

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 960

(Ano XII)

(30/05/2020)

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



Abuso de autoridade por divulgação de gravações e violação da vida privada, intimidade, honra e imagem

Eduardo Luiz Santos Cabette, 06.

ARTIGOS

A possibilidade de substituição processual nas ações coletivas passivas

Lanna Gabriela Bruning Simoni, 11.

Citações e intimações expedidas via whatsapp: limites e possibilidades à luz das garantias processuais

Aléxia Neilane Araújo Vergara, 25.

A reforma trabalhista e seus efeitos na dispensa coletiva de trabalhadores

Gabriela Medeiros Lima, 49.

A hermenêutica Constitucional e seus princípios

Fábio Costelha de Carvalho, 68.

A importância dos princípios da prevenção e da precaução aplicados à licitação sustentável.

Nicolle Vilhena Vieira, 78.

Audiência de custódia: garantia da dupla conformidade do processo penal nas prisões cautelares e na prisão do devedor de alimentos.

Francys Van Kastler Soares Regis, 94.

Aplicação do Princípio da Insignificância no Crime de Tráfico de Drogas

Philippe Lima de Sousa, 115.

Ativismo judicial: a insegurança jurídica ocasionada pela decisão baseada em subjetivismo

Luiz Felipe Alves Castelo Branco, 136.

Adoção Internacional

Victor Hugo Faria Ribeiro, 154.

Entendimento do STF em conformidade com a Constituição: decisão de impronúncia diante da ausência de indícios da autoria do crime

Flávio Gomes, 173.

IRDR: estudo de caso do marco inicial da incidência de juros de mora em condenações decorrentes de adicional de insalubridade na seara do Tribunal de Justiça de Alagoas

Elder Soares da Silva Calheiros, 197.

A decretação da prisão preventiva de ofício e o novo pacote anticrime

Emerson Leandro da Silva Barbosa, 207.

Importância da função consultiva dos Tribunais de Contas

Danilo Brito Marques

Contrato de Cessão de Uso de Imagem do Atleta Profissional de Futebol: Aspectos Essenciais Sobre o Referido Instrumento Contratual e o Direito de Imagem à luz da Constituição Federal de 1988

Priscila Firmino Coelho, 278.

Reconhecimento pessoal como fonte maior de prova: caso maníaco da moto no Ceará

Anna Rayssa de Oliveira Silva, 287.

O direito de licitar como um poder jurídico e suas particularidades

Leonardo Ribeiro da Silva, 318.

A pornografia de vingança a luz da dignidade sexual feminina: um olhar sob o crime informático

Laryssa Sousa Bandeira Bezerra, 332.

Error in persona: a figura da vítima virtual no Direito brasileiro: comparação com a doutrina argentina e o Código Penal alemão (StgB)

Diego Renoldi Quaresma de Oliveira, 360.

A Realização da audiência de custódia por videoconferência e a (in) compatibilidade com a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica

Marcos Douglas Silva Soares, 374.

Diretrizes jurisprudenciais do STF e do STJ acerca da concessão de medicamentos pelo Poder Público

João Paulo Monteiro de Lima, 410.

Análise dos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia sob a ótica da Teoria da quebra da base do Negócio Jurídico e a superveniência da Pandemia da Covid-19

Isaias Cantidiano de Oliveira Neto, 423.

Reflexos da convenção de Haia sobre o processo de adoção internacional

Leticia Teodoro Nolasco, 429.

A adoção homoafetiva

Patricia Oliveira Dias, 445.

Criminologia: laborterapia prisional e sua ressocialização em meio ao sistema e sua reintegração na sociedade

Taluara Fernanda Scardua, 461.

Da necessidade de um processo penal democrático e os reflexos da Lei nº 13.964/2019 na produção de provas ex officio pelo magistrado

Agripino Rocha do Nascimento Neto, 472.

A responsabilidade civil entre cônjuges e companheiros

Carolina Eichenberger Rius, 494.

O princípio da função social nos contratos bancários e a liberdade de contratar

Everardo Guimarães Moura Fé, 524.

A reparação do dano decorrente das atividades notariais e de registro

Hélio Lúcio Dantas da Silva, 551.

Art. 156 do Código de Processo Penal enquanto violador do texto constitucional por ser princípio unificador do sistema inquisitorial

Milla Nadi Ribeiro Soares, 565.

A pejotização como mecanismo de influencia a fraude e/ou violação as garantias trabalhistas

Rafael da Silva Valadares, 589.

O impacto do Covid-19 e a importância do planejamento sucessório

Priscilla Brayner Calado do Nascimento, 606.

Pacote Anticrime e o Juiz de Garantias

Paula Naves Brigagão, 617.

Assédio moral na seara trabalhista

Daiane Souza da Fonseca Oliveira, 625.

A estabilidade da gestante no direito do trabalho

Jessica Lais de Souza, 639.

A existência da violação expositiva da imagem da mulher nas redes sociais e a correlação ao crime de estupro virtual

Luana Cardoso de Freitas, 652.

A possibilidade de responsabilização civil nos casos de configuração de abandono afetivo inverso

Juliana Curcino Almeida, 674.

A importância da qualificadora do feminicídio

Izabela Ribeiro Ferreira, 692.

Assistência à mulher em situação de cárcere penitenciário em um município de Teresina Piauí

Amanda Lopes Moura, 703.

ABUSO DE AUTORIDADE POR DIVULGAÇÃO DE GRAVAÇÕES E VIOLAÇÃO DA VIDA PRIVADA, INTIMIDADE, HONRA E IMAGEM

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal

A lei incrimina no seu artigo 28 a divulgação indevida de gravações que possam ferir, sem justa causa, a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem de investigado ou acusado.

Os bens jurídicos tutelados exsurtem claros na própria dicção do dispositivo, sendo eles a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (artigo 5º., X, CF), bem como, mais genericamente, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º., III, CF). Sempre está presente a tutela do regular funcionamento da Administração Pública, mais precisamente, da Administração da Justiça. Não há tutela do sigilo das comunicações telefônicas, informáticas ou telemáticas, previsto no artigo 5º., XII, CF, tendo em vista que, para tanto, há lei específica (Lei 9.296/96).

Sujeito ativo do crime será qualquer agente público encarregado de cumprir o sigilo das gravações. Souza afirma que até mesmo o agente público aposentado, se guardar consigo cópia da gravação e a divulgar poderá ser sujeito ativo. [1] Ousa-se discordar do autor em destaque, tendo em vista que os crimes de Abuso de Autoridade são funcionais e próprios, nos estritos termos dos artigos 1º. e 2º., da Lei 13.869/19. O aposentado não é agente público e não pode mais agir *no exercício da função, nem mesmo a pretexto de exercê-la*, conforme dicção legal. No caso de um aposentado ou um particular (o aposentado é agora um "extraneus"), somente pode haver responsabilização na Lei de Abuso de Autoridade em caso de concurso de agentes e ciência de que o outro autor é funcionário público. A indevida divulgação feita pelo particular, abrangendo agentes aposentados, poderá configurar, conforme o caso, crimes contra a honra ou mesmo violações do sigilo previstas nos artigos 10 ou 10 – A da Lei 9.296/96, mas nunca crime de abuso de autoridade. Sujeito passivo será a pessoa atingida pela indevida divulgação em sua intimidade, vida privada, honra ou imagem.

Observe-se que o crime é material, pois o verbo "divulgar" implica resultado naturalístico e, portanto, admite tentativa. Ademais, é importante perceber que não é incriminada nesse tipo penal a realização da gravação em si, mas o ato ulterior de

sua indevida “divulgação”. Além disso, a divulgação incriminada é aquela feita a terceiros ou publicizada (v.g. imprensa, mídias sociais etc.). É claro que se um agente público consegue provas em gravação de um ilícito e remete tal conteúdo à autoridade competente ou com atribuição para a apuração, não comete crime algum. [2] Na verdade, poderia cometer se não fizesse essa remessa, por exemplo, por motivos pessoais (eventual “Prevaricação”, nos termos do artigo 319, CP).

Será então que estaríamos diante de uma lacuna na lei penal? A indevida gravação seria fato atípico? Não nos parece. O crime em espécie tem natureza subsidiária (subsidiariedade tácita) e somente será aplicado quando não se tratar de gravações ou captações abrangidas por outros dispositivos penais, mais precisamente previstos na Lei 9.296/96, que trata das interceptações telefônicas, inclusive com nova redação dada pela própria Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19) e pela chamada Lei Anticrime (Lei 13.964/19).

A realização de uma interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática ou de escuta ambiental de forma ilegal, constitui o crime previsto no artigo 10 da Lei 9.296/96, com nova redação dada pela Lei 13.869/19, afastando qualquer possibilidade de aplicação do artigo 28 em estudo, mesmo porque se trata aqui de “divulgação” e não dos atos previstos na primeira parte do artigo 10 da Lei de Interceptação Telefônica.

Entretanto, o artigo 10 da Lei 9.296/96 prevê também a quebra ilegal do segredo de justiça e, neste caso, pode abranger certamente o ato de uma divulgação. Entendemos que nesses casos, ainda deve prevalecer o artigo 10 em questão e afastar-se a aplicabilidade do artigo 28 da Lei de Abuso de Autoridade, pois que este é tacitamente subsidiário. O artigo 28 da Lei 13.869/19 somente será aplicado em casos de divulgações de gravações que não tenham sido realizadas na forma da Lei 9.296/96. A violação do segredo de justiça previsto na legislação respectiva pressupõe uma gravação feita com ordem judicial e envolvendo interceptação telefônica, de informática ou telemática ou escuta ambiental. As gravações a que se refere a Lei 13.869/19 não podem ser dessa espécie, mas somente aquelas que também sejam legais (pois escutas ou interceptações ilegais recaem no artigo 10 da Lei 9.296/96) e diversas das relacionadas na legislação especial de interceptação. Por exemplo, a gravação de um depoimento, a gravação em local público de uma diligência policial, a gravação em atividade de campana, em local público, de suspeitos etc. Essas gravações previstas no artigo 28 da Lei de Abuso de Autoridade, na falta de uma delimitação, devem ser interpretadas de maneira ampla, de modo a atingirem tanto o áudio, como imagens e audiovisual.

Também é de se afastar a aplicação do artigo 28 da Lei 13.869/19 quando se tratar da realização de captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou

acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida, pois que há tipificação do artigo 10 – A, da Lei 9.296/96, com nova redação dada pela Lei 13.964/19. Novamente a distinção é clara, pois aqui se trata da realização da captação ambiental e não da divulgação de seu conteúdo. Não obstante, novamente a legislação específica prevê a ilegalidade da divulgação pelo descumprimento por agente público do sigilo das investigações e, principalmente, pela revelação do conteúdo das gravações mantidas sob sigilo judicial. Pelos mesmos motivos acima expostos (subsidiariedade tácita do artigo 28 da Lei 13.869/19) deverá prevalecer a aplicação do crime nos termos do artigo 10 – A, § 2º., da Lei 9.296/96, com nova redação dada pela Lei 13.964/19.

É interessante notar que na incipiente doutrina acerca do tema, falta, em regra, a percepção da necessária distinção entre os casos de aplicação do artigo 28 da Lei de Abuso de Autoridade e aqueles atinentes aos crimes previstos nos artigos 10 e 10 –A da Lei de Interceptações telefônicas, tratando da questão como um bloco e fazendo sempre referência ao artigo 28 da Lei 13.869/19, [3] o que é mesmo inviável, com o devido respeito, pois, no mínimo, há que considerar que este último dispositivo regula a “*divulgação*” de gravações, enquanto os demais regulam a “*realização*” destas. Além disso, como exposto, é visível que a quebra do sigilo pela divulgação de gravações feitas nos termos da Lei 9.296/96 tem previsão legal específica, implicando na necessária subsidiariedade do artigo 28 da Lei 13.869/19, o que parece ter sido olvidado pela doutrina em geral. Há, a argumentação que a quebra do sigilo com divulgação prevista nos tipos penais dos artigos 10 e 10 –A da Lei de Interceptações se referiria somente aos casos em que o conteúdo da gravação tivesse relação com a prova, *mas não existe esse limite nos respectivos dispositivos, nem o fato de haver essa limitação no artigo 28 da Lei de Abuso de Autoridade tem o condão de restringir o alcance dos crimes mais graves previstos na Lei 9.296/96, os quais devem, necessariamente, prevalecer, sobre o crime de menor monta e claramente subsidiário. Ao reverso, a Lei 9.296/96 até mesmo trata das gravações que não interessam à prova e de sua eliminação, de acordo com o artigo 9º. e seu Parágrafo Único daquele diploma, impedindo o afastamento dessas gravações das violações criminosas de sigilo previstas nos artigos 10 e 10 – A da mesma legislação, sob pena de uma interpretação sistemática tortuosa.*

Há, porém, quem, como nós, tenha se apercebido dessa necessária distinção entre o artigo 28 da Lei de Abuso de Autoridade e os dispositivos da Lei de Interceptação Telefônica. Proverbial e digno de transcrição é o ensinamento de Souza:

O crime do art. 28 da Lei 13.869/2019 também pode ser confundido com o crime previsto no art. 10 da Lei de Interceptações que é outra espécie de violação de segredo,

porém, circunscrito às situações em que a informação sigilosa foi obtida mediante interceptação telefônica (com ou sem autorização judicial), circunstâncias que diferenciam as espécies delitivas. Com efeito, no novo delito, a informação divulgada, além de não ser necessariamente sigilosa, não foi, necessariamente, obtida mediante autorização judicial e nem mediante interceptação telefônica. [4]

Doutra banda, insta anotar que o artigo 28 da Lei 13.869/19 é especial em relação ao crime de “Violação de Sigilo Funcional”, previsto no artigo 325, CP. Dessa forma, tratando especificamente de divulgação irregular de “gravações”, deve prevalecer, pelo Princípio da Especialidade, em relação ao tipo penal do Código Penal Brasileiro, sendo este último aplicado para outras violações com objetos materiais diversos (v.g. informações, documentos, fotos, depoimentos escritos etc.).

A divulgação pode ser da gravação completa ou de trecho dela, conforme estabelece o artigo 28 em estudo. Exige-se apenas o resultado de que haja exposição da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem do investigado ou acusado. Portanto, não são abrangidas gravações que sejam de conhecimento público ou captadas em público ou mesmo divulgadas inicialmente por ato do próprio investigado ou acusado. Também é requisito que a gravação divulgada não tenha relação com a prova a ser produzida. Fica evidenciado que o crime se configura com a divulgação de sons, imagens ou ambos que exponham de forma absolutamente inútil o investigado ou acusado. Se a divulgação se destina a, de alguma forma, contribuir para a investigação ou o processo, será lícita. Exemplificando: a) Será ilícita a divulgação de parte de um depoimento de testemunha ou declaração de suspeito ou vítima em que se mencione detalhes da vida sexual de alguém que em nada contribuirão para as investigações; b) Será lícita, porém, a divulgação de imagens de um local de roubo, com sons de voz e a fisionomia, bem como características físicas de um infrator, a fim de poder identificá-lo com obtenção de colaboração da sociedade.

Para a configuração do crime não é exigida prévia decretação do sigilo, bastando que a divulgação seja feita afetando a privacidade, intimidade, honra ou imagem do investigado ou acusado. [5]

Parece até desnecessário salientar que essa infração penal ora em estudo pode se referir a gravações ocorridas no curso de investigação pré – processual ou no decorrer do processo – crime, já que a lei faz menção ao “investigado” ou “acusado”. Aliás, atualmente, na maior parte das comarcas, as audiências são gravadas em audiovisual, ensejando a oportunidade para esse tipo de divulgação espúria e criminosa.

O crime é doloso, não havendo previsão de figura culposa. O dolo, como sempre, é específico, nos termos do artigo 1º., § 1º., da Lei 13.869/19. Além disso, deverá o agente ter em mente o desejo de fazer a divulgação da gravação sem ligação com a prova pretendida, com o fito de expor a intimidade, a privacidade, a honra ou a imagem do acusado ou investigado.

REFERÊNCIAS

GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

LESSA, Marcelo de Lima, MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, GIUDICE, Benedito Ignácio. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: ACADEPOL, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 2019.

SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

NOTAS:

[1] SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 192.

[2] Op. Cit., p. 193.

[3] Cf. LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 268 – 273. GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 251 – 257. MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 2019, p. 125. LESSA, Marcelo de Lima, MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, GIUDICE, Benedito Ignácio. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: ACADEPOL, 2020, p. 126 – 127.

[4] SOUZA, Renee do Ó, Op. Cit., p. 194.

[5] Op. Cit., p. 193 – 194.

A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

LANNA GABRIELA BRUNING SIMONI:

Pós-Graduada em Direito Ambiental – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Constitucional – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Penal – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Sanitário – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito da Criança e do Adolescente – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Difuso e Coletivo – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Público – Anhanguera Uniderp. Pós-Graduada em Direito Processual Penal – Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Processual Civil – Damásio Educacional. Bacharel em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

RESUMO: O presente estudo visa traçar um panorama a respeito da aplicabilidade das ações coletivas passivas no ordenamento jurídico pátrio, especialmente diante da divergência instaurada doutrinariamente a respeito da possibilidade da coletividade ser demandada em ações coletivas quando causadora de lesões.

PALAVRAS-CHAVE: ação coletiva, legitimidade extraordinária passiva, defand class actions, demandas múltiplas, acesso à justiça.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA PASSIVA NAS AÇÕES COLETIVAS. 2.1. A TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. 2.2 LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA PASSIVA NA TUTELA COLETIVA. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento do Neoconstitucionalismo, criou-se a ideologia de uma nova dogmática jurídica, atrelando o texto constitucional à limitação de poder e à busca pela eficácia da Constituição. Esse novo modelo normativo visou assegurar a pacificação social diante dos novos conflitos de interesse advindos com a evolução da sociedade, de modo a tornar mais efetiva a garantia de concretização dos direitos fundamentais, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos

Assim é que de modo a viabilizar o efetivo acesso à justiça dos titulares de direitos transindividuais e a universalidade da jurisdição, o processo coletivo trata conjuntamente e de modo equânime demandas que, por motivos afetos à relação

jurídica ou fática adjacente, à titularidade do direito e à divisibilidade do objeto, restariam pulverizadas numa infinidade de ações individuais com possíveis decisões contraditórias.

Nesse caminhar, a ação coletiva passiva se mostra como um mecanismo invertido a fim de evitar múltiplas demandas, nas quais a coletividade seria responsável por ocasionar lesões de massa.

A relevância do tema é inquestionável, especialmente em virtude da celeuma doutrinária existente a respeito da aplicabilidade da ação coletiva passiva no direito pátrio, tanto mais diante do possível impacto na realidade social subjacente em virtude de sua admissibilidade.

2. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA PASSIVA NAS AÇÕES COLETIVAS

2.1. A TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

A conflituosidade de massa e a complexidade social enfrentada com o Pós Segunda-Guerra Mundial geraram a percepção de que o direito processual civil individual havia se tornado inadequado para a tutela de situações envolvendo interesses metaindividuais.

O processo coletivo nasce com um imperativo de duas ordens: primeiro para a tutela dos bens de terceira dimensão, ou seja, de titularidade indeterminada, sem que estejam estabelecidos claramente os legitimados para sua defesa; segundo, pra permitir que alguém tutele os interesses que, do ponto de vista individual, são economicamente inviáveis.

Destarte, constata-se que o processo coletivo tem o condão de tutelar o interesse público primário, ou seja, qualquer interesse público que se relacione diretamente com a realização de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstas.

Busca-se, desse modo, a pacificação social dos conflitos de massa pela potencialização da solução dos imbróglios. O processo coletivo permite, portanto, o acesso à justiça e a molecularização dos conflitos, evitando decisões contraditórias e garantindo a economia processual.

O conceito de cada um dos interesses que integra o interesse coletivo transindividual é questão bastante turbulenta na doutrina pátria. A primeira distinção, encontra-se na relação jurídica em litígio, bem como nos destinatários do interesse em jogo e, finalmente, na divisibilidade ou não do bem da vida tutelado. Atualmente a matéria encontra respaldo no Código de Defesa do Consumidor.

Assim, conceitua o diploma consumerista que os interesses difusos são aqueles em que uma parcela indeterminada de pessoas, ligadas por uma mesma circunstância de fato, estão sendo atingidas nos seus direitos de natureza indivisível (art. 81, §único, I, CDC). São interesses indivisíveis, isto é, apenas admitem uma fruição, um aproveitamento coletivo, sendo seus interessados absolutamente dispersos, ou seja, não se exige entre eles nenhuma condição especial ou relação jurídica própria. A indivisibilidade e a dispersão alcançam proporções extremas, sendo impossível identificar quantos ou quais sejam os interessados. Os interessados são, portanto, indetermináveis. Como aplicação dos direitos difusos, pode-se citar a defesa do meio-ambiente ecologicamente equilibrado ou do patrimônio histórico e artístico de uma comunidade.

Nota-se que o conceito de direito transindividual é residual, aplicando-se a todo direito material que não seja de titularidade de um indivíduo, seja ele pessoa humana ou jurídica, de direito privado ou público. No caso específico do direito difuso, o titular é a coletividade, representada por sujeitos indeterminados e indetermináveis. São direitos que não têm por titular um só sujeito nem mesmo um grupo determinado de sujeitos, referindo-se a um grupo social, a toda a coletividade, ou mesmo a parcela significativa dela. O segundo elemento é a natureza indivisível, voltado para a incindibilidade do direito, ou seja, o direito difuso é um direito que não pode ser fracionado entre os membros que compõem a coletividade. Dessa forma, havendo uma violação ao direito difuso, todos suportarão por igual tal violação, o mesmo ocorrendo com a tutela jurisdicional, que, uma vez obtida, aproveitará a todos, indistintamente.” TARTUCE e NEVES, 2018, p. 1272)

Por sua vez, os interesses coletivos também são indivisíveis, mas, ao contrário dos difusos, possuem destinatários determináveis, identificados por uma relação jurídica-base (art. 81, §único, II, CDC). Trata-se de interesse com dimensões metaindividuais, mas plenamente possível identificar-se a coletividade ou grupo de pessoas que são particularmente interessados. A lesão afeta — indivisivelmente — uma categoria, um grupo ou uma determinada classe de pessoas, não sendo extensiva a toda a comunidade. Ressalve-se que os interessados, diferentemente dos interesses difusos, não estão unidos por circunstância fática, mas por um vínculo comum de natureza jurídica.

Cabe ressaltar que a relação-base necessita ser anterior à lesão (caráter de anterioridade). [...] O elemento diferenciador entre

o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos stricto sensu e não ocorre nos direitos difusos. Portanto, para fins de tutela jurisdicional, o que importa é a possibilidade de identificar um grupo, categoria ou classe, vez que a tutela revela -se indivisível, e a ação coletiva não está disponível aos indivíduos que serão beneficiados. (DIDIER e ZANETI, 2017, p. 77)

Diversamente dos interesses referidos anteriormente, os direitos individuais homogêneos são interesses divisíveis, que podem ser atribuíveis aos seus titulares. São interesses plenamente quantificáveis, sendo, portanto, seus titulares identificados e identificáveis. São em suma, interesses individuais, que possuem, uma característica peculiar, derivam de uma origem comum (art. 81, § único, III do CDC).

(...) os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. O qualificativo é destinado a identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que propicia, embora não imponha, a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente destes (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são indivíduos determinados ou pelo menos determináveis), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria (e, por isso, suscetíveis também de tutela individual). (ZAVASCKI, 2017, p. 40)

Percebe-se que esses direitos possuem pontos comuns e divergentes entre si. Os interesses difusos e os interesses coletivos têm natureza indivisível, diferem pela origem da lesão e pela abrangência do grupo. Os direitos coletivos e os individuais homogêneos, por sua vez, se igualam no que diz respeito ao grupo lesado, sendo

ambos determináveis, porém, diferem quanto à divisibilidade do interesse e pela origem da lesão.

Quando o resultado do processo é igual para todos, para todo um grupo, sem distinção em relação ao outro, fala-se em direito coletivo. A título exemplificativo tem-se que, na medida em que um determinado percentual de uma mensalidade escolar é estabelecido, este percentual se aplica a todos os alunos, sem qualquer diferença de um para outro. Caso a discussão verse sobre a devolução do dinheiro pago atinge-se o campo do direito individual, em que cada um irá pleitear o seu nos limites de seus próprios valores. Assim, na defesa dos direitos individuais homogêneos há uma diferenciação, que é justamente a identificação, em cada caso, do valor ou da lesão, enquanto no direito coletivo a situação jurídica é genérica e, portanto, indivisível.

Afere-se, nesse diapasão, que a classificação do interesse lesado dependerá de uma análise dos fatos concretos e do pedido que foi formulado na ação coletiva, o qual poderá fragmentar uma série de interesses atingidos pela mesma situação fática.

E, diante da diferenciação do ponto de vista material entre as espécies de direitos coletivos, convencionou-se identificar três fases evolutivas da tutela coletiva. A primeira, reconhecida como a fase da absoluta predominância individualista da tutela jurídica, os interesses da coletividade eram visualizados apenas no direito penal e no direito administrativo. Na segunda fase, os direitos coletivos passaram a ser tutelados de forma taxativa e fragmentária, de modo que apenas algumas espécies de direitos coletivos recebiam proteção legislativa, como o patrimônio público e o meio ambiente. Na atual fase, vivencia-se uma era de tutela jurídica integral, irrestrita e ampla, em que se pode verificar uma tutela jurídica coletiva holística, havendo a possibilidade de defesa de qualquer interesse ou direito transindividual processualmente.

É nesse linear histórico que impende destacar que as ações coletivas ingressaram no sistema processual brasileiro com a promulgação da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), tendo sido o primeiro instrumento sistemático voltado à tutela de alguns interesses coletivos em Juízo.

Com o advento da Lei da Ação Popular, observou-se duas importantes alterações no sistema processual de tutela coletiva. A primeira foi a legitimação ativa, em que o cidadão passou a defender, em nome próprio, os direitos de toda coletividade, por meio de substituição processual. A segunda, por sua vez, está relacionada à coisa julgada, a qual permitiu a ampliação da tutela ao atribuir efeito

erga omnes à decisão de procedência e possibilitar uma nova demanda em caso de improcedência por deficiência ou insuficiência de provas.

Posteriormente, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente trouxe a previsão de responsabilidade civil dos agentes poluidores do meio ambiente, atribuindo ao Ministério Público a legitimidade para a defesa do meio ambiente (art. 14 § 1, Lei 6.938/81).

Todavia, apenas com o advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), inspirada nas *Class Actions* do direito estadunidense, é que a tutela dos direitos coletivos *lato sensu* passou a ser difundida e ter sua importância reconhecida, incorporando ao ordenamento jurídico institutos processuais coletivos, que começaram a propiciar uma tutela efetiva, dentre eles a legitimação concorrente e disjuntiva. Sob esse viés, a propositura das demandas coletivas ficou a cargo do Ministério Público, da Defensoria Pública, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das Autarquias, das Empresas Públicas, das fundações ou das sociedade de economia mista, bem como das associações que, concomitantemente estejam constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, ao incorporar os preceitos do neoconstitucionalismo ao ordenamento jurídico, serviu de substrato para a criação de um microsistema de tutela coletiva, que veio a se solidificar com o Código de Defesa do Consumidor. Esse diploma trouxe novas regras, específicas e inovadoras para a tramitação dos processos coletivos, alterando profundamente a Lei de Ação Civil Pública e o panorama para a efetiva tutela coletiva de direitos, tal como é vista hodiernamente.

2.2 LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA PASSIVA NA TUTELA COLETIVA

Pela digressão acima esposada, é observável que nada obstante a legislação pátria tenha expressamente previsto a pertinência subjetiva para a propositura das ações coletivas, deixou o legislador de mencionar acerca da possibilidade de um processo coletivo passivo, ou seja, de um dever jurídico ser cobrado de uma coletividade.

Conforme os ensinamentos de Flávio Tartuce e Daniel Amorim, o processo coletivo passivo deriva da relação jurídica de direito material, estando presente quando há um agrupamento humano sendo demandado em uma ação judicial:

“O processo coletivo passivo, portanto, é o processo no qual se discute esse dever ou estado de sujeição coletivo. A conceituação é importante porque afasta do âmbito do processo coletivo passivo pretensões meramente declaratórias que têm como objeto um direito coletivo, ainda que se possa imaginar nesse caso uma coletividade ou comunidade representadas – ou substituídas processualmente – no polo passivo. Definir-se quem será autor ou réu, ainda mais numa ação dúplice como é o caso da ação meramente declaratória, não é o suficiente para se determinar a espécie de processo coletivo – ativo ou passivo. O que interessa é a situação jurídica de direito material que forma o objeto do processo.” (TARTUCE e NEVES, 2018, p. 1432)

Inferre-se das lições de Didier e Zanati que a ação coletiva passiva ocorre:

(...) quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se demanda contra uma dada coletividade. Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (*lato sensu*) – nessa última hipótese, há uma relação duplamente coletiva, pois os conflitos de interesses envolvem duas comunidades distintas. (DIDIER JÚNIOR e ZANATI JÚNIOR, 2017, 491-492)

No ordenamento jurídico pátrio estabeleceu-se uma certa celeuma a respeito da admissibilidade da ação coletiva passiva (*defend class actions*), mormente quando em cotejo a própria natureza transindividual dos interesses jurídicos, a legitimidade passiva da demanda, a competência da ação e o alcance da coisa julgada.

Assim, parcela da doutrina refuta a existência de ações coletivas passivas no direito pátrio, ventilando que, diferentemente das *defend class actions* estadunidenses, no sistema brasileiro inexistente um rígido controle da representação adequada no caso (*ope judicis*), de modo que a coisa julgada estaria sujeita ao resultado da demanda. Segundo afirma Antônio Gidi:

Nas *class actions* norte-americanas a legitimidade para condução de um processo coletivo é outorgada tanto do lado ativo como do lado passivo da ação. Dessa forma, o “representante” do grupo tanto pode ser autor como réu numa *class action*. Nas ações coletivas do direito brasileiro, todavia, somente se confere legitimidade “*ad causam*” ativa aos entes

elencados no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC. Arruda Alvim observa que embora o art. 81 do CDC se refira à “defesa” dos direitos dos consumidores, essa expressão tem o significado de agir ativamente em juízo, e não a possibilidade de os entes do art. 82 serem réus em uma ação coletiva (ou individual). (GIDI, 1995. p. 51)

Os doutrinadores Cândido Dinamarco e Hugo Mazzilli coadunam do mesmo entendimento, levantando problemas como a ausência de lei autorizadora, a dificuldade de se determinar a representatividade da coletividade-ré, bem como o regramento da coisa julgada.

Vimos que, em princípio, qualquer pessoa pode ser ré em ação civil pública ou coletiva. Mas, em regra, a própria coletividade lesada, transindividualmente considerada, não está legitimada passivamente para essas ações. Pelo sistema hoje vigente em nosso Direito, os legitimados do art. 5 da LACP ou do art. 82 do CDC só substituem processualmente a coletividade de lesados no polo ativo, o que afasta a possibilidade de aqueles legitimados figurarem como réus, mesmo em reconvenção. (MAZZILLI, 2019, p. 453).

Consoante Leonel (2017, p. 248), essa posição restritiva em relação à possibilidade de aplicação das ações coletivas passivas no direito pátrio possui como premissa maior a preocupação de decisões judiciais prejudiciais à coletividade que não participou da ação. Sob o mesmo prisma Mazzilli (2019, p. 457) ressalta que “ainda que se institua uma ação coletiva passiva, não se pode chegar ao ponto de admitir a responsabilização de todo um grupo indeterminado pelos danos que alguns tenham causado à coletividade”.

Além disso, Rodolfo Mancuso ainda ressalta que:

Técnicas como a ampliação *ope legis* do objeto litigioso, ou a expensão subjetiva do julgado, permitem que por vezes o comando judicial venha a se distanciar do que fora estritamente pedido – na busca pela otimização da eficácia da resposta judiciária –, o que tem encontrado resistência em setores da doutrina nacional, dada a prevalência do chamado “princípio da demanda” ou da adstringência do julgado aos limites do pedido (CPC, arts. 2, 141, 492, caput). É que, nas class actions, prioriza-se a eficácia da reparação do bem coletivo lesado, antes que o mero “acolhimento” do pedido do autor,

até porque o interesse não concerne somente a esse agente (que atua como um ideological plaintiff), e sim a um número mais ou menos indefinido de indivíduos (MANCUSO, 2019, p. 238).

Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2019, p. 113) acrescentam que os argumentos desfavoráveis levantados pela doutrina referem-se também ao fato de que a substituição processual é instituto excepcional e que as normas que regem a ação coletiva autorizam a legitimação extraordinária somente no polo ativo, sendo incompatível o regime da coisa julgada coletiva por violar os postulados constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Nesse cenário, os autores afirmam que excetuam-se, apenas, as hipóteses de embargos a execução, embargos de terceiro, ação rescisória, ação anulatória de compromisso de ajustamento de conduta e os dissídios coletivos de trabalho e as ações propostas contra sindicatos procurando restringir o exercício abusivo do direito de greve.

De outro norte, a favor da possibilidade de ação coletiva passiva estão Rodolfo Carmargo Mancuso, Ada Pellegrini Grinover, Pedro Lenza, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti, que defendem o instituto com base na experiência estadunidense e na possibilidade de se garantir a efetiva prestação judicial e o acesso à justiça.

O que torna a ação coletiva passiva digna de um tratamento diferenciado é a circunstância de a situação jurídica litigada pela coletividade encontrar-se no pólo passivo do processo. A demanda é dirigida contra uma coletividade, sujeita de uma situação jurídica passiva (um dever ou um estado de sujeição, por exemplo). Da mesma forma que a coletividade pode ser titular de direitos (situação jurídica ativa), ela também pode ser titular de um dever ou um estado de sujeição (situações jurídicas passivas). (DIDIER E ZANETI, 2017, p. 436)

Para Rodolfo Mancuso, a expansão da legitimação passiva seria capaz de evitar demandas múltiplas, em que a coletividade é responsável por lesões de massa:

A excessiva amplitude da legitimação passiva nas ações voltadas à tutela de interesses metaindividuais (que pode chegar a uma não-fixação apriorística dos demandados) não é casual, mas antes leva em conta fatores diversos, como as peculiaridades do caso concreto, as responsabilidades diversas, diretas e indiretas, emergentes segundo a natureza do dano produzido, o grau de informação das pessoas concernentes, a

hierarquia entre os órgãos públicos envolvidos, a conveniência da extensão subjetiva da coisa julgada. (MANCUSO, 2019, p. 236).

