxeram um “mandato de criminalização internacional” que, nas palavras de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, são uma “modalidade de ordem de criminalização, desta feita vinda de tratado ou convenção internacional, e não diretamente da Constituição, como ocorre nos crimes hediondos”. Mas a previsão, em nosso ordenamento, de tipos penais que abarquem as diversas práticas criminosas correntes quando do tratamento de gente como mercadoria ainda é tarefa inconclusa e desafiadora.

2.4 - Algumas Conclusões a partir dos muitos Desafios E Perspectivas

A experiência na implementação da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (2006) — que vem à tona com o início da execução do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (fevereiro de 2013) e com as discussões em andamento sobre a necessidade de mudanças na legislação - realça a importância do tratamento do tráfico de pessoas sob a ótica dos direitos humanos.

Certamente, ainda há muitos obstáculos a serem ultrapassados até se chegar a um desenho razoável no enfrentamento ao tráfico de pessoas, com mecanismos que possibilitem um equilíbrio, uma segurança mínima às vítimas (potenciais e efetivas)

e um patamar razoável de justiça, com a responsabilização dos agentes que integram as redes criminosas especializadas na exploração de seres humanos para fins de tráfico.

No entanto, apesar das dificuldades, é inegável que a população brasileira está mais esclarecida e há um esforço do governo e dos atores públicos e privados para compreender e enfrentar o tráfico de pessoas. Acreditamos que, no cenário atual, o enfrentamento ao tráfico de pessoas já é uma tarefa incorporada à agenda brasileira de direitos humanos.

Como conclusões desta pesquisa, destacamos:

1. O Brasil caminha para uma fase mais madura da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. E o lançamento do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas confirma essa impressão/constatação.

Nesse sentido, vemos uma lógica de transversalidade e/ou intersetorialidade em toda a implementação do II Plano, que é extremamente eficaz, principalmente se a prática for de levar em consideração as políticas setoriais já existentes (políticas para mulheres, para atendimento à saúde, aos migrantes, políticas para redução de vulnerabilidade ou para empoderamento de grupos específicos etc.) e, a partir daí, desenhar estratégias específicas para o enfrentamento ao tráfico de pessoas.

2. No âmbito da repressão e responsabilização, destacamos que as medidas para o enfrentamento ao tráfico de pessoas ultrapassam os limites da execução da Política Nacional ou mesmo do II Plano. Por isso, entendemos que é preciso que sejam incorporados ao nosso ordenamento jurídico tipos penais que abarquem as diversas práticas criminosas correntes no tratamento de gente como mercadoria, numa aproximação com as ordens de criminalização do Protocolo de Palermo. Ao mesmo tempo, reitero os argumentos já apresentados neste texto no sentido de que as pessoas em situação de tráfico - estrangeiras ou brasileiras, mulheres, gays, transexuais, trabalhadores ou pessoas que se acham aptas a venderem um órgão de seu corpo - são sempre vítimas e devem ser tratadas como tal.

Sob o enfoque da proteção e acolhimento à vítima estrangeira, consideramos importante destacar que as ações para reprimir e prevenir o crime de tráfico de pessoas têm maior relevo para migração de pessoas sem tantos recursos financeiros, que buscam melhor qualidade de vida ou de sobrevivência em nosso país. Para esses estrangeiros, deve-se procurar suprir as lacunas existentes no ordenamento brasileiro, na estrutura de acolhimento das vítimas e nas ações de capacitação, com informações adaptadas à realidade do migrante no Brasil, já que há um risco bem maior de que algo dê errado, mesmo

em situações de migração que se mostram lícitas a princípio (por exemplo, a vinda para trabalhar lícitamente pode se transformar em um programa de graves violações aos direitos humanos apenas depois de algum tempo da chegada ao país).

3. Sob a ótica dos direitos humanos, além das ações e normas de repressão ao crime, devemos lembrar que o enfrentamento ao tráfico de pessoas contempla uma gama de ações que dependem do esforço e da ação do Legislativo, do trabalho do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Judiciário, dos órgãos de segurança e serviços de inteligência - nacional e internacional -, dos órgãos envolvidos na cooperação internacional, dos movimentos sociais, das organizações privadas de defesa dos direitos de grupos vulneráveis ou de defesa dos direitos humanos etc., com foco no acolhimento das pessoas em situação de tráfico e sua reinserção na sociedade e no mercado de trabalho.

4. Também é essencial que sejam oferecidos incentivos às instituições de ensino e outras organizações públicas ou privadas que possam produzir conhecimento e dados para pesquisa sobre o tema do tráfico de pessoas. O espaço para divulgação desse conhecimento produzido também é uma necessidade que não se pode deixar de incentivar. Aliás, os resultados da produção científica precisam ser compartilhados com os outros atores que participam das ações de enfrentamento, como estratégia para a melhoria da Política de Enfrentamento. Por isso, não adianta apenas a publicação de estudos em periódicos e livros que têm um número restrito de leitores, mas é necessário que esse material seja transformado em relatórios e outros tipos de material voltado para público leigo. Ao mesmo tempo, tornam-se relevantes o compartilhamento das práticas exitosas e a construção de uma base teórica e legislativa que forneça subsídios consistentes para prevenir, enfrentar e superar esse crime.