Sob essa perspectiva, seria desnecessário uma previsão expressa específica a respeito do tema, devendo que se realizar uma interpretação sistemática do ordenamento.

Ademais, com fulcro nos arts. 39-A e 39-B do Estatuto do Torcedor, mencionados autores demonstram que a coletividade pode figurar no polo passivo de uma ação civil pública, já que a torcida organizada é considerada representante dos interesses de seus membros, os quais podem ser responsabilizados por eventuais transgressões cometidas por seus associados. *In verbis*:

Art. 39-A. A torcida organizada que, em evento esportivo, promover tumulto, praticar ou incitar a violência ou invadir local restrito aos competidores, árbitros, fiscais, dirigentes, organizadores ou jornalistas será impedida, assim como seus associados ou membros, de comparecer a eventos esportivos pelo prazo de até 5 (cinco) anos.

Art. 39-B. A torcida organizada responde civilmente, de forma objetiva e solidária, pelos danos causados por qualquer dos seus associados ou membros no local do evento esportivo, em suas imediações ou no trajeto de ida e volta para o evento.

Consoante os ensinamentos de Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2019, p. 113), a corrente favorável acerca da legitimidade extraordinária passiva no direito brasileiro sustenta, em suma, que o art. 5º, § 2º, da Lei da Ação Civil Pública faculta ao Poder Público e a outras associações legitimadas habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes e que os arts. 81 e 82 do CDC não restringem a defesa dos interesses transindividuais ao polo ativo, cabendo ao juiz controlar a representatividade adequada dos réus.

Impende ressaltar que a sistemática trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 também corrobora para que a coletividade possa participar do litígio no polo passivo, como se pode perceber nas demandas possessórias movidas em face de grupo indeterminado ou indetermináveis de pessoas:

Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

§ 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

Nessa linha, Fredie Didier e Zaneti (2017) dispõe que acaso não fosse admitida a demanda coletiva passiva, não seria possível o ajuizamento de ação rescisória da ação coletiva originária, os embargos a execução coletiva, o mandado de segurança impetrado pelo réu da ação coletiva contra ato judicial.

Por fim, questionamentos quanto à admissibilidade das ações coletivas perpassam em relação ao tratamento dado à coisa julgada, esclarecendo Fredie Didier e Zaneti (2017) que em se tratando de direitos difusos esta deve ser pro et contra e erga omnes, ou seja, independentemente do resultado do processo coletivo e vinculante a todos os membros do grupo dada a indivisibilidade da situação jurídica passiva. Aduzem os autores que este entendimento também deve ser aplicado à coisa julgada envolvendo os deveres coletivos stricto sensu, diferenciando-se apenas quanto à abrangência que deve ser ultra partes, restrita ao grupo de sujeitos envolvidos na lide.

Já nos casos de ações coletivas passivas propostas contra deveres individuais homogêneos, vozes doutrinárias entendem que a coisa julgada deve ser pro et contra e erga omnes no plano coletivo, inadmitindo discussão futura em ação coletiva. Nada obstante, essa decisão não teria extensão no plano individual caso fosse desfavorável aos interesses dos membros, podendo estes ingressar com ação própria para afastar seus efeitos. Nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel propõe a admissibilidade das ações coletivas desde que não provoquem prejuízos às posições individuais, ressalvada autorização estatutária:

Admitindo que em certos casos há conflitos entre interesses coletivos (meio ambiente contra desenvolvimento urbanístico; saúde pública contra meio ambiente; empregadores agropecuários contra grupo social buscando estimular a reforma agrária através de ocupações ilícitas de imóveis, com danos ao meio ambiente; etc), não haverá dificuldade em reconhecer a possibilidade de obtenção de tutela declaratória contra o grupo, a categoria, classe (no caso dos interesses coletivos ou individuais homogêneos) ou mesmo contra a coletividade em sentido amplo (na hipótese de direitos difusos) [...] Essas imposições (condenações) que configuram a

tutela jurisdicional serão possíveis só enquanto fixadas – frise-se, no plano coletivo, não sendo viável, ao menos no atual estado da ciência e do plano normativo, imaginar sua imposição individualmente aos sujeitos (pessoas) que integram aquela coletividade, que não participaram pessoalmente do feito. (LEONEL, 2017, p. 248-249).

Pelo exposto, infere-se que a ação coletiva passiva tem superado a resistência doutrinária existente, uma vez que, ainda que parcela dos juristas não reconheçam sua existência, admitem exceções para sua aplicabilidade no direito pátrio, de modo a tornar esse instituto um importante mecanismo na resolução de contendas na seara do processo coletivo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante exposto alhures, com o fito de viabilizar o efetivo acesso à justiça dos titulares de direitos transindividuais, bem como a universalidade da jurisdição, o processo coletivo potencializa o alcance de uma pacificação social dos conflitos de massa ao tratar conjuntamente e de modo equânime demandas que, por motivos afetos à relação jurídica ou fática adjacente, à titularidade do direito e à divisibilidade do objeto, restariam pulverizadas numa infinidade de ações individuais com possíveis decisões contraditórias.

As denominadas ações coletivas passivas - inspiradas nas *defand class actions* do direito estadunidense - são hipótese de legitimação extraordinária passiva, na qual a ação seria proposta contra ente que defenderia em nome próprio interesse de uma classe, grupo ou categoria de pessoas.

O processo coletivo passivo no ordenamento pátrio sofre argumentos contrários a sua aplicabilidade, sob a justificativa de que não há previsão legal regulamentando o emprego da legitimação extraordinária no polo passivo da demanda, sob pena de afrontar o regime da coisa julgada coletiva e os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Nada obstante, com alicerce no princípio do acesso à justiça e efetividade das decisões judiciais, esse instituto jurídico tem sido reconhecido pela doutrina majoritária a fim de que o uso de ações coletivas passivas viabilize que a coletividade não apenas seja titular de direitos como também de deveres jurídicos.

4. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos : volume 1 - Fundamentos do direito coletivo, Ação civil pública, Ação**

popular, Mandado de segurança coletivo, Direito do consumidor, Improbidade administrativa. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei n. 10.671, de 15 de maio de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo.** 11ª ed. Vol. 4. Bahia: Juspodivm, 2017.

GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar.** 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.** 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual.** 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos difusos e coletivos.** 9. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: JusPODIVM, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

CITAÇÕES E INTIMAÇÕES EXPEDIDAS VIA WHATSAPP: LIMITES E POSSIBILIDADES À LUZ DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

ALÉXIA NEILANE ARAÚJO VERGARA:

Bacharelada do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

ROBERTS MEDEIROS XAVIER ^[1]

(coautor)

FABRÍCIO DE FARIAS CARVALHO ^[2]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como tema as citações e intimações judiciais expedidas via *WhatsApp* diante dos seus limites e possibilidades à luz das garantias processuais, tendo como objetivo trazer a reflexão teórica sobre as inseguranças trazidas pela comunicação processual através de atos processuais, citação e intimação, frente aos meios tecnológicos, em específico, o aplicativo de mensagens instantâneas privado *WhatsApp*, suas consequências por violações aos princípios norteadores do Direito Processual Civil, e distribuição obscura quanto a regulamentação sobre o tema no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Buscando analisar o objetivo, foi utilizada a metodologia do tipo descritiva, com abordagem dedutiva, onde foi possível verificar as mudanças trazidas pelo CPC, a Lei da Informatização do Processo Judicial e a Resolução do CNJ, ambas buscaram normatizar as mudanças advindas das novas tecnologias no âmbito processual, além das análises dos posicionamentos dos Tribunais através de Jurisprudências e procedimento de controle administrativo que tiveram como foco as intimações e citações via *WhatsApp*. Observou-se, que na busca em diminuir a morosidade dos atos processuais com o intuito de entregar mais celeridade diante de uma vaga regulamentação por parte do legislador e do CNJ, os Tribunais acabaram utilizando do aplicativo, consequentemente havendo consentimento com as violações causadas aos princípios em virtude do seu uso.

Palavras-chave: Processo civil, Atos processuais, Novas tecnologias, *WhatsApp*, Princípios.

Sumário: 1 Introdução 2 Normas Fundamentais do Processo Civil 2.1 Acesso À Justiça 2.2 Contraditório e Ampla Defesa 2.3 Segurança Jurídica 3 Comunicação dos Atos Processuais e as Novas Tecnologias 3.1 Novo Código de Processo Civil 3.2 Lei Da Informatização do Processo Judicial (Lei Nº 11.419/06) 3.3 Resolução Nº 234 Do CNJ 3.4 Portaria GPR Nº 2266 De 09/11/2018 3.5 Procedimento de Controle Administrativo Nº 0003251-94.2016.2.00.0000 3.6 Posicionamento na Jurisprudência 4 Uso do *Whatsapp* Na Comunicação dos Atos Processuais: Limites E Possibilidades 5 Conclusão 6 Referências

1 INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é fomentar uma reflexão sobre a comunicação processual, com foco nos aspectos relacionados às citações e intimações por meios eletrônicos sobretudo aquelas realizadas pelo aplicativo de mensagens *WhatsApp*, analisando em que situações a sua utilização é cabível, e que sua devida aplicação torna muito mais sólida a segurança jurídica.

Não pairam dúvidas que a informatização judicial foi um dos grandes avanços do Processo Civil, e a utilização do *WhatsApp* tem como objetivo ampliar o acesso à Justiça, garantindo prestação jurisdicional célere e efetiva para a resolução dos conflitos, porém é necessário refletir sobre a imprecisão concernente ao tema.

Primeiramente, busca-se analisar os princípios-base, dentro do rol das normas fundamentais do processo civil, conceituando especificamente os princípios do Acesso à Justiça, Contraditório e Ampla Defesa, e Segurança Jurídica, a fim de elucidar suas funções na ordem jurisdicional, e de que forma a utilização errônea do citado aplicativo de mensagens viola tais princípios.

A posteriori, pretende-se analisar os conceitos trazidos pelo Novo Código Processo Civil (Lei 13.105/15) acerca dos termos "citação" e "intimação", além de demonstrar as modalidades de aperfeiçoamento desses atos de comunicação processual, e deste modo conseguir visualizar os pontos divergentes frente ao uso de tal meio tecnológico.

Também se faz necessário tratar sobre a Lei de Informatização Judicial (Lei 11.419/06), que trouxe importante inovação sobre o uso do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais, porém não se fez enfática em mencionar o *WhatsApp* como possível modalidade.

Logo após, propõe-se a Resolução 234 do CNJ com breves considerações de conceito intrínseco sobre "meios eletrônicos", até então omissos pelo Novo Código de Processo Civil, com a finalidade de desraigar o ineditismo estatal, pois em virtude da precariedade legislativa, estava havendo grande divergência nas decisões judiciais, conforme se demonstra em tópico de posicionamentos jurisprudenciais.

Ainda busca avaliar um Procedimento de Controle Administrativo (0003251-94.2016.2.00.0000), instaurado por um magistrado insatisfeito com a tramitação e complexidade da intimação via *WhatsApp* sem as devidas precauções, a fim de se demonstrar em que pontos o seu requerimento se faz necessário para que não haja a violação dos princípios anteriormente mencionados.

Por último, não menos importante, faz-se concreta e conclusiva reflexão que é irrefutável que a utilização do *WhatsApp* facilitou e otimizou a funcionalidade do Poder Judiciário, porém é necessário utilizar de regras salutaras para manter as relações consolidadas pelo aspecto do princípio da segurança jurídica, através de legislação específica e clara acerca do tema.

2 NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Preliminarmente, é forçosa uma breve explicação sobre os principais que norteiam o presente tema, com o intuito de complementar e parcializar a compreensão, considerando a definição de princípios por Humberto Ávila (2019, p.72), como sendo “normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização”.

2.1 Acesso à Justiça

Para iniciar esta delimitação, é necessário esclarecer que o Estado tem o dever de garantir a todos os seus cidadãos a isonomia, que se expressa, na função jurisdicional, através da garantia ao Acesso à Justiça, pois não poderá se excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, conforme o art. 3º do NCPC.

Segundo Humberto Dalla (2018, p. 50), “é imperioso que se reconheça o acesso à Justiça como princípio essencial ao funcionamento do Estado de Direito. Isso porque um Estado estruturado sob esse postulado deve garantir, na sua atuação como um todo, isonomia substancial aos cidadãos. Na função jurisdicional, esse dever de igualdade se expressa, precisamente, pela garantia de acesso à Justiça.”

Para Cappelletti e Bryant (1988, p.9), “o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “Burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação [...]”.

Conforme exposto, este conceito vem sofrendo mutações e hoje não só engloba a hipótese de propor ou contestar uma ação, mas também a efetividade plena, em caráter material. Humberto Theodoro Júnior (2018) divide a temática em duas características: individuais e estruturais. Para ele “as individuais são aperfeiçoadas através do direito conferido a todas as pessoas naturais ou jurídicas de dirigir-se ao Judiciário e dele obter resposta acerca de qualquer pretensão, estando presentes as peculiaridades do juiz natural, para uma resolução justa. As

estruturais, de forma geral, exigem do Poder a efetividade qualitativa, capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que faz jus de acordo com o ordenamento jurídico”.

Se faz importante pontuar a expressão “efetividade qualitativa”, pois esta deve obedecer ao princípio da Igualdade, pois de nada adiantará o direito conferido às pessoas físicas e jurídicas de buscar ao Judiciário para satisfazer suas pretensões, se o órgão utilizar de meios tecnológicos inacessíveis, em desfavor de uma das partes.

Conclui-se, portanto, que o princípio do Acesso à Justiça é garantia essencial e pertence a todos. Porém, se faz necessária a preocupação em utilizar de meios salutares para a comunicação entre o cidadão e o órgão jurisdicional, a fim de que nenhuma proporção da sociedade seja excluída e a isonomia, deste modo, não seja ferida.

2.2 Contraditório e Ampla Defesa

Diante do tópico anteriormente explanado, para que o processo tenha cumprido seu dever de acesso à justiça, de forma plena e efetiva, é necessário que o julgador tenha dado às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, inclusive aos meios de defesa.

A Constituição Federal de 1988 prevê o contraditório no inciso LV do art. 5º: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988). Assim sendo, entende-se o Contraditório como forma de assegurar que as decisões sejam proferidas somente após a oportunidade de as partes serem previamente ouvidas, competindo ao juiz o dever de consultá-las, para posteriormente formar o raciocínio de seu convencimento.

Diante disso, cumpre lembrar que as partes serão ouvidas posteriormente ao momento em que forem comunicadas, através da citação e da intimação, e a partir daí a possibilidade do contraditório e ampla defesa, sendo, assim, o ato amparado de rigor e formalismo diante do grave ônus da revelia. Com a utilização dos meios tecnológicos, em busca de celeridade, há a preocupação quanto ao aperfeiçoamento desses atos de comunicação, uma vez que o legislador não se preocupou em conceituar de forma mais detida em relação aos “meios eletrônicos”, causando imensa insegurança ao intérprete, como se demonstrará em momento oportuno.

Conforme entendimento de Humberto Theodoro Júnior (2017): “O que prevalece, portanto, é que o contraditório do processo justo vai além da bilateralidade da igualdade de oportunidades proporcionadas aos litigantes, para instaurar um diálogo entre o juiz e as partes, garantindo ao processo ‘uma atividade

verdadeiramente dialética', em proporções que possam redundar não só em um procedimento justo, mas também em uma decisão justa, quanto possível.".

À vista disso, cumpre enfatizar que o contraditório efetivo busca além de comunicação igualitária entre as partes, evitar as decisões-surpresa, fora do contraditório prévio, tanto em relação a questões novas, quanto a fundamentos diversos daqueles com que as questões velhas foram previamente discutidas no processo.

Contudo, o parágrafo único do art. 9º do NCPC abre três exceções quanto a antecedência de manifestação das partes frente à uma decisão: I) a tutela provisória de urgência; II) às hipóteses de tutela de evidência; III) a decisão autorizadora do mandado de pagamento, na ação monitória (BRASIL, 2015). Todavia, encerrado o prazo para o cumprimento da medida excepcional, as partes terão oportunidade de se posicionarem sobre a matéria.

Por conseguinte, é necessário frisar que o Contraditório e Ampla defesa, antes separados pela doutrina, formam um par reconhecido no mesmo dispositivo Constitucional (art. 5º, LV, CF/1988). Conforme entendimento de Delosmar Mendonça Jr (2001): "... são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório".

Para Fredie Didier Júnior (2017, p.98) dispõe que convém lembrar, ainda, que a ampla defesa é 'direito fundamental de ambas as partes' consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório.

Conclui-se deste modo, que ambas as designações estão a par de proteger as partes litigantes, assegurando-lhes a igualdade de condições, no que diz respeito a oportunidade de manifestação em momento oportuno e por meios adequados, bem como para que haja o convencimento do juízo e assim possa ter uma decisão justa.

2.3 Segurança Jurídica

Conforme Silva (2019) o princípio do segurança jurídica, também denominado de princípio da confiança legítima, ou princípio proteção da confiança, tem sua importância como uma das normas fundamentais da base do Estado de Direito, inserido na raiz do complexo Constitucional, sendo assim visto pelo Direito como um dos princípios mais necessário e significativo.

De acordo com Didier Jr. (2017, p. 155), "O princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança são, pois, facetas que se complementam semanticamente: a

segurança é a faceta geral da confiança; a confiança, a face particular da segurança. Trata-se de relação recíproca estrutural entre os conceitos, que se faz, ainda mais, evidente ao se considerar que o conceito contemporâneo de interesse público não pode estar dissociado do de interesse privado”.

Dessa forma, o que se evidencia segundo o autor, é que na verdade são dois princípios separados, mas que funcionam somente em conjunto, tornando-se um parte do outro, estando um princípio adentrado no outro, dando assim uma complexidade maior de seus funcionamentos principiológicos, pois os princípios existem entre o interesse público e o privado, tentando sempre reafirmar as estruturas normativas já criadas.

Para Ávila (2011, p.109), “a segurança jurídica ainda pode consubstanciar uma norma jurídica, isto é, uma prescrição normativa por meio da qual se estabeleça, direta ou indiretamente, algo como permitido, proibido ou obrigatório. Nessa acepção, [...] a segurança jurídica diz respeito a um estado de coisas que deve ser buscado mediante a adoção de condutas que produzam efeitos que contribuem para a sua promoção. Com isso, o autor nos entrega uma compreensão, de visão dimensional do princípio dando a ele inserção nas normas brasileiras, se tornando parte norteadora segurança normativa.”

Tal princípio foi desenvolvido com a proposta de garantir a permanência das linhas de pensamento jurídicas já consolidadas, mesmo diante das evoluções sociais que o Direito deve acompanhar, seja ele para a legislação ou para as jurisprudências. O princípio em questão, pode ter sua aplicabilidade em inúmeros casos, como na proteção de direitos já adquiridos ou nos casos de coisa julgada, ou até mesmo atos jurídicos considerados como perfeito.

Um fator interessante da segurança jurídica é a possibilidade de se referir a um estado de fato. Segundo Ávila (2011, p.108): “Refere-se a uma determinada realidade concreta passível de constatação. Nesse sentido, a segurança jurídica não diz respeito a um comportamento que deva ser adotado ou a um estado ideal de coisas que deva ser atingido. Ela se vincula, em vez disso, a uma realidade fática que se entende existente”. Dessa forma, a aplicação da expressão “segurança jurídica” indica uma aparência, um juízo de acontecimentos em relação daquilo que se julga existir no plano da realidade.

Não obstante a inegável influência das novas tecnologias na tramitação processual, é preocupante a atuação de algumas Cortes e, em especial, alguns Juizados, que, em nome da celeridade, têm produzido alguns exageros, sobrepondo o princípio da segurança jurídica em nome de uma suposta efetividade da tutela jurisdicional, o que mais aparenta mera preocupação com critérios quantitativos para

uma boa avaliação de desempenho junto ao CNJ, do que com os fins jurídico-políticos que o processo deve atingir, em especial a adequada solução do litígio conforme o direito (ROSA; PARRA, p. 5, 2017).

3 COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS E AS NOVAS TECNOLOGIAS

Como em todo processo, para que as partes tenham ciência das ações em seu andamento, há a expedição de atos processuais, dois destes são: a citação e a intimação, que por sua vez são atos de comunicação entre as partes, ou para convocação de uma delas a integrar a relação jurídica ou para informar de algum fato ocorrido.

O Código de Processo Civil de 2015, preceitua o conceito para citação como “o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.” (art. 238), e a intimação como “ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo.” (art. 269). (BRASIL, 2015).

Não havendo o aperfeiçoamento de ambas, insurgirão inúmeros efeitos sobre o processo, inclusive a nulidade de todo o feito, e por isso a legislação se resguardou, possibilitando um rol, com várias modalidades para que sejam realizadas tanto a citação, quanto a intimação, onde frustrada uma tentativa, possa-se recorrer a outra.

Dentre essas modalidades, acrescentou-se ao NCPC e legislação específica a possibilidade de comunicação por “meio eletrônico”, como mecanismo a fim de auxiliar a informatização judicial, corroborando para a celeridade e combate à morosidade judiciária, sendo este o meio preferível no que diz respeito à intimação, conforme art. 270.

Via de regra a intimação se aperfeiçoa através do Diário Eletrônico Judicial – DJE. Hoje, porém, em alguns casos, vem se realizando através do aplicativo de mensagens *WhatsApp*, causando tamanha preocupação entre os doutrinadores, pois a medida carece de legislação própria e de fato o ordenamento não proíbe tal meio, porém não é enfático em citá-lo, tratando apenas de forma genérica a possibilidade de intimação e citação por “meio eletrônico”, gerando emergente ineditismo estatal, pois alguns magistrados são a favor, e outros contra.

Entre outros doutrinadores, José Carlos de Araújo Almeida Filho (2015), preceitua: “A ficção da intimação pessoal é por demais perigosa nos autos do Processo Eletrônico. Justificamos a nossa preocupação diante da insegurança de nossos sistemas tecnológicos. (...) Ocorre que a norma se encontra posta e é preciso admitirmos que sua aplicação pode ser bastante salutar se adotados meios seguros para que esta intimação pessoal fictícia possa ser factível.”

O que se nota é a falta de definição sobre o assunto em nosso ordenamento jurídico, pois este foi falho em algumas disposições, sem nenhum esclarecimento adicional, provocando apenas mais insegurança na prática dos atos de intimação, por consequência nas citações, como se demonstrará nos tópicos a seguir.

3.1 Novo Código de Processo Civil

Em se tratando de um código contemporâneo, é necessário compreender o objetivo trazido aos seus intérpretes. Segundo entendimento de Humberto Dalla (2018), "(...) o novo Código de Processo Civil busca uma simplificação procedimental, a fim de garantir a celeridade processual, sem esquecer que a celeridade não pode se desvincular da segurança jurídica, e a garantia de um processo ético, de respeito e colaboração entre os sujeitos processuais (...)".

Dentre outros acréscimos, a informatização judicial com certeza se demonstra como a mais predominante, e em virtude disso a citação e a intimação, atos de comunicação processual, foram agraciados neste contexto, pois em busca de celeridade o código possibilitou o aperfeiçoamento destes através do meio eletrônico.

Não se faz cansativo exprimir que a citação é ato pelo qual se comunica o réu ou o interessado que existe um processo contra ele, e que diante disso se defenda no prazo de 15 dias. Esta poderá ser feita na modalidade real (pessoal): pelo correio, por oficial de justiça, pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório, por edital, por meio eletrônico, conforme regulado em lei (art. 246). De se pensar que nos casos de entes da Administração Pública direta ou indireta e empresas privadas, o meio preferencial passa a ser o eletrônico (art. 246, §§ 1º e 2º). (BRASIL, 2015).

Feita a citação eletrônica, o prazo para resposta começa a ser contado no dia útil seguinte à consulta ou ao término do prazo para que a consulta se dê (art. 231, V). Segundo entendimento de Didier Júnior (2017), "somente os cadastrados no sistema poderão ser citados eletronicamente. Por isso que o CPC, conforme visto acima, impôs o dever de as pessoas jurídicas procederem ao cadastro perante os tribunais, ressalvadas as microempresas e as empresas de pequeno porte".

Em termos de classificação pode ainda a citação ser feita na modalidade ficta (presumida): por edital, e por hora certa, podendo esta última ser considerada como um incidente na hipótese de citação por mandado, observada a regra do art. 252 do NCPC.

Sustentam Augusto Marcacini e José Parra Pereira (2017), "uma vez formada a relação jurídica processual com a citação, é igualmente necessário manter as partes

adequadamente informadas de todos os atos processuais praticados, medida que possibilita o cumprimento do contraditório e do devido processo legal. A intimação pode ainda conter a imposição de um dever ou uma sanção, eventualmente acarretando a preclusão de um direito, caso o intimado se quede inerte.”.

Destarte, a intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo (art. 269), e serão realizadas sempre que possível por meio eletrônico, na forma da lei (art. 270), quando isso não for possível, devem ser feitas por meio de publicação dos atos no órgão oficial (art. 272). Frustrados esses dois meios, pode a intimação se realizar pessoalmente, se tiverem domicílio na sede do juízo, ou por carta registrada, com aviso de recebimento, quando o domicílio for em outro juízo (art.273), e em último caso, por oficial de justiça (art.275). (BRASIL, 2015).

Note-se que a citação e a intimação nada mais são que composição do Contraditório, e para Didier Júnior (p.711, 2017), “importante frisar que, do mesmo modo que o direito de ação não se exaure com a propositura da demanda, o direito de defesa não é apenas a apresentação da resposta, mas a possibilidade conferida ao réu de, efetivamente, reagir em juízo para que seja negada a tutela jurisdicional ambicionada pelo autor.”.

Por isso é de suma importância que o réu tenha ciência e possa impugnar todos os fatos projetados na inicial, de forma salutar e acessível, uma vez que as citações e as intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, conforme o que dispõe o art. 280. (BRASIL, 2015).

Em se tratando dos meios eletrônicos, em especial ao aplicativo de mensagens *WhatsApp*, é notório que sua utilização no meio jurídico tem se difundido, e que é habitual a expedição de intimações através do mesmo, fazendo-se necessário refletir sobre tal medida, e suas consequências, muitas vezes conduzidas sem a devida compreensão em virtude da omissão da lei.

Para Augusto Marcacini e José Parra Pereira (2017), afirmam que “para a realização de atos de comunicação por meio eletrônico, é imprescindível que o legislador apresente requisitos mínimos de segurança que possibilitem concluir que o ato atingiu sua finalidade, pois a ciência desse é o objetivo principal dos atos de comunicação processual.”.

Ocorre que, o NCPC não impõe requisitos mínimos para efetivar a comunicação, por isso o aperfeiçoamento da comunicação processual por meio eletrônico ocorrerá no momento em que o destinatário consultar efetivamente o seu teor documental, manifestando inequivocamente sua ciência. Porém com a utilização do *WhatsApp*, a concretização será sempre equívoca, pois há inúmeras ocasiões onde o ato não chegará até o seu destinatário.

Podendo citar inúmeros exemplos, a começar quando um aparelho telefônico é de dupla-posse, e algum dos possuidores possui algum processo tramitando na justiça, e o outro pode ocultar a mensagem de intimação, e por isso o sujeito da relação jurídica tem seu direito ao Contraditório e Ampla Defesa jogados por “água abaixo”.

Nessa perspectiva, tendo em vista nosso índice gigantesco de assaltos, o sujeito da relação processual pode ter seu aparelho telefônico roubado ou furtado, e por sua vez frustrada a tentativa de intimação, seu Contraditório será violado, assim como o devido processo legal, pois não será dada paridade entre as partes.

O *WhatsApp* é sem dúvidas um meio extremamente popular, porém precede de acesso obrigatório à internet, o que preambularmente já exclui parte da população, pois uma fração majoritária do país vive abaixo da linha pobreza, o que não lhes faz imune de ter litígios e, por conseguinte buscar tutela jurisdicional.

Quando se restringe o direito de alguém buscar o Judiciário ou ter acesso às ações e atos de um processo, viola-se a Igualdade, que por sua vez, na função jurisdicional, se expressa, precisamente, pela garantia de Acesso à Justiça, princípio essencial do estado de direito. Cumpre destacar que o Novo Código de Processo Civil não faz menções à requisitos mínimos para utilização de tais meios de comunicação, nem tampouco se resguarda dos meios fraudulentos que possam vir a ocorrer, fazendo apenas ásperas considerações, acrescentando os meios eletrônicos, como se fosse uma fórmula mágica e a menção se explicasse por si só.

Tendo em vista as garantias citadas, como o acesso à Justiça, o contraditório, ampla defesa, afetadas, há de se falar que insurgindo a ausência da citação, o processo pode perdurar por muito mais tempo, pois ele é englobado não só pela fase de conhecimento, mas ensejando os efeitos revéis, o processo se estenderá também à fase de execução, o que poderia ter sido preliminarmente sanado, se o juízo tivesse comunicado o interessado por outras tantas e diversas modalidades que dispõe o CPC.

Por tudo exposto, determinadas interpretações podem trazer prejuízos ao maquinário *forense*, tendo em vista que a utilização errônea de alguns meios eletrônicos, como o *WhatsApp*, pode acarretar decisões injustas, ferindo ao princípio da segurança jurídica, que busca trazer estabilidade para as relações já consolidadas.

3.2 Lei da Informatização do Processo Judicial (Lei N° 11.419/06)

Em 2006 é sancionada a Lei da Informatização do Processo Judicial de nº 11.419, que propagava o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais. Disciplinou também

matéria extremamente importante, que é a assinatura digital, permitindo duas formas: por meio de certificado emitido por autoridade credenciadora e outra por cadastro do interessado no órgão.

Em sequência, não tão distante, o Código de Processo Civil sofreu alterações em 2015, trazendo diversas melhorias para o arcabouço jurídico, como por exemplo a viabilidade da citação e da intimação através de meios eletrônicos, como forma de economia temporal e financeira, tendo em vista que os expedientes em vias eletrônicas são muito mais céleres e de baixo custo, uma vez que não há deslocamento para que a comunicação seja executada.

Para Humberto Dalla (2018), “o processo eletrônico se apresenta como uma forma de acelerar o moroso trâmite processual, notadamente na possibilidade de intimação pelo meio eletrônico.”, confirmando o combate a morosidade do Poder Judiciário, antes com cenário amplamente demorado, atrapalhando a duração razoável do processo.

Ocorre que ao dispor o Código de Processo Civil/15 de “meio eletrônico” como modalidade de citação e intimação, esqueceu o legislador, de expor quais são estes meios eletrônicos, ocasionando um ineditismo alastrador em cada Estado, pois alguns juízos interpretaram que o meio eletrônico, que é o mais utilizado hoje, *WhatsApp*, seria o mais adequado para a citada situação.

De fato, o aplicativo de mensagens *WhatsApp* é o mais utilizado em nossa atual realidade, e através desta interpretação, diversos Tribunais começaram a se utilizar da ferramenta. Todavia, outros não reconheceram desta como meio seguro e eficaz para a efetivação dos expedientes, baseados na ausência de legislação específica sobre o tema, ocasionando grande disparidade entre as jurisprudências, fruto desta lacuna deixada pelo legislador.

Quando se procura analisar a lei em questão, nota-se que devido à sua época em vigor, o legislador não impôs “de cara” a utilização dos meios eletrônicos na Justiça, tornando inicialmente facultativo esse formato de comunicação. A grande questão é que, ao perceber que devido à época em que ainda não existia uma difusão da internet e dos meios eletrônicos em todas as localidades das “terras tupiniquins”, o legislador não via a obrigatoriedade imediata da implantação. Contudo, o legislador ao tentar abranger os meios eletrônicos para dar flexibilidade, trouxe alguns problemas, devido as abrangências da norma.

Tal abrangência pode ser analisada no art. 1º, § 2º, I, II e III, que faz a definição do que é considerado pela lei meios eletrônicos, onde se considera-se: meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a

utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores e a assinatura eletrônica. (BRASIL, 2006).

Quando o art. 1º, § 2º, I diz que se considera meio eletrônico “qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais”, foi o momento em que o legislador gerou um problema de abertura, que o mesmo não poderia prever. Embora proposital a sua ideia desde o início de ser descritiva, o que o legislador acabou realizando foi a inclusão de meios eletrônicos que ainda haviam de surgir, que nem o mesmo poderia prever, meio esse que apesar de ser célere, não possuem normatização, trazendo uma insegurança jurídica relevante, como é o caso do *WhatsApp*.

De acordo com a Lei de Informatização do Processo Judicial, em seu art. 9º, no processo eletrônico todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico e se os autos estiverem disponíveis para o citando. Conforme Didier Jr. (2017, p. 697) afirma, “Se a citação viabilizar o acesso do demandado à íntegra do processo, será considerada como vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais (art. 9º, § 1, Lei n. 11.419/2006). Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização da citação, esse ato processual poderá ser praticado segundo as regras gerais para o procedimento documentado em autos de papel, digitalizando-se o documento, que deverá ser posteriormente destruído (art. 9º, § 2º, Lei n. 11.419/2006)”.

Cabe destacar que o autor descreve a situação da citação, contudo, no art. 9º da lei, o mesmo deve-se aplicar as intimações. Dessa forma, percebe-se que há um “roteiro” a ser seguido, onde existe definição expressa de como deve ocorrer as intimações e citações, caso este em que não existe previsão para do uso da plataforma *WhatsApp*.

Dentro da relação de mudanças na modernização do Poder Judiciário, a citação eletrônica foi uma das mais afetadas, onde o art. 5º trouxe requisitos para que se ocorra a citação de forma correta. Segundo Didier Jr. (2017, p. 699), “deve observar as exigências do art. 5º da Lei n.11.419/2006: a) deve ser feita em portal próprio, acessível pelos cadastrados no sistema, dispensada a publicação no órgão oficial (art. 5º, caput); b) considerar-se realizada no dia em que o citando efetivara consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização (art. 5º, § 1º); c) na hipótese anterior, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a citação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte; d) a consulta deverá ser feita em até dez dias corridos contados da data do envio da citação, sob pena de considerar-se a citação automaticamente realizada na data do término desse prazo- há, aqui, uma presunção legal de citação; não é uma ficção, pois a comunicação pode ter acontecido.” (BRASIL,2006).