5. Os atores brasileiros já sabem e reconhecem que a mudança de paradigma no enfrentamento ao tráfico de pessoas começa pela valorização das ações de prevenção - atingindo e protegendo as vítimas em potencial, as pessoas que em tese estejam mais vulneráveis às violações praticadas no tráfico de pessoas - e de acolhimento da vítima. Nesse enfoque, o enfrentamento tem como prioridade/diretriz a oferta de suporte para (re)construir o futuro dessas vítimas, pautado em valores ligados à equilibrada distribuição dos bens essenciais para usufruir uma vida digna e com liberdade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os primórdios de nossos tempos, o Tráfico de Pessoas teve como principal objetivo subjugar o ser humano, independentemente de idade, sexo ou raça,

sempre no intuito deliberado de sua pretensa posse ou propriedade, e ao menor custo.

Neste aspecto, os perniciosos traficantes se valem da vulnerabilidade de grupos sociais ou de indivíduos, em extremo estado de penúria, como pobreza, dificuldades de moradia, alimentação, saúde, perspectiva de vida, ou seja, dificuldades cotidianas de sobrevivência de uma pessoa e sua família.

A pesquisa atingiu seus objetivos propostos inicialmente no sentido de possibilitar uma ampla reflexão sobre o tráfico de Pessoas, sua legislação, políticas públicas e sociais.

Desde modo verifica-se a necessidade e a importância da implementação de políticas governamentais como forma de combater este crime secular e muito bem organizado, que cada vez mais vem dizimando e destruindo as perspectivas sociais da humanidade.

Como possibilidades, apresenta-se a institucionalização de uma rede proteção e assistência integral às vítimas, preparada para a identificação dos casos e seu atendimento humanizado, como também, capacitada para atuar no âmbito da prevenção para que as pessoas assistidas tenham acesso aos seus direitos.

O atual cenário político brasileiro vem investindo na construção de políticas voltadas à prevenção e ao enfrentamento ao tráfico de seres humanos. E a sociedade civil tem um papel de destaque nesse cenário.

O Tráfico de Pessoas voltou à agenda política pelo Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. O aspecto multidimensional do Tráfico de Pessoas é reconhecido, bem como ministérios são convidados a participar da elaboração das iniciativas acima referidas.

Todas as formas de exploração ao Tráfico de Pessoas e mencionadas no Protocolo Anti-tráfico Humano, incluindo o trabalho forçado e práticas similares à escravidão, e a remoção de órgão, são oficialmente consideradas tráfico de pessoas.

É de substancial importância destacarmos, que o Brasil vem se tornando uma referência internacional, de acordo com a Organização Internacional do Trabalho - OIT, no combate ao trabalho escravo, o que poderá facilitar a implementação de boas práticas (assim com a prevenção de más práticas).

O conhecimento brasileiro acerca da erradicação do trabalho escravo, apesar das sempre bem vindas críticas construtivas, é de fundamental importância para o

frequente desenvolvimento de ações conjuntas para o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas-PNETP.

Apesar da prostituição forçada e o trabalho escravo serem problemas de natureza diversa, no fundo possuem vários elementos e pontos em comuns; desde modo, as estratégias para o seu enfrentamento, também poderão ter pontos em comum, evitando, entretanto, a fragmentação e superposição de ações.

O Protocolo Anti-tráfico Humano não deixa a menor dúvida, que ambos são tipos de exploração de pessoas.

Pela análise dos dados disponíveis, acerca de tais problemas, ambos se desenvolvem em terreno de atuação de redes criminosas transnacionais organizadas, levando à constatação de que a responsabilidade pelo seu enfrentamento deve ser assumida em nível mundial, com a colaboração de toda a comunidade civil organizada, com maior ênfase para os países diretamente envolvidos, quer na condição de exportadores, quer na de destinatários.

O Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas constitui um dos temas que mais alcançam unanimidade, no tocante a indignação e perplexidade, porque é inconcebível, que no século XXI, aceite-se a comercialização e a escravização de seres humanos.

Logo esta pesquisa de extrema importância e de relevância mundial, possibilitando uma profunda reflexão sobre o tema, e ao mesmo tempo agilizando sua propagação. Pois, sua disseminação através da publicação possibilitará novas reflexões, construções de saberes acerca do tema.

De modo que as ações, projetos, programas e políticas governamentais, que vêm sendo desenvolvidas e implementadas ao longo do tempo pelo Governo Nacional, mediante convênios protocolares, a sociedade civil organizada, vem sendo abraçada pelo apoio maciço das associações organizadas e mundialmente reconhecidas, já que o que se busca enfrentar, são organizações criminosas transnacionais, com potente poder econômico e financeiro, em detrimento de uma sociedade civil e um governo ainda em organização, há muito a ser feito na perspectiva do combate, enfrentamento e assistência integral às vítimas.

Deve ser ressaltado, que ainda que o Governo Federal, tenha implantado o Conselho Nacional de Enfretamento ao Tráfico de Pessoas - CONATRAP, e representar uma conquista de extrema relevância, cuja finalidade é articular a atuação dos órgãos e entidades públicas e privadas, em um país continental como o Brasil, com enormes estados fronteiriços, a sua lenta implementação, demandam uma maior celeridade, nunca perdendo de vista, que para o êxito do enfrentamento ao tráfico de pessoas, a implementação deve ser simultânea, para que os casos

sejam identificados e sejam implementadas as políticas públicas voltadas de combate e assistência as vítimas.

Como recomendação, e para acelerar o processo de diretrizes da Política Nacional de Assistência Social, deve ser implementado de modo simultâneo em todos os estados da federação, com acompanhamento do Ministério Pública e de auditorias, os casos que se denota Tráfico de Pessoas, contribuindo desta forma para uma maior efetividade e visibilidade para o crime, que acomete toda sociedade mundial.