O que se vê são requisitos para que a citação ocorra de forma válida, sendo respeitado o contraditório, ampla defesa, segurança jurídica e o acesso à justiça. Quando o judiciário utiliza de outras plataformas como *WhatsApp* que não tem legislação para regulamentar, os princípios ficam em estado de ameaça, pois a falta de requisitos para uma citação válida são o que fazem os princípios não serem respeitados e presentes.

No art. 246 do CPC/15, que elenca o rol taxativo de como é possível ocorrer a citação de forma correta, em especial temos o inciso V, que é expresso em afirmar que eventual citação por meio eletrônico será feita na forma da lei. O que se percebe é a inexistência de qualquer lei que admita a utilização do *WhatsApp* para a realização de citações, vale apontar que, o Direito deve acompanhar a modernidade, contudo, isso não deve dar margem para realizar atos de suma importância sem regulamentação própria.

Hoje o que o se encontra no cenário do Judiciário são decisões (decisões estas que serão tratadas mais a frente) aceitando o uso descabido da ferramenta *WhatsApp*, sendo esta uma plataforma que não possibilita idoneidade da comunicação, de forma que os atos judiciais sejam solenes.

Outra situação em que o aplicativo traz é o questionamento de que como se pode haver a certeza de que realmente o oficial de justiça se encontra do outro lado da plataforma praticando o ato jurídico? Nota-se aí uma insegurança jurídica só de haver tal possibilidade diante da informalidade da plataforma. O que se entende é que os atos processuais por sua natureza e gravidade dos efeitos que provoca, exigem um mínimo de solenidade que não depende da fé pública de nenhum oficial de justiça, até porque a fé pública de um funcionário da justiça não reveste o ato por ele praticado com cobertura de verdade, representando apenas uma verdade presumida que admite prova em contrário.

3.3 Resolução N° 234 do CNJ

Preceitua o NCPC, em seu art. 196 que:

Art. 196. Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código. (BRASIL, 2015).

O Conselho Nacional de Justiça, como o próprio nome pressupõe tem competência abrangente em todo o território nacional, e visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário, a fim de fomentar o controle e a transparência administrativa e processual.

Com o propósito de ilidir o ineditismo estatal, o Conselho Nacional de Justiça decidiu criar a Resolução 234, para atender as exigências do Novo Código de Processo Civil, instituindo por meio desta o Diário de Justiça Eletrônico Nacional (DJEN), e ainda, a plataforma de comunicações processuais do Poder Judiciário, assegurados os requisitos de autenticidade e integridade.

Outrossim, a Resolução se dispõe também em dar significado, que havia ficado obscuro no NCPC, ao termo “meio eletrônico”, dispondo o seu art. 4º inciso I, “meio eletrônico: qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;”, não especificando os aplicativos de mensagens instantâneas outra vez.

Conforme o art.11 o aperfeiçoamento da comunicação processual por meio eletrônico, com a correspondente abertura do prazo, se houver, ocorrerá no momento em que o destinatário consultar efetivamente o seu teor documental, manifestando inequivocamente sua ciência (BRASIL, 2006).

Como anteriormente explanado, a manifestação em resposta à comunicação realizada pelo *WhatsApp* será sempre equívoca, uma vez que nem sempre haverá certeza que o destinatário recebeu a intimação ou citação, não sendo cansativo lembrar as hipóteses de subtração do aparelho, ausência do acesso à internet, dupla-posse de aparelho e até mesmo as inúmeras fraudes.

Segundo entendimento de Freddie Didier Júnior (2017, p.97-98), “(...) A igualdade processual revela-se na ‘paridade de armas’ (para usar uma expressão clássica, que denota uma preocupação com a igualdade formal) e no ‘equilíbrio processual’. Em suma, é preciso que as partes possam exercer o contraditório em condições iguais.”

Note-se por oportuno que havendo quaisquer das hipóteses citadas, o direito de defesa dos sujeitos da relação jurídica será deveras prejudicado e haverá não só o fenômeno do ‘desequilíbrio processual’, mas a ‘disparidade de armas’, pois não se deu condições iguais às partes. Portanto, necessita-se de maiores esclarecimentos sobre o termo “meio eletrônico” por parte do legislador, para que não haja a violação de tantos princípios essenciais ao direito processual brasileiro.

3.4 Portaria GPR Nº 2266 de 09/11/2018

Embora já existam Leis e Resoluções acerca da regulamentação da matéria, os Tribunais já perceberam uma má efetividade em tais tentativas anteriores, além do ineditismo estatal de cada Estado em realmente querer regulamentar e buscar de alguma forma agir, mesmo que sendo por atos questionáveis.

Um caso que merece destaque é o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que pela sua portaria GPR de nº 2266 de 09/11/2018, através do Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios conforme seu Art. 1º da referida portaria, buscou instituir “[...] no âmbito da Coordenadoria de Conciliação de Precatórios, o procedimento de intimação mediante a utilização do aplicativo de mensagens *WhatsApp* ou outro aplicativo de envio de mensagens eletrônicas previamente autorizado”, isso no âmbito territorial de atuação do Tribunal em questão.

Note-se, que Tribunal demonstrou tamanha preocupação ao realizar tal portaria, visto que houve não somente o interesse de implantar a ferramenta, mas sim de forma específica, organizar o formato de sua aplicação, a limitação dos atos dentro do aplicativo, seus efeitos, a anuência das partes para com o uso do aplicativo no processo, e principalmente diante da ciência da parte quanto à intimação, onde podemos citar o seu art. 5º, §2º que diz, “Se não houver a entrega e leitura da mensagem pela parte no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a Coordenadoria providenciará a intimação por outro meio idôneo, conforme o caso”.

O que se verifica neste parágrafo, é o cuidado do Tribunal para com os princípios supracitados no início deste artigo, para que assim, ambas as partes tenham um processo paritário, onde seus direitos não sejam violados por atos meramente processuais. Vale dizer, que apesar de o Tribunal realizar uma regulamentação mais efetiva, isso só ocorreu devido ao ineditismo estatal, onde se verifica que o Judiciário acabou tomando o lugar do Poder Legislativo da União, Poder este que realmente deveria estar tratando da matéria.

3.5 Procedimento de Controle Administrativo Nº 0003251-94.2016.2.00.0000

Outra normativa a ser destacada é o Procedimento de Controle Administrativo nº 0003251-94.2016.2.00.0000, instaurado em 2016, por um juiz de Direito, Dr. Gabriel Consiglieri Lessa, da Comarca de Piracanjuba, do Estado de Goiás.

O seu projeto ressaltava importantes pontos para a utilização salutar do aplicativo de mensagens *WhatsApp* no âmbito dos juizados cíveis e criminais, impugnando decisão proferida pelo Corregedor-Geral da Justiça do Estado de Goiás, Desembargador Gilberto Marques Filho, que não ratificou a Portaria Conjunta n. 01/2015 e determinou a sua revogação. Tal Portaria preconiza o uso facultativo de aplicativo de mensagens instantâneas *WhatsApp* como mecanismo para aperfeiçoar

intimações e comunicações nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Comarca, destinado às partes que voluntariamente aderirem aos seus termos.

Ocorre que, que além de facultativo, se faz necessária a devida confirmação do recebimento da mensagem no mesmo dia do envio, caso contrário, a intimação da parte ocorreria pela via convencional, do modo que não impactasse o direito de defesa do réu, e conseqüentemente o seu Contraditório e Ampla Defesa.

Observou-se que sendo facultativo, e a parte optar pela intimação virtual, ocorrendo imprevistos como por exemplo um assalto, ou alguma fraude, o seu direito ao contraditório ficaria ampla e diretamente prejudicado, vez que não poderia responder, e assim confirmar o seu conhecimento. Portanto, para se tornar salutar o juiz foi enfático em acrescentar em seu requerimento o requisito de confirmação, e não sendo possível, ocorrer via convencional.

Porém, não somente será prejudicado o Contraditório da parte, mas também o Acesso à Justiça, vez que a penalidade para o descumprimento dos termos da Portaria por duas vezes, consecutivas ou alternadas, implicará o desligamento do aderente, o qual somente poderá solicitar nova inclusão após o período de 6 meses. Será também desligado o participante que enviar textos, imagens e vídeos com finalidade desvirtuada da contida na Portaria. Com efeito, o magistrado busca apenas dar sentido às regras já consolidadas sobre a garantia da celeridade da comunicação mediante uso de ferramenta tecnológica gratuita difundida em diversas camadas sociais, em busca de obedecer ao princípio do Acesso à Justiça e a procedência da Portaria nº1/2015.

Alega que, “ao não ratificar a Portaria Conjunta e determinar a sua revogação, a decisão em questão vulnerou os princípios da celeridade, simplicidade, informalidade e economia processual, os quais orientam os processos que tramitam nos Juizados Especiais, bem como fez interpretação equivocada do termo “qualquer meio idôneo de comunicação” contido no artigo 19 da Lei nº 9.099/95, em nefasto conformismo aos métodos ortodoxos de comunicação” (LESSA, GABRIEL, 2016).

Neste sentido, a Relatora Daldice Santana, optou por julgar procedente o requerimento do magistrado, por estar de acordo com os princípios que regem a atuação no âmbito dos juizados especiais, não apresentando vícios.

3.6 Posicionamento na jurisprudência

Este item buscará versar sobre o prisma das jurisprudências que abordam sobre as intimações e citações via *WhatsApp*, procura-se debater sobre os entendimentos diversos dos âmbitos do judiciário. No decorrer desta pesquisa encontrou-se o seguinte caso em que a justiça do Estado de Santa Catarina em que

o lado recorrente sustenta a tese de que ocorreu irregularidade na intimação realizada via *WhatsApp*, conforme vejamos.

AGRAVO (ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU LIMINARMENTE SEGUIMENTO AO RECURSO EM RAZÃO DA INTEMPESTIVIDADE.

AGRAVANTE QUE ALEGA IRREGULARIDADE DA INTIMAÇÃO FORMALIZADA PELA OFICIALA DE JUSTIÇA POR TELEFONE E PELO APLICATIVO WHATSAPP. TESE REJEITADA. POSSIBILIDADE DE INTIMAÇÃO POR TAL MEIO. FINALIDADE ALCANÇADA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 277 DO CÓDIGO PROCESSUALISTA CIVIL VIGENTE." TJ-SC-AGV:40027705920178240000 Laguna, Relatora: Rosane Portella Wolff. Data do julgamento 29/06/2017, Câmara Civil Especial. Data da publicação: 29/06/2017.

Neste julgamento, o corpo colegiado compreendeu que havia a viabilidade da intimação ocorrer via *WhatsApp*, buscando validar a sustentação do Acórdão no princípio da instrumentalidade das formas, existente no art. 277, CPC/15, conforme é possível observar:

[...] "Assim, embora não prevista a intimação por via telefônica no CPC, quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar a finalidade. Inteligência do artigo 244 [atual artigo 277 do CPC/2015] do diploma processual civil. [...] (Agravo de Instrumento Nº 70040082281, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 17/12/2010.TJRS)"(grifo nosso)

O que se percebe na jurisprudência acima é que mesmo não havendo norma regulamentando esse tipo de intimação, o judiciário utiliza do art. 277 do CPC/15 em analogia à norma extensiva da lei 11.419/2016, abusando do seu art. 1º, §2º, I, que "considera-se meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais". Através disso o judiciário vem embasando suas decisões, onde ocorrem agressões aos princípios constitucionais supracitados.

Contudo, existem tribunais que reconhecem essas intimações via *WhatsApp* como uma afronta ao devido processo legal, como o caso do TJ-SP, que em seu agravo de instrumento, foi decidido que a intimação pelo aplicativo

WhatsApp, controlada pela empresa estrangeira Facebook não poderia ser utilizada, conforme é possível perceber:

Agravo de Instrumento. Plano de saúde. Cumprimento de sentença. Pedido de intimação via aplicativo whats app indeferido. Reforma. Impossibilidade, por ausência de previsão legal da medida. Inteligência do parágrafo primeiro do artigo 190 do Código de Processo Civil. O juiz controlará a validade das convenções estabelecidas entre as partes e que resultem em mudanças no procedimento. R. decisão mantida. Recurso improvido.

(TJ-SP - AI: 21654612920198260000 SP 2165461-29.2019.8.26.0000, Relator: José Joaquim dos Santos, Data de Julgamento: 04/09/2019, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/09/2019).

Em que pese a decisão acima, proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, é indubitável que se baseia na impossibilidade da utilização do aplicativo de mensagens *WhatsApp* para a realização de intimação, com fundamento na inexistência de previsão legal da medida, e no controle de validade, pelo juízo, das convenções estabelecidas entre as partes, que não sendo observadas podem gerar mudanças no procedimento, conforme o julgado abaixo:

JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA. INTIMAÇÃO POR OFICIAL DE JUSTIÇA SEM ÊXITO. TRÂNSITO EM JULGADO. DEVOLUÇÃO DE PRAZO. INDEFERIMENTO SEM FUNDAMENTAÇÃO (AR. 93, IX, DA C.F.). ERRO DE PROCEDIMENTO. INTIMAÇÃO AUTORIZADA POR WHATSAPP. POSSIBILIDADE (ART. 19, LEI 9.099/95). PERIGO DE DANO À RECORRENTE. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJ-DF 07001930720198079000 DF 0700193-07.2019.8.07.9000, Relator: ARNALDO CORRÊA SILVA, Data de Julgamento: 08/05/2019, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE 15/05/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Já na decisão acima mencionada, proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, tem-se como autorizada a intimação via *WhatsApp*, sob o

fundamento de que nos Juizados Especiais Cíveis as intimações são feitas por qualquer meio idôneo de comunicação, e como não fora logrado êxito na intimação da sentença por Oficial de Justiça, a intimação deveria ter sido feita por telefone, conforme autorizado no processo pela parte autora.

Com a demonstração dos dois julgamentos trazidos, ambas atuais, do ano de 2019, resta clara a incongruência entre os Tribunais em diferentes Estados, uns com decisões ora proferidas a favor da utilização do aplicativo de mensagens, ora não, causando uma confusão ao leigo, e trazendo insegurança jurídica às partes. Observa-se que esta confusão foi estatuída a partir do momento em que o legislador não deixa claro o que quer dizer com “meio eletrônico”, deixando o intérprete, incluindo os magistrados, na faculdade de como traduzir a disposição.

Preceitua a Constituição Federal, em seu art. 22, inciso I, que “compete privativamente à União legislar sobre: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Deste modo observa-se uma desconformidade hierárquica, pois há grande desencontro nas jurisprudências dos mais diferentes Estados, dentro do território nacional.

Sustentam Augusto Marcacini e José Luíz Pereira (2017) que, “é necessário reconhecer ainda que a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, mesmo com a tímida adaptação ocorrida quanto às formas de citação, as disposições concernentes aos atos de comunicação por meio eletrônico mereciam maior especificidade e análise por parte do legislador, sendo o texto legal omissivo e impreciso quanto às formas de citação e intimação por meio eletrônico, tendo em vista as diversas ferramentas hoje existentes.”

Dessa forma, compreendendo a linha de raciocínio dos autores, o que se notou foi que os problemas foram surgindo, problemas estes causados por essa omissão e imprecisão do texto normativo, onde o legislador prefere deixar a norma ampla gerando divergências nos tribunais em vez de regulamentar o uso do aplicativos.

4 USO DO *WHATSAPP* NA COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES

Verifica-se que, de acordo com os tópicos anteriores, o foco central da problemática se tem pelas violações dos princípios do acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e a segurança jurídica, pelo uso irregular, descabido e não normatizado do aplicativo *WhatsApp* e pelas lacunas deixadas pela Lei da Informatização do Processo Judicial (Nº 11.419/06) ao buscar regulamentar em 2006 os mecanismos processuais digitais que viriam a surgir posteriormente.

Primeiramente, vejamos sobre o princípio do acesso à justiça, onde se vê a sua afirmação na lei maior no seu artigo 5º, XXXV, em que “a lei, não excluirá a Justiça da apreciação de lesão ou ameaça de direito”, onde toda pessoa tem por garantia ser ouvida, com as devidas garantias constitucionais (BRASIL, 1988).

Contudo, os assuntos tratados neste artigo buscaram mostrar os problemas causados pelo uso de aplicativo sem normatização, em específico, o *WhatsApp*. Deve-se primeiro verifica-se que, o foco principal deste princípio é dar a qualquer cidadão brasileiro ou estrangeiro, o direito de poder recorrer à Justiça sem que ocorra qualquer tipo de empecilho que possa dificultar o acesso.

Diante disso, o que se percebe é que o Poder Judiciário, buscando tentar entregar celeridade aos processos, através do *WhatsApp*, “deu o tiro pela culatra”, visto que, apesar de certa forma ter trazido celeridade, gerou um empecilho para a população no geral. É do conhecimento de todos que, devido a condição socioeconômica da população brasileira, o acesso à internet e tecnologias ainda é algo restrito e somente difundido a uma parcela menor da sociedade, com isso, o próprio judiciário acabou criando esse empecilho e uma certa disparidade ao tornar o acesso à justiça seleta utilizando-se dessa ferramenta. Vale dizer, que de certa forma, acabou gerando também uma vantagem sobre aqueles que não possuem o mesmo nível de acesso.

Infelizmente a violação não se encerra somente neste princípio. Como visto no percurso deste artigo, o uso da ferramenta gera outros problemas, onde o contraditório e a ampla defesa são profundamente afetados na sua funcionalidade, posto que, tais princípios tem como foco dar garantias as partes o direito de poderem se defender de qualquer acusação de forma igualitária e que isso ocorra de forma mútua a ambas, contudo, por não haver uma lei que regulamente essa forma de citação e intimação, não há regra procedimental no nosso ordenamento sobre o tema que possa sempre dar a atenção as garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Deve ser lembrado, que esse formalismo e inidoneidade requeridos nos procedimentos processuais não estão normatizados por acaso, essa “fôrma” tem como foco trazer aos atos processuais um padrão que evite irregulares nos atos da Justiça e das partes, para que se tenha uma “batalha” processual limpa e justa ao máximo possível, aplicando-se assim na prática referidos princípios.

Consequentemente, por não serem respeitados os princípios do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa adequadamente, como um efeito dominó, o princípio afetado consequentemente será a segurança jurídica, onde pela falta de acesso à justiça por maioria da população, por um contraditório e ampla defesa

prejudicados, não se vê a existência de uma segurança jurídica, em forma plena, onde não se tem a certeza de que os atos por parte do judiciária estarão seguindo os princípios constitucionais, que deveriam sofrer a invalidade de atos processuais.

É nítido que não é possível sentir segurança em atos informais que não dão para as partes a certeza de que do outro lado da ferramenta haverá de fato um oficial de justiça, gerando incertezas para quem recebe a intimação ou citação.

Não pode ser deixado de lado o problema causado pela Lei da Informatização do Processo Judicial (Nº 11.419/06), onde devido ao seu art. art. 1º, § 2º, trouxe uma abrangência desnecessário sobre o que é “meio eletrônico”, uma vez que devido a essa abertura interpretativa mal planejada, o legislador gerou problemas futuros, onde o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) teve que criar a Resolução de nº 234 devido aos anos de ineditismo estatal, e que mesmo assim não obteve o êxito necessário ao tentar dar significado ao termo “meio eletrônico”, mantendo a abrangência da lei de 2006 e deixando e lado a especificidade, em não citar os aplicativos de mensagens, como o *WhatsApp*.

Nota-se que os problemas são vários, e que com eles, vem acompanhados de consequências, como a violação de princípios norteadores do Código de Processo Civil Brasileiro, onde acabam gerando insegurança, afastamento do acesso ao judiciário para a população no geral, e prejuízo nos atos processuais.

5 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, resta claro que aqui não se quer fazer aversão ao uso do *WhatsApp*, nem mesmo dos meios eletrônicos em geral, como meio de comunicação processual, mas fazer um alerta quanto a precariedade na legislação sobre a matéria, vez que a interpretação cabe ao intérprete, e varia de pessoa para pessoa.

É cristalino que todas as normativas e doutrinas aqui trazidas foram de grande valia para o arcabouço jurídico, trazendo inovações que até pouco tempo não existia, como por exemplo a troca do processo físico para o PJE, um sistema utilizado através de meios eletrônicos, porém muito seguro inclusive, com uso de token, diferentemente do *WhatsApp*, que necessita de segurança e regras que ainda não foram trazidas com afinco na legislação.

Este material foi desenvolvido também com o intuito de poder mostrar os riscos do uso de um aplicativo do setor privado sem uma lei objetiva e especificada que o regesse, além das consequências e violações aos princípios do acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica, pelo simples uso do *WhatsApp* de forma incorreta. Cabe ainda destacar a tentativa do legislativo e do CNJ (Conselho

Nacional de Justiça) ao buscar regulamentar sobre várias matérias, mas falhando ambos na que versa sobre “meios eletrônicos”. Cumpre ainda dizer, que diante do ineditismo estatal, o Judiciário tentar preencher o vazio que existe pela falta de uma real regulamentação, como é o caso da Portaria GPR Nº 2266 de 09/11/2018 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Vale dizer que, diante dos esclarecimentos sobre o assunto, há ainda a necessidade de uma lei que possa regulamentar esses tipos de aplicativos privados, contudo, tal regulamentação não deve cometer os mesmos erros da Lei da Informatização do Processo Judicial (Lei 11.419/06) e da Resolução Nº 234 do CNJ, em que persistem por manter a abrangência descabida e desnecessária.

Cumpre enunciar, que o presente artigo realiza o objetivo de trazer esclarecimentos sobre a temática, apontar os problemas evidenciando com clareza e objetividade as deduções extraídas dos resultados obtidos ao aponta-las ao longo da discussão do assunto, respondendo às hipóteses enunciadas e aos objetivos do estudo.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE. Cesar. **Processo eletrônico e a teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil**. 5ª edição. Google books. 2015

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ÁVILA, Humberto; SÁNCHEZ, Laura Criado. **Teoría de los principios**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. Malheiros Editores, 2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Procedimento Administrativo nº 0003251-94.2016.2.00.0000**, Estado de Goiás. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfoJurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=48574&indiceli>. Acesso em 12 de Maio de 2020.

BRASIL. **Resolução 234 do CNJ**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2311>. Acesso em 10 de Maio de 2020.

BRASIL. Portaria GPR 2266 de 09/11/2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-gpr/2018/portaria-gpr-2266-de-09-11-2018>. Acesso em 29 de Abril de 2020.

_____. **Lei nº 13.105/15**, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Planalto, 16 de Março de 2015.

_____. **Lei nº 11.419/06**, de 19 de Dezembro de 2006. Informatização do Processo Judicial. Planalto, 19 de Dezembro de 2006.

DALLA. Humberto Pinho. **Direito processual civil contemporâneo, teoria geral do processo**, 8 ed., 2018.

JUSTIÇA. **TJ-SC-AGV:40027705920178240000 Laguna**, Relatora: Rosane Portella Wolff. Data do julgamento 29/06/2017, Câmara Civil Especial. Data da publicação: 29/06/2017. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473892682/agravo-agv-40027705920178240000-laguna-4002770-5920178240000/inteiro-teor-473892896?ref=juris-tabs>. Acesso em 22 de Fevereiro de 2020.

JUSTIÇA. TJ-SP - **AI: 21654612920198260000 SP 2165461-29.2019.8.26.0000**, Relator: José Joaquim dos Santos, Data de Julgamento: 04/09/2019, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/09/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/27656043/jose-joaquim-dos-santos>. Acesso em 28 de Fevereiro de 2020.

JUSTIÇA. **TJ-DF 07001930720198079000 DF 0700193-07.2019.8.07.9000**, Relator: ARNALDO CORRÊA SILVA, Data de Julgamento: 08/05/2019, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE 15/05/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/sumulas/sumulas-do-juizado-especial>. Acesso em 25 de Fevereiro de 2020.

JÚNIOR. Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**, 2017, vol. I, 17ª edição, Juspodvm.

JÚNIOR. Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil, 2018, vol. I**, editora forense.

JÚNIOR. Mendonça. **Princípios da ampla defesa e da efetividade do Processo Civil Brasileiro**. Editora Lexmil. 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11ª Edição, 2016.

SILVA, Maria. **O STJ e o princípio da segurança jurídica**. Migalhas. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 15 de fev. de 2020.

NOTAS:

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: Robertsmedeiros.xavier@gmail.com.

[2] Professor e coordenador adjunto do curso de Direito no Centro Universitário Santo Agostinho. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica-PUC de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica-PUC do Rio Grande Do Sul. Doutorando em Direito Processual Civil pela Estácio de Sá - Rio de Janeiro. *E-mail*: fabriciofcarvalho@gmail.com.

A REFORMA TRABALHISTA E SEUS EFEITOS NA DISPENSA COLETIVA DE TRABALHADORES

GABRIELA MEDEIROS LIMA: Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

FLÁVIA MALACHIAS SANTOS SCHADONG^[1]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender a reforma trabalhista e seus efeitos na dispensa coletiva de trabalhadores que, apesar de até o seu advento não haver legislação a cerca do assunto, inaugurando assim a dispensa coletiva no dispositivo legal, traz prejudicial alteração em seu artigo 477-A ao possibilitar a dispensa massiva de trabalhadores sem a participação prévia de entidades sindicais, celebração coletiva ou acordo coletivo de trabalho. Essa legislação é lesiva aos direitos dos trabalhadores e difere do que foi admitido anteriormente pelos entendimentos dos Tribunais, bem como o que versa a Constituição Federal de 1988 acerca do assunto. A Constituição Federal de 1988 traz, através dos seus princípios norteadores, a necessidade do devido cuidado e proteção ao trabalhador, compreensão que é abordada no presente artigo. Para tratar do assunto objeto do presente artigo foi utilizado o método dedutivo-qualitativo, abordando de maneira descritiva e explicativa, por meio de uma análise qualitativa. Como conclusão, o artigo mostra que para que se demita quantidade numerosa de trabalhadores é necessária a prévia negociação coletiva em razão da austeridade, extensão e impacto que o assunto demanda, de modo a reduzir os danos que podem ser causados aos trabalhadores, à economia e à sociedade.

Palavras-chave: Dispensa Coletiva. Negociação Coletiva. Princípios do Direito do Trabalho. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: The purpose of this article is to understand the labor reform and its effects on the collective dismissal of workers, which, even though there was no legislation on the subject until its advent, inaugurating the collective dismissal in the legal device, brings harmful alteration in its article 477-A by enabling the massive dismissal of workers without the prior participation of union entities, collective celebration or collective labor agreement. This legislation is harmful to workers' rights and differs from what was previously admitted by the understandings of the Courts, as well the Federal Constitution of 1988 deals with the subject. The Federal Constitution of 1988 brings, through its guiding principles, the need for due care and protection to workers, an understanding that is addressed in this article. To deal with the subject matter of this article, the deductive-qualitative method was used, addressing it in a descriptive and explanatory way, through a qualitative analysis. As a conclusion, the article shows that for a large number of workers to be dismissed, is

necessary a prior collective bargaining due to the austerity, extent and impact that the issue demands, so as to reduce the damage that may be caused to workers, economy and society.

Keywords: Collective dismissal. Collective bargaining. Labor reform. Principles of Labor Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de dispensa coletiva de trabalhadores. 2.1. Antes do advento da Reforma Trabalhista. 2.2. Após o advento da Reforma Trabalhista. 3. Princípios aplicáveis. 3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana. 3.2. Princípio da valorização do trabalho. 3.3. Princípio da valorização do trabalho. 4. Dispensa coletiva de trabalhadores à luz da Constituição Federal de 1988. 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho é qualquer atividade física ou intelectual sobre a qual o ser humano emprega seu esforço e sua capacidade para produzir e obter algo em troca. O direito do trabalho é a parte do direito que estuda as relações de trabalho e tem como conjunto as normas, princípios, regras e outras fontes que regem à relação de trabalho, regulamentando suas condições e protegendo as relações trabalhistas.

O presente artigo visa compreender os efeitos do advento da Lei 13.467/2017, lei da reforma trabalhista, na dispensa massiva de trabalhadores.

A dispensa coletiva delimita-se ao ato do empregador que possibilita a interrupção de diversos contratos de trabalhos em curto espaço de tempo, sem a possibilidade de fechar novos contratos em substituição a esses. Não há disposição legal que defina a dispensa coletiva, apenas caracterizações definidas pela doutrina.

Anterior à lei 13.467/2017, não havia legislação expressiva a respeito o referido assunto, apenas entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho no Dissídio coletivo nº 0309/2009, com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário com Agravo 647.651 São Paulo, que estabelecia que a dispensa coletiva, diferentemente da individual, necessitaria de tutela coletiva prévia com o sindicato dos trabalhadores para ser efetivada.

Após o advento da reforma trabalhista e o que é exposto em seu art. 477-A, não se torna mais necessário à prévia negociação com o sindicato dos trabalhadores para que o empregador possa, então, cessar múltiplos contratos de trabalho em um pequeno lapso temporal, sendo, assim, uma mudança significativa no que entendia o posicionamento anteriormente determinado e tornando necessário o questionamento a respeito da referida alteração ser ou não constitucional.

Diante exposto, este artigo fará um raciocínio do que foi fixado, tendo como objetivo compreender os efeitos da reforma trabalhista na demissão coletiva de trabalhadores, utilizando-se do método dedutivo-qualitativo, com uma abordagem descritiva e explicativa, por meio de uma análise qualitativa, explicando seu conceito, o posicionamento da doutrina e o entendimento dos Tribunais anterior à lei 13.467/2017, questionando se a referida mudança (art. 477-A) atende à perspectiva constitucional, aos direitos fundamentais e ao viés protecionistas do Direito do Trabalho.

2. CONCEITO DE DISPENSA COLETIVA DE TRABALHADORES

Antes o advento da lei 13.467/2017, lei da reforma trabalhista, – que, além de promover importantes alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), trouxe regulamentação a respeito da dispensa coletiva de trabalhadores – não havia dispositivo legal que conceituasse definitivamente o que é dispensa coletiva como há na dispensa individual, apenas a opinião de juristas a respeito.

Mário Gonçalves Júnior versa sobre a dúvida sobre o real conceito de demissão coletiva:

Em se tratando de demissão “coletiva” a questão é ainda mais caprichosa: o que é “coletivo”? Um universo de quantos trabalhadores demitidos? Qual proporção do quadro de empregados de uma empresa, em caso de demissão conjunta, passa a ser classificável como “coletiva”? Não havendo previsão legal que tarife ou esclareça os limites do poder de demitir mais de um trabalhador ao mesmo tempo, ninguém pode prever se está demitindo “em massa” ou não. (JÚNIOR, 2009)

Para chegar o mais próximo possível do que significa a dispensa coletiva é necessário diferenciá-la dos outros tipos de dispensa do empregado, como a dispensa individual e dispensa plúrimas. Na dispensa individual o empregado que será dispensado é identificado individualmente pelo empregador. Na dispensa plúrimas, mais de um empregado, individualmente identificados, são dispensados pelo empregador, sem interesse em reduzir o número de contratados, mas sim em razão de algum fato relacionado às suas condutas, onde nesse caso, serão substituídos. Já na dispensa coletiva, o empregador demite grande quantidade de empregados de maneira indeterminada, sem motivos individuais à cerca de cada trabalhador, sem o interesse de repor o déficit.

A respeito do diferencial da dispensa coletiva, conceitua Orlando Gomes que:

Na dispensa coletiva é única e exclusiva a causa determinante. O empregador, compelido a dispensar certo número de empregados, não se propõe a despedir determinados trabalhadores, senão aqueles que não podem continuar no emprego. Tomando a medida de dispensar uma pluralidade de empregados não visa o empregador a pessoas concretas, mas a um grupo de trabalhadores identificáveis apenas por traços não pessoais, como a lotação em certa seção ou departamento, a qualificação profissional, ou o tempo de serviço. A causa da dispensa é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum deles, mas a uma necessidade da empresa. (GOMES, 1974, p. 575)

Continuando com a observação de Gomes, a dispensa coletiva é definida como:

Rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados. Dois traços caracterizam a dispensa coletiva, permitindo distingui-la nitidamente da dispensa plúrimas. São a peculiaridade da causa e a redução definitiva do quadro do pessoal. (GOMES, 1974, p. 575)

Nelson Mannrich diz que a dispensa coletiva de trabalhadores é conceituada como “a ruptura diferenciada do contrato de trabalho de natureza objetiva, de iniciativa patronal, decorrente de causas homogêneas que, durante um determinado período de tempo, atingem certo número de trabalhadores”. (MANNRICH, 2000, p. 555).

Antônio Álvares da Silva analisa a dispensa coletiva como “a dispensa que importa o desligamento de um número significativo de empregados por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos”. (SILVA, 2009, p. 657)

Renato Rua de Almeida caracteriza a dispensa coletiva como “despedida simultânea de vários empregados, relacionada a uma causa objetiva da empresa, de ordem econômica – conjuntural, ou técnica-estrutural”. (ALMEIDA, 2007, p. 8)

Diante do que foi exposto, podemos caracterizar a dispensa coletiva de trabalhadores como um ato do empregador que desliga um número alto e significativo de empregados, em um pequeno intervalo de tempo, por motivos subjetivos e não individuais, mas sim externos, sem a intenção de repor novamente o número de empregados que foram ora demitidos.

2.1 Antes do advento da Reforma Trabalhista

A dispensa coletiva de trabalhadores não era definida legalmente antes da lei 13.467/2017, lei da reforma trabalhista, entrar em vigor, e diante de tal ausência de legislação que versasse expressamente sobre o assunto, tangeu ao poder judiciário determinar os limites para a demissão em massa.

Em 2009, após a Embraer demitir cerca de 4 mil funcionários de uma só vez, sem acordo algum com o sindicato de trabalhadores, o assunto veio a se tornar Dissídio Coletivo (DC- 00309/2009-000-15-00.4), onde o Tribunal Superior do Trabalho apreciou o tema e acabou fixando entendimento no sentido que a demissão em massa, diante das graves consequências econômicas e sociais dela decorrente, deve antes, ser submetida à negociação com o sindicato de trabalhadores, com o objetivo não de proibi-la, porque não há lei que assim estabeleça, mas, para se encontrar mecanismos que diminuam seus impactos para a sociedade. (MELO, 2017). Essa decisão significou muito em relação a como seria analisado os futuros casos de dispensa coletiva de trabalhadores no Brasil.

A demissão de 1500 trabalhadores provocou dissídio coletivo de greve no Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (Ac. SDC-00002/2009-0 – Proc. 20281200800002001), após terem sido demitidos sem a devida negociação coletiva com o sindicato de trabalhadores. Por unanimidade, o Tribunal anulou a demissão em massa argumentando que, antes de haver a demissão, deveria ser esgotar a negociação com o sindicato de trabalhadores (JÚNIOR, 2009)

Ao formular o seu voto, a desembargadora Dra. Ivani Contini Bramante (apud JÚNIOR, 2009) versou que a respeito da dispensa coletiva que “a dispensa coletiva deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados, de natureza técnica e econômica e, ainda, deve ser bilateral, precedida de negociação coletiva com o Sindicato, mediante adoção de critérios objetivos”.

Ela também diz (apud JÚNIOR, 2009) ao formular seu voto, que:

A demissão em massa não é regulada de forma consolidada no ordenamento jurídico nacional, entretanto, é possível traçar o procedimento a ser adotado uma vez que nenhum direito é absoluto, considerando a necessidade de compatibilização com os demais direitos de igual matriz e hierarquia. Ressalte-se que, se a greve é a última conduta que os trabalhadores devem tomar, diante de um conflito coletivo, de igual modo, a dispensa coletiva deve ser a última medida a ser adotada pela empresa diante de uma recessão econômica iniciante e ainda de forma não definida. (BRAMANTE, 2009).

Lídia Reis de Almeida Prado (apud JÚNIOR, 2009), lembra, em 'O juiz e a emoção – aspectos da lógica da decisão judicial' que:

Karl Llewellyn acredita que, geralmente, a mente do juiz primeiro antecipa a decisão que considera justa (dentro da ordem jurídico-positiva) e depois procura a norma que pode servir de fundamento a essa solução, atribuindo aos fatos a qualificação apropriada. Percebe-se, por essa observação do autor, a admissão da existência, no processo decisório – sem excluir o prisma legal e o valorativo –, de aspectos extra lógicos, relacionados com conteúdo subjetivos do juiz. (Millenium, 2ª. Edição, Campinas – SP, 2003, p. 13/14).

Mário Gonçalves Júnior diz que:

Toda vez que o Judiciário se socorre de uma norma que não cabe exatamente ao caso concreto, a atenção deve ser redobrada. A analogia indica, sempre, a existência de uma falha na superfície do sistema legal, que obriga o aplicador do Direito a excepcional malabarismo intelectual para resolver a crise jurídica, lançada à zona inóspita do vácuo legislativo. Somente a aridez regulamentar empurra o juiz a esse beco sem saída, forçando-o à criatividade dos métodos de integração do sistema. (JÚNIOR, 2010, pg.143)

Com isso, fica claro que o entendimento do judiciário a respeito da dispensa coletiva de trabalhadores, antes da Reforma Trabalhista, tendia para o sentido de que para que fosse possível o empregador dispensar uma grande quantidade de empregados de uma só vez, seria necessário que tivesse a devida negociação coletiva com o sindicato de trabalhadores, para que se encontrassem maneiras de que a dispensa coletiva de trabalhadores fosse feita causando menos impactos negativos tanto para os trabalhadores quanto para a sociedade.

2.2 Após o advento da Reforma Trabalhista

Através da lei 13.467/2017, obtivemos importantes mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dentre elas o primeiro diploma legal a discorrer sobre a dispensa coletiva de trabalhadores de maneira expressa, através do art. 477-A, que diz que:

Lei 13.467/2017, art. 477-A: as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de

entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação. (BRASIL, 2017).

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado comentam a alteração:

O novo art. 477-A, introduzido na CLT pela Lei da Reforma Trabalhista, busca afastar a intervenção do sindicato profissional de trabalhadores do grave contexto socioeconômico de dispensas massivas ocorridas no âmbito da empresa e/ou de algum de seus estabelecimentos. (DELGADO; NEVES DELGADO, 2017, p.180)

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado também dizem que:

O novo art. 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho agrega mais um impactante elemento no rol de medidas tomadas pela Lei da Reforma Trabalhista no sentido de enfraquecer o sindicalismo de trabalhadores no País, afastando-o de suas bases profissionais e dos problemas mais candentes por estas enfrentadas. (DELGADO; NEVES DELGADO, 2017, p. 180)

É importante ressaltar que o referido artigo não veda a negociação prévia para que ocorra a dispensa coletiva, apenas ressalta não haver mais a necessidade de tal autorização prévia de entidade sindical, celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para que seja efetivada a demissão em massa.

Porém, a nova legislação equipara os tipos de dispensa para todos os fins. Pedro Paulo Teixeira Manus (apud SANTOS, 2018) de antemão adverte que o legislador inapropriadamente equipara as dispensas imotivadas individuais, plúrimas e coletivas, como se fossem figuras jurídicas passíveis de equiparação, esquecendo-se que os efeitos da dispensa coletiva geram grande impactos não só na vida empresarial, mas de toda a comunidade (MANUS, 2017).

Para Enoque Ribeiro dos Santos (apud SANTOS, 2018), a demissão em massa deve ser analisada sob o aspecto dos “direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e os direitos mais elevados da dignidade da pessoa humana” (SANTOS, 2017).

É de notório entendimento que muitas vezes, as dispensas massivas de trabalhadores não ocorrem por motivos de crise econômica nas empresas, mas sim por atos arbitrários e individuais que buscam apenas o proveito individual do empregador, com objetivo de diminuição de empregados em sua propriedade, sem observar a devida função social.

O art. 477-A da lei 13.467/2017 veio igualando todos os tipos de demissões, o que acaba sendo incoerente, visto que não é possível analisar igualmente todos os tipos de dispensas em razão das mesmas possuírem conceitos diferentes, havendo situações fáticas diversas para cada uma.

3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Os Princípios Gerais do Direito formam e conduzem a compreensão do ordenamento jurídico, principalmente em sua forma de aplicação. Eles cumprem a função de desempenhar importante papel na fundamentação de matérias relevantes que não são abordadas expressamente nas normas jurídicas.

Miguel Reale se posiciona a respeito dos Princípios Gerais do Direito dizendo que:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários. (REALE, 1986, p. 60)

Sobre os princípios, Luiz Roberto Barroso diz que:

São o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui." (BARROSO, 1999, pág. 147).

Sabe-se, como já foi discutido anteriormente, que a dispensa coletiva de trabalhadores não tem embasamento legal concreto definido no ordenamento jurídico brasileiro, precisando ser aplicada observando as diretrizes dos princípios do Direito do Trabalho para que as lacunas presentes na lei sejam devidamente preenchidas.

Como definiu Nascimento, as funções dos princípios norteadores do Direito do Trabalho tem a função de integrar lacunas, servindo também como fundamento para criação de normas. Nos casos de ausência de leis, de jurisprudência, de regras

contratuais, os princípios devem servir de critério de soluções das controvérsias. (NASCIMENTO, 2013, p. 481)

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 traz proteção à dignidade da pessoa humana no art. 1º, III da Constituição Federal, considerado princípio fundamental, advindo do fato que o Estado Democrático de Direito foi criado visando resguardar a dignidade de seu povo, onde diz que:

Art. 1º: 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. (CONSTITUIÇÃO, 1988).

O princípio da proteção à dignidade do ser humano pelo direito se deu devido à evolução dos direitos fundamentais com o passar dos anos. É um princípio fundamental, devendo ser considerado absoluto, onde todas as outras normas se baseiam. Conceituá-lo é relativo às condições de cada ser humano, mas nos tempos atuais está relacionado à ética e valores morais e sociais, não sendo possível ser quantificado e devendo o Estado garantir sua inclusão e efetividade, tratando os seres humanos como sujeitos, e não como objetos, considerando-os como uma visagem no âmbito social.

A cerca da dignidade da pessoa humana, Oscar Vilhena diz que:

O papel fundamental da razão é habilitar o ser humano a construir parâmetros morais, como a concepção de que as pessoas devem ser tratadas com dignidade pelo simples fato de serem pessoas; de que não podem ser tratadas como meios ou meros instrumentos na realização de nossos desejos, mas que têm desejos e anseios próprios, que devem ser respeitados. (VILHENA, 2006, p. 67)

O Direito do Trabalho veio como uma forma de proteger os interesses do trabalhador, melhorando suas condições sociais e garantindo igualdade e dignidade nas relações de trabalho. O ser humano precisa de trabalho íntegro e justo para garantir uma vida digna, restando evidente que o princípio à dignidade humana deve ser aplicado no âmbito do Direito do Trabalho como forma de proteger e assegurar ao trabalhador relações empregatícias justas e dignas, evitando tratamentos infames

que o degradam como também preenchendo as lacunas da lei que carecem de regulamentações.

Sobre isso, Amauri Mascaro Nascimento diz que: “o princípio dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro é a proteção da dignidade do ser humano (CF, art. 1º, III). Reordena e amplia a tutela econômica do direito para transformá-la em tutela também moral do trabalhador”. (NASCIMENTO, 2013, p. 476)

Nascimento ao abordar o princípio da dignidade do ser humano também postula que “a proibição de toda ofensa à dignidade da pessoa é questão de respeito ao ser humano, o que leva o direito positivo a protegê-la, a garanti-la e a vedar atos que podem de algum modo levar à sua violação, inclusive na esfera dos direitos sociais.” (NASCIMENTO, 2013, p. 476)

Diante disso, ao relacionar o assunto em questão ao objeto centro do presente artigo, chega-se a conclusão que se deve respeitar e pôr em questão o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana ao tomar a decisão de dispensar uma coletividade de trabalhadores, evitando assim consequências sociais degradantes tanto ao trabalhador como ao coletivo, a sociedade.

3.2 Princípio da valorização do trabalho

Sem o trabalho não há vida digna, o ser humano precisa do trabalho para sobreviver. Ele está relacionado com todas as ações humanas e garante não só uma vida melhor e mais digna para as pessoas, mas também a sua imagem e reputação aos olhos da sociedade, trazendo o progresso, a estabilidade e a civilização. Em razão disso é que se faz tão importante o Direito do Trabalho, pois ele vem garantir a devida justiça e proteção aos direitos dos trabalhadores.

A valorização do trabalho humano é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, da ordem econômica e da ordem social na Constituição Brasileira de 1988, sendo um preceito norteador do ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não ser expresso na Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 1º, inciso IV, que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos “os valores sociais do trabalho” e, no caput do art. 170, diz que a ordem econômica é “fundada na valorização do trabalho humano”, a importância do trabalho também está expressa no art. 193 da Constituição Federal, onde dispõe que a “ordem social tem como base o primado do trabalho” (CONSTITUIÇÃO, 1988).

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu preâmbulo que o Estado está destinado:

(...) A assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. (CONSTITUIÇÃO, 1988).

Desse modo, se a ordem social é fundamento principal do Estado e tem como base o primado do trabalho, é necessária a sua devida valorização, onde ele deve ser o elemento principal de todo o Estado, com proteção e preservação sob os princípios fundamentais da Constituição Federal, para garantir a existência e manutenção do Estado Democrático de Direito.

3.3 Princípio da função social da propriedade

A função social da propriedade, conceito jurídico indeterminado onde não há exatidão em sua efetividade, é obrigação específica às propriedades para que além de versar sobre os seus interesses supra individuais, também pondere sobre o interesse público, relativizando-os em busca de uma igualdade social, atendendo também os interesses da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a função social da propriedade em seu artigo 5º, inciso XXIII, onde diz que:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; (CONSTITUIÇÃO, 1988).

A empresa é responsável por um papel de extrema relevância na sociedade, gerando empregos, contribuindo nas produções bem como na prestação de serviços, movimentando a economia do país e conseqüentemente colaborando para o bem-estar social, restando assim necessário que seu devido papel seja desenvolvido, sob pena de sofrer intervenções do Estado, podendo ter seu direito individual limitado.

Sobre a função social da propriedade, segundo Marina Dresch:

O conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade revela que ela não pode mais ser considerada como mero

instituto de direito privado, devido à sua constitucionalização, atuando como direito fundamental e como princípio. Além disso, as facetas da função social, as limitações e a interferência estatal demonstram a perda do caráter absoluto de outrora, relativizando-se seu conceito e aplicação, passando a ser considerada como um dos instrumentos capaz de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. (DRESCH, 2017)

Figueiredo (apud DRESCH, Marina) versa que a função social:

A função social nasceu da noção de que, enquanto vivente em sociedade, o homem deve empregar esforços no sentido de dar sua contribuição ao bem estar da coletividade em detrimento dos interesses unicamente individuais. Neste contexto, erige-se a teoria da função social, segundo a qual “todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, moral e intelectual, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira” (FIGUEIREDO, 2008, p. 83).

Em relação ao princípio da função social da empresa, Vólia Bomfim Cassar, diz que:

A empresa desempenha um importante papel na sociedade, pois é a grande propulsora da produção e do desenvolvimento econômico. Grande parte da população depende diretamente da empresa, seja através dos empregos que cria, das receitas fiscais e parafiscais que o Estado através dela arrecada, seja através dos serviços ou produtos que produz e faz circular, do desenvolvimento que proporciona. (CASSAR, 2013, p. 162)

Ainda sobre o assunto, Vólia Bomfim Cassar versa que:

A manutenção da empresa atende ao interesse coletivo na medida em que é fonte geradora de empregos, de tributos, de produção ou mediação de bens e funciona como válvula propulsora de desenvolvimento. (p. 192, 2013)

Amauri Mascaro conceitua a empresa para o Direito do Trabalho, afirmando que é uma organização que deve cumprir tanto fins econômicos como fins sociais, senão vejamos:

A empresa, sob o ângulo trabalhista, interessa apenas de um modo: como a organização que tem empregados e que portanto deve cumprir não apenas fins econômicos mas também sociais, com o que se incluem, entre as matérias de que se ocupam os juslaboralistas, as relações entre o empregado e os superiores hierárquicos, a estrutura da empresa para atender a essas relações, a representação dos trabalhadores, a participação dos trabalhadores na administração, nos lucros ou no capital, os poderes de que é investido o empregador etc. (MASCARO, 2013, p. 689)

Diante disso, pode-se notar a relação do princípio da função social da propriedade com a demissão em massa de trabalhadores, ao ver que ao dar possibilidade que a dispensa massiva seja feita sem a devida participação prévia de entidades sindicais, celebração coletiva ou acordo coletivo de trabalho, não há colaboração da empresa com a devida função social, já que as consequências são extremamente negativas tanto para a sociedade, ao enviar uma numerosidade de empregados diretamente à taxa de desemprego numa só região, como por consequência afetando também à economia e ao Estado.

4. DISPENSA COLETIVA DE TRABALHADORES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Diante de tal mudança que surgiu com o advento da lei 13.467/2017, em seu art. 477-A, equiparando a dispensa individual com a dispensa plúrimas e coletiva e permitindo assim, que a dispensa coletiva seja feita sem a aprovação de entidade sindical, negociação coletiva ou acordo coletivo, contrariando, assim, o que a jurisprudência já vinha afirmando, torna-se necessário averiguar sua devida constitucionalidade.

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 dentre os seus fundamentos estão a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, I e IV, CF/88). Tendo por objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como garantir o desenvolvimento nacional, e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos (art. 3º, CF/88).

A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus fundamentos os valores sociais do trabalho e também prestigia o instituto da negociação coletiva, quando traz, conforme art. 8º, VI, que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”, regulamentado pelos artigos 616 e parágrafos

da Consolidação das Leis do Trabalho, que versa que “os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.”

Enoque Ribeiro dos Santos (apud SANTOS SILVA, 2018) diz que:

A Constituição Federal de 1988 veio valorizar o instituto da negociação coletiva, atribuindo-lhe a função de administrar crises na empresa, ao admitir a redução dos salários por acordos e convenções coletivas e condicionar a propositura de dissídios coletivos à prévia tentativa de negociação (art. 114). O estímulo do texto constitucional de 1988 à negociação coletiva está representado na obrigação dos sindicatos de participar das negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI). Ademais, o §1º do art. 114 também preleciona a preferência pela negociação coletiva, que, uma vez frustrada, permite que as partes recorram à eleição de árbitros para o deslinde da controvérsia. (SANTOS, 2010, p. 83 e 84)

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado comentam sobre a dispensa coletiva e a Constituição Federal de 1988:

A leitura gramatical e literalista do novo preceito normativo apenas demonstra a compulsão da Lei n. 13.467/2017 no sentido de enxergar, no mundo do trabalho, estritamente os interesses unilaterais dos empregadores. Demonstra também, lamentavelmente, a depreciação do diploma legal ordinário com respeito ao Estado Democrático de Direito construído no País pela Constituição de 1988, com seus pilares normativos estruturantes de natureza democrática e inclusiva – todos manifestamente negligenciados pelo recém aprovado art. 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho. (DELGADO, Maurício Godinho; NEVES DELGADO, Gabriela, 2017, p. 181)

A respeito do mesmo assunto, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado também dizem que:

Todas essas várias normas constitucionais (princípios e regras da Constituição de 1988) continuam em plena vigência no País, embora, a partir da vigência da Lei n. 13.467/2017, mostrem-se claramente desrespeitado pelo afastamento do ser coletivo obreiro da dinâmica das dispensas massivas deflagradas pelo

empregador em sua empresa ou em estabelecimentos dela componentes. (DELGADO; NEVES DELGADO, 2017, p. 183)

Diante disso, chega-se a compreensão de que a dispensa massiva de trabalhadores sem a aprovação de entidade sindical, negociação coletiva ou acordo coletivo não prestigia o que traz a Constituição Federal de 1988, violando assim os seus princípios fundamentais.

4.1 Ação Direta de Constitucionalidade n.º 6142

O art. 477-A da lei nº 13.467/10 (lei da reforma trabalhista), que tornou desnecessária a participação prévia de entidades sindicais ou celebração coletiva ou acordo coletivo de trabalho nas demissões individuais, como também nas demissões coletivas de trabalhadores, foi objeto de questionamento da ADI nº 6142, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM, tendo como relator o ministro do STF, Edson Fachin.

Conforme informação divulgada pela Assessoria de imprensa do Supremo Tribunal Federal, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos alega que a ausência do sindicato nas rescisões de contratos de trabalho e das homologações de acordos extrajudiciais é fator que afeta com eloquência a sociedade, tanto economicamente como também politicamente, além de afetar também a proteção e regulação das relações de trabalho, um dos princípios vetoriais do Estado Democrático de Direito. (Assessoria de imprensa do Supremo Tribunal Federal, 2019)

Ainda conforme informações da Assessoria de Imprensa do Supremo Tribunal Federal, a Justiça do Trabalho entende que a dispensa coletiva de trabalhadores quando não negociada previamente por entidade sindical, caracteriza abuso de direito. Na referida ADI, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos pede que se dê aos textos questionados interpretação conforme a Constituição para que seja assegurada a presença do sindicato profissional nas dispensas coletivas em massa e nas conciliações extrajudiciais. (Assessoria de imprensa do Supremo Tribunal Federal, 2019)

A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, por meio da ADI nº 6142, traz como fundamentação em sua estrutura como a “reforma trabalhista colocou em vigor atos impugnados já elencados, os quais são inconstitucionais, haja vista promoverem um retrocesso nos direitos sociais consagrados pela Ordem Jurídica e Democrática Brasileira que são afetos aos direitos trabalhistas”, bem como que “a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal se manifestou expressamente no sentido de que o ato impugnado art. 477-A da CLT é

inconstitucional, na medida em que retira do trabalhador a proteção contra dispensa coletiva, representando flagrante retrocesso” (ADI 6142, 2019).

É dever do Estado, garantir que os direitos sociais não sejam violados. Logo, pertence a ele a garantia de que os direitos trabalhistas sejam postos em prática da maneira correta. Conforme narrado na petição inicial da ADI nº 6142, “a liberdade econômica, mesmo sendo direito inerente à atividade empresarial, não é absoluta, porque há limites sociais, estabelecidos constitucionalmente” (ADI 6142, 2019), ou seja, mesmo o empregador tendo direito à sua liberdade econômica, este direito não é absoluto, pois quando vem de encontro aos direitos sociais, deve-se cumprir a sua função social.

A fundamentação de maior importância dada a ADI nº 6142 gira em torno da necessidade de prevalecer o interesse da coletividade, da supremacia do interesse público sobre o privado. A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (2019), em sua petição inicial, versa que “configura abuso de direito e violação ao princípio da supremacia do interesse público a despedida arbitrária de uma coletividade de trabalhadores. Mostra-se absurdo suprimir toda uma coletividade em nome unicamente da vontade empresarial” (ADI 6142, 2019).

Vale mencionar que, nos casos que a dispensa coletiva é imprescindível para a manutenção da empresa, deve-se realizá-la primando pela ponderação, como forma de compatibilizar e harmonizar os interesses, causando um prejuízo atenuado aos próprios trabalhadores e à própria sociedade (ADI 6142, 2019).

Concluindo o raciocínio base da ADI nº 6142, “uma vez que a negociação entre os sujeitos envolvidos na despedida coletiva se apresenta como a única solução social e constitucionalmente adequada, imperiosa a conclusão de que se faz imprescindível a participação dos sindicatos nesse *mister*, conforme o mandamento do art. 8º, VI da CF/88” (ADI 6142, 2019).

Diante exposto, conclui-se que para que haja a demissão numerosa de trabalhadores, nos casos em que a dispensa coletiva é essencial para a manutenção da empresa, devem-se haver os devidos cuidados com a proteção aos direitos do trabalhador com negociações que visem tornar a ação menos prejudicial ao empregado, à sociedade, à economia e conseqüentemente, ao Estado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como discutido, não havia dispositivo legal que conceituasse definitivamente o que é dispensa coletiva, somente na dispensa individual. Sobre a dispensa coletiva havia apenas a opinião de juristas a respeito. A dispensa coletiva pode ser caracterizada pelo ato do empregador demitir vários empregados de maneira

indeterminada, sem motivos individuais à cerca de cada trabalhador, sem o interesse de repor o número de empregadores ora demitidos.

Antes do advento da Reforma Trabalhista, em razão das lacunas presentes na lei em relação à dispensa coletiva, os tribunais trabalhistas tiveram entendimentos a cerca do assunto na intenção de preencher as lacunas da legislação. Em seus posicionamentos, foi definido que havia a necessidade da prévia negociação coletiva para que houvesse a dispensa massiva dos empregados por parte do empregador.

A Reforma Trabalhista, apesar de vir a inaugurar o ordenamento jurídico a respeito da dispensa coletiva de trabalhadores, não preencheu as lacunas da lei de modo eficiente ao possibilitar a dispensa coletiva sem a aprovação de entidade sindical, negociação coletiva ou acordo coletivo de trabalho. Pelo contrário, trouxe mudança prejudicial aos empregados, trazendo a tona um problema em que os tribunais trabalhistas já haviam firmado entendimento diante da ausência de disposição legal, solucionando o problema de modo que cumprisse com a devida proteção aos direitos do trabalhador.

Sabe-se que, possibilitando o ato de demissão de uma quantidade numerosa de empregados ao empregador sem atendimento de negociação coletiva, não há como resguardar os direitos do trabalhador nas diversas situações injustas em que o empregador poderá se utilizar de seu direito apenas para proveitos individuais e não por motivos maiores como crise econômica em sua propriedade, mas por atos arbitrários sem a devida observação de sua função perante a sociedade.

As dispensas coletivas não podem ocorrer sem o devido cuidado, em razão de sua austeridade, extensão e impactos, devendo-se ser realizadas negociações de modo que reduzam os danos que podem vir a ser causados tanto para os trabalhadores como para a economia e sociedade.

Conclui-se, assim, que o artigo 477-A fere os direitos trabalhistas, bem como os princípios norteadores do Direito do Trabalho e da Constituição Federal de 1988, que agem de modo a proteger os trabalhadores de decisões que os prejudiquem, tendo como base alguns princípios como o princípio da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da função social da empresa, valorizando também a negociação coletiva, que também é regulamentada na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

REFERÊNCIAS

Assessoria de Imprensa do STF. **Confederação questiona norma que dispensa a autorização sindical nas demissões coletivas.** 2019. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413229>
Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm > Acesso em: 13 maio 2020.

BRASIL. **LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017.** Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 05 novembro 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.** 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 192.

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. BRASIL DE 1988.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 novembro 2019.

DA SILVA, Antônio Álvares. **Dispensa coletiva e seu controle pelo Judiciário.** São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho; NEVES DELGADO, Gabriela. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

DE MELO, Raimundo Simão. **Dispensa coletiva antes e depois da reforma trabalhista.** 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-01/reflexoes-trabalhistas-dispensa-coletiva-antes-depois-reforma-trabalhista>> Acesso em: 05 novembro 2019.

DRESCH, Marina. **Princípio da função social da propriedade. 2017. Disponível em:** <<https://marinadresch.jusbrasil.com.br/artigos/383097328/principio-da-funcao-social-da-propriedade>> Acesso em: 20 maio 2020.

GOMES, Orlando. **Dispensa coletiva na reestruturação da empresa - aspectos jurídicos do desemprego tecnológico.** São Paulo: LTr, 1974.

JÚNIOR, Mário Gonçalves. **Ao anular a demissão em massa, judiciário paulista assume responsabilidade do legislativo.** 2009. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI77684,31047-Ao+anular+demissao+em+massa+judiciario+paulista+assume>> Acesso em: 5 novembro 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 147.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 481.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 689.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p 60.

SILVA, Filipe dos Santos. **Impactos da reforma trabalhista na dispensa coletiva de trabalhadores**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 21 maio 2020. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52172/impactos-da-reforma-trabalhista-na-dispensa-coletiva-de-trabalhadores>> Acesso em: 21 maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI6142**. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5701599>> Acesso em: 20 maio 2020.

TARGUETA, Ana. PAULO GARULO, Guilherme. RIBEIRO DE FREITAS, Marina. **Princípios Gerais do Direito**. 2017. Disponível em: < <https://anacarinatargueta.jusbrasil.com.br/artigos/307654998/principios-gerais-do-direito>> Acesso em: 20 maio 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 67.

NOTAS:

[1] Mestranda em Direito Constitucional Econômico. Especialista em Direito Previdenciário, Direito e Processo do Trabalho. Professora de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogada. E-mail: flavia.schadong@p.catolica-to.edu.br.

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E SEUS PRINCÍPIOS

FÁBIO COSTELHA DE CARVALHO:

Advogado formado na Universidade Federal Fluminense, com atuação na área de Direito Público.

Resumo: O artigo busca analisar a hermenêutica constitucional e lançar luzes sobre os princípios exegéticos constitucionais.

Palavras chave: Constitucionalismo – Hermenêutica – Interpretação Constitucional – Princípios exegéticos

1. Introdução. Da Hermenêutica

De início, importante frisar que as Constituições devem ser interpretadas e que esta função é exercida pelo exegeta. Diante disso conseguimos ver a grande importância atribuída a essa interpretação, haja vista que é a Constituição que dará validade para as demais normas do ordenamento jurídico.

Partindo dessa premissa, o intérprete constitucional levará em conta alguns aspectos para realizar tal interpretação. O intérprete se utiliza de princípios e métodos para realizar a interpretação constitucional.

Então, a interpretação constitucional deve levar em consideração todo o sistema jurídico. Ao perceber uma antinomia, ou seja, um conflito entre normas constitucionais, o intérprete buscará a solução do aparente conflito através de uma técnica de interpretação.

2. Da Reforma e Mutação Constitucional

A partir da introdução acima, podemos visualizar que em algumas situações o sentido da Constituição interpretada pode se mostrar inadequado. Então, poderão ser observadas alterações constitucionais, tanto do ponto de vista formal, através da reforma constitucional, tanto de modo informal, por meio da mutação constitucional.

A reforma constitucional seria a alteração do texto constitucional, através dos mecanismos ditados pela própria Constituição. O próprio poder constituinte originário já previu métodos de alteração das normas constitucionais, por exemplo as emendas que podem suprimir ou mesmo acrescentar artigos à Carta da República.

De acordo com a sistemática do artigo 5º, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso em dois turnos, por três quintos dos votos,

serão equivalentes às emendas constitucionais, sendo mais uma hipótese de reforma da Constituição, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Por outro lado, a mutação constitucional é a alteração no sentido, no significado do texto constitucional. Logo, a alteração via mutação não altera o texto constitucional, mas sim seu sentido.

Trata-se de um processo informal de alteração constitucional, de caráter dinâmico. Ser uma alteração informal significa que não está prevista dentre as mudanças formalmente estabelecidas no corpo da Constituição.

O Ministro Luís Roberto Barroso define mutação constitucional como “uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.”

Um exemplo de mutação constitucional trazido pela doutrina consiste no cancelamento do enunciado de sumula 394 do STF, que foi noticiado em seu informativo de número 159.

O Supremo entendia, através de interpretação do artigo 102, I, b, da Constituição, que mesmo após o fim o mandado continuava a vigorar o foro por prerrogativa de função. Em decisão posterior, o mesmo Supremo mudou de entendimento sobre o mesmo artigo passando a entender que com o fim do mandado também se encerra o foro por prerrogativa de função.

Tratou-se de um caso de mutação pois o artigo 102, I, b, da Constituição, não sofreu qualquer alteração formal, seu texto continua o mesmo desde 1988, o que

mudou foi a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal. Vejamos o informativo 159 que tratou do cancelamento:

Súmula 394: Cancelamento

Concluído o julgamento de questão de ordem na qual se discute o cancelamento ou a revisão da Súmula 394 do STF ("Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.") (v. Informativos 149 e 69). **O Tribunal, por unanimidade, cancelou a Súmula 394 por entender que o art. 102, I, b, da CF - que estabelece a competência do STF para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República - não alcança aquelas pessoas que não mais exercem mandato ou cargo.** Após, o Tribunal, por maioria, rejeitou a proposta do Min. Sepúlveda Pertence para a edição de nova súmula a dizer que "cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional". Vencidos, nesse ponto, os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Néri da Silveira, que o acompanhavam para acolher a proposta de edição de nova súmula. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, decidiu que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas com base na Súmula 394 do STF, é dizer, a decisão tem efeito ex nunc. Em consequência, o Tribunal resolveu a questão de ordem dando pela incompetência originária do STF e determinou a remessa dos autos à justiça de 1º grau competente. **Leia em Transcrições a íntegra do voto do Min. Sydney Sanches, relator. Inq 687-SP (QO) e Inq 881-MT (QO), rel. Min. Sydney Sanches; AP 313-DF (QO), AP 315-DF (QO), AP 319-DF (QO) e Inq 656-AC (QO), rel. Min. Moreira Alves, 25.8.99.**

Devemos destacar uma sistematização proposta por Barroso em que ele procurou identificar os mecanismos de mutação constitucional. São eles:

- 1) "Por interpretação, que pode ser judicial ou administrativa: por meio da interpretação judicial se faz mutação, como no exemplo citado acima do cancelamento do enunciado de sumula 394. Essa interpretação também

pode ser realizada no âmbito administrativo.” O Ministro Barroso dá como exemplo a Resolução n. 7 do CNJ que, ao reconhecer novas perspectivas aos princípios da impessoalidade e moralidade, deu novo sentido as restrições ao nepotismo.

- 2) Por atuação do legislador: através desse mecanismo o legislador atua para procurar alterar o sentido já dado a alguma norma constitucional.”
- 3) Por via de costumes constitucionais: apesar de reconhecer não ser pacífico a existência de costumes em países que contam com Constituição rígida e escrita, Barroso entende que certas práticas reiteradas ensejam mudanças no sentido interpretativo da Constituição. O exemplo citado pelo Ministro é a possibilidade de o chefe do poder executivo negar a aplicação de lei que de modo fundamentado considere inconstitucional.

Por fim, é importante destacar que a mutação e, conseqüentemente, a nova interpretação, não poderá afrontar os princípios estruturantes da Constituição, nem como ser contrário ao próprio texto constitucional, sob pena de vício de inconstitucionalidade.

3. Das Regras e dos Princípios

A doutrina moderna vem debatendo sobre a importante e complexa distinção entre os princípios e regras, partindo da ideia de que ambos são espécies de normas e que não guardam, entre si, hierarquia.

Propondo uma distinção qualitativa ou estrutural entre regras e princípios, o Ministro Barroso anota que “as regras são relatos descritivos de condutas a partir dos quais, mediante subsunção, havendo enquadramento do fato à previsão abstrata, chega-se a conclusão. Havendo um conflito de regras apenas uma delas prevalecerá, tendo-se uma ideia de “tudo ou nada””.

Já os princípios são previsões de relatos de maneira mais abstratas, sem se determinar a conduta correta, já que cada caso concreto deverá ser analisado para que o intérprete dê o peso entre os eventuais princípios em choque. Desse modo, nos princípios não se utiliza o “tudo ou nada”, mas sim uma ideia de ponderação, de balanceamento.

Barroso, citando Alexy, entendeu que as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contem, portanto, determinações n âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.”

Quanto aos princípios o autor diz que são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”

Apesar dessas tentativas de diferenciação se faz importante destacar que Barroso, em um entendimento mais contemporâneo, percebe que “já se discute tanto a aplicação do esquema de tudo ou nada aos princípios como a possibilidade de também das regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente, ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar.”

4. Dos Princípios da Interpretação Constitucional

Ao lado dos métodos de interpretação constitucional temos também os princípios específicos de interpretação. Aqui trataremos de oito princípios, são eles: princípio da unidade da Constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade, princípio da justeza ou da conformidade funcional, princípio da concordância prática ou harmonização, princípio da força normativa, princípio da interpretação conforme a Constituição e, por fim, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

4.1) Princípio da unidade da Constituição.

Por esse princípio a Constituição deve ser interpretada em sua totalidade, como uma norma global, um todo, de modo que as aparentes contradições devem ser afastadas. Uma interpretação que leve em conta apenas partes da Constituição não pode ser válida.

A doutrina de Barroso, citando J.J. Gomes Canotilho, assevera que “o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio de autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas

isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.”

4.2) Princípio do efeito integrador

Para explicar tal princípio mais uma vez nos valeremos da doutrina de Canotilho, citado por Barroso, que brilhantemente ensina que “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política”.

Tal princípio é originário do princípio da unidade da Constituição, de modo que como a Constituição é um elemento de integração comunitária a sua interpretação deve ter como escopo a unidade política.

4.3) Princípio da máxima efetividade

Esse princípio também é denominado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, devendo ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social.