Recomenda-se treinamento específico e especializado, capacitando os efetivos do Estado neste enfrentamento, no sentido de integrar o quanto antes a rede de enfrentamento através da implantação dos Núcleos Estaduais.

Deve ser ressaltado que o Governo Federal tem envidado esforços para alcançar a efetivação da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, mas todo este esforço tem demonstrado ser incipiente na maioria dos Estados da Federação.

Na perspectiva do Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, sugere-se também a implementação de políticas públicas de prevenção do Tráfico de Pessoas e de ações de conscientização e sensibilização da sociedade. Além da instituição da Matriz Nacional para Formação em Tráfico de Pessoas nas esferas do jurídico, das políticas de educação (nos níveis de formação básica, fundamental e médio) da assistência social, segurança pública, e demais áreas, já que trata-se de uma matéria nova, e que os profissionais não apresentam competência técnica-teórica e metodológica para este enfrentamento, já desde a identificação do crime.

Ressalte-se que os projetos de formação profissional não traz no seu bojo tamanha especificidade nem de formação, nem de atuação profissional.

Outro indicador importante identificado na realização da pesquisa foi a inexistência do sistema de registro, legislação, estatísticas e\ou um banco de dados oficiais que contribuam com a proteção integral da vítima e conseqüentemente assegure sua cidadania.

Estes sistema e legislação, são fundamentais para impulsionar a implementação de políticas públicas.

Valendo destacar também a relevância para o Brasil de um projeto de lei que tipifique de modo claro e não deixe nenhuma dúvida sobre o Tráfico de Pessoas como crime, além da criação de um Sistema Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Tais iniciativas ao serem adotadas pelo Governo Federal por certo consolidarão a democracia pautada pelo estreito compromisso com a efetivação dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BALBINO, Vanessa Alves Nery. **Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual**. – Macaé, 2017. 78 f.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília: Diário Oficial, 1940. Brasília. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 30.09.2019.

BRASIL. **Constituição da República**. Brasília: Diário Oficial, 1988. Brasília. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em 30.09.2019.

BRASIL. Decreto Federal nº 5.015, de 12 de março de 2004. - **Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 30.09.2019.

BRASIL. Decreto Federal nº 5.016, de 12 de março de 2004. **Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea**.

BRASIL. Decreto Federal nº 5.017, de 12 de março de 2004. **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**.

BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. p. 539. Organização de Fernanda Alves dos Anjos [et al.]. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O que é tráfico de pessoas?** Brasília. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 30.09.2019.

JESUS, Damásio De. **Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças** – Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Felipe Poyares. **Tráfico de Pessoas Para o Fim de Exploração Sexual**. 2015. 319 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6978/1/Felipe%20Poyares%20Miranda.pdf>>. Acesso em 30.09.2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Cidadania, Direitos Humanos e Tráfico de Pessoas**. Brasil, 2009. Disponível em: <www.oit.org.br>. Acesso em 30.09.2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combate à Exploração Sexual e Trabalho Escravo. Brasil**: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2009. Disponível em: <www.oit.org.br>. Acesso em 30.09.2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 182 **sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil**. Disponível em: <www.oit.org.br>. Acesso em 30.09.2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Enfrentamento do Tráfico de Pessoas no Brasil (2004-2011) – Avaliações e Sugestões de Aprimoramento de Legislação e Políticas Públicas – Projeto de Combate ao Tráfico de Pessoas**. Brasil, 2009. Disponível em: <www.oit.org.br>. Acesso em 30.09.2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Manual de Capacitação sobre Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Brasil, 2009. Disponível em: <www.oit.org.br>. Acesso em 30.09.2019.

ORSINI MARTINELLI, João Paulo. **Tráfico e consentimento: Uma breve reflexão**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. [IBCCRIM]. São Paulo: n.º 221, abril de 2011.

PEREIRA, Cícero Rufino. **Efeito Fronteira, Tráfico Internacional de Pessoas e Direitos Humanos**: o caso de Bela Vista (Brasil) e Bella Vista Norte (Paraguai) / Cícero Rufino Pereira; orientador: Sérgio Ricardo Oliveira Martins – Corumbá/MS, 2012, 91 p. Disponível em: <<http://ppgefcpn.sites.ufms.br/files/2016/01/Cicero-Rufino-Pereira.pdf>>. Acesso em 30.09.2019.

PINHEIRO, Esthefanny. **Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual: O crime do século XXI, rentável e silencioso**. 2017. 18 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso de direito – Universidade de Cuiabá, Cuiabá, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.pgskroton.com.br/bitstream/123456789/20078/1/ESTHEFANNY%20ADRIANNY%20PINHEIRO%20SILVA.pdf>>. Acesso em 30.09.2019.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. **O Tráfico Internacional de Pessoas para Fim de Exploração Sexual e a Questão do Consentimento**. 2012. 204 f. il. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SALGADO, Rafael de Azevedo Rezende. **A atuação do Ministério Público do Trabalho no Combate ao Tráfico de Pessoas**. Revista do Ministério Público do Trabalho, n. 06, Campo Grande, 2012.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **II Plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas**. Secretaria Nacional de Justiça. – Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

Sites Relacionados:

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR–Disponível em: <www.acnur.org/portugues/>.

Conselho Nacional de Justiça -Disponível em: <www.cnj.jus.br/>.

Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região - Disponível em: <www.prt2.mpt.gov.br/>.

Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região - Disponível em: <www.prt15.mpt.gov.br/>.

Ministério Público Federal – Disponível em: <www.prsp.mpf.mp.br/>.

Ministério Público do Estado de São Paulo – Disponível em: <www.mpsp.mp.br/>.

Ministério da Justiça – Disponível em: <www.mj.gov.br/>.

Ministério do Trabalho e Emprego - Disponível em: <www.trabalho.gov.br/>.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo – Disponível em: <www.oabsp.org.br/>.

Presidência da República - Disponível em: <www.planalto.gov.br/>.

Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania – Disponível em: <www.justica.sp.gov.br/>.

Superior Tribunal de Justiça – Disponível em: <www.stj.jus.br/>.

Supremo Tribunal Federal – Disponível em: <www.stf.jus.br/>.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Disponível em: <www.tjsp.jus.br/>.

United Nations Office on Drugs and Crime - Disponível em: <www.unodc.org/>.

PENSÃO ALIMENTÍCIA – POSSO COBRAR DOS AVÓS ???

EDILENE PEREIRA DE ANDRADE:

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Uninove.

Nos termos da lei, os parentes, os cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Para a fixação do valor a ser pago, no entanto, devem ser observadas as necessidades de quem precisa e os recursos da pessoa que ficará obrigada ao pagamento dos alimentos.

Isso implica dizer que, no caso de alimentos devidos a filho menor, não é o quanto o devedor ganha que influenciará no valor a ser fixado, tão pouco as necessidades da criança, mas a fixação do valor deve-se pautar pelo equilíbrio da relação, ou seja, quem precisa deve ter no mínimo suas necessidades mais básicas atendidas, mas também não pode ficar o devedor obrigado a um valor além de suas reais possibilidades a ponto de pôr em risco o próprio sustento.

Assim, em uma transcrição literal do Código Civil, "São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento."

A obrigação pelo pagamento dos alimentos é recíproca entre pais e filhos (pai paga ao filho ou vice versa) e se estende a todos os ascendentes (pai, avós, bisavós...), contudo, o ascendente mais próximo deve ser acionado primeiro, ou seja, primeiro se cobra do pai/mãe, segundo dos avós, maternos ou paternos, e assim sucessivamente.

Se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o valor da prestação alimentar a obrigação recai sobre o próximo parente, e é isso que autoriza o acionamento dos avós.

Logo, vem a pergunta: Quer dizer então que se o pai ou mãe do meu filho não estiver pagando a pensão eu posso pedir aos avós? Ou então: posso pedir alimentos diretamente aos avós do meu filho?

A resposta é "depende", em que pese a Lei prever que pode haver essa "sucessão" de obrigados, a responsabilidade pelo sustento dos filhos ainda é dos pais e compete a estes assumi-las na medida de suas possibilidades.

Contudo, pode ocorrer de o pai ou a mãe do menor encontrar-se impossibilitado, total ou parcialmente, de cumprir com o encargo e nesse caso poderão os avós serem acionados, pois a obrigação alimentar deles possui natureza complementar e subsidiária.

Nesse sentido, é o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, súmula 569: "A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais."

Cumre ressaltar aqui que não é o simples desemprego que poderá obrigar os avós, mas a impossibilidade total ou parcial do cumprimento da obrigação pelos pais, por exemplo, em caso de prisão, incapacidade ou invalidez, em que a pessoa não consegue emprego ou mesmo benefício previdenciário, ou ainda, não consegue exercer qualquer atividade que possa lhe garantir alguma renda.

Logo, a responsabilidade dos avós nesses casos ocorrem quando o filho não possui condições de arcar com o valor da prestação alimentar de forma total ou parcial, dado algum fato alheio à sua vontade, que vai além da vontade em não efetuar o pagamento da prestação ou mesmo em sendo o caso de os avós possuírem melhores condições financeiras.

Além disso, aquele que pede os alimentos deve demonstrar que o pai ou a mãe obrigado não possui condição, total ou parcial, de arcar com o encargo, mas em contrapartida os avós sim.

No mais devem restar demonstradas as necessidades do menor e a impossibilidade do detentor da guarda em arcar sozinho com tais despesas.

Logo, são quatro os requisitos para que os avós possam ser acionados para o pagamento dos alimentos em favor dos netos: impossibilidade do pai ou mãe obrigado (excepcionalidade da situação); necessidade do menor; possibilidade dos avós em efetuarem o pagamento se risco ao sustento próprio; e, impossibilidade do detentor da guarda de arcar sozinho com as despesas do menor.

Cumpre ressaltar que em caso de acionamento dos avós, não é só o avô ou avó que deve ser chamado ao pagamento da obrigação, mas ambos, mas cada um deve arcar com o valor na medida de suas possibilidades, contudo inexistente solidariedade entre eles no que concerne à obrigação alimentar.

Nos casos em que a impossibilidade dos pais é contemporânea ao pleito e sendo prementes as necessidades do menor, sim, pode haver o acionamento direito dos avós.

Portanto, tem-se que os alimentos avoengos é medida subsidiária, excepcional e complementar, pois a responsabilidade pelo sustento dos filhos é dos pais e somente em casos específicos é que os avós podem ser acionados, bem como, quando do requerimento a avó e o avô deve ser acionados, e cada um contribuirá na medida de suas possibilidades, exceto em caso de impossibilidade de um deles em arcar com o encargo sem prejuízo do sustento próprio.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA JUSTIÇA DO TRABALHO

NATIELLI NUNES MIGUELÃO:

Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Brasil.

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: Prof. Dr. **Rodrigo Freschi Bertolo**.