Efetividade é a realização das normas no mundo dos fatos, de modo que não podemos confundir com eficácia jurídica. A eficácia é a aptidão da norma para produzir os seus efeitos, enquanto a efetividade diz respeito aos efeitos concretamente produzidos pela norma. Nas lições de José Afonso da Silva “uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social.”

Atualmente esse princípio tem sido invocado com maior força no âmbito dos direitos fundamentais, devendo-se preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.

4.4) Princípio da justeza ou da conformidade funcional

Esse princípio determina que o intérprete máximo da Constituição, que no caso brasileiro é o Supremo Tribunal Federal, não pode alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecidos pelo constituinte originário, como por exemplo a separação de poderes estabelecidos pela Constituição.

Por esse princípio não pode o intérprete constitucional chegar a um resultado que subverta o esquema organizatório funcional constitucionalmente estabelecido. Não se pode cogitar que através da interpretação constitucional o intérprete deturpe o sistema de repartição constitucional.

Por esse princípio se corrige eventuais interpretações que se desviem da lógica organizacional preceituada pela Constituição Federal.

4.5) Princípio da concordância prática ou harmonização

Esse princípio parte da ideia de unidade da Constituição e elucida que os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, evitando-se assim o sacrifício total de um princípio frente a outro. Tal lógica se fundamenta na ideia de que não existe hierarquia entre princípios.

Podemos perceber que três princípios instrumentais, quais sejam, o princípio da unidade, o princípio do efeito integrador e o princípio da concordância prática ou harmonização, estão intimamente ligados, todos se relacionam à harmonia, unidade, integração constitucional. A diferença é que o princípio da unidade é utilizado quando, abstratamente, existe tensão entre normas constitucionais. O princípio do efeito integrador é a aplicação desse princípio na acepção da integração política e social, enquanto o princípio da concordância prática ou harmonização, por sua vez, embora idealizado no plano teórico e abstrato, volta-se para a sua percepção se quando se tem um conflito no caso concreto, evitando que de uma colisão efetiva decorra o sacrifício de determinado bem jurídico constitucionalmente protegido.

O princípio da concordância prática está relacionado a ideia de que não há princípio absoluto, daí que em caso de aparente conflito deve ser dada uma redução em algum deles de acordo com o caso concreto.

4.6) Princípio da força normativa

De acordo com esse princípio os aplicadores da Constituição, ao se depararem com um conflito de normas devem conferir a máxima efetividade às normas constitucionais.

Canotilho, mais uma vez citado por Barroso, nos ensina que “na solução de problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição, contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “atualização” normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”.

Hoje não se reconhece apenas a força normativa da Constituição, devendo-se buscar na interpretação constitucional uma força normativa. Logo, em caso de

problemas constitucionais deve se dar uma maior força normativa ao texto constitucional.

4.7) Princípio da interpretação conforme a Constituição

Por esse princípio quando estivermos diante de normas plurissignificativas, ou seja, normas que admitam mais de um sentido, deve-se preferir a interpretação que mais se aproxime da Constituição e que não seja contrária a seu texto.

Desse conceito surgem determinadas situações a serem consideradas pelo intérprete. Deve ser privilegiada a interpretação que não contrarie à Constituição. Percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a Constituição deve o intérprete aplicá-la para evitar a sua não continuidade.

O intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição. Só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir um espaço de decisão e, dentre as várias a que se chegar, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição.

A técnica de interpretação conforme a Constituição permite que, ao se fazer o controle de constitucionalidade, evite-se de retirar certa norma constitucional se for possível interpretá-la de acordo com os preceitos constitucionais.

Por outro lado, uma vez realizada a interpretação da norma, se o intérprete chegar a um resultado contrário a Constituição, em realidade, deverá declarar a sua inconstitucionalidade, já que é proibido a sua interpretação contra a Constituição.

Outro limite a esse princípio é a impossibilidade de o intérprete agir como verdadeiro legislador positivo. Não é possível que através do processo hermenêutico se obtenha uma nova regra, distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela contraditória.

4.8) Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

De acordo com a doutrina de Gilmar Mendes o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins. Tal princípio precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional, e ainda como princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

O princípio da razoabilidade tem origem nos Estados Unidos derivado da cláusula do devido processo legal substancial. Já o princípio da razoabilidade tem origem no direito germânico derivado do poder de polícia.

Apesar de haver doutrina diferenciando esses dois princípios, o Ministro Barroso e o próprio Supremo Tribunal Federal tratam os dois princípios como sinônimos.

Esse princípio se subdivide em três subprincípios: 1) necessidade, que determina que a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não puder ser substituída por outra menos gravosa; 2) adequação, que determina que o meio escolhido deve atingir o objetivo pretendido; 3) proporcionalidade em sentido estrito, que aduz que se a medida for adequada e necessária deve ser investigado se o ato praticado, em termos concretos, supera a restrição a outros valores constitucionais. Apenas com o preenchimento desses três subprincípios é que será possível dizer que a medida a ser adotada será proporcional.

5 – Conclusão

Após todo o conteúdo acima exposto, vemos que cada vez mais se faz necessário a análise cuidadosa dos princípios exegéticos. A análise e interpretação do texto constitucional deve se valer de tais princípios, mas sem se distanciar do texto constitucional, sendo esse um grande balizador da sua normatividade.

Assim, entendermos os princípios exegéticos se mostra de vital importância, tendo em vista a contínua e duradoura tarefa de interpretação constitucional.

Referências.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº. 159. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo159.htm>

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº. 7. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/187>

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional – 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo – 42ª ed. revisado e atualizado – São Paulo: Malheiros, 2019.

A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO APLICADOS À LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL

NICOLLE VILHENA VIEIRA:

Bacharelanda do curso de Direito do
Centro Universitário Católica do
Tocantins

ANTÔNIO CÉSAR MELLO^[1]

(orientador)

Resumo: O presente artigo trata de uma modalidade licitatória eficaz ao se tratar do meio ambiente, propiciando uma melhor qualidade de vida não só para os presentes mas para futuras gerações, conhecida como licitação sustentável, compras verdes, ecoaquisição, licitação positiva ou até mesmo licitação ambientalmente amigável, garante aos órgãos públicos uma modalidade de compra que não provoca nenhum tipo de malefícios ao meio ambiente, em conformidade com os princípios da prevenção e da precaução, princípios estes que estão na Constituição Federal, em seu artigo 225. Tais princípios importantíssimos ao Direito Ambiental, nasceram juntamente com a preocupação em identificar, prever possíveis danos conhecidos e precaver-se de danos ainda desconhecidos.

Palavras-chave: licitação sustentável, princípio da prevenção, princípio da precaução.

Abstract: This article deals with an effective bidding modality when dealing with the environment, providing a better quality of life not only for the present but for future generations, known as sustainable bidding, green purchasing, eco-buying, positive bidding or even environmentally friendly bidding, it guarantees public agencies a purchasing modality that does not cause any kind of harm to the environment, in accordance with the principles of prevention and precaution, principles that are in the Federal Constitution, in its article 225. Such principles, which are very important to Environmental Law, were born together with the concern to identify, predict possible known damages and prevent as yet unknown damages.

Keywords: Sustainable bidding, the prevention principle, the precautionary principle.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dos princípios ambientais. 2.1. Identificando os princípios presentes no Direito ambiental. 3. Os princípios da prevenção e da precaução, aplicados à licitação sustentável. 4. Procedimentos para a concessão da licitação sustentável. 4.1. Da necessidade de contratação quando existir a possibilidade do reuso e redimensionamento da aquisição. 2.2. Planejamento para a escolha do bem

ou serviço de acordo com os parâmetros de sustentabilidade. 4.3. Análise do equilíbrio entre os princípios licitatórios. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

O presente artigo tem como temática, a análise dos princípios ambientais aplicados à licitação sustentável, bem como a relevância desta importante modalidade licitatória para as presentes e futuras gerações. Para Celso Antônio:

A prevenção e a preservação devem ser concretizadas por meio de uma consciência ecológica, a qual deve ser desenvolvida através de uma política de educação ambiental. De fato, é a consciência ecológica que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental. Todavia, deve-se ter em vista que a nossa realidade ainda não contempla aludida consciência, de modo que outros instrumentos se tornam relevantes na realização do princípio da prevenção. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. p. 68. 2013).

Segundo o art.3º da Lei 6.938/81, que se trata da Política Nacional do Meio Ambiente, o termo "meio ambiente", refere-se ao espaço, ao âmbito de existência no qual estão todos os seres e todas as coisas. É também o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as duas formas.

Com a Declaração de Estocolmo, na Suécia, em 1972, houve uma maior caracterização de preocupação global ambiental, segundo Wellington Barros:

Foi a I Conferência Mundial sobre Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia, em 1972, o primeiro marco da ONU nas questões ambientais. Esse evento pioneiro foi relevante, apesar de suas modestas conquistas. Graças a ele, no entanto, se possibilitou a abertura das discussões importantes a respeito de temas outrora relegados a um segundo plano, não obstante o caráter controverso que continham. (BARROS, Wellington Pacheco. p. 15. 2008).

A Constituição Federal de 1988, ao tratar do meio ambiente ecologicamente equilibrado, trouxe em seu art. 225, *caput*, a frase "bem de uso comum do povo", ou seja, é impossível a sua individualização, sendo bem de uso comum. Ou seja, ela foi capaz de criar uma espécie de categoria jurídica para impor a todos aqueles que usam bens de recursos naturais, a obrigação de zelar para com o mesmo.

Com o avanço da importância da sustentabilidade, a Lei 8.666/93, que dispõe sobre licitações públicas, houve recomendação para escolha de uma licitação sustentável ou verde, conforme alteração do art. 3º da referida lei, pela Lei nº 12.349/2010, mais tarde, sendo agregada a Instrução Normativa 1 de 2010.

A licitação sustentável é uma solução para integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo da compra e contratação dos agentes públicos (de governo) com o objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos. A licitação sustentável permite o atendimento das necessidades específicas dos consumidores finais por meio da compra do produto que oferece o maior número de benefícios para o ambiente e a sociedade. A licitação sustentável é também conhecida como "compras públicas sustentáveis", "eco aquisição", "compras verdes", "compra ambientalmente amigável" e "licitação positiva". (BIDERMAN, Rachel. p. 21. 2008).

Um dos princípios mais importantes para o Direito Ambiental, são os princípios da prevenção e da precaução. Vale ressaltar que o princípio da prevenção teve nascimento no Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92). Na Constituição, ele surgiu no art. 225 da Constituição Federal. Para Celso Antônio de Melo:

A prevenção e a preservação devem ser concretizadas por meio de uma consciência ecológica, a qual deve ser desenvolvida através de uma política de educação ambiental. De Fato, é a consciência ecológica que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental. Todavia, deve-se ter em vista que a nossa realidade ainda não contempla aludida consciência, de modo que outros instrumentos tornam-se relevantes na realização do princípio da prevenção. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. 2013, p. 68).

2. Dos princípios ambientais

É entendido que os princípios dão uma importante base do Direito, ajudando sempre na resolução de um caso concreto.

Os princípios da Política Global do Meio Ambiente foram inicialmente formulados na Conferência de Estocolmo de 1972 e ampliados na ECO-92. São princípios genéricos e diretores

aplicáveis à proteção do meio ambiente. Por outro lado, os princípios da Política Nacional do Meio Ambiente são a implementação desses princípios globais, adaptados à realidade cultural e social de cada país. São um prolongamento, uma continuação dos princípios globais. (PACHECO, Antônio Celso. 2013, p.56).

É possível observar que os recursos ambientais são esgotáveis, o que torna mais importante ainda, a maneira com que as políticas públicas enxergam e manuseiam aspectos importantes para o futuro do planeta. A busca entre o equilíbrio perfeito do crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais, da maneira com que estes se encaixam na vida cotidiana. É exatamente por isso que, na aplicação de um princípio a uma dada situação concreta, o juiz exerce uma atividade de ponderação de valores. Em outras palavras, cabe a ele sopesar os valores em conflito, decidindo, caso a caso, qual princípio deve prevalecer.

Conforme previamente estipulado, esses princípios configuram um arcabouço jurídico que justifica e embasa toda a atuação estatal. Não é suficiente, pois, que o ente público atue em conformidade com o disposto na lei, mas que pratique condutas de forma honesta, em respeito à moralidade, buscando a obtenção de resultados positivos, dando publicidade aos atos, por si praticados, além de se orientar por todos os outros princípios que norteiam suas condutas. Sendo assim, a boa administração é aquela que interpreta o texto legal de forma a alcançar o interesse público, mas também respeitando os preceitos balizadores da atuação do Estado como forma de garantir o exercício da cidadania. Não se pode esquecer de que o Estado manifesta vontade em nome do povo, devendo-se direcionar à satisfação dos anseios populares e que toda a atuação da Administração Pública que se distancie de qualquer dos princípios analisados deve ser considerada ilícita, em sentido amplo, e extirpada do ordenamento jurídico. (CARVALHO, Matheus. 2017. p. 100).

Existe na aplicação dos princípios uma elevada carga axiológica, ou seja, algumas vezes, dois ou mais princípios acabam conflitando entre si. Por isso que, durante a aplicação em uma situação concreta, o juiz exerce uma ponderação entre os princípios conflitantes. Para Celso Antônio Pacheco, os princípios são divididos em dois, vejamos:

Aludidos princípios constituem pedras basilares dos sistemas político-jurídicos dos Estados civilizados, sendo adotados internacionalmente como fruto da necessidade de uma ecologia equilibrada e indicativos do caminho adequado para a proteção ambiental, em conformidade com realidade social e os valores culturais de cada Estado. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. 2013, p.56).

O legislador verificou o crescimento das atividades econômicas e percebeu que estas mereciam um tratamento diversificado. A preservação do meio ambiente passou a ser prioridade, pois a sua crescente degradação fará com que a capacidade econômica do país diminua.

Sabemos que a atividade econômica, na maioria das vezes, representa alguma degradação ambiental. Todavia, o que se procura é minimizá-la, pois pensar de forma contrária significaria dizer que nenhum empreendimento que venha a afetar o meio ambiente poderá ser instalado, e não é essa a concepção apreendida do texto. O correto é que as atividades sejam desenvolvidas lançando-se mão dos instrumentos existentes adequados para a menor degradação possível. (FIORILLO, Celso Antônio. 2013. P, 59).

Previstos no artigo 225 da Constituição Federal, destacam-se alguns princípios utilizados na Política Global do Meio Ambiente.

2.1 Identificando os princípios presentes no Direito ambiental.

Os princípios são uma maneira muito importante de analisar o atual ordenamento jurídico ambiental brasileiro, sem eles, é deveras difícil compreender aplica-los à vida cotidiana.

A função dos princípios no Direito evoluiu bastante, não se limitando mais a ser uma fonte secundária, como normas subsidiárias, mera técnica para ser utilizada na colmatação de lacunas das normas jurídicas, originárias do direito civil. Os princípios foram publicitados, elevados ao status constitucional, passando a representar, no texto da Constituição Federal, as premissas de todo o ordenamento jurídico. (BELTRÃO, Antônio. F.G. 2011, p. 33.)

O princípio da ubiquidade significa que o bem ambiental não tem fronteira. É possível a verificação deste princípio no atual problema que o Brasil vem

enfrentando, com o derramamento de petróleo na região nordeste do país. Este problema poderá influenciar na vida marinha não só do Brasil, como de outros países e continentes. Como consequência disto, a reparação deverá ser o mais ampla e eficaz possível, levando em conta tanto o ecossistema diretamente afetado como os outros que sofrem com as consequências negativas.

O princípio da cooperação dos povos está presente no artigo 4º, IX da Constituição Federal: Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Já o princípio do desenvolvimento sustentável, significa a expansão econômica, sendo pressuposto também a produção de bens que tem como matéria os recursos naturais. Ele está diretamente ligado à manutenção da qualidade de vida por meio da preservação dos bens ambientais. Ele evita a produção de bens supérfluos ao meio ambiente, convence o consumidor da necessidade de evitar o consumo de bens e estimula o uso de tecnologias limpas. Busca, então, a utilização de forma mais racional dos recursos, para não comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as próprias necessidades.

O princípio da participação atua em longo prazo construindo uma sociedade verdadeiramente democrática, pois, por meio deste, a sociedade atuará ativamente. Para Marcelo Abelha Rodrigues, pode ser visto por dois pontos de vista:

Negativo: impõe a adoção de comportamentos individuais (personalíssimos) de não praticar atos que possam ser ofensivos ao meio ambiente e seus componentes;

Positivo: impõe adoção de comportamentos sociais/coletivos consistentes numa tomada de atitude (comissiva, portanto), que não se resumam apenas à esfera individual, tendentes à proteção ambiental. (RODRIGUES, Abelha Marcelo. 2019. p. 355).

O princípio da informação ambiental é quando a proteção ambiental só será alcançada, caso a população tenha amplo acesso à efetiva informação de tudo o que diz respeito ao meio ambiente. É encontrado no artigo 5º da Constituição Federal, em seus incisos XIV, XXXIII, XXXIV e LXXII, conforme abaixo:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

O princípio da educação ambiental é uma ferramenta para a conscientização pública para a proteção ambiental. Ou seja, a participação da sociedade só poderá ser verdadeiramente efetiva se ela possuir informação sobre os assuntos ambientais.

O princípio do poluidor/usuário pagador está ligado à ideia de prevenção ou de repressão, significa dizer que o poluidor deve suportar os custos do implemento, ou seja, os custos dessas medidas deveriam refletir no preço dos bens e serviços

O princípio da função socioambiental da propriedade privada se caracteriza pelo equilíbrio essencial para as formas de vida, o uso ecológico do bem ambiental deve ser sempre privilegiado em relação ao seu uso artificial.

O princípio da responsabilidade significa que qualquer violação do Direito implica numa sanção do responsável pela quebra da ordem jurídica. A responsabilidade decorre de lei, contrato ou ato ilícito. Segundo o § 3º do artigo 225 da Constituição Federal:

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

3. Os princípios da prevenção e da precaução, aplicados à licitação sustentável

A maneira de lidar com os recursos públicos, deve ser aplicada de forma uniforme e gradual, pois, minimizar os impactos já existentes e não apenas prevenir, mas evitar que os futuros aconteçam, é dever de todos. Uma das inúmeras maneiras de colaborar com o meio ambiente, de maneira que tenha um grande impacto, é por meio de licitações, por meio dela que, segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, pronunciam-se a respeito deste modelo licitatório, conforme:

A doutrina conceitua licitação como um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que, assegurada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles se propõem. (ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. 2018 p. 213).

As compras públicas são feitas conforme licitação, por meio da Lei 8.666/93, a modalidade desta compra pública sustentável, abrange caráter social e ambiental em apenas uma categoria e foi graças à Instrução Normativa nº 01/2010, que isso se tornou possível, de acordo com os arts. 1º ao 3º:

Art. 1º Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas.

Art. 2º Para o cumprimento do disposto nesta Instrução Normativa, o instrumento convocatório deverá formular as exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade.

Art. 3º Nas licitações que utilizem como critério de julgamento o tipo melhor técnico ou técnica e preço, deverão ser estabelecidos no edital critérios objetivos de sustentabilidade ambiental para a avaliação e classificação das propostas.

Com a Lei nº 12.349/2010, foi acrescentado mais um objetivo: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, presente no artigo 3º supramencionado, ou seja, o estado deve estimular a produção de bens e serviços domésticos.

Esta instrução normativa insere critérios para a sustentabilidade ambiental na categoria de compras públicas, assim como auxilia na elaboração de instrumentos licitatórios, deixando clara a importância da preservação ambiental em âmbito de licitação e do impacto futuro de determinadas escolhas licitatórias.

A licitação busca a satisfação do interesse da coletividade ao garantir contratos mais vantajosos à Administração, bem como garante a isonomia das contratações públicas. Dessa forma, qualquer pessoa que tenha interesse e cumpra os requisitos de lei pode contratar com o poder público desde que, por óbvio, se saia vencedor do certame. Portanto, a licitação tem duplo objetivo: proporcionar ao poder público o negócio mais vantajoso e assegurar ao administrado a oportunidade de concorrer, em igualdade de condições, com os demais interessados. (CARVALHO, Matheus. 2017, p. 443).

As aquisições públicas têm uma grande parte no processo de compra e incentivo à população, pois, se os compradores públicos optarem por produtos mais sustentáveis, uma procura maior ofertará em preços mais baixos, de maneira que as autoridades públicas podem criar assim, um novo mercado, gerando incentivos e conseqüentemente, inovações, estimulando a competição da indústria de uma maneira sustentável.

O Decreto nº 49.674 de 6 de junho de 2005, implementou no Estado de São Paulo, que as contratações de obras e serviços de engenharia que utilizassem madeiras como produtos, devem ter comprovação de procedência legal, ou seja, precisam ter o manejo adequado, estando este, aprovado e autorizado pelo órgão ambiental competente, possuindo o transporte, autorizado pelo IBAMA. Um dos artigos deste decreto menciona deliberadamente a licitação sustentável, vejamos:

Art. 4º. O edital de licitação de obras e serviços de engenharia deveria estabelecer para a fase de habilitação, entre os requisitos de qualificação técnica, a exigência de apresentação pelos licitantes de declaração de compromisso de utilização de produtos e subprodutos de madeira de origem exótica, ou de origem nativa de procedência legal, nos termos do modelo constante do Anexo I deste decreto.

A licitação sustentável é mais barata e promove um resultado positivo, pois usa efeitos eficientes do mercado, oferecendo à indústria a liberdade de escolher a solução mais barata e mais sustentável.

Segundo Biderman (2008), a implementação de uma licitação sustentável, poderá colaborar para a autoridade: 1) Melhorar a eficiência, pois esta necessita de gerenciamento cuidadoso para uma melhor tomada de decisões; 2) Alcança níveis elevados de sustentabilidade com o mesmo capital, ou seja, as autoridades não vão precisar pagar mais pelos produtos ou serviços, já que foi efetuada uma compra sustentável, como painel de energia solar, por exemplo; 3) Melhorar a imagem política, pois é visível que autoridade pública se compromete com o meio ambiente; 4) Melhora a qualidade de vida da comunidade local de uma maneira menos poluente, os recursos financeiros que forem economizados podem ser aplicados em outros segmentos para a melhoria de vida da própria comunidade.

O princípio da prevenção, nada mais é do que o ato de prevenir atos futuros, de maneira a agir antecipadamente, sendo este princípio, aplicado ao risco conhecido, para Fabiano Melo:

Entende-se por risco conhecido aquele identificado por meio de pesquisas, dados e informações ambientais ou ainda porque os impactos são conhecidos em decorrência de resultados de intervenções anteriores, por exemplo, a degradação ambiental causada pela mineração, em que as consequências para o meio ambiente são de conhecimento geral. É a partir do risco ou perigo conhecido que se procura adotar medidas antecipatórias de mitigação dos possíveis impactos ambientais. (MELO, Fabiano. 2017, p. 107).

Este se aplica a impactos já conhecidos, ou seja, já é cabível medidas de segurança que estabelecem um fluxo de causalidade completo o suficiente para identificar os impactos ambientais futuros, um exemplo bem claro desse princípio, é o licenciamento ambiental, que segundo Paulo de Bessa Antunes, é realizado com base em conhecimentos acumulados sobre o direito ambiental, este licenciamento previne os danos ambientais, minimiza e mitiga os danos que uma determinada atividade poderá trazer no futuro. Este princípio é encontrado no art. 225 da Constituição Federal. Mas, a consciência ecológica só será concretizada por meio da prevenção aliada à preservação, pois é apenas ela, que trará sucesso no combate preventivo do direito ambiental.

No Brasil, o princípio da prevenção está amplamente incorporado à ordem jurídica. A Constituição brasileira

expressamente prevê em seu art. 225, §1º, IV, que o Estudo de Impacto Ambiental há de ser exigido previamente à ação proposta. No mesmo sentido, a Lei Federal nº 6.938/81, com suas alterações subsequentes, prevê no seu art. 10, caput, que o licenciamento ambiental um dos principais instrumentos da Política Nacional do Meio AMBIENTE, HÁ DE SER PRÉVIO À RESPECTIVA AÇÃO PROPOSTA. A Lei Federal nº 11.428/06, dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, também o expressamente prevê em seu art. 6º, parágrafo único. (BELTRÃO, Antônio. F.G. 2011, p.35).

O princípio da precaução teve como base o Princípio nº 15 da Declaração do Rio:

Com o fim de proteger o meio ambiente, os estados devem aplicar amplamente o critério de precaução conforme as suas capacidades. Quando haja perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes em função do custo para impedir a degradação do meio ambiente.

Tal princípio não determina a total paralisação da atividade, mas que haja um cuidado necessário para o avanço mundial, este princípio é baseado em avaliações de impactos ambientais, ele se aplica à contagem de riscos de curto e longo prazo, ou seja, ele indica que medidas precisam ser tomadas para que sejam evitados os riscos.

A precaução relaciona-se, pois, com o controle de riscos que os empreendimentos e atividades em geral podem acarretar para a qualidade da vida humana e para o meio ambiente. Neste sentido, a Constituição Federal estabelece em seu art. 225, §1, V, que incumbe ao Poder Público "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente." (BELTRÃO, Antônio. F.G. 2011, p.37).

Para Antônio F.G. Beltrão, este princípio desonera o cidadão em um possível processo administrativo ou judicial, conforme:

Logo, o princípio da precaução desonera o cidadão ou associação de comprovar, em processo administrativo ou judicial, o dano real ao meio ambiente, sendo suficiente a caracterização do dano potencial. Outrossim, a precaução pode

ser usada para inverter o ônus da prova na análise dos impactos em um procedimento de licenciamento ambiental, por exemplo. Em vez de cidadãos que um dado projeto pode causar determinados impactos no meio ambiente, o empreendedor teria o ônus de provar a ausência de tais impactos, sob pena de ter de mitigá-los ou de ter indeferida a licença. (BELTRÃO, Antônio F.G. 2011, p. 39).

Para Paulo de Bessa Antunes, os princípios são setoriais, devendo ser aplicados em harmonia com os demais, conforme:

Os princípios do direito ambiental, quando analisados constitucionalmente, são princípios setoriais (pois pertencentes a um único ramo do direito) e que devem se submeter aos princípios constitucionais mais amplos. O chamado princípio da precaução é, assim, um princípio setorial que não pode se sobrepor aos princípios constitucionais mais abrangentes como aqueles previstos no artigo 1º da CF, devendo ser harmonizados com os demais princípios, tais como a ampla defesa, a isonomia e tantos outros. (ANTUNES, Paulo de Bessa. 2015, p. 27).

A licitação sustentável amplifica uma contratação pública voltada ao meio ambiente, permitindo a obtenção de itens que sejam menos danosos ao planeta, se revelando mais vantajosa em longo prazo, pois além de incentivar novos mercados e conceitos destes, minimizam os impactos ambientais e a colocação de resíduos no meio ambiente, acrescenta procedimentos inovadores para a redução de desperdício, além de economia para os órgãos públicos e aperfeiçoam a imagem destes, pois, conseqüentemente transmitem a faceta de responsabilidade perante os cidadãos, ou seja, o Estado sai da posição exclusivamente de vigilante e passa para um estado de responsabilidade ambiental. Com a presença do artigo 22º da Constituição Federal, há uma compreensão melhor sobre o tema:

Art. 22 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

4. Procedimentos para a concessão da licitação sustentável

Existe a necessidade de contratação quando existir a possibilidade de reuso ou redimensionamento da aquisição, em seguida, havendo um planejamento para a

escolha do bem ou serviço de acordo com os parâmetros de sustentabilidade e por último uma análise do equilíbrio entre os princípios licitatórios.

4.1 Da necessidade de contratação quando existir a possibilidade do reuso e redimensionamento da aquisição

Esta ordem está em conformidade com o art. 9º da Lei nº 12.305/2010.

Art. 9º. Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento de resíduos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

É possível ainda, a possibilidade de aquisição de bens vindos de outros órgãos públicos, pelo processo de desfazimento, que nada mais é do que uma espécie de doação, conforme a Lei 12.305/2010.

4.2 Planejamento para a escolha do bem ou serviço de acordo com os parâmetros de sustentabilidade

De acordo com o Decreto nº 7.746/12, que estabelece os critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, em seu artigo 3º, propõe: Os critérios e as práticas de sustentabilidade de que trata o artigo 2º serão publicados como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial, de acordo com o disposto no inciso IV, art. 30 da Lei 8.666/93.

Em conformidade com o art. 4º, ainda do mesmo decreto, é possível observar os critérios e as práticas sustentáveis:

Art. 4º. Para os fins do disposto no art. 2º, são considerados critérios e práticas sustentáveis, entre outras:

- I. Baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;
- II. Preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
- III. Maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- IV. Maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;

V Maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;

VI Uso de inovações que reduzam a pressão sobre os recursos naturais;

VII Origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e nas obras;

VIII Utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou reflorestamento.

Está presente ainda, o art. 5º, que traz:

Art. 5º. A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão exigir no instrumento convocatório para a aquisição de bens que estes sejam constituídos por material renovável, reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade.

4.3 Análise do equilíbrio entre os princípios licitatórios

Os princípios norteadores da licitação pública são: sustentabilidade, economicidade e competitividade. Por exemplo, quando há o “melhor preço”, deve ser levada em conta a proposta que atende as especificações com critérios de sustentabilidade, equilibrando a economia e reduzindo o impacto ambiental.

4. Considerações finais

É importante notar a necessidade de aplicação dos referidos princípios ambientais da prevenção e da precaução na chamada, licitação sustentável, pois, diante desta análise, fica evidente a necessidade de manuseio e estudo de tais princípios em processos licitatórios mediante estudo aprofundado.

A presente pesquisa tem o intuito de relacionar tais princípios ao modelo licitatório mais importante ao Direito Ambiental Brasileiro, cabendo às presentes e futuras gerações, escolhas que conciliem o meio ambiente ao sistema de compras dos serviços públicos.

5. Referências

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2019.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de Direito Ambiental**. 2ª Edição, São Paulo, 2008.

BELTRÃO, Antônio F.G. **Direito Ambiental para concursos públicos**. 3ª Edição, São Paulo, 2011.

BIDERMAN, Rachel. **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável**. 2008.

BRASIL. **DECRETO Nº 49.674, DE 06 DE JUNHO DE 2005**. Estado de São Paulo, 2005. Disponível em < <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2005/decreto-49674-06.06.2005.html> >. Acesso em 05 de março de 2005.

BRASIL. **INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1 DE 19 DE JANEIRO DE 2010**. Brasília, 2010. Disponível em: < <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/407-instrucao-normativa-n-01-de-19-de-janeiro-de-2010> >. Acesso em: 05 de março de 2020.

BRASIL. **LEI Nº 12.305, DE 02 DE AGOSTO DE 2010**. Brasília, 2010. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm >. Acesso em 05 de março de 2020.

BRASIL. **LEI Nº 12.349, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2010**. Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm >. Acesso em: 02 de novembro de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1931**. Brasília, 1931. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 7.746, DE 05 DE JUNHO DE 2012**. Brasília, 2012. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm >. Acesso em 15 de março de 2020. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 6ª Edição, São Paulo, 2017.

Carvalho, Flávia Gualtieri de. FERREIRA, Maria Augusta de Oliveira. **Guia Nacional de Licitações Sustentáveis**. Brasília, 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª Edição, 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 6ª Edição, São Paulo. 2013.

MELO, Fabiano. **Direito Ambiental**. 2ª Edição, São Paulo. 2017.

NOTAS:

[1] especialista em Direito e Estado pela Universidade Vale do Rio Doce, Mestre em Ciências do Ambiente pela Fundação Universidade do Tocantins, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Centro Universitário Católica do Tocantins.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: GARANTIA DA DUPLA CONFORMIDADE DO PROCESSO PENAL NAS PRISÕES CAUTELARES E NA PRISÃO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

FRANCYS VAN KASTLER SOARES REGIS:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho.

MARCOS GABRIEL DO PRADO PEREIRA

(coautor)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL

(Orientador)

RESUMO: A audiência de custódia ou audiência de apresentação, foi inserida no ordenamento infraconstitucional brasileiro através da Resolução 213/15 do CNJ. Apesar de seus fundamentos e garantias, o ordenamento pátrio ainda não se preocupou em determinar claramente as condições e os tipos de prisões cabíveis ao citado procedimento, restando ao legislador uma análise meramente cartorial, com a inclusão do Art. 310 do Código de Processo Penal, conforme recente alteração advinda da Lei nº 13.964/19. Este trabalho consiste em uma pesquisa qualitativa, estruturada na teoria dos direitos fundamentais e garantias processuais constitucionais, focada na dupla conformidade, visando corrigir as distorções existentes entre o código de processo penal brasileiro e os tratados internacionais, e das discursões sobre os institutos garantistas da audiência de custódia, do seu implemento aos outros tipos de prisões cautelares e na prisão do devedor de alimentos. O estudo conclui que a audiência de custódia deve ser ampliada legislativamente, em relação as outras prisões cautelares, incluindo a do devedor de alimentos, submetendo-se assim a dupla conformidade do processo, ou seja, a conformidade convencional e a constitucional, dessa forma, pode-se assegurar que a aplicabilidade da audiência de custódia estará de acordo com os Tratados dos Direitos Humanos Internacionais.

Palavras-chave: Audiencia de Custodia, Processo Penal, Dupla Conformidade, Prisões Cautelares, Prisao Civil.

ABSTRACT: The custody hearing, also known as the presentation hearing, was introduced in the Brazilian infra-constitutional order through CNJ Resolution 213/15. Even with its fundamentals and guarantees, the national law has not yet attempted to clearly determine the conditions and types of prisons applicable to the procedure, which gives the legislator a purely notional analysis, with the inclusion of Art. 310 of the Code of Procedure Criminal Law, according to a recent amendment resulting from Law 13,964/19. This article is a qualitative research, based on the theory of fundamental rights and constitutional procedural guarantees, focused on the double

conformity of criminal proceedings, aiming to correct the apparent distortions between the Brazilian criminal procedure code and international human rights treaties, and the speeches on the interpretation of the guarantor institutes of the custody hearing and their suitability for other types of precautionary prisons, including the arrest of the person with debts related to child support. It is concluded that the custody hearing must be enlarged by law, in relation to other precautionary prisons, including that of the child support debtor, respecting the double conformity of the process, namely the conventional and constitutional conformity, thus, the applicability of the custody hearing. custody will be in accordance with international human rights treaties.