RESUMO: O presente artigo traz as considerações do princípio da Lealdade e boa-fé processual à luz da litigância de má-fé na justiça do trabalho. Discorre sobre hipóteses de cabimento da litigância de má-fé, a responsabilidade das partes no processo, as sanções cabíveis quando alguma das partes faltarem com os deveres impostos, e também quando mais de um sujeito faltar com tais preceitos. Traz a importância da verdade para o bom andamento do processo e uma decisão justa, que por ofício e tão somente por análise dos fatos pode impor a litigância de má-fé. A importância da lealdade do advogado para com o adversário, ainda quando ele seja desleal contigo. Leal para com o juiz, que ignora os fatos e deve confiar no que lhe diz. A importância da verdade dos fatos pela testemunha, que na Lei Nº 13.467/2017 trouxe responsabilidades sujeitas a sanções, da parte autora que mesmo beneficiário da justiça gratuita pode ser responsabilizado pelos danos processuais causados e pagar. Esse tema que antes da reforma trazia muito prejuízo para todo o judiciário, com demora nas ações, custas, e muitas vezes tempo perdido podendo estar sanando outros problemas. Para o estudo deste tema foi feita uma pesquisa em monografias, sites e vídeo aulas e foi constatado que tal tema tem grande relevância nas ações trabalhistas.

Palavras-chave: Litigância, má-fé, lealdade, trabalhista.

ABSTRACT: The present article brings the considerations of the principle of Loyalty and procedural good faith in the light of the litigation of bad faith in the labor justice. It discusses the hypotheses of litigation in bad faith, the responsibility of the parties in the process, the applicable sanctions when any of the parties fails to comply with the duties imposed, and also when more than one subject fails with these precepts. It brings the importance of truth to the smooth running of the process and a fair decision, which by letter and only by analyzing the facts can impose litigation in bad faith. The importance of the lawyer's loyalty to the opponent, even when he is disloyal to you. Loyal to the judge, who ignores the facts

and must trust what you tell him. The importance of the truth of the facts by the witness, who in Law No. 13.467 / 2017 brought responsibilities subject to sanctions, from the plaintiff that even the beneficiary of free justice can be held responsible for the procedural damage caused and pay. This issue, which before the reform brought a lot of damage to the entire judiciary, with delays in actions, costs, and often wasted time may be solving other problems. For the study of this theme, research was done on monographs, websites and video classes and it was found that this theme has great relevance in labor actions.

Keyword: Litigation, bad faith, loyalty, labor

SÚMARIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DA LEALDADE PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. 3. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA JUSTIÇA DO TRABALHO. 3.1. Sanções aos litigantes de má-fé. 4. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E SUAS CONSEQUÊNCIAS NAS AÇÕES TRABALHISTAS. 5. DO ASSÉDIO PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. 6. DA FORMA QUE O JUDICIÁRIO DEVE REBATER O LITIGANTE DE MÁ-FÉ. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Ensinados desde muito cedo que o correto é falar a verdade, ser sinceros, agir de boa-fé, que essas características faz as pessoas melhores e define a personalidade e a maneira que cada um lida com a verdade e a mentira.

No ordenamento jurídico não poderia ser diferente, sabendo que o objetivo final de uma ação é sanar uma lide, o dever é proceder com a verdade desde o início, caso isso não aconteça e alguma das partes falta com a verdade dos fatos trás para si responsabilidades processuais, sanções a ser aplicadas.

Mais precisamente analisado na esfera do Direito do Trabalho, quais as responsabilidades das partes para não ser avaliado como Litigante de má-fé, aquele que age em desconformidade com os deveres jurídicos de lealdade processual desrespeitando quaisquer das obrigações legais e morais. E quando avaliado, quais os requisitos de análise e aplicação.

Será aplicado aos litigantes de má-fé multa, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, com fundamento no artigo 98, parágrafo § 4º, do código de processo civil: "A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas." (BRASIL, 2015).

E por fim será entendido que se o Juiz considerar que no processo há algum litigante de má-fé ele deve abrir para que este se explique e apresente seus argumentos antes da aplicação da multa.

2. DA LEALDADE PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Há o conhecimento de que as partes e o Estado instauram uma ação com intuito de sanar uma lide, de que este instrumento seja eficiente, reto, prestigiado e útil à sua elevada finalidade.

Partindo deste argumento origina-se o princípio da lealdade processual, pois ele deriva da boa-fé, agindo de forma que exclua a fraude processual, os recursos torcidos, a prova transformada, todo o desregramento e ordem que possam as partes se beneficiar e causar prejuízo no andamento regular do realizado processo.

Este princípio espera de todas as partes uma conduta leal, que não viole outros preceitos e possibilite ao juízo uma boa decisão, uma decisão justa.

Não somente proíbe pedir coisas que não é de direito, mas também para não procrastinar, ganhar tempo no processo.

É dever das partes agir em juízo com lealdade e boa-fé. O desrespeito ao dever de lealdade processual corresponde-se em ilícito processual, ao qual constituem sanções, conforme artigo 81 do código de processo civil e seus incisos dizem:

Art. 81 De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo. § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos. (BRASIL,2015).

O indivíduo não pode fazer afirmações, pedidos ou defesas, que não tem fundamento nenhum. Exemplos: Um empregado diz que fazia várias horas extras e não fazia. Um Empregado diz que não recebeu verbas, que sabe que recebeu.