Keywords: Custody Hearing, Criminal Proceeding, Double Conformity, Prison Precautions, Civil Prison.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Instrumentalidade Constitucional do Processo Penal e a necessidade de sua dupla conformidade. 3. Da Audiência de Custódia. 3.1. Audiência de Custódia e a Constituição Federal. 3.1.1. Jurisdicionalidade. 3.1.2. O Direito de ser julgado em prazo razoável. 3.1.3. Presunção de Inocência ou Dever de Tratamento. 3.1.4. Contraditório e a Ampla Defesa. 3.2. Da realização da Audiência de Custódia e a Resolução 213/15 CNJ. 4. Da necessidade de aplicação da Audiência de Custódia para as demais prisões. 4.1. Prisão Civil. 4.2. Das Prisões Cautelares. 4.2.1. Da Prisão em Flagrante. 4.2.3. Prisão Preventiva. 4.2.4. Prisão Temporária. 4.4.1. Prazo da Prisão Temporária. 5. Lei nº 13.964/2019. 6. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a implementação do instituto da audiência de custódia diante do ordenamento jurídico Brasileiro. Uma importante conquista dos Direitos Humanos em âmbito internacional que, mesmo após 27 anos da sua ratificação pelo Brasil (Pacto de San Jose da Costa Rica, Setembro/1992), ainda apresenta seus conceitos básicos de direitos fundamentais e dignidade da pessoa pouco apreciados pelos mais diversos dispositivos legais nacionais, inclusive das últimas alterações do Código de Processo penal vigente (Lei nº 13.964/19).

Neste contexto, as audiências de custódia representam um ato procedimental componente da fase preliminar da investigação criminal, em que a pessoa presa em flagrante é apresentada a uma autoridade judicial competente para se averiguar: a regularidade da prisão, com a conclusão pelo relaxamento ou homologação; a própria prisão, seus requisitos legais, decidindo pela concessão da liberdade provisória, com ou sem adoção de outras medidas cautelares ou finalmente a possibilidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Outro aspecto importante e frequentemente esquecido nas audiências de custódia é a verificação das condições da prisão, de forma que nesse procedimento é necessário ainda o questionamento sobre a existência de abuso policial, principalmente de ordem física, entendida aqui como tortura, além de qualquer outro fato passível de investigação, referente à condução do preso por tais policiais.

Outra razão para a existência da audiência de custódia diz respeito a garantia dos direitos da pessoa presa, incluindo a proteção a tortura, assegurando, pois, a efetivação do direito a integridade pessoal, visando corrigir as distorções existentes entre o Código do Processo Penal Brasileiro e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, na condução da aplicabilidade da lei para pessoas privadas de liberdade.

Nesse sentido a Corte Interamericana de Direitos humanos, em consonância com a Corte Europeia de Direitos Humanos, concluíram que “A pronta intervenção judicial é a que permitiria detectar e prevenir ameaças contra a vida ou sérios maus tratos, que violam garantias fundamentais do ser humano”, e ainda acrescentam que “Estão em jogo tanto a proteção da liberdade física dos indivíduos, como a segurança pessoal, num contexto no qual a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal”.

Assim, o presente estudo tem por objetivo analisar a audiência de custódia à luz da dupla conformidade do processo penal, discutindo seus conceitos e sua relação com as garantias processuais constitucionais, através do método de pesquisa dedutiva com abordagem qualitativa das bibliografias sobre o assunto e ainda, a necessidade de adequação de sua realização não apenas na prisão em flagrante, como trazida pela alterações do chamado pacote Anti-crime, mas também em outras prisões cautelares, com ênfase na prisão do devedor de alimentos.

2 INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL E A NECESSIDADE DE SUA DUPLA CONFORMIDADE

Ainda é dominante no Brasil um conceito de processo como relação jurídica, engessada, formalista, defendida na doutrina desenvolvida por Bülow. Assim, Bülow apud Melo, (2017, p.1) adverte que a relação de direito material é o objeto do processo, já a relação de direito processual é a esteira através da qual a discussão sobre o objeto do processo ocorrera, em uma relação estática, onde as partes gozam de uma equivocada concepção de igualdade e segurança processual.

Várias críticas, colocaram a visão estática do processo de Bulow em análise, segundo Lopes Junior (2019), nenhuma foi tão profunda quanto a de Goldschmidt.

Foi James Goldschmidt e sua teoria do processo como situação jurídica tratada na sua celebre obra *Prozess als*

Rechtslage (Berlim/1925) que melhor evidenciou as falhas da construção de BULOW, mas principalmente, quem formulou a melhor teoria para explicar a complexa fenomenologia do processo. Para o autor o processo é visto como um conjunto de situações pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável (LOPES, 2020, p. 49).

Partindo da concepção de processo, enquanto situação jurídica de Goldschmidt, temos um caminho complexo pautado de riscos e incertezas, que dependendo das chances poderão levar a uma sentença favorável ou não. Assim, faz-se necessário conceber o processo penal a partir de uma proposição democrática, onde este busque proteger os direitos fundamentais, através de regras do jogo democráticas, legítimas e completas e não apenas se contentar como um instrumento de busca da verdade (que no processo penal é contingencial).

Nessa perspectiva, reitera Calamandrei (1999, pag. 224):

Afortunada coincidência é a que se verifica quando entre dois litigantes o mais justo seja também o mais habilidoso”, Dessa forma, para o autor o processo nada mais é que um jogo onde sempre existirá um vencedor, que não será necessariamente o mais justo, mas aquele que melhor tiver utilizados suas habilidades com as armas disponíveis para vencer.

Diante do exposto, fica evidente que o conceito que melhor retrata essa particularidade do processo, inserido na epistemologia da incerteza, é o de Goldschmidt. Nele, retrata-se a insegurança processual, o seu estado de guerra e a sua dinamicidade, muito diferente do conceito estático defendido por Bulow.

Por conseguinte, se o processo penal é uma guerra, um jogo, que não deve ter por missão a busca desenfreada do mito “verdade real”, já que a verdade no processo penal não é achada, mas sim construída analogicamente através dos rastros da passividade (KHALED JÚNIOR, 2013), é primordial sua compreensão pela via da instrumentalidade constitucional.

Diante disso, é inegável essa vertente instrumental do processo penal, como ferramenta de contenção do poder punitivo, pois de acordo com Khaled Jr (2014) “Os brasileiros sofrem de um processo histórico”, que colabora para a crença de que somos um povo ordeiro, isentos de qualquer conflitos e que vivemos na plena e próspera democracia, ficando encoberta todas as facetas autoritárias do poder punitivo.

Ainda sobre o tema, destaca-se que a confiança ilimitada na bondade do poder e na sua capacidade de atingir a verdade retratam concepções inquisitivas, arbitrárias, violentas que apenas com um processo penal garantista pode criar um instrumento eficiente de contenção dos abusos e excessos do poder punitivo estatal (FERRAJOLI, 2009).

Não se pode aceitar que o processo penal, como guerra ou jogo, tendo por base o paradigma constitucional, e como missão assegurar o respeito às normas constitucionais processuais, bem como também, evitar as práticas inquisitivas e violentas do *Jus puniendi* estatal, se vincule à arcaica e inatingível busca desenfreada da “verdade real”.

Assim como não se pode esquecer que a espinha dorsal do Código de Processo Penal Brasileiro (1941), em pleno Estado Novo de Getúlio Vargas e inspirado no Código de Processo Penal Italiano da década 30 (Codice Rocco), possui um nítido viés fascista, policialesco e de inegável matriz autoritária. Ficando claro, dessa forma, uma antinomia entre um código de caráter fascista, autoritário, abusivo, inquisitório e uma constituição cidadã, contemporânea, baseada em direitos e garantias e na plena proteção da dignidade da pessoa humana.

Portanto, faz se necessário um crivo constitucional, quando da aplicação das regras do Código de Processo Penal, a fim de se verificar se tal regra foi ou não recepcionada pela atual ordem constitucional. Nesse sentido, concorda-se com as lições de Coutinho, ao afirmar:

Há, porém, nisso tudo, que se entende o status quo e perceber ser a constitucionalização do Código de Processo Penal e da legislação processual penal um dir-se-ia, em sentido atécnico – processo; e não mero ato. [...] Aqui, como parece elementar, ao Poder Judiciário cabe, tendo ciência da situação – empurrando aqueles que a ignoram –, passar aos – ou paulatinamente ir fazendo-os – imprescindíveis ajustes constitucionais, por sinal como se deu com várias Cortes Constitucionais europeias no último pós-guerra mundial, a começar pela italiana, a qual foi, passo a passo, declarando a insconstitucionalidade do CPPI” (COUTINHO, 2010, pp. 8-9).

Evidente, diante de todo o exposto, que é inadmissível qualquer aplicação dos Artigos do Código de Processo Penal vigente sem a realização de um delicado e completo controle de constitucionalidade. Não é suficiente apenas a conformidade dos dispositivos de lei penal com as normas constitucionais, Assim, para que o poder punitivo tenha legitimidade é imperioso que ao réu tenha sido garantido o devido

processo legal, com todos os seus consectários, previstos não só na Constituição Federal, mas, também, no Pacto de São José da Costa Rica.

Dentro desse contexto, o sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos partiu da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1948, ou Carta de Bogotá, e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), de 1948, culminando com a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, de 1969. O Brasil ratificou a CADH através do Decreto Legislativo n. 27, de 28 de maio de 1992, e a promulgou pelo Decreto Executivo nº 678, de 6 de novembro de 1992, assumindo, portanto, a obrigação internacional de assegurar o seu cumprimento, a ela vinculando-se, em especial de proteção da dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, após todas as conquistas civilizatórias operadas no período pós-segunda guerra mundial, tem-se um Estado democrático criado através de um prisma humanitário, atribuindo valor aos direitos e garantias conquistadas e inserindo o conceito de dignidade da pessoa Humana como pilar mestre da Democracia pós-guerra. Esse novo modelo de Estado Democrático de Direito produz importantes efeitos jurídicos, inclusive, no âmbito do processo penal, fazendo com que o imputado, não seja tratado como objeto, no atual estado da arte no processo penal, mas, sim, como um sujeito de direitos.

Por essas razões, acertadamente Giacomelli, (2015, p. 12) leciona que “Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário”. Nesse entendimento, há que se falar em “processo penal constitucional, convencional e humanitário”, exaltando “a proteção convencional internacional dos direitos vem justificada no preâmbulo da CADH, por serem atributos da pessoa humana, cujo modelo é reconhecido e integra a normatividade internacional”.

3 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O termo audiência de custódia não encontra relação no direito comparado, há inclusive o uso da expressão “audiência de garantia” e autores que preferam o uso da expressão “audiência de apresentação”, mas no Brasil o termo acolhido amplamente pela imprensa e pelos órgãos (judiciais e legislativos), que buscam analisar sua necessidade e implementação, foi definitivamente o termo audiência de custódia.

O conceito do termo se relaciona com o ato de guardar, de proteger, de garantir. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução da pessoa, sem demora, a presença de uma autoridade judicial que deverá garantir a guarda,

a proteção do preso, para a partir de um prévio contraditório entre ministério público e defesa, exercer um controle imediato da legalidade e necessidade da prisão, assim como analisar a existência de tortura e maus tratos relativo a condução do cidadão conduzido. Entende-se que a existência de uma audiência de custódia pode ser considerada como uma hipótese relevante do direito constitucional do cidadão de acesso a jurisdição, traduzindo –se em obrigação positiva a cargo do estado (PAIVA, 2018).

Vários são os tratados internacionais de direitos humanos que versam sobre a necessidade da referida garantia. A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) prevê em seu Art. 7, que “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora a presença de um juiz ou outra autoridade, autorizada em lei a exercer funções judiciais [...]”. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) da mesma forma estabelece em seu Art. 9, que “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de ação penal, deverá ser conduzida sem demora, à presença de um juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais. A Convenção europeia de Direitos Humanos (CEDH), assegura igualmente em seu Art. 5 que: “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c, do presente artigo, deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei a exercer funções judiciais”.

Nesse mesmo sentido, recentemente, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, promulgada no Brasil pelo decreto nº 8.766/2016, estabeleceu em seu Art. XI que “toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentados, sem demora e de acordo com legislação interna respectiva, a autoridade judiciária competente”.

A principal função da implementação legislativa do código de processo penal com a inclusão da audiência de custódia é ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos, muitos ratificados voluntariamente pelo Brasil.

Outra finalidade da audiência de custódia se relaciona com a prevenção da agressão e da tortura policial, assegurando a efetivação da proteção e do direito a segurança e a integridade das pessoas que se encontram presas. Assim, prevê o Art. 5 da CADH que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido a dignidade inerente ao ser humano. (PAIVA, 2018).

Neste sentido, a Corte interamericana de Direitos Humanos já decidiu que a apresentação imediata ao juiz é essencial a proteção integral dos direitos inerentes

as pessoas, incluídos entre eles a liberdade pessoal, a vida e a integridade pessoal, adverte que “ o simples conhecimento por parte do juiz que existe uma pessoa detida, não satisfaz essa garantia, já que o mandamento se refere ao comparecimento pessoal e apresentar sua declaração ante o juiz ou autoridade competente (PAIVA, 2018).

Obviamente, porém, não se pode esperar que apenas o procedimento de audiência de custódia garanta efetivamente a eliminação da tortura policial, uma prática que percorre todo o período ditatorial, com repercussão até mesmo na democracia pós-constituição federal de 1988. No entanto, a medida pode contribuir decisivamente no combate e redução da tortura policial, em um momento crucial para a manutenção da integridade física da pessoa detida, o qual corresponde aos momentos logo após a prisão, onde o calor dos acontecimentos geralmente provoca reações desmedidas pelos que detêm o poder policial.

3.1 Audiência de Custódia e a Constituição Federal

3.1.1 Jurisdicionalidade.

A garantia da jurisdição revela-se não só na existência de um juiz natural apto a conduzir o processo, exige-se um juiz capacitado para que, de forma imparcial, e também comprometido com a observação dos preceitos e garantias constitucionais, possa promover não só a devida condução do processo como instrumento do *Jus Puniendi* Estatal, mas também como garantias aos abusos e distorções desse poder.

Assim, conforme leciona Lopes Jr (2019), O juiz assume modernamente uma posição destacada no Estado democrático de direito. Sua atuação é legítima, não é política, mas sim constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos e garantias fundamentais de todos, de modo que deve tutelar o indivíduo as injustiças cometidas e abandonar mitos jurisprudenciais da verdade real no processo penal, absorvendo, quando esse não conter provas suficientes para condenação.

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da constituição, e não da vontade da massa. Essa por sua vez se insere como uma dentre as várias garantias orgânicas, inerente a função constitucional do juiz, exemplificada aqui pela garantia da independência jurisdicional, que contrário senso, não significa uma liberdade plena, arbitrária, uma vez que sua decisão é vinculada às provas produzidas no processo, com plena observância das garantias fundamentais e a devida fundamentação jurídica, evitando assim padronização de decisões em escala (LOPES JÚNIOR, 2019).

3.1.2 O direito de ser julgado em prazo razoável

Vários são os conceitos de tempo para as mais diversas fontes. De acordo com Lopes Jr (2018), o tempo, no que se refere ao direito penal, é base para sua estrutura punitiva estatal, uma vez que a medida de sua criação para a penalização de condutas antijurídicas, ele também é morto ou “descrito” quando da prescrição por decurso de tempo. Portanto, Pune-se através da quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena. No primeiro caso, o tempo é o castigo, e no segundo caso o tempo é o perdão da prescrição.

Quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável o estado se impõe de forma ilegal em relação ao particular de forma dolorosa e irreversível. E esse apontamento ocorre, mesmo sem prisão cautelar decretada, à medida que o processo, sua demora, suas implicações já se tornam, nas suas devidas medidas, uma pena em si mesma.

Surge dessa maneira, uma advertência constitucional, uma vez que atropela as garantias fundamentais, equivocadas pela política de aceleração do tempo do direito. Evidencia-se aqui uma difícil dicotomia: de um lado um processo demasiadamente expedido, em que se atropela os direito e garantias, e de outro aquele que se arrasta, negando-se a verdadeira tutela da justiça e agravando todo o conjunto de penas processuais ínsitas ao processo penal (LOPES JÚNIOR, 2019).

3.1.3 Presunção de inocência ou um dever de tratamento

A presunção de inocência nasceu no Direito Romano, com grande repercussão posterior durante o período da idade média, onde seu conceito foi descaracterizado ao ponto de se inverter sua significação (LOPES JÚNIOR, 2019).

Conforme Araújo (2017), a presunção de inocência teve origem moderna na Declaração dos homens e dos cidadãos em 1971, com redundância global, pela declaração dos direitos Humanos da ONU, em 1948. Esse documento internacional é claro ao garantir em seu Art.11 que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se provar sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se garantam as condições necessárias a sua defesa”.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência está expressamente consagrado do Art. 5, LVII da constituição, determinando sua aplicação a todo o processo penal e sua eficácia a própria qualificação do sistema processual nacional (LOPES JÚNIOR, 2019).

Parafraseando Araújo (2017), afirma-se que essa garantia evita a aplicação errada da lei processual penal e de todos os dispositivos penais, possibilitando ao

acusado um julgamento de forma justa respeitando seus direitos e garantias constitucionais.

A análise constitucional e supralegal do Art. 9 da declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789 aponta para uma imposição, um verdadeiro dever de tratamento, à medida que exige que o réu seja tratado como inocente, possuindo repercussão interna ao processo como também exterior a ele (LOPES JÚNIOR, 2019). Ainda sobre a presunção de inocência, o autor complementa:

Na dimensão interna, o dever de tratamento imposto, inicia-se ao juiz determinando que o dever de provar seja responsabilidade exclusiva do acusador, ou seja o Jus Puniend Estatal, conduzindo naturalmente a constatação que se restar dúvida na comprovação do que se alega do réu, o mesmo deverá ser absorvido. Externamente ao processo, a presunção de inocência exige proteção contra publicitação abusiva e estigmatização do acusado. Essa garantia apresenta-se como verdadeiros limites democráticos ao abuso e exploração da condição do acusado perante a mídia, evitando os espetáculos midiáticos sobre as condições do acusado, respeitando sua condição como pessoa humana (LOPES JÚNIOR, 2020, pp. 141-142).

3.1.4 Contraditório e a ampla defesa

De acordo com Araujo (2017), o princípio do contraditório tem sua origem do termo latim "*audiatur et altera pars*" que se traduz pela expressão "ouça-se também a outra parte" e o princípio da ampla defesa possibilita a igualdade jurídica entre essas partes.

O princípio do contraditório é inicialmente tratado como método de confrontação de provas e comprovação de verdades, deixando de lado qualquer juízo potestativo, mas como uma análise disciplinada e procedimental entre partes contrapostas, uma que representa o interesse punitivo do estado e outra que possibilita sua limitação através de defesa técnica. Essa confrontação representa a própria base da dialética processual (LOPES JÚNIOR, 2019).

O ato de contradizer, por sua parte, corresponde a própria afirmação da acusação diante das afirmações contrárias da defesa, isso configura minimamente o processo de acusação do processo penal, onde o contraditório conduz ao direito de audiência e as alegações mútuas das partes da forma de debate, direcionados objetivamente a refutar as alegações da parte contrária (LOPES JÚNIOR, 2019).

Segundo Lopes Jr, (2019), o juiz deve conceder a ambas as partes possibilidades iguais de serem ouvidas, sob pena de parcialidade, a medida que conheceu apenas parte do que deveria ter conhecido, ou seja, o contraditório é observado quando se cria condições iguais de fala e oitiva das partes, de forma que a legitimidade das partes não seja reduzida no jogo processual.

Contudo, contraditório e direito de defesa são distintos, pelo menos teoricamente. A defesa técnica e contraditório estão intimamente ligados, uma vez que o exercício da defesa é consectário do princípio do contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por esse se manifesta e é garantida.

Ambos os princípios, do contraditório e da ampla defesa, devem estar presente em qualquer forma de atuação do poder punitivo do estado, mesmo em fase de inquérito o direito de se defender pelos meios legais deve ser garantido conforme explica Araújo (2017).

O direito à ampla defesa gera direito a diferentes tipos, qual seja a defesa técnica e a defesa pessoal, correspondendo ao binômio estruturado da defesa privada ou autodefesa e da defesa pública ou técnica (LOPES JÚNIOR, 2019).

3.2 Da Realização da Audiência de Custódia e a Resolução 213/15 CNJ.

Apesar de o Brasil ter aderido aos termos da Convenção Americana dos Direitos Humanos a mais de 23 anos, o que seria o suficiente para se exigir o fiel respeito e cumprimento do procedimento de audiência de custódia, e depois de várias tentativas frustradas de criação de dispositivos que regulamentassem o instituto (PL 156/2009, PL 554/2011 e as PECs 112/2011 e 89/2015), apenas em 2015 teve-se um avanço normativo, com a implementação da Resolução 213/2015 do CNJ (PAIVA, 2018).

Mesmo depois da Resolução do CNJ, restou ainda várias interpretações lacunosas quanto a realização do procedimento de audiência de custódia, em razão de outros tipos de prisões cautelares, uma vez que a determinação oriunda do Art. 1 da resolução traz a expressão prisão em flagrante Delito.

Neste aspecto, Paiva (2018) considera possível a realização da audiência de custódia diante de prisões preventivas e temporárias, uma vez que não se encontra restrito o termo a prática do instituto somente aos casos de prisão em flagrante, já que no Pacto de San Jose da Costa Rica, utiliza-se a expressão "toda pessoa presa [...]". No caso da prisão temporária, considera o comando legislativo do Art. 2, parágrafo 3 da lei 7960/89, insuficiente, já que prevê a prática do ato como uma faculdade e não como uma obrigação a ser realizada pela mera conveniência do magistrado.

Ainda Sobre a possibilidade da audiência de custódia a outras prisões, salientamos o que é defendido por Santiago Neto (2017, p. 363):

A falta de cumprimento a regra da garantia para a fixação e manutenção da prisão deveria gerar necessariamente nulidade. De nada serviria estabelecerem-se garantias se seu descumprimento na resultasse em nulidade. Porém, não foi esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sob a compreensão de que “a posterior conversão do flagrante em prisão preventiva constituiria novo título a justificar a privação da liberdade, restando desnecessária, no entendimento da corte superior, nova audiência de custódia, com a apresentação do preso ao juízo de origem.

4 DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PARA AS DEMAIS PRISÕES

Conforme exposto, a audiência de custódia é aplicada no Brasil apenas para as prisões em flagrante. A audiência de custódia é disciplinada pela resolução 213/2015, além da resolução, o art. 310 do Código de Processo Penal determina que o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá I; relaxar a prisão ilegal, II; converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presente os requisitos.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, chamada de Pacto São José da Costa Rica disciplina sobre audiência de custódia, a mesma determina em seu artigo 7.5 que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida sem demora, a presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Diante disso, é notável que a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos não especificou qual a espécie de prisão deverá ser feita na audiência de custódia.

Esta audiência é uma medida de prevenção disciplinada pela convenção americana como forma de evitar possíveis práticas de tortura, por isso tão importante a discursão sobre a aplicação desta audiência, não somente na prisão em flagrante, mas sim em todas as modalidades de prisões, conforme veremos detalhadamente as espécies: prisão civil, prisão cautelar e prisão penal.

4.1 Da Prisão Civil

A prisão civil, conforme esclarece Marinho (2017), é a que ocorre como medida coercitiva, econômica, social com o fim de fazer cumprir as obrigações do devedor de alimentos e do depositário infiel. esta medida é prevista na Constituição Federal de 1988 em seu inciso LXVII.

Em seu artigo, o autor supracitado aduz que em razão das especificidades do crédito alimentar, que tem como uma das principais finalidades, a sobrevivência do alimentando, é notório se observar a possibilidade da prisão do devedor no caso de inadimplemento, previsão legal no Art. 5 da CF/88, LXVII, que dispõe que não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

A prisão civil é decretada pelo juiz, a requerimento do alimentando, o juiz cita o devedor para pagar a quantia em 3 dias, caso o devedor não efetue o pagamento e nem apresente justificativa, será decretada a prisão civil, com pena de 1 (um) a 3 (três) meses no regime fechado. Não há previsão no Código de Processo Penal sobre a possibilidade da audiência de custódia para esta modalidade de prisão, indo contrário ao pacto de São José da Costa Rica, que determina que apenas o fato do imputador ser preso, deverá ser levado a presença de um juiz competente.

4.2 Das Prisões Cautelares

A prisão cautelar segundo Lopes Jr. (2020), se subdivide em duas espécies, a saber prisão preventiva e prisão temporária, há também quem diga que a prisão em flagrante é uma modalidade de prisão cautelar. O autor ainda entende que a prisão cautelar busca assegurar o desenvolvimento e o resultado eficaz do processo, portanto, essas medidas visam a tutela do processo, com caráter instrumental. O fator essencial não é tempo, mas sim as circunstâncias criadas pelo imputado, que é o caso de fuga e a sua conseqüente frustração punitiva, ou até mesmo no caso de colheita de prova haver alguma simulação, fraude e etc.

4.2.1 Da prisão em flagrante

A prisão em flagrante, conforme o conceito de Lopes Jr (2020), é uma medida precautelada, cuja a natureza é pessoal, ou seja, só poderá ser realizada a prisão do indivíduo que é o real suspeito de praticar a ação. Essa espécie de prisão pode ser efetuada por autoridade policial ou por particulares, sugere-se aqui observar: o fato de poder ser realizada por particulares é devido a sua brevidade, duração e o dever de um juiz competente analisar quanto a legalidade do ato e decidir sobre o relaxamento ou manutenção da prisão, mas agora convertendo em prisão preventiva, mediante requerimento do Ministério Público ou Autoridade Judiciária.

O juiz deverá analisar um requisito essencial para converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, que é o *periculum libertatis*, usado aqui para justificar a prisão preventiva, caso não esteja presente este requisito, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, mediante fiança ou sem fiança. Conforme disposição do caso, e ainda poderá ser atribuído medidas cautelares que estão descritas no Art. 319 do Código de Processo Penal. É porém considerado inadmissível, na visão de Lopes Jr.,

a manutenção da prisão sem qualquer fundamento apresentado pela autoridade judiciária.

A prisão em flagrante por si só não é fundamento para a manutenção da prisão do imputado, isso devido ao fato da prisão desta espécie não poder superar o curto espaço de 24 horas, prazo máximo para que o auto da prisão em flagrante seja enviado para o juiz, conforme o art. 306, parágrafo primeiro do CPP.

O Artigo 302 do Código de Processo Penal enumera algumas formas que são consideradas flagrante:

I – Está cometendo a infração penal;

II – Acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

O inciso I trata-se de um flagrante em que o agente é preso no momento da prática do delito, mesmo que o agente não consuma o delito, pois já é surpreendido pela autoridade policial ou particular. Esta é detentora de maior credibilidade, conforme demonstra Lopes JR;

A prisão em flagrante, nesse caso, é detentora de maior credibilidade. Ocorre quando o agente é surpreendido durante o iter criminis, praticando a conduta descrita no tipo penal sem, contudo, tê-lo percorrido integralmente. É o caso em que o agente é preso enquanto “subtrai” a coisa alheia móvel (155 do CP), ou ainda, no crime de homicídio, está agredindo a vítima com a intenção de matá-la (ou seja, está praticando o verbo nuclear do art. 121 do CP) (LOPES JÚNIOR. 2020, p. 938).

No inciso II, há o flagrante quando a autoridade ou particular surpreende o agente que acaba de consumir o delito, há uma simples diferença do inciso I, pois no anterior o crime ainda está na fase de execução.

No inciso III, para o flagrante acontecer, é preciso analisar três situações, explicadas claramente por Lopes Jr, ao resumir: 1. perseguição (requisito de atividade); 2. logo após (requisito temporal); 3. situação que faça presumir a autoria (elemento circunstancial).

O conceito de perseguição pode ser extraído do art. 290 do CPP, especialmente das alíneas “a” e “b” do parágrafo primeiro. Logo, a perseguição exige uma continuidade, em que perseguidor (autoridade policial, vítima ou qualquer pessoa) vá ao encalço do suspeito, ainda que nem sempre tenha o contato visual. Deve-se considerar ainda a necessidade de que a perseguição inicie “logo após” o crime. Esse segundo requisito, temporal, deve ser interpretado de forma restritiva, sem que exista, contudo, um lapso definido na lei ou mesmo na jurisprudência. Exige-se um lapso mínimo, a ser verificado diante da complexidade do caso concreto, entre a prática do crime e o início da perseguição. Reforça esse entendimento o fato de que a “perseguição”, na dimensão processual, somente é considerada quando há o contato visual inicial ou, ao menos, uma proximidade tal que permita à autoridade ir ao encalço do agente (LOPES JÚNIOR. 2020, p. 940).

O inciso IV é o flagrante com menor credibilidade, pois este é difícil de se legitimar, e conforme o inciso IV, é necessário a presença de três elementos para ser considerado flagrante. Os quais são: **encontrar** o agente, que deve ser **logo em seguida a pratica do delito** e por último ter **indícios de autoria**, ou seja encontrar elementos como, armas ou algum objeto do próprio delito.

A audiência de custódia é aplicada cotidianamente nos casos em que ocorre a prisão em flagrante, nos termos do art. 1 da resolução 213/2015 que determina expressamente que o imputado que se for preso em flagrante deverá ser levado a presença de um juiz competente no prazo de 24 horas, esta regra não é aplicada nas demais prisões, como é abordado neste artigo.

4.3 Prisão Preventiva

A prisão preventiva, conforme dispõe o Art. 311 do CPP pode ser decretada no decurso da investigação preliminar ou qualquer fase do processo, até mesmo após sentença penal recorrível. Lopes Jr (2020) cita ainda que a prisão preventiva só pode ser decretada por um juiz ou tribunal competente, a qual deve ser uma decisão fundamentada, não podendo ser de ofício, sendo necessário o requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

O inciso I do art. 311 do CPP determina que em casos em que a pena for igual ou inferior a 4 anos, não poderá ser decretada a prisão preventiva.

A prisão preventiva é utilizada cotidianamente no Brasil, diferentemente da prisão em flagrante, a prisão preventiva não possui audiência de custódia, ou seja o

imputado é preso sem ser levado a presença de um juiz, o que acaba ocasionando uma omissão quanto a análise da legalidade ou não da prisão.

4.3.1 Requisitos da prisão preventiva *fumus commissi delicti*, juízo de probabilidade de tipicidade, ilicitude e culpabilidade

O Art. 312 do CPP determina os requisitos essenciais para poder ser decretada a prisão preventiva, analisando-o. iniciaremos pelo *Fumus Commissi Delicti*, este é o requisito que determina que para ser decretada a prisão, existam fortes indícios de autoria e provas da existência do crime. Indícios de autoria não significa certeza de quem é o autor, mas sim uma probabilidade substancial de quem é o Autor do Crime.

4.4 Prisão Temporária

A prisão temporária tem sua disciplina aprofundada na lei 7.960/89, porém o Art. 282 do Código de Processo Penal, por sua vez, é uma ferramenta que se utiliza para todas as medidas cautelares, sendo assim, conforme o Art. 282 do CPC, o juiz deve se ater ao parâmetro de adequação e necessidade para decretar a prisão preventiva.

A prisão temporária é decretada pelo juiz a requerimento do Ministério Público, devendo ser uma decisão fundamentada, demonstrando a necessidade da medida cautelar. Lopes Jr (2020) disciplina quais os elementos devem ocorrer para que se decrete a prisão temporária:

Além de observar se a medida realmente é necessária para a investigação e a coleta dos elementos probatórios buscados, deve verificar se a prisão temporária é adequada à finalidade apontada pela autoridade policial. Em última análise, estamos tratando da proporcionalidade da prisão, que adquire especial relevância agora com o amplo rol de medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 1053).

Não existe uma previsão normativa no CPP acerca da aplicação da audiência de custódia nesta modalidade de prisão, inviabilizando uma ferramenta que seria essencial para se analisar a legalidade da prisão, a ocorrência de abuso e etc.

4.4.1 Prazo da prisão temporária

A prisão temporária tem prazo previsto em lei, nos termos do Art. 2 da Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro de 1989, o prazo máximo é de 5 dias podendo ser prorrogado por igual período, desde que haja extrema necessidade. Caso a prisão

não seja prorrogada ou quando esta for prorrogada e o prazo se esgotar, o imputado deve imediatamente ser posto em liberdade.

Existe a possibilidade de o prazo da prisão temporária ser de 30 dias, conforme previsto no Art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072 que determina que em caso de crimes hediondos o prazo será de 30 dias, podendo ainda, ser prorrogado por igual período.

Contudo, é possível que o imputado possa ser posto em liberdade antes do encerramento do prazo, Lopes Jr. (2020) faz esta menção, conforme o exposto abaixo;

Nada impede que o imputado seja posto em liberdade antes desses prazos, pela própria autoridade policial (sem intervenção judicial), desde que não exista mais a necessidade da custódia, tendo em vista o interesse da investigação. Mas os prazos devem ser observados, sendo completamente ilegal, por exemplo, a decisão judicial que decreta a prisão temporária por 7 dias (pois excede o prazo e já antecipa uma prorrogação – de ofício! – que sequer foi pedida e muito menos demonstrada). O prazo é de até cinco dias. Depois disso, excepcionalmente, havendo pedido expresso e fundamentado da autoridade policial, poderá haver a prorrogação por mais 5 dias (LOPES JÚNIOR. 2020, p. 1.056).

5 LEI Nº 13.964/2019

A lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, conhecida como lei anticrime, adentrou no Código de Processo Penal trazendo expressamente a possibilidade da Audiência de Custódia, a qual é regulamentada pelo pacto de São José da Costa Rica e pela resolução 213. A lei anticrime acrescentou no Art. 287 do CPP expressamente a possibilidade da Audiência de Custódia, no caso em de alguém se encontrar preso.

Esta inclusão da previsão da audiência de custódia no CPP não é limitada apenas à prisão em flagrante, pois o legislador não expressou qual a modalidade de prisão a qual seria aplicada. Contudo, mesmo com a criação da lei anticrime que disciplinou sobre a audiência de custódia dentro do CPP, houve uma lacuna por parte do legislador, pois não especificou qual modalidade de prisão seria cabível, deixando assim o poder para o juiz fazer a análise no caso concreto.