Só começou essa previsão na reforma trabalhista. Antes da reforma poderia ter a condenação subsidiariamente do código civil, mas agora essa questão ficou mais clara. Mauro Schiavi, afirma que:

(...)A boa-fé é um princípio geral de Direito, ou seja, é cabível a todos os ramos da ciência do Direito, principalmente no âmbito do direito material do trabalho, mas também se destaca no a âmbito do direito processual do trabalho, considerando-se o caráter de Direito Público da relação jurídica processual trabalhista e também do prestígio do processo do trabalho na sociedade capitalista moderna, como sendo um meio confiável e ético de resolução dos conflitos trabalhistas.(SCHIAVI,2013)

A parte interveniente do processo tem deveres, como estão relacionados no princípio da boa-fé, em razão disso os artigos. 793-A até 793-D, inseriu a seção sob o tema “da responsabilidade por dano processual”, incorporando todo o texto normativo do Código de Processo Civil de 2015, referente à seção que regula o tema, nos artigos 79 a 81, com o acréscimo do artigo que refere-se à aplicação de multa à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa.

3.LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O código de processo civil de 1939 citava essa conduta como “abuso do direito processual”. “Já o código de 1973 anulou essa expressão e utilizou a expressão “Litigância de má-fé” e “Responsabilidade Processual”.

A litigância de má-fé qualifica-se pelo agir em desarmonia com o dever jurídico de lealdade processual. É uma conduta que viola os princípios de lealdade e boa fé. Manifestada através da pratica, por qualquer uma das partes que desrespeitam as obrigações processuais.

O processo não é instrumento para se levar vantagem, por isso, todos os sujeitos que nele atuam principalmente os atores principais (juiz, advogados, autores e réus), devem pautar-se acima de tudo pela ética e honestidade, se não o fizer, surge a obrigação de indenizar a parte lesada.

Antes de 2017 a hipótese de litigante de má-fé eram subsidiariamente ao Código de processo civil, agora as hipóteses de litigância de má-fé estão previstas no art. 793 - B da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório. (BRASIL,2017)

Existe uma diferença entre violar e abusar de uma regra de direito processual.

Uma pessoa deixar de apresentar defesa é uma violação; já o abuso é utilizar a defesa, mas de forma abusiva, alterando documentos, aparentemente utiliza a defesa mas na verdade quer atrapalhar, causar prejuízos aos interessados da parte contrária. Tais atitudes têm sanções diferentes.

Tanto o Código de Processo Civil, quanto a Consolidação das Leis Trabalhistas trazem normas explícitas quanto aos limites e impõem sanções, tendo todos envolvidos que proceder com lealdade e boa-fé

Em obra que se tornou muito conhecida, Coutore (1979) relaciona dez condutas que deveriam ser observadas no exercício da advocacia, chamando-as de "Os Mandamentos do Advogado". E, o quinto mandamento é justamente o da lealdade processual: "Sê leal. (...) Leal para com o adversário, ainda quando ele seja desleal contigo. Leal para com o juiz, que ignora os fatos e deve confiar no que tu lhe dizes (...)".

Quem perde, cada vez que uma parte litiga com má-fé, são os jurisdicionados como um todo. Não é apenas a parte adversa. Ao ter que analisar um recurso manifestamente infundado, o Poder Judiciário perde um tempo que, sem dúvida alguma, poderia ser utilizado em prol do andamento mais célere daquela ou de várias outras demandas

Querer ganhar tempo no processo, afasta a finalidade do processo; Uma vez que a finalidade é a solução da lide, essa atitude tem ainda mais problemas. Devendo o agente abusador dos direitos processuais ser sancionado.

Pelo que se pode notar o artigo 793-A da consolidação das leis trabalhistas é uma adaptação do artigo 79 do Código Processo Civil, sendo chamados os participantes do processo como reclamante, reclamado e interveniente.

Vale dizer que essa prática de ato que contrarie as obrigações inerentes aos participantes do processo pode ocorrer em qualquer fase do processo, ou seja, tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução e em cautelar.

Tendo também em vista que como participante do processo e podendo ser analisado como litigante de má-fé a reforma trabalhista deixa claro em seu artigo 793-D "Aplica-se a multa prevista no art. 793-C desta Consolidação à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa." (BRASIL, 2017)

3.1 Sanções aos litigantes de má-fé

As sanções aplicadas aos litigantes de má-fé consistem em pena pecuniária (multa), bem como reparar danos causados a parte contrária se for constatado; Esse ato é chamado de "responsabilidade civil por litigância de má-fé".

Multa esta que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, na indenização à parte lesada pelos prejuízos que esta sofreu e no pagamento dos honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou conforme dispõe a CLT:

Artigo. 793-C De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juízo condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. § 3º O valor da indenização será fixado pelo juízo ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos. (BRASIL, 2017)

Tais dispositivos trouxeram ao processo do trabalho maior rigor no tratamento da litigância de má-fé, o que implica numa melhor reparação dos danos causados ao litigante prejudicado pelo abuso processual. A fixação da multa é feita pelo juiz, considerando a reprovação do ato praticado pelo litigante, não possuindo,

por outro lado, ligação com os prejuízos causados ao lesado, nem mesmo com a avaliação de eventual indenização.

As sanções não estão vinculadas ao sucesso da demanda, não precisando, inclusive, aguardar o desfecho do mesmo para ser reconhecida e aplicada à parte. Podendo, até mesmo a parte vencedora pode ser condenada em litigância de má-fé, caso pratique algum ato doloso que prejudique o bom andamento do processo.

Basta tão somente a análise do Juiz para impor a litigância, a sanção deverá ser pronunciada de ofício pelo magistrado, tendo em vista ser ela atentado não apenas aos direitos processuais da outra parte, mas principalmente à prestação jurisdicional.

Mesmo que o Litigante seja beneficiário da gratuidade processual, tal concessão não afasta o dever de pagar, conforme nos trás o artigo 98, parágrafo § 4º, "A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas." (BRASIL, 2015)

A vista disso, para o reconhecimento da má-fé, tem que ser afirmado, a ocorrência do dano e a sua extensão, podendo o juiz, desde logo, arbitrar o valor da condenação, cuja execução pode ser feita nos mesmos autos do processo. Há casos em que o juiz não consegue quantificar, de imediato, o valor do prejuízo causado à parte e, nesta hipótese, a condenação será genérica e a liquidação será feita por arbitramento.

Conforme salientado no artigo 793-D, parágrafo único: "tanto a multa quanto a indenização arbitrada devem ser arbitradas nos próprios autos", (BRASIL, 2017). Considerando que o valor devido à parte lesada pela litigância de má-fé poderá ser utilizado para compensar com a possível dívida que, simultaneamente, esteja sendo reclamada. Ademais, as sanções podem ser aplicadas, sem que haja exclusão de outra, de forma simultânea, quanto aos atos de má-fé ou os atos abusivos.

A grande novidade em relação ao tema, trazida pela Reforma Trabalhista, é a aplicação de multa à testemunha que, dolosamente, alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa, pois, não havia previsão no Código de Processo Civil, quanto a esse tipo de punição.

Apesar de ter referência expressa à litigância de má-fé na Consolidação das Leis Trabalhistas na fase de execução, a prática de litigância de má-fé possibilita a aplicação de multa ou indenização, por ato atentatório à dignidade de justiça.

Os atos atentatórios se caracterizam em; Não cumprir com exatidão as determinações judiciais, não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito, conforme artigo 77, inciso II e IV “não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento”, (BRASIL,2015), fraudar a execução.

Nos casos de dois ou mais litigantes, o artigo 793-C , § 1º diz:

Art. 793-C § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juízo condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. (BRASIL,2017)

Quando o Juiz tem a análise de que o valor é insignificante pode aplicar o disposto no § 2º deste mesmo artigo da CLT: “ Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.” (BRASIL, 2017)

Ressalvando que no artigo 77, parágrafo 2º do código de processo civil. Estabelece a necessidade de uma advertência antes da aplicação de uma multa ou indenização.

4.LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E SUAS CONSEQUÊNCIAS NAS AÇÕES TRABALHISTAS

Acima do interesse individual de cada uma das partes está o dever geral de portar-se de acordo com regras estabelecidas para garantir um bom resultado no desenvolver do processo

Assim, além do dever ético, que se encontra evidentemente acima de todo esse contexto há em nosso sistema processual o dever jurídico de proceder de boa-fé. Tanto aos advogados como às partes incumbe a obrigação de agir com lealdade, não faltar com a verdade e não gerar incidentes processuais desnecessários.

Este delito se consuma independentemente do dano que possa causar a mentira. Se esta ocorrer haverá o que a doutrina penal chama de crime exaurido. Mas, ainda que não ocorra a consequência danosa, estará igualmente caracterizado o delito

.As relações trabalhistas são visivelmente fruto de grandes controvérsias. As reclamatórias são protocolizadas em exagero, audiências restam frustradas por ausência das partes reclamantes, processos são arquivados, novamente propostos e, não tão raros, arquivados novamente.

Com relação às provas, geralmente recorre-se à coleta de depoimentos em audiências de instrução, procedimento que pode ser moroso, tendo em vista o número de testemunhas inquiridas ou até mesmo a extensão das matérias probatórias. Todos estes procedimentos fazem com que a tramitação processual seja menos ágil, embora a Justiça laboral tenha como caráter a celeridade, até mesmo por exigência da matéria proposta.

Diante destas situações, os magistrados do Trabalho têm se posicionado de maneira mais rígida no que tange à litigância de má-fé por parte das reclamantes, como já comumente aplicada às partes reclamadas.

A falta com a verdade e a má-fé na imputação das alegações têm sido matérias recorrentes na configuração da má-fé processual por partes dos reclamantes na esfera trabalhista, acarretando nas penalidades dispostas *caput* do art. 81 do Código de Processo Civil, como a imposição de multa e indenização à parte contrária, bem como o pagamento de honorários e despesas.

Cabe salientar que a legislação trabalhista não traz previsão quanto à condenação por litigância de má-fé ou suas penalidades. Para tanto, recorre-se ao direito comum como fonte subsidiária a fundamentar esta aplicação, conforme a orientação do parágrafo único do artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

No sentido do exposto, cabe mencionar o trecho da sentença proferida em sete de fevereiro de dois mil e treze, pela juíza Anna Beatriz Matias Diniz de Castilho Costa da 5ª vara do Trabalho de Vitória/ES, no qual a Reclamante foi condenada em litigância de má-fé:

A petição inicial é temerária, trazendo elementos imaginários e destituídos de qualquer fundamento fático e jurídico. A artimanha é sempre muito semelhante; mentir, ocultar a verdade ou exagerar. Ocorre que o Judiciário realmente não pode tolerar tal sorte de comportamento. São muitos os que têm sede de Justiça. Este Poder está abarrotado de processos. São inúmeras as pessoas que efetivamente precisam da mão pesada do Estado para reparação/prevenção de direitos. E tipo de demanda prejudica a coletividade, visto que faz com que a Justiça perca tempo e dinheiro desnecessariamente, retardando o atendimento daqueles que efetivamente carecem e clamam por Justiça. (COSTA, 2013)

A crença na insuficiência da parte reclamante, bem como na gratuidade da Justiça não raro motivam, na prática, a falta com a verdade no processo. Faz

crescer a sensação de impunidade, da ausência de responsabilização, principalmente financeira. Entretanto, tal premissa não é verdadeira. Atentos a isto, os juízes do trabalho têm imposto penalidades aos que litigam de má-fé, inclusive condenando-os à perda da gratuidade da Justiça. Com isso, gera-se aos reclamantes graves prejuízos, diante da conduta maliciosa, principalmente na interposição de recursos.