Além do art. 287 do CPP, o art. 310 sofreu alterações, a qual determina expressamente que finalizando o flagrante, o preso deverá ser levado ao juiz no prazo máximo de 24 horas para ser realizado o controle de legalidade da prisão. O legislador, diferentemente do que ocorreu no Art. 287, ao elaborar o Art. 310 do CPP, especificou qual a modalidade de prisão será cabível a audiência de custódia no prazo de 24 horas, a qual é permitida de forma expressa para a prisão em flagrante.

Conforme Lopes Jr (2020), o tratamento de audiência de custódia não deve se limitar apenas a prisão em flagrante, pois nos termos do art. 7.5 do CAD, a audiência de custódia deverá ser realizada para todas as modalidades de prisões.

Por esse pressuposto, seria de suma importância a previsão expressa, determinando a realização da audiência de custódia não só na prisão em flagrante, mas sim em todas as modalidades, haja vista que um dos principais objetivos da audiência de custódia é verificar a real condição do imputado, averiguar como foi a forma que foi efetuada a prisão, entre outros aspectos de validativos de aplicação das garantias legais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, fica evidente a necessidade do questionamento sobre a real adequação do instituto da audiência de custódia diante da conformidade não apenas no âmbito constitucional, mas também no aspecto convencional, através de uma análise que extrapole a verificação meramente cartorial de dispositivo do código de processo penal, que possibilite um tratamento mais humanitário e digno, com base nos tratados internacionais dos Direitos Humanos.

Para tanto, faz-se necessário romper com verdades e certezas “absolutas” no processo penal, que não mais se coadunam com os regramentos constitucionais e internacionais de direitos humanos, transformando-o, assim, em um verdadeiro instrumento de máxima eficácia de direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Pacto de São José da Costa Rica.

No entanto, as demais modalidades de prisões cautelares e a própria prisão do devedor de alimentos devem também ser analisadas através do crivo da dupla conformidade, deixando de lado a parcialidade legislativa e contribuindo para um sistema de proteção mais integral e completo.

Portanto, é inegável a necessidade de rompimento desses entraves, na direção da construção de um processo penal constitucional e humanitário, que necessariamente passa pela análise de conformidade das regras do Código de Processo Penal com o Pacto de São José da Costa Rica, dentro daquilo que se chama de controle de convencionalidade, até porque hierarquicamente o CPP, enquanto lei ordinária, está baixo da CADH, que segundo o STF possui o status de norma supralegal.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Edgley de Queiroga. **Audiência de custódia: inovação positiva para a legislação Brasileira**. 2017. 58 f. Dissertação de Graduação em Direito – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2017.

BRASIL. CNJ. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015.** Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-audiencias-custodia-cnj.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Art. III, Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_3_.asp.

Acesso em: 20 de fev. 2020.

_____. **Decreto de Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 de mar. 2020.

_____. **Decreto Legislativo nº 27, de 28 de maio de 1992.** Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/535923>. Acesso em: 22 de mar de 2020.

_____. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 23 de fev de 2020.

_____. **Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016.** Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm. Acesso em: 26 de fev de 2020.

_____. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm. Acesso em: 24 de mar. 2020.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

CALAMANDREI, Pietro. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.

CNMP. **CPI do sistema carcerário. 2009**. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em 25 de abr de 2020

CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. A audiência de custódia como instrumento de persecução criminal menos abusiva e garantia individual protetiva. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 14, n. 80, p. 22-45, out./nov.. 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=141498. Acesso em: 26 de abr. 2020.

COUTINHO. **Temas de Direito Penal & Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Rázon**. Madrid: Trotta, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Devido Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

KHALED JR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo, Editora Atlas, 2013.

_____. **Ordem e progresso: a invenção do Brasil e a gênese do autoritarismo nosso de cada dia**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

_____. **Direito Processual Penal**. 16ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2019

_____. **Direito Processual Penal**, 17. ed, São Paulo, : Saraiva Educação, 2020.

MARINHO, Kallel, **Prisão Civil**, jusbrasil, 2017 disponível em; <https://kallelmarinho.jusbrasil.com.br/artigos/450120343/prisao-civil>, acesso; 23 de Abr de 2020.

MELO, Veronica Vaz de. **A efetivação do Direito através do processo judicial: considerações sobre as principais teorias da natureza jurídica do processo**. Rejur- Revista eletrônica jurídica. Volume 4. N.2. Campo Largo, Jul-Dez, 2017. Acesso em: 22 de abr de 2020, em www.Periodicosibepes.org.br. (1).

OLIVEIRA, Leonel Juliano de. **Processo Penal Humanitário e a necessidade de sua dupla conformidade**. **Revista Perspectivas Jurídicas: um novo olhar**. Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel, Natália de Andrade Magalhaes, organizadores- Teresina: Editora Garcia, 2016.

ONU. Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.** Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em 6 fev. de 2020.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o Processo Penal Brasileiro**, 3 edição, belo horizonte, editora CEI 2018.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **A audiência de custódia sob o prisma do sistema acusatório e do modelo constitucional de processo.** *In:* Audiência de custódia. Organização de Antonio Eduardo Ramires SANTORO, Carlos Eduardo GONÇALVES. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 655 p., 23 cm. ISBN 978-85-8425-681-5. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=137770. Acesso em: 18 mai. 2020.

[i] Professor, Mestre e Orientador deste artigo. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/5963426905730852>

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

PHILIPPE LIMA DE SOUSA:

Bacharelado do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA.

HORÁCIO RIBEIRO COSTA^[1]

(coautor)

GUSTAVO LUÍS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES^[2]

(orientador)

RESUMO^[3]: O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas no Brasil, sendo necessário para isso verificar a sua evolução histórica, conceitos, tipicidade material, o artigo 33 da lei de drogas, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Foram abordados tanto os entendimentos favoráveis quanto contrários à aplicabilidade do princípio, mediante análise dos motivos que determinaram a defesa de cada posicionamento, chegando à conclusão de que é perfeitamente possível aplicar o princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas a depender da situação concreta. O artigo foi desenvolvido através de uma abordagem dialética, através de revisão bibliográfica e análise de jurisprudência. Em decorrência da atual situação de insegurança jurídica, o artigo é de grande importância para a comunidade jurídica e acadêmica.

Palavras-chave: Princípio, Insignificância, Tráfico de Drogas.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução histórica do princípio da insignificância e sua definição. 3. Análise do artigo 33 da lei de drogas e sua tipicidade material. 4. Da divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a aplicação do princípio da insignificância no tráfico de drogas. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância teve suas bases lançada em Roma, com aplicabilidade estritamente voltada para o direito civil, passando de fato a ganhar mais força após ser inserido em 1964 na órbita do direito penal por Claus Roxin. Segundo o aludido princípio, o direito penal não deve se preocupar com as lesividades insignificantes, aquelas que são incapazes de lesar o bem jurídico, pois para que cause uma ofensa é necessária uma lesividade significativa.

Portanto, é necessária a descriminalização daquelas condutas que, embora incida em um tipo penal, a conduta praticada não atinge de forma relevante o bem

juridicamente tutelado, dessa forma, deve ser feita uma análise tanto formal quanto material da sua tipicidade, pois embora a conduta se adeque ao tipo penal não quer dizer a conduta praticada seja passível de punição, por conta da insignificância da conduta praticada.

Há uma discussão sobre a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância a determinados crimes, por conta da importância dada ao bem jurídico, nesse sentido, o entendimento estar longe de ser pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência, principalmente quando se trata do crime de tráfico de drogas. O Superior Tribunal de Justiça - STJ entende que não se aplica o princípio da insignificância aos crimes de tráfico de drogas, pois para o referido tribunal não importa se a quantidade é mínima, pois trata-se de um crime de perigo abstrato, logo, não importa o grau da lesividade para configurar o crime, pois não afasta a tipicidade material da conduta.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal – STF entende que, a depender do caso concreto é possível a aplicação do princípio, devendo fazer uma análise dos seguintes requisitos: 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.

Com isso, o presente artigo parte da seguinte problemática: O princípio da insignificância pode ser aplicado no crime de tráfico de drogas no Brasil? Para isso, é necessário fazer uma análise dos parâmetros utilizados pelos tribunais para aplicar o aludido princípio, bem como os argumentos utilizados pelos doutrinadores para sua aplicação ou não, pois o que se pode observar na prática é que em decorrência de posicionamentos conflitantes do STF e STJ, os órgãos julgadores têm encontrado dificuldades para aplicá-lo.

O tema em questão é de suma importância, dada à necessidade de estudos mais aprofundados na busca de contribuir em soluções no que tange a sua aplicação, principalmente para aqueles que podem ter um dos direitos mais importantes afetados, qual seja: a liberdade, em virtude de uma condenação. Busca-se contribuir no âmbito acadêmico e científico na procura de melhores resultados, levando em consideração as decisões conflitantes dos tribunais superiores, que causam uma sensação de insegurança jurídica.

O presente artigo será desenvolvido por meio de uma abordagem dialética, através de pesquisas bibliográficas, revistas jurídicas, teses e jurisprudências, para explicar conceitos e entendimentos conflitantes sobre o tema, acerca das ideias divergentes sobre o presente artigo.

Finalizando, no primeiro capítulo é feita uma abordagem sobre o aparato histórico do princípio da insignificância, o segundo capítulo será feito uma análise do artigo 33 da lei de drogas abordando também a sua tipicidade material, e por fim, o terceiro capítulo será exposto os posicionamentos dos tribunais superiores sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância no tráfico de drogas.

2 Evolução Histórica do Princípio da Insignificância e sua Definição

Inegavelmente, nos dias atuais tem se travado debates calorosos sobre a aplicação do princípio da insignificância no tráfico de drogas no Brasil, tanto na doutrina como na jurisprudência, o princípio que já era de grande importância passa a ganhar uma atenção ainda maior, pois infelizmente o que temos hoje no Brasil é uma política de drogas fracassada que só contribui para o aumento do tráfico, e conseqüentemente resulta na prisão em massa daqueles que praticaram o crime.

Por essa razão, é necessário se fazer uma análise do princípio da insignificância levando em conta a sua historicidade para buscar entender seus conceitos e fundamentos, bem como para esclarecimento da controvérsia quanto a sua incidência em determinados crimes e sua rejeição em relação a outros.

Existem posicionamentos diferentes quanto ao surgimento do referido princípio, segundo Masson (2015, p. 85) "O princípio da insignificância surgiu no Direito Romano, porém limitado ao direito privado. Invocava-se o brocardo de *minimus non curat praetor*, ou seja, os juízes e tribunais não devem se ocupar de assuntos irrelevantes", em Roma as condutas na qual a lesividade era de pouca relevância, conforme o brocador romano: *mínima non curat pretor*, não merece uma reprimenda estatal, por se tratar de crimes de pouca monta. Apesar de ser o entendimento majoritário que o princípio da insignificância teve seu surgimento no direito romano, existe posicionamento em contrário.

Para aqueles que discordam que o princípio da insignificância teve seu surgimento no direito romano, afirma que a ideia que se tinha era completamente incompatível com o que se pensa atualmente sobre o referido princípio, pois em Roma os juristas o tinha apenas como um delimitador, para determinar a sua relevância para os casos voltados para o direito civil.

Para a outra vertente, o princípio da insignificância teve seu surgimento no advento do iluminismo, para limitar o poder estatal, por meio da dogmática jurídico-penal, sobre esse tema Luz (2012) assevera que a tese segundo a qual, longe de se remeter à noção difusa de insignificância da Roma antiga que tratava basicamente apenas sua relevância para o direito civil, sem se fazer uma análise mais específica da tipicidade, foi por meio da dogmática jurídico-penal que se procurou racionalizar o uso do poder punitivo na modernidade. Tratou-se, desde seu surgimento, de garantir

que o Direito Penal somente pudesse ser utilizado a partir de um ferrenho respaldo legal, de modo que as normas penais apenas pudessem ser empregadas de acordo com um estrito raciocínio de subsunção formalista.

O princípio da insignificância passa a ser visto sob uma nova vertente no campo do direito penal, pois o mesmo foi abandonando o formalismo exacerbado, contrariando a dogmática jurídico-penal, que é uma subsunção, adequar o caso concreto à norma, passando então a ser implementado o funcionalismo penal, o referido instituto tem como função a proteção dos bens jurídicos mais importantes, o direito penal foi tomando outras proporções, passando a ser a *ultima ratio*, o ultimo instrumento utilizado pelo Estado para punição dos indivíduos dentro de uma sociedade.

Com isso, busca-se inibir alguns abusos por parte do Estado quando exerce o *ius puniendi*, no que diz respeito aos casos em que a conduta praticada pelo sujeito não é suficiente para lesar o bem juridicamente tutelado, o que vai na contramão da dogmática jurídico-penal, pois é inconcebível que o Estado faça a mera subsunção, aplicar de forma literal o caso concreto à norma, pois deve-se garantir uma aplicação heterogênea dos preceitos jurídicos.

O que segundo Luz (2012) a dogma formalista foi essencial para se combater os Estados absolutistas, combatendo o livre arbítrio do poder punitivo, mas que não supre mais as necessidades de uma sociedade complexa e contemporânea, e, que o direito penal passou a ser concebido como *ultima ratio*. Com isso o princípio da insignificância passa a ganhar maior importância para o direito penal, além de servir como poder limitativo do poder estatal, visa fazer justiça frente aquelas condutas que antes se tinha uma mera adequação à norma, passa a ter uma análise no aspecto material, sendo necessária uma análise a cerca da relevância da conduta praticada.

Nesse passo, Bernardes (2019) aduz que foi atribuído a Claus Roxin em 1964 a consagração do princípio da insignificância na doutrina e que teve como consequência seu reconhecimento e aplicação, excluindo desde logo a via repressiva das condutas que efetivamente não lese o bem jurídico.

Esclarece Rocha (2017, p. 1) que, “para Roxin o modelo até então vigente teria levado a um aumento da criminalidade, já que se fazia uma interpretação extensiva dos tipos penais de forma a evitar possíveis lacunas”, nesse ponto que entra os princípios como norteadores para aplicação e interpretação da lei, sobretudo o princípio da insignificância, trazendo uma interpretação mais restritiva, analisando caso a caso.

Diante disso, dispõe Santos (2016) que, embora vários autores afirmem que o princípio da insignificância remonta ao direito romano, que, conforme já explicado,

não tinha incidência no direito penal, a maioria da doutrina atribui a Claus Roxin a sua idealização e formulação no âmbito do direito penal. Apesar de ter outras correntes acerca do surgimento do princípio da insignificância, a mais aceita é que afirma que teve seu surgimento no direito romano, que passou a ter novos contornos por Claus Roxin.

Diante do que foi exposto, passa-se agora a conceituar o princípio da insignificância. Conforme já fora feito algum comentário acerca do referido princípio, o mesmo possui grande relevância para o direito penal, tendo em vista que em determinadas situações não se deve fazer uma mera subsunção da conduta e tipo penal, tendo em vista que poderá está cometendo grandes atrocidades e imputando uma pena completamente incabível.

Para melhor definição do aludido princípio leciona Masson (2015, p. 86):

O princípio da insignificância é vetor interpretativo do tipo penal, tendo por escopo restringir a qualificação de condutas que se traduzam em ínfima lesão ao bem jurídico nele (tipo penal) albergado. Tal forma de interpretação insere-se num quadro de válida medida de política criminal, visando, para além da descarcerização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve ocupar-se apenas das infrações tidas por socialmente mais graves.

De forma bem objetiva Capez (2018, p. 29) conceitua o princípio da seguinte forma: "o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico".

O direito penal deve ser utilizado em ultimo caso, e somente aplicável àquelas condutas na qual realmente há uma lesão significativa ao bem juridicamente tutelado, devendo desconsiderar as lesões irrelevantes, pois o legislador ao elaborar norma não quis reprimir todas as condutas de forma genérica e abstrata, mas tão somente aquelas mais significativas.

Nesse sentido, o doutrinador Rogério Greco, fazendo uma análise sobre a tipicidade diz que:

A tipicidade penal, necessária à caracterização do fato típico, biparte-se em: a) formal e b) conglobante. Tipicidade formal é a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal. No caso em exame, haveria a chamada tipicidade formal, uma vez que o legislador fez

previsão expressa para o delito de lesão corporal de natureza culposa cometido na direção de veículo automotor. Contudo, será que poderíamos falar em tipicidade conglobante? Para que se possa concluir pela tipicidade conglobante, é preciso verificar dois aspectos fundamentais: a) se a conduta do agente é antinormativa; b) se o fato é materialmente típico. O estudo do princípio da insignificância reside nesta segunda vertente da tipicidade conglobante, ou seja, na chamada tipicidade material. (GRECO, 2016, p. 143)

Portanto, além de exigir que a conduta praticada pelo agente se adeque perfeitamente à lei penal, é necessário também verificar a relevância da lesão ao bem juridicamente tutelado, caso seja insignificante, não haverá fato típico, logo, não há de se falar em crime, pois a intenção da lei não é punir todo e qualquer crime, mas aqueles que realmente merecem atenção estatal.

No que diz respeito à natureza jurídica da insignificância em matéria criminal, a doutrina e a jurisprudência o consideram como princípio jurídico do direito penal, nesse passo, o doutrinador Ivan Luiz da Silva diz:

A contrario sensu, a doutrina europeia não a classifica diretamente como princípio jurídico, preferindo relacioná-la ao princípio da Oportunidade no processo penal. De nossa parte, entendemos consistir o princípio da insignificância em matéria penal em um autêntico princípio jurídico decorrente da concepção utilitarista do moderno Direito Penal, que exige a concreta ofensa ao bem jurídico atacado como justificação para fazer incidir a pena criminal sobre o agente da conduta típica. (SILVA, I, 2011, p. 102)

Seguindo essa linha Masson (2017, p. 28) “o princípio da insignificância é uma causa de exclusão da tipicidade material”, sendo assim, a perspectiva atual do direito penal, não se admite mais nos dias atuais a imputação de uma pena ao agente que apesar de incidir em tipo penal incriminador, a conduta do agente não tenha uma expressividade capaz de causar uma ofensa significativa ao bem jurídico, por essa razão não merece repressão estatal.

Diante disso, não se pode negar a aplicação da insignificância, uma vez que a própria Constituição Federal no seu art. 5º, §2º determina que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Então, não só é aplicável como também tem um

revestimento constitucional conforme se depreende da leitura do texto constitucional.

Seguindo esse raciocínio é o posicionamento de Silva, I. (2011) que acertadamente entende que o princípio da insignificância foi acolhido pelo direito brasileiro, tendo em vista que as leis não abarcam todo o direito, cabendo ao operador do direito explicitar as normas subjacentes, pois as normas não são compostas apenas de textos expressos em lei.

A esse respeito é firme a jurisprudência no direito brasileiro sobre o reconhecimento do princípio da insignificância, não restando dúvidas sobre a sua aplicabilidade, no entanto, há uma divergência no que diz respeito a sua aplicabilidade em alguns crimes, dentre eles podemos destacar o crime de tráfico de drogas que será tratado em tópicos posteriores.

3 Análise do Artigo 33 da Lei de Drogas e Sua Tipicidade Material

Antes de adentrar no artigo 33 da lei de drogas, que tipifica o crime de tráfico de drogas, é necessário fazer algumas considerações a respeito do que podemos considerar como drogas ilícitas, para melhores esclarecimentos acerca do crime que será abordado, dispõe o artigo 1º, parágrafo único da lei 11.343/06, que "Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União".

Inegavelmente estamos diante de uma norma penal em branco, em que é necessária uma complementação de outra norma, por se tratar de conceito genérico ou indeterminado, caso não haja esse complemento, a tipicidade não se completa, e nesse caso não haverá crime.

Nesse sentido é o posicionamento de Gomes *et al* (2006, p. 22):

Assim, mesmo que uma das substâncias seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União (portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade da conduta daquele que pratique quaisquer das ações previstas nos arts. 33 a 39. O mesmo ocorre e relação a aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente.

Portanto, se a lei não tipifica a conduta no seu texto legal, não se pode dizer que houve crime, por razões óbvias, pois não haverá fato típico, e não se pode fazer uma analogia da conduta praticada pelo agente com a que esta prevista na lei, pois

é vedada a analogia *in malam partem*, logo, não se pode fazer uma interpretação que cause prejuízo ao réu.

O art. 33 da lei de drogas, na sua redação traz vários verbos, em que basta incidir em apenas um deles para que possa configurar o crime de tráfico de drogas, os verbos discriminados no texto legal são: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, tem em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente.

Nessa vereda aduz Silva, D. (2016, p. 78) "Assim, praticada mais de uma conduta típica dentro da mesma situação fática, haverá crime único. Dessa forma, por exemplo, mesmo que o sujeito adquira e depois transporte a droga, haverá apenas um crime." Trata-se de um tipo misto alternativo, pois não restam dúvidas sobre o que dispõe o aludido dispositivo legal, pois a intenção é que incorra no crime apenas pelo fato de praticar uma das condutas típicas. O elemento subjetivo é o dolo, por essa razão o crime não pode ser praticado de forma culposa.

Com relação o sujeito do crime trata-se de crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa, não exige uma condição especial por parte do agente para que se possa cometer o crime em análise, no entanto, há uma exceção, nesse sentido faz-se necessário os ensinamentos de Gomes *et al* (2006), que assevera o verbo prescrever, exige uma condição especial do agente (crime próprio), só podendo ser praticado por médico ou dentista.

Portanto, não é qualquer pessoa que pode praticar o crime quando se tratar do verbo prescrever, pois caso a pessoa se passe por médico estará cometendo o crime de falsidade ideológica, que está tipificado no art. 299 do código penal. O sujeito passivo é a sociedade, para melhor esclarecimento Silva, D. (2016, p.75) leciona que "Eventualmente, poderá ser sujeito passivo secundário a criança, o adolescente ou a pessoa que tem suprimida a capacidade de entendimento ou de autodeterminação (art. 40, VI), que recebam a droga para usá-la."

Com relação à consumação, o crime se consuma quando o agente pratica uma das condutas previstas no tipo penal incriminador; já em relação à tentativa esclarece Silva, D. (2016, p. 80) "Como se trata de crime plurissubsistente (em regra), que a execução pode ser fracionada, faz-se possível a tentativa. Entretanto, dada à diversidade de condutas, na prática a tentativa dificilmente ocorrerá." Teoricamente o crime pode admitir a tentativa, no entanto, como o dispositivo prever várias condutas será quase impossível que haja tentativa.

Conforme a doutrina majoritária o crime de tráfico de drogas é de perigo abstrato, pois não precisa comprovar a efetividade do risco, pois o risco é presumido.

No entanto, vem surgindo entendimento em sentido contrário, de acordo com Gomes *et al* (2006, p. 153):

Entretanto, cresce na jurisprudência pátria (em especial, no STF) a lição de que crimes dessa natureza (de perigo abstrato) violam o princípio da ofensividade ou lesividade ou do *nullum crimen sine injuria*, razão pela qual não teria sido recepcionados pela Constituição Federal.

Com esse novo entendimento quem vem surgindo nos tribunais, o crime de tráfico de drogas que antes não tinha que demonstrar a prova do risco da conduta do agente causado ao bem juridicamente tutelado, agora passa a ser, segundo a nova vertente, que o perigo deve ser real e efetivo, o que parece ser mais razoável.

O simples fato de alegar que a sociedade vai ser afetada, por si só não é suficiente, uma vez que o agente muitas das vezes ao incidir num dos verbos tipificados no artigo 33 da lei de drogas pode estar portando uma quantidade que não oferece riscos a sociedade, como por exemplo uma pessoa que possui um único cigarro de maconha. Nesse caso, para aqueles que entendem que a quantidade não faz diferença, no exemplo supracitado o sujeito pode sofrer uma pena que pode variar de 5 a 15 anos de reclusão.

A partir daí surge o embate tanto na doutrina como na jurisprudência, acerca da aplicação do princípio da insignificância no tráfico de drogas, aqueles que entendem pela não aplicação se valem do argumento que o crime é de perigo abstrato, razão pela qual independe da quantidade de drogas apreendida com o agente, que, com a devida vênia, não é um argumento convincente.

Em sentido contrário, os que entendem que é cabível a aplicação do princípio em comento, dizem que é necessária a análise da tipicidade material e de alguns requisitos para sua aplicação: 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. Nesse passo o tema será discorrido de maneira mais detalhada no próximo tópico.

Com isso, é necessário fazer a seguinte indagação: O legislador ao elaborar o dispositivo legal tinha por objetivo incriminar o grande traficante de drogas e aquelas pessoas que possuem uma quantidade irrisória? A resposta só pode ser negativa, pois apesar de ser de competência do poder legislativo a elaboração das normas, as mesmas possuem generalidade e abstratividade.

Sobre esse assunto, esclarece Mañas (*apud* GRECO, 2017, p. 145):

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

No direito penal a drástica repressão estatal deve ser mínima, devendo intervir apenas nas situações em que o infrator efetivamente lesar o bem juridicamente tutelado, no crime de tráfico de drogas não é diferente, não pode o Estado se ocupar daquelas situações onde a pessoa apreendida com uma quantidade ínfima de drogas merece uma repressão do Estado da mesma forma que o grande traficante que lucra milhões e põem em risco a vida de pessoas inocentes.

Por essa razão, o princípio da insignificância surge como norteador para o operador do direito para que não se faça uma mera subsunção. Portanto, não deve o operador do direito hesitar quanto a aplicação do referido princípio, pois é inadmissível que se aplique uma pena de que pode variar de 5 a 15 anos de reclusão para aquele que é pego com uma quantidade de drogas irrisória (incapaz de ofender o bem juridicamente tutelado) da mesma forma que o grande traficante.

Cumprido esclarecer que, não quer dizer que o princípio da insignificância seja aplicado a qualquer crime, nesse sentido explica Rogério Greco que:

Na verdade, como dissemos, não deixa de ser subjetivo o raciocínio relativo à insignificância. Obviamente que nem todos os tipos penais permitem a aplicação do princípio, a exemplo do que ocorre no crime de homicídio. No entanto, existem infrações penais em que sua aplicação afastaria a injustiça do caso concreto, pois a condenação do agente, simplesmente pela adequação formal do seu comportamento a determinado tipo penal, importaria em gritante aberração. (GRECO, 2017, p. 145)

Nesse sentido, não se pretende banalizar o princípio da insignificância aplicando em qualquer crime, mas apenas que não sejam cometidas injustiças, por haver uma repulsa no que diz respeito à aplicação desse princípio no tráfico de

drogas, principalmente quando o “criminoso” é pertencente às classes sociais mais baixas da sociedade.

Negar a aplicação do princípio da insignificância nesse crime, seria negar a sua existência, uma vez que tal princípio não foi criado para ser selecionado em quais os crimes que o mesmo iria incidir, mas sim de ser aplicado a todos os crimes que sejam compatíveis com a sua finalidade.

O simples fato de uma pessoa ser levada a julgamento por ser apanhada com quantidades pequenas de drogas, não merece uma repressão estatal, pois para incidir no crime de tráfico de drogas, deve haver uma lesão significativa ao bem jurídico, nesse sentido Cezar Roberto Bitencourt assevera:

Nessas circunstâncias, pode não se configurar a tipicidade material porque, a rigor, o bem jurídico não chegou a ser lesado. O tipo penal deve ser valorado, no seu aspecto material, como instituto concebido com conteúdo valorativo, distinto de seu aspecto puramente formal, de cunho puramente diretivo. Por isso se deve considerar materialmente atípicas as condutas de inegável irrelevância (insignificância) para a sociedade como um todo. (BITENCOURT, 2018, p. 84)

Apesar de haver uma grande resistência por parte de muitos operadores do direito quanto à aplicação do aludido princípio no tráfico de drogas, alguns doutrinadores, bem como alguns juízes vem admitindo a sua aplicação, abandonando o aspecto puramente formal e levando em conta o aspecto material, dentre eles podemos destacar o ministro Gilmar Mendes, relator do HC 127573, que entendeu pela aplicação do princípio da insignificância no tráfico de drogas, segundo o qual: “por meio de simples análise preliminar, salta aos olhos a flagrante desproporcionalidade na imposição de pena tão elevada e consequente privação da liberdade da paciente em face de quantidade ínfima de droga”.

O ministro entendeu que a quantidade de drogas apreendida (uma grama de maconha) não é suficiente para lesar o bem juridicamente tutelado, sendo uma grande desproporcionalidade a pena para o crime de tráfico com a conduta da ré, o voto do ministro que se sagrou vencedor reconheceu a exclusão da tipicidade material, em razão da quantidade ínfima de drogas.

Sobre esse tema Coelho (2019) afirma que para o Ministro Gilmar Mendes, a jurisprudência deve avançar no sentido de criar critérios dogmáticos objetivos para separar o traficante de grande porte do traficante de pequenas quantidades, que vende drogas apenas para retroalimentar o seu vício, e que não oferece perigo social.

Por essa razão, o crime de tráfico de drogas, necessariamente merece uma atenção maior no que diz respeito a sua tipicidade material, uma vez que é inconcebível uma mera adequação da conduta do agente ao dispositivo legal, devendo o julgador analisar o caso concreto se o bem jurídico efetivamente foi lesado, evitando, assim, graves injustiças que conseqüentemente leva a uma pena de prisão desproporcional.

Então, o ideal seria um tratamento diferenciado para cada caso, devendo ser analisado de forma específica a quantidade de drogas apreendida, e só então com base nos elementos necessários se for o caso, aplicar a pena. O que não se pode admitir é aplicar a pena ao pequeno traficante como se o mesmo comandasse um cartel, neste sentido Bernardes (2019, p. 82) assevera “o aludido princípio tem o condão de afastar a tipicidade material do fato, o qual passa a ser considerado penalmente atípico”.

Pois como se sabe, o tipo penal é dotado de generalidade e abstratividade em que prever determinadas condutas como crime, como se da um caráter genérico a cada tipo penal, o bem juridicamente protegido pode ser lesado nos mais variados graus de lesividade. O legislador quando da elaboração na norma não quis reprimir toda e qualquer conduta, mas sim aquelas mais graves que efetivamente seja capaz de causar uma lesão ao bem jurídico.

4 Da divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à aplicação do princípio da insignificância no tráfico de drogas

A referida discussão gera controvérsias quanto ao posicionamento tanto doutrinário quanto jurisprudencial pela aplicabilidade ou não do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas, onde é possível encontramos doutrinas e jurisprudência com entendimento a favor, bem como com entendimento contrário.

De acordo com o doutrinador Cleber Masson:

Os crimes tipificados na Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas são de perigo abstrato (ou presumido) e tutelam a saúde pública. No tráfico de drogas, delito constitucionalmente equiparado a hediondo, é indiscutível a inadmissibilidade do princípio da insignificância. E igual raciocínio deve ser utilizado na posse de droga para consumo pessoal, pois entendimento diverso seria equivalente a descriminalizar, contra o espírito da lei, o porte de pequenas quantidades de drogas. (MASSON, 2015, p. 92)

Nesse sentido, trata-se de um crime de perigo abstrato ou presumido, não sendo necessário para a sua caracterização a ocorrência de uma efetiva lesão ao bem

jurídico tutelado, sendo necessária apenas a realização da conduta proibida para ocorrer à presunção de perigo do bem tutelado. Portanto, por esse entendimento, não podemos afastar a tipicidade material do tráfico de drogas baseado no princípio da insignificância, independentemente da quantidade portada, mesmo que ela seja irrisória.

Em consonância com o entendimento de Cleber Masson, deve-se analisar o princípio da alteridade ou transcendentalidade. Segundo esse princípio, só pode ser punido, aquele comportamento que venha a lesionar direito de terceiros, sendo, portanto, necessário que o fato típico transcenda o indivíduo autor e venha a lesionar o direito do outro. Com relação a esfera do crime de tráfico de drogas, o doutrinador Fernando Capez afirma que:

A Lei n. 11.343/2006 não tipifica a ação de “usar a droga”, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da substância entorpecente pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de uso próprio. Assim, existe transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28. (CAPEZ, 2018, p. 79)

Por esse entendimento, o crime de tráfico de drogas transcende a figura do indivíduo, e vem a lesionar o direito a saúde da coletividade, sendo, portanto, necessário à punição pela prática do fato típico, não cabendo para esse tipo penal, a aplicação do princípio da insignificância. Nesse contexto, a saúde, que é o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, é de interesse de terceiros, devendo se sobrepor em relação aos direitos do indivíduo.

Em sentido contrário tem-se o entendimento do professor Luiz Flávio Gomes, que afirma:

A posse de droga para consumo pessoal configura uma das modalidades do chamado delito de posse (“delitos de posesión”), que retrata uma categoria penal muito singular no Direito penal. Mister se faz, para a consumação da infração, constatar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta. Se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima, não há que se falar em infração (pouco importando a sua natureza, penal ou “para-

penal”). Não existe, nesse caso, conduta penalmente ou punitivamente relevante. (GOMES apud VIEGAS, 2014, p. 46-47)

De acordo com esse entendimento, se a droga que for apreendida não tiver capacidade de ofender o bem jurídico tutelado, em decorrência da quantidade ínfima, a conduta não deverá ser penalmente punida, e por consequência deverá ocorrer a exclusão da tipicidade ou por a conduta ser insignificante ou em decorrência do resultado da conduta ser ínfimo. Seguindo essa linha de raciocínio pela aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas temos o entendimento Cezar Roberto Bitencourt:

Questão interessante é a aplicação do princípio da insignificância a determinados crimes, em razão da natureza ou importância do bem jurídico tutelado. Assim, por exemplo, nos crimes contra a Administração Pública, nos crimes de trânsito, ou, quem sabe, nos crimes de tráfico (pequeno) de entorpecentes. (BITENCOURT, 2018, p. 83)

Para Bitencourt, a insignificância está diretamente relacionada à ofensa de determinado bem jurídico tutelado, onde havendo a desproporção entre a lesão ou ofensa ao bem jurídico tutelado e a gravidade da sanção, é perfeitamente possível a sua aplicação, sendo, portanto, cabível a aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas, dependendo dessa desproporção.

Portanto é possível perceber que há uma divergência doutrinária quanto à aplicabilidade do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas, onde os autores com posicionamento contrário defendem que mesmo o porte de uma pequena quantidade já configuraria o tipo penal, pois presume-se que já estaria afetando o bem jurídico tutelado, já quem é a favor da aplicabilidade do princípio entende que é necessário observar a capacidade da conduta em afetar o bem jurídico tutelado, onde não havendo uma ofensa, a ação deverá ser considerada atípica, o que parece ser o entendimento mais correto.