Corroborando o exposto, menciona-se os julgados nº 0001700-29.2014.5.12.0012 e 0000810-44.2014.5.09.0022. Cabe ainda verificarmos o posicionamento do Juiz Giani Gabriel Cardozo da 1ª vara do Trabalho de Gravataí/RS ao proferir sentença em 17/10/2014 no processo nº 0000804-64.2013.5.04.0231:

Atitudes como esta demonstram o desrespeito do autor com o Poder Judiciário e merecem ser alvo de sanção, de forma a evitar que se repita. Dessa forma, aplico multa de 1% por litigância de má-fé (Art. 18, caput, CPC) e condeno o autor ao pagamento de indenização, na razão de dez por cento (Art. 18, § 2º, CPC), ambas calculadas sobre o valor da ação (R\$ 70.000,00), valores que serão executados nesta ação e revertidos às reclamadas.(CARDOZO,2014)

O autor declinou não ter condições de suportar custas processuais, mas por ter incorrido em litigância de má-fé não faz jus ao benefício da Justiça gratuita.

É indevida a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita ao litigante de má-fé, por absoluta incompatibilidade entre estes dois institutos. A gratuidade da Justiça está intimamente ligada à lealdade processual, de sorte que o seu beneficiário não está dispensado de agir eticamente, sob pena de a sociedade ter que arcar com os custos daquele que impulsiona a máquina judiciária obtendo vantagens indevidas. Trata-se de uma visão mais moderna, de acordo com os princípios gerais a serem observados no processo na Justiça Laboral, que prima pelo crescente reconhecimento da litigância de má-fé aos reclamantes, como já tradicionalmente aplicado aos reclamados, e sua consequente penalização. É, em suma, desmistificar a idéia de que a hipossuficiência, a gratuidade da Justiça e a flexibilidade das formalidades que amparam o Direito do Trabalho trariam impunidade aqueles que pretendem maquiagem a relação fática. Isso porque caso se conformasse com a verdade meramente formal, conforme posta nos autos pela parte, o julgador certamente poderia até dizer o direito, mas não contemplaria o acesso à Justiça e seu compromisso com um julgamento justo em sua essência e universalidade

5. DO ASSÉDIO PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Como já visto no presente artigo, o dever das partes é expor os fatos em juízo conforme a verdade. Não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento, entre outras ações que ajudem o bom andamento do processo.

O assédio processual é o ato abusivo do uso de suas faculdades processuais. Tal ato pode ser de qualquer das partes, tanto do Juízo que pode ficar impelindo a decisão, para a parte aceitar o acordo.

Pode também ser um ato lícito como pedir a apresentação de provas, mas com a intenção tão somente de procrastinar o tempo do processo.

O assédio processual não pode ser valorizado economicamente, se valoriza o dano ao caso concreto, segundo as características de tempo e lugar onde ocorreu para a reparação deste dano.

6. DA FORMA QUE O JUDICIÁRIO DEVE REBATER O LITIGANTE DE MÁ-FÉ

O Juízo que constatar deve submeter as partes ao contraditório, abrindo a oportunidade para as partes se explicarem, apresentando seus argumentos antes de aplicar a multa.

Podemos entender conforme nos trás os artigos 9,10 e 11 do código de processo civil que proíbe uma decisão surpresa, vejamos:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. (BRASIL, 2015)

Ou seja, se o Juiz decidir de Ofício, deve observar a manifestação das partes, caso isso não aconteça estará violando o contraditório. Mesmo que seja de ofício tem que haver a prévia manifestação das partes.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível constatar no estudo que a lealdade e a boa-fé devem estar presentes em todo o convívio da humanidade, inclusive no judiciário. Tais princípios são importante para o bom andamento do processo, para uma boa análise do caso e não haver litigância de má-fé. Através dessa análise ser aplicado sanções aos envolvidos no processo que agiu de tal maneira. Inclusive a testemunha se dolosamente alterar as verdades dos fatos ou omitir os fatos essenciais ao julgamento da causa a Lei. 13.467/15 traz essa responsabilidade, sujeita a sanções.

Diante de todo o transtorno que pode acarretar a Litigância de má-fé o magistrado do Trabalho tem tratado de maneira mais rígida. Mas o juiz que constatar, deve abrir para as partes explicar e apresentar seus argumentos, e mesmo que seja de ofício sua decisão deve haver a prévia manifestação e provas da parte.

Concluindo que agir de boa fé e lealdade, trás benefícios e exclui a possibilidade de gerar prejuízos para todo o andamento do processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Consolidação das Leis Trabalhistas de 2017, acessada em www.planalto.gov.br//

BRASIL, Código de Processo Civil de 2015, acessado em www.planalto.gov.br//

COUTURE, Eduardo. Os Mandamentos do Advogado, 3ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p.10 e s.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito de processo do trabalho. 8°. ed. São Paulo: LTr, 2017.

OLIVEIRA, Juiz Dener Pires de Oliveira. Vara do Trabalho de Caieras-SP. Disponível em: <www.trtsp.jus.br> (Processo 1001399-2 4.2017.5.02.0211) - Texto: Agnes Augusto-Secom/TRT-2.

SCHIAVI, Mauro. Manual do direito processual do trabalho. Ed São Paulo: LTr. 2013.

TEIXEIRA FILHO, João Carlos de Lima. Instituições de direito do trabalho. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000.