De uma maneira geral, podemos analisar que por meio de seus julgamentos, o Superior Tribunal de Justiça – STJ vem sustentando o entendimento pela não aplicação do princípio da insignificância nos crimes de tráfico de drogas, como podemos ver:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA INERENTE À NATUREZA DO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA

INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena quantidade de entorpecente apreendida com o agravante ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 é crime de perigo abstrato e, além disso, o reduzido volume da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio. 2. Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes. 3. Acrescente-se que, no caso dos autos, houve concurso do crime de posse de substância entorpecente para uso próprio com crime mais grave (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), a demonstrar a maior reprovabilidade da conduta, reforçando a não incidência do princípio da insignificância. 4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1093488/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017).

Por meio desse julgamento, podemos perceber que o entendimento do STJ vem em consonância com o doutrinador Cleber Masson ao classificar o crime como de perigo abstrato, não admitindo afastar a tipicidade mesmo pela quantidade ínfima portada, e por consequência não aceitando a aplicação do princípio da insignificância. Aliado a isso, ainda é possível encontramos entendimento em favor da tutela do direito à saúde:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida, por ser característica própria do crime descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não afasta a tipicidade material da conduta. Além disso, trata-se de delito de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma - saúde pública. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 442.072/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 08/08/2018.)

Por esse julgamento reforça-se o entendimento que trata-se de um crime de perigo abstrato, sendo irrelevante falar em quantidade portada, aliado ao fator de que a potencialidade ofensiva da conduta não atinge apenas a saúde de uma forma individual, mas como também de toda a coletividade. Entende-se que nesses casos, o que é visado tanto pelos doutrinadores, quando por juristas, é evitar o perigo social, devendo para tanto, que se evite a circulação de determinadas substâncias.

Mesmo com a maioria dos ministros do STJ, indo por essa mesma linha de raciocínio, ainda é possível encontramos, de forma minoritária, uma divergência, quando se tratar de pequenas quantidades de drogas, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINEU. MATÉRIA-PRIMA PARA PRODUÇÃO DE DROGA. PEQUENA QUANTIDADE DE MATÉRIA PRIMA DESTINADA À PREPARAÇÃO DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. FATO ATÍPICO. 1. O fruto da planta cannabis sativa lineu, conquanto não apresente a substância tetrahidrocannabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga, cuja importação clandestina amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006. 2. Todavia, tratando-se de pequena quantidade de sementes e inexistindo expressa previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal, forçoso reconhecer a atipicidade do fato. 3. Recurso provido.

(STJ - REsp: 1687058 SP 2017/0182003-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 06/02/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/03/2018)

Com isso, fora instaurado dentro do STJ uma divergência de entendimento, visto que fora admitido a aplicação do princípio da insignificância na hipótese de importação de uma pequena quantidade de sementes de maconha (Cannabis sativa), contrapondo o entendimento majoritário firmado dentro do tribunal, que considera

o crime tipificado independentemente da quantidade portada, como demonstrado nas jurisprudências anteriores. Dessa forma, o STJ alterou o cenário que antes era inimaginável a aplicação do princípio da insignificância no tráfico de drogas.

Já em relação ao Supremo Tribunal Federal – STF, segundo seus julgados, deve ser observado alguns requisitos para que seja aplicado o princípio da insignificância, e que ao serem preenchidos deve haver o reconhecimento da bagatela, conforme procede no seguinte julgado:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA. I – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a ação atípica exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. II – In casu, tenho por preenchidos os requisitos necessários ao reconhecimento do crime de bagatela. Isso porque, além da inexpressividade econômica do objeto subtraído (R\$ 200,00), deve-se destacar que o bem foi restituído à vítima, de modo que da conduta do agente não adveio nenhum prejuízo relevante à vítima ou à sociedade. III – Todos os registros criminais existentes em nome do paciente, além de serem apenas inquéritos policiais, sem notícia nos autos de recebimento de denúncia pelo Poder Judiciário, referem-se a fatos delituosos praticados posteriormente à infração penal objeto deste habeas corpus, não podendo, assim, ser utilizados retroativamente como elementos desabonadores da sua conduta. IV – Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta e trancar a ação penal.

(STF - HC: 111487 MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 02/10/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-207 DIVULG 19-10-2012 PUBLIC 22-10-2012)

Nesse sentido, o STF estabeleceu premissas para que seja aplicado o princípio da insignificância, tornando por consequência a conduta atípica. São elas a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e relativa inexpressividade da lesão jurídica. No caso julgado acima, havia a presença de todos os requisitos

mencionados, cabendo, portanto a aplicação da insignificância, e aliado a isso, fora analisada a proporcionalidade entre a conduta do agente e a sanção penal imposta pelo Estado, onde fora constatada a inexistência da relação de proporcionalidade, chegando à conclusão que a privação da liberdade do agente seria mais gravoso que o dano provocado.

Assim como no STJ, é possível encontrar divergências quanto à aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, onde alguns ministros tem seguido uma linha de raciocínio desfavorável à aplicação desse princípio, mesmo que a quantidade apreendida seja irrisória, servindo como exemplo os julgamentos dos HC 96.684/MS, HC 88.820/BA e HC 87.319/PE, tendo como argumento para tanto, que se trata de um crime de perigo abstrato, que tem por tutela a saúde pública e a paz social.

Contrapondo os Habeas Corpus acima mencionados, recentemente no julgamento do Habeas Corpus nº 127573 perante a 2º turma do STF, fora anulada a condenação de uma mulher que fora flagrada com 1g de maconha. No presente julgamento, o ministro Gilmar Mendes entendeu cabível a aplicação do princípio da insignificância visto que a conduta praticada não seria capaz de lesionar o bem jurídico tutelado, muito menos de colocar em perigo a paz social.

Segundo o ministro, quando se tratar do crime de tráfico de drogas, e havendo a desproporcionalidade entre a lesividade da conduta e a sanção estatal a solução seria a ampliação do princípio da insignificância. Vale ressaltar que seu entendimento fora seguido pelos ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Ademais, o ministro relator, reconheceu que o STF tem seguido pelo entendimento da não aplicação do referido princípio quando se tratar do delito de tráfico de drogas, mas relata que as jurisprudências devem ter avanços no sentido de criar critérios objetivos para que possa haver uma separação entre o tráfico de grande porte e o tráfico de pequenas quantidades apenas em razão de vício.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que o princípio da insignificância tem o seu surgimento remetido a Roma, apesar de haver divergências quanto a isso, porém só foi inserido na doutrina penal no ano de 1964 por Claus Roxin. De acordo com o aludido princípio, o direito penal não deve ter preocupação com bagatelas, onde além da necessidade de haver uma adequação formal da lei, devemos analisar se a conduta do agente é capaz de lesionar de forma efetiva o bem jurídico tutelado, onde não havendo essa lesão, deve ocorrer a exclusão da tipicidade material.

Apesar de ainda haver um entendimento majoritário tanto na doutrina quanto na jurisprudência pela não aplicação do princípio, entende-se que é perfeitamente

possível a aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas, a depender da análise do caso concreto, desde que preenchidos todos as premissas impostas pelo STF (mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e relativa inexpressividade da lesão jurídica).

Além dos requisitos estabelecidos pelo STF, tem que levar em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado, aliado a uma análise da proporção entre a conduta do agente e a sanção imposta pelo Estado, levando em consideração que a sanção imposta pelo Estado varia de 5 a 15 anos de reclusão mais o pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Dessa forma, a tendência é que cada vez mais seja aceita a sua aplicação, dada as últimas decisões, aliado ao fator de haver a necessidade de uma definição quanto a isso, onde o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, entende que as jurisprudências devem avançar no sentido de aceitar a aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas, visto que atualmente ainda existe uma enorme insegurança jurídica no Brasil no que se refere a esse assunto.

Por essa razão, entende-se que negar a aplicação desse princípio em determinados crimes, a exemplo do tráfico de drogas, seria o mesmo que negar a sua existência, visto que o referido princípio tem que ser aplicado em todos os crimes compatível com a sua finalidade.

REFERÊNCIAS

- BERNARDES, Napoleão. **Teoria e prática do princípio da insignificância**: Fundamentação teórica e doutrinária, aspectos penais e processuais, jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 170 p.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 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. [S. l.], 23 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Habeas Corpus nº 442.072, Ms. Norma Marques Duarte. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, DF, 21 de junho de 2018. **Diário da Justiça Eletrônica**. Brasília, 08 ago. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84684946&num_registro=201800659305&data=20180808&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1093488, Rs. Tiago Machado Nunes. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônica**. Brasília, 18 dez. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78766810&num_registro=201701063090&data=20171218&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.687.058, Sp. Ministério Público Federal. Rogerio Arantes Vieitas Cysneiros Paraiso. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônica**. Brasília, 08 mar. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=80960114&num_registro=201701820037&data=20180308&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111.487, Mg. Erik Almeida Silvério Alberto. Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 de outubro de 2012. **Diário da Justiça Eletrônica**. Brasília, 22 out. 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22545129/habeas-corpus-hc-111487-mg-stf/inteiro-teor-110909141?ref=serp>. Acesso em: 18 maio 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 1, Parte Geral. 22 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

COELHO, Gabriela. **A Tipicidade Material**: STF não reconhece crime em caso de mulher presa com 1 g de maconha. **Consultor Jurídico**. 11 Nov. de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/stf-nao-reconhece-crime-mulher-maconha>. Acesso em: Março de 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da Insignificância em Matéria Penal: em ter aceitação ampla e aplicação problemática. **Rev.direito GV**, V. 8, n.1, Jan. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100009>. Acesso em: 13 de outubro de 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Método, 2015.

ROCHA, Carla Bianca Olinger. Princípio da insignificância: origem, natureza jurídica, critérios de reconhecimento e críticas. Jus.Com.Br, Out. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61408/principio-da-insignificancia-origem-natureza-juridica-criterios-de-reconhecimento-e-criticas>. Acesso em: 18 de Fevereiro 2020.

SANTOS, Alexandre Cesar dos. Princípio da insignificância no Direito Penal: conceito, natureza jurídica, origem e relações com outros princípios. Jus. Com. Br, Jun. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50370/principio-da-insignificancia-no-direito-penal-conceito-natureza-juridica-origem-e-relacoes-com-outros-principios>. Acesso em: 3 de março de 2020.

SILVA, Dario Mariano Da. **Lei de Drogas Comentada**. 2 ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2ª. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011. 192 p.

VIEGAS, Marcela Walcacer. **A aplicação do Princípio da Insignificância ao ART. 28 da Lei 11.343 de 2006**. 2014. 65 f. trabalho de conclusão de curso (monografia) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2014. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/6075/1/21012083.pdf>. Acesso em: 12 de maio 2020.

NOTAS:

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. *E-mail*: horaciorc221@gmail.com.

[2] Orientador Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA, Mestre em Direito Pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS . *E-mail*: gustavomtradv@hotmail.com.

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, 14 de Junho de 2020.

ATIVISMO JUDICIAL: A INSEGURANÇA JURÍDICA OCASIONADA PELA DECISÃO BASEADA EM SUBJETIVISMO

LUIZ FELIPE ALVES CASTELO BRANCO:

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina – PI

KELSON ADRIANO ALMENDRA COSTA^[1]

(coautor)

ADRIANO RIBEIRO CALDAS^[2]

(orientador)

RESUMO^[3]: Utilizando-se de método indutivo, procedimento bibliográfico, jurisprudências e da Constituição Federal, buscou-se, inicialmente, analisar a evolução histórica do ativismo judicial, conceito, a insegurança Jurídica ocasionada pelo subjetivismo das decisões proferidas pelos magistrados e a sua atuação solipsista no que abarca as interpretações normativas e aplicabilidade destas. O presente artigo tem como objetivo geral analisar as consequências jurídicas da atuação solipsista dos magistrados, de sua forma ativa e ampliativa de atuar, sendo bastante ativistas que vem trazendo consequências em face dos demais poderes; busca-se, também, abordar os pensamentos doutrinários, decisões judiciais da suprema corte sobre o fato de como é interpretada e analisada a norma e sua aplicabilidade. A princípio, busca-se evidenciar o que a atuação ativista do Poder Judiciário, com ênfase à Suprema Corte, as consequências que vem ocasionando por essa postura que vem se tornando cada vez mais claro pelos Ministros da Suprema Corte.

Palavras-chave: ativismo judicial, separação de poderes, insegurança jurídica.

SUMÁRIO: 1. Ativismo Judicial 1.1 Evolução Histórica do Ativismo Judicial 1.2 Conceito 1.3 Separação dos Poderes na visão clássica e moderna 1.4 A (i)Legitimidade do Judiciário para Criar Direito 2. Casos Paradigmáticos 2.1 ADO 26 Criminalização da Homofobia 2.2 ADC 43,44 e 54 Constitucionalidade da Prisão em Segunda Instância 3. Crise Institucional Consubstanciada Pelo Ativismo Judicial e Pela Atuação Solipsista dos Magistrados 4. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

Pretende-se investigar sobre ativismo judicial no que tange as interpretações das normas ao decidir sobre algum caso jurídico se baseando em subjetividade, criando novas interpretações, novas formas de aplicar as normas, adentrando na função típica do Poder Legislativo, e essa atitude ativa e ampliativa

vem causando uma sensação de insegurança jurídica, pelo fato do agente público ser arbitrário, solipsista e interpretar conforme sua subjetividade aplicando as normas de forma divergente da interpretação e aplicação elaborada pelo Poder Legislativo.

O que levou ao presente estudo sobre o respectivo tema foi à insegurança ocasionada diante da interpretação descontrolada das normas brasileiras, ficando evidente que a magistratura brasileira tem decidido os julgamentos de forma seletiva e conforme suas convicções.

O primeiro capítulo deste artigo cuidará da evolução histórica e do conceito de ativismo judicial, do efeito que o ativismo causa na separação dos poderes e da (i)legitimidade do judiciário em criar normas. Já no segundo tratará de casos pragmáticos da suprema corte brasileira, a ADO 26 que trata da criminalização da homofobia e as ADC 43,44 e 54 que tratam da constitucionalidade da prisão em segunda instância. Por fim, o terceiro será abordará a crise institucional consubstanciada pelo ativismo judicial e pela atuação solipsista dos magistrados.

Deve-se salientar que esse tema possui grande relevância social pois, este artigo poderá acarretar a mudança da forma interpretativa dos magistrados, do poder judiciário em face das normas elaboradas pelo legislativo.

Diante do exposto, o presente artigo tem como objetivo geral analisar a consequência jurídica sobre a forma de interpretação das normas, a crise institucional e a insegurança jurídica ocasionada pela atuação solipsista, apontando conceitos, evolução histórica, as decisões da Suprema Corte, a previsão Constitucional sobre a autonomia institucional e posicionamento doutrinário acerca do problema que vem sendo ocasionado no que tange a atuação ativa do Judiciário em face aos demais Poderes.

1 Ativismo judicial

1.1 Evolução histórica do ativismo judicial

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26, que trata da Discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima que deverá ser criminalizada, as Ações Diretas de Constitucionalidades de nº 43. 44 e 54, que trata da Prisão em Segunda Instância. Esses foram alguns dos julgamentos da Suprema Corte que causou grandes polêmicas. Sendo claro que o Supremo Tribunal Federal vem tomando postura ativa, que causa crise institucional.

Nesse contexto, o ativismo judicial, emergiu em 1803, nos Estados Unidos da América, tendo origem as primeiras ponderações sobre o tema, no caso acerca do empossamento de William Marbury como juiz de paz. (TASSINARI, 2013)

Dessa forma, Barroso afirmou que, a partir do momento em que as interpretações feitas pelos Tribunais Norte Americanos se tornaram políticas, a expressão ativismo teve uma repercussão negativa, sendo cotejada ao exercício impróprio do Poder Judicial. Ou seja, a forma proativa que vem se fazendo valer o Judiciário, que além da finalidade de proteger a constituição, vem sendo feito por feição política, o que vem tornando cada vez mais o ativismo como algo negativo (BARROSO, 2009).

Com isso, afirmando que a expressão ativismo judicial, teve origem com uma publicação na revista americana Fortune do historiador Arthur Schlesinger, quando fez uma reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo colocado em pauta o nome de 9 magistrados da Suprema Corte Americana, e que nos dizeres da doutrinadora Valle, desde a reportagem, o termo Ativismo Judicial vem sendo utilizado, numa forma crítica da atuação do Poder Judiciário. (VALLE, 2009)

Isto posto, Barroso, ao fazer um levantamento histórico no que se trata do Ativismo Judicial apresentou a seguinte definição:

“Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificara atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...)Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (BARROSO, 2017)

Portanto, historicamente, conforme demonstrado, verifica-se que o Ativismo Judicial não faz bem as instituições e a democracia, visto que ao validar a postura ativa do judiciário, no qual traz entendimento subjetivo na aplicação das normas – devendo apenas validá-la –, seria, indiretamente, atacar as funções de outros Poderes, como, por exemplo, o Legislativo. Fazendo com que cause um grande enfraquecimento institucional, tornando, em outras palavras, o Judiciário como “autoritário”.

1.2 Conceito

Em primeiro lugar, insta salientar que o termo Ativismo Judicial é bastante discutido, havendo, até uma ausência de consenso entre os doutrinadores no que tange a conceituação, tendo em vista aos infintos números de significados que a locução possui.

Diante disso, é assim que se posiciona Valle, quando se tratar da problematização trazida na conceituação do Ativismo:

“O problema na identificação do ativismo judicial, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente o repúdio ao ato do poder legislativo – permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. O problema está no caráter sempre controverso de se delimitar o que são casos difíceis.”(VALLE, 2009)

Conforme dito alhures, o termo não possui definições uniformes entre os doutrinadores, visto que temos definições divergentes quando se trata do termo ativismo judicial. Com isso, o Barroso pondera que:

“ A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior inferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou abstenção do Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas [2].” (BARROSO, 2009)

Diante da diferença de conceituação traga pelos supracitados doutrinadores, vemos que não existe uma definição harmônica no que se trata a

expressão ativismo judicial. Com isso, temos que buscar uniformização do entendimento doutrinário sobre o termo. Ou seja, o Ativismo Judicial nada mais é que uma forma do Judiciário interpretar uma respectiva norma de forma subjetiva (conflito de interesse), sendo que se deve interpreta-la de forma objetiva, no qual não cabe ao Judiciário validar a norma de forma diferente do que fora feito pelo Poder Legislativo.

Observa-se que, ao citar a diferença do Ativismo para a Judicialização, Streck deixa claro que o termo traz grandes problemas a democracia, visto se tratar de interpretação subjetiva feita pelos juízes e tribunais. Isto é, para Barroso, como supracitado, o ativismo é uma forma de o Poder Judiciário “legislar” se fazendo valer da “omissão” do Poder Legislativo. (STRECK, 2018)

Ora, o Direito Constitucional, nossa carta maior, devendo todas as normas infraconstitucionais respeitá-la e segui-la, é o direito do político, contudo não possui relação nenhuma com o decisionismo (MÜLLER, 2003). Ou seja, não vinculando o Poder Judiciário a ser ativista, podendo ser afirmando que existe uma conexão entre o Direito e a Política, porém não se podendo sobrepor uma da outra para evitar a postura ativista do Judiciário.

Existe outro instituto que é bastante parecido com o Ativismo Judicial, porém, não devemos confundi-los, que seria a Judicialização, que é uma forma de contingência, pois é utilizada quando existe “(in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), enquanto que o ativismo é problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade”. (STRECK, 2013)

Nesse diapasão, existem alguns métodos nos quais são frutos da judicialização (política) adotada pela Carta Magna, no caso, *verbi gratia*, a Ação Direta de Constitucionalidade, onde será valorado a lei ou o dispositivo, para que seja feita uma interpretação à luz da constituição a fim de ser considerada ou não constitucional.

Para Barroso a judicialização nasceu da constituição que se adotou e não de um exercício deliberado da vontade política. Ou seja, o Ativismo Judicial é cunho político, não podendo ser adotado como forma de decidir sobre aquilo que não foi proposto pelo Poder Legislativo e nem pelo Poder Executivo, sendo uma afronta a democracia. (BARROSO, 2009, p17-32)

1.3 A separação das funções estatais e o efeito que o ativismo judicial causa

Bem, deve-se deixar bastante aclarador que a Separação das Funções Estatais, ou Separação dos Poderes, trata-se de um princípio fundamental previsto

na nossa carta magna que tem como regra evitar a sobreposição de uma função estatal sob a outra, evitando, em suma, a concentração de encargos em um só ente.

Desta forma, é denominado como concepção tripartite, já que todos os Poderes previstos no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil possuem suas competências ou funções previstas no artigo supramencionado, de modo que a finalidade é a harmonia entre os poderes.

Ora, anteriormente era um Estado Monarca, no qual somente uma pessoa possuía o poder de Legislar, Julgar e Executar, mas, apesar dessa centralização de poder, o próprio Rei do império monarca, delegava suas funções para que fossem exercidas por outra pessoa, ou seja, apesar do poder ser centralizado a uma só pessoa, era bastante claro que esse indivíduo não conseguiria ser capaz de desempenhar integralmente as funções estatais. Com isso, no período do Iluminismo apregoava que as funções estatais deveriam ser exercidas por órgãos distintos, tratando dessa concentração de poder a uma só pessoa como irracional e despotismo (MONTESQUIEU, 2010).

Desta feita, é imprescindível que haja essa separação, visto que não é justo que o poder concentre-se na mão de uma só pessoa (ARISTÓTELES, 1988).

Como já oportunamente mencionado, Montesquieu, pregou o sistema de “Freios e Contrapesos”, que nada mais é do que um equilíbrio entre um poder e outro, a fim de evitar conflitos, abusos de poder, isso porque a demasia de poder corrompe o homem. Sendo assim que pensou Montesquieu:

“Para formar um Governo Moderado, precisa combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir, dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra – prima de legislação, que raramente o acaso produz e raramente se deixa a prudência produzir.”(MONTESQUIEU, 2008)

Dessa maneira, baseado nos dizeres de Montesquieu, o que o Ativismo Judicial vem causando nesse cenário é a sobreposição do Judiciário nas funções típicas do Poder Executivo e Legislativo, ou seja, está tentando concentrar em um só poder todas as atribuições dos outros poderes, tais como Legislar, exercer o controle do que é constitucional, garantias públicas e etc.

As afirmações trazidas pela nossa Suprema Corte é que o motivo pelo qual o Judiciário está se impondo, sendo proativo, é pela inércia dos demais poderes, que a omissão de um do Poder Legislativo ou Executivo possa causar grandes impactos

sociais e por esse pretexto se utilizar do seu poder para justapor as demais funções estatais.

Dessa forma, é necessário que seja harmônico, equilibrado os poderes entre si, sem a interferência que vem sendo causada pelo Judiciário, para que não ocorra a sobreposição das funções que determina o Judiciário, ao ponto de não haver mais efeito o que é previsto no artigo 2º da Constituição Federal, que garante o equilíbrio dos poderes entre si.

Contudo, as divisões dos poderes e a sua independência não têm caráter absoluto. Visto que haverá interferências que visam ao estabelecimento do sistema de freio e contra pesos, visando o equilíbrio para realização do bem da coletividade. Ou seja, não configurando a rigidez que havia outrora, no qual o Judiciário, anteriormente, era visto como “boca da lei”. Isso se deu pela evolução da sociedade, pois impôs uma nova visão no que tange a teoria da separação das funções estatais, onde se falar, atualmente, não em interferência do poder em outro, mas colaboração de poderes. (SILVA, 2009, p10)

1.4 A (i) legitimidade do judiciário para criar normas

É evidente que normas elaboradas pelo Legislativo englobam tudo que está acontecendo na atualidade com o decorrer da evolução da sociedade. Com isso, temos que nos ater a interpretação da norma onde, pelo fato da mutação da sociedade, haverá muitas “lacunas” no qual cada magistrado terá um entendimento sobre um mesmo fato. O que torna ilegítimo o judiciário elaborar normas.

Dito isso, Barroso deixa evidente que a norma, conforme interpretação iluminista, não deve se engessar, sendo sempre necessário no que tange da aplicação da norma fazer a interpretação do dispositivo conforme a evolução da sociedade, evolução da política, da moral, no qual é nesse ponto que, o ativismo judicial se torna importante, onde não haverá ilegitimidade, pelo fato do preenchimento da lacuna deixada pela omissão dos Legisladores. (BARROSO, 2009)

Dessa forma, de forma contrária ao pensamento do Barroso, o doutrinador Streck, deixou bem claro o que a colmatação da norma, com intuito de criar normas se fazendo valer da omissão do poder público trará grandes complicações, conforme será demonstrado a seguir:

“Assim como nossos representantes eleitos, os Juízes falam em nome do Estado, como agentes públicos, com compromissos públicos. E, quando, em nome do Estado, justificam seus pronunciamentos a partir de suas próprias convicções políticas(ou ideológicas), morais e econômicas em casos

complexos – em especial naqueles sensíveis à sociedade, que geram controvérsias capazes de dividir radicalmente o corpo social em opiniões -, estamos diante de uma ruptura institucional grave”. (STRECK, 2020)

Diante disso, fica devidamente demonstrado que quando um magistrado, que responde em nome do Estado, mas não pela via democrática e sim por meio de concurso público, ao prolatar uma decisão baseado nas suas convicções morais, ideológicas e econômicas, estará a causar uma ruptura institucional, visto que não é função do Juiz ser discricionário, impor suas convicções, é função do Magistrado julgar, aplicar a lei e validá-la, e não ser discricionário quando for prolatar decisões. (STRECK, 2020)

Ademais, é importante frisar que a decisão adequada deve respeitar a autonomia do direito e evitar a discricionariedade, respeitando a coerência a partir de uma fundamentação detalhada. (STRECK, 2015). Em outras palavras, o Magistrado não deve desrespeitar a norma elaborada pelo Legislativo e sim aplicá-la conforme a evolução da sociedade a fim de resguardar a autonomia institucional e evitar decisões políticas, algo que vem sendo utilizado corriqueiramente para fundamentar as decisões.

Portanto fica bastante claro que o judiciário não deve criar direito, pois, apesar de o decidir em nome do Estado, não deve adentrar nas funções de outro Poder, como o Legislativo, este que incumbe a elaboração de normas que criam direito, cabendo ao judiciário aplicá-la e validá-la sem que haja a politização ou moralização ideológica da interpretação da lei, o que poderá causar uma insegurança. No qual um magistrado, em hipótese alguma, deverá ter liberdade ilimitada para decidir só pelo fato de ser Juiz. Deve-se respeitar a Constituição e a autonomia de cada poder, bem como a instituição democrática.

2 Casos paradigmáticos

2.1 ADO 26 – Criminalização da Homofobia

Destacamos os votos do ministro Gilmar Mendes e do ministro Marco Aurélio como representativos da tese pois, além de serem casos paradigmáticos, pretende-se demonstrar que existem momentos em que utilizam argumentos de aplicação estrita da lei e em outros momentos desbordam do limite legal, pouco importando o apego a uma linha de coerência.

De início cabe destacar o que se trata a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, verifica-se que é uma espécie de Ação Direta de Inconstitucionalidade, que está vinculado à omissão do Poder Público em atender

determinação constitucional expressa para poder atuar, garantindo a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional.

Conforme entendimento Mendes, o poder legislativo deixou de cumprir com o que é seu dever, ou seja, de proteger as tutelas e garantias individuais da ordem democrática. Alegou que o Congresso Nacional se manteve inerte na relação da criação da lei que condene a homofobia e transfobia, devendo assim a Suprema Corte possui o dever de colmatar e preencher a lacuna pela via judicial. Segue o trecho do voto do Ministro:

“A constatação de que se está diante de uma inação congressual apta a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade por omissão é, portanto, imprescindível ao deslinde desta demanda. É a partir desse reconhecimento que se abre a possibilidade de colmatação de tal lacuna pela via judicial, respeitados os limites jurisdicionais.” (MENDES, 2019)

Podemos perceber que o Ministro agiu de forma ativista pois o magistrado, que responde em nome do Estado, está causando uma ruptura institucional, pois a sua função do Magistrado é de julgar, aplicar a lei e validá-la, neste caso, o intuito do magistrado seria em criar direito, adentrando desta forma em uma das funções do Poder Legislativo.

Posteriormente o Ministro acrescenta que os direitos fundamentais não ensejam mera proibição, mas, também, proteção, onde os indivíduos vulneráveis precisarão de intervenção do Judiciário para que seja sanada tais vulnerabilidades, a fim de proteger o direito a igualdade, dignidade da pessoa humana dentre outros.

Além disso, informa que é dever do Estado proteger, com o mínimo de proteção constitucional, como forma de evitar a discriminação, no qual é previsto de forma expressa na CF em seu art. 5, XLI, que a lei punirá qualquer discriminação atentatório aos princípios fundamentais.

Nestes dois trechos o ministro tomou um posicionamento ativista, pois além de expandir a função do judiciário e adentrar em uma das funções do legislativo, ampliou o art. 5, XLI da CF para enquadrar a homofobia como uma discriminação atentatória aos princípios fundamentais, ampliando assim, o texto da lei nº 7.716, que no seu art. 1 enquadra apenas como discriminação ou preconceito aquelas relacionadas a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Alega ainda, que o Judiciário precisa ter uma postura ativista, pois, facilitaria a representação das minorias, sendo um fator histórico do Judiciário. Trecho que justifica essa, argumentação:

“Neste sentido, antes que se possa falar, criticamente, em ativismo, é preciso compreender o papel do Judiciário num contexto histórico de hipertrofia dos demais poderes e, mais, num cenário de desconfiança e de falhas na concretização de direitos fundamentais, principalmente de minorias que pouco ou nenhum acesso têm à arena de decisão política. A propósito, John Hart Ely reconhece a possibilidade de uma postura ativa do Judiciário com vistas a facilitar a representação política de minorias. E aplica a mesma lógica à proteção de minorias.” (MENDES, 2019)

E ao fim, acolheu integralmente a presente ação, com finalidade de equiparar a homofobia e transfobia ao crime de racismo, visto que a legislação não pode restringir a prática do racismo a fatores biológicos, mas a fatores sociais, o que amplia a interpretação do judiciário, fazendo com que tenham funções ativista para salvaguardar o direito das minorias e colmatar normas pela decorrência de omissão legislativa, bastando que sejam impetrados o MI e a ADO.

Diferente do Ministro acima mencionado, o Ministro Marco Aurélio afirmou que a lei do racismo, Lei nº 7.716 de 1989, não é possível a ampliação por razão da taxatividade dos delitos expressamente nela previstos, no qual considerou como um rol taxativo, não sendo possível falarmos encaixar a homofobia na mesma.

Ainda ponderou que mesmo o STF protegendo as minoritárias e os grupos socialmente vulneráveis, contribuindo assim para uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, não é possível extrapolar os limites da separação e da reversa legal em termos penais.

2.2 ADC 43,44 E 54 – Constitucionalidade da Prisão em Segunda Instância

Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), para questionar a conformidade constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Diferente da ADO mencionada anteriormente, na ADC em questão o nobre Ministro Gilmar Mendes tomou um posicionamento legalista, tendo como base de sua argumentação o art. 5, LVII da Constituição Federal, onde ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, a interpretação da norma constitucional, para o Min. Gilmar Mendes, é clara e coesa, o indivíduo não pode ser preso enquanto não ocorrer o trânsito em julgado de um processo criminal.

Ora, o Ministro Gilmar, em 2016, deixou claro que interpretou à época que a prisão em segunda instância fosse efetivada, mesmo que não tenha ocorrido o trânsito em julgado, com o simples argumento de que naquela ocasião existia uma grande ineficiência, utilizando como exemplos o Pimenta Neves que para ser preso teve que esperar o trânsito em julgado do processo que perdurou por 11 anos, e o segundo exemplo o ex senador Luiz Estevão, que seu último recurso foi às vésperas da prescrição, durando 23 anos, diante dessa ineficácia do processo penal o motivou a interpretar a norma de forma diferente do que é prevista na Constituição e no Processo Penal.

Observa-se que deixou bastante evidente que em 2016 votou em favor da prisão na segunda instância pelo fato da falta de eficácia do processo penal, fazendo uma interpretação ampliadora da norma. Por isso a sua argumentação no que tange a evolução jurisprudencial, onde não se pode engessar um precedente sob pena de estar causando grandes complicações a minoria, já que o aspecto social vive em constante mutação, sendo, portanto, necessário que as interpretações sejam feitas de acordo com a evolução da sociedade.

Argumentou que após ser aceito as prisões em segunda instância, após a primeira discussão em 2016, os tribunais entenderam que não se tornava uma possibilidade de efetuar as prisões, mas uma forma imperativa onde o réu condenado em segunda instância já iniciaria o cumprimento da pena antes do Recurso Especial e Recurso Extraordinário, o que ocasionou em uma afronta a legislação, visto que o entendimento, segundo o Min. Gilmar Mendes, era que as prisões provisórias poderiam ser utilizadas na segunda instância, bastando que atendesse aos requisitos previsto em lei.

Observa-se que o Ministro Gilmar Mendes, ao mencionar a *Lege Ferenda*, entende que essa possibilidade deve ser feita pelo legislador brasileiro, e não pelo judiciário, que deve ser interpretado a legislação e os limites fixados por ela. Sendo vedado a alteração dos textos constitucionais e legal, que são expressão ao determinar que se aguarde o trânsito em julgado.

Com isso, percebemos que o ilustre Ministro tem mudado seu posicionamento, julgando conforme sua convicção, trazendo consigo um ar de imparcialidade, arbitrariedade, discricionariedade, o que não traz uma sensação de segurança jurídica nos casos que serão julgados.

Diante disso, o Ministro Marco Aurélio externou sua perplexidade de possíveis ampliações de interpretação onde o texto da Constituição Federal é claro. Segue o trecho do voto do ministro:

“O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, observada a situação veiculada: pretende-se a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da Constituição Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável.” (AURÉLIO, 2019)

O Ministro Marco Aurélio cita o art. 5, LVII, no qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Segue um trecho do voto do Ministro:

“Atentem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.” (AURÉLIO, 2019)

Defende ainda que só é possível falarmos em prisão preventiva caso esteja em conformidade com o art. 312 do Código de Processo Penal, no qual só poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Nos dizeres do Ministro Marco Aurélio:

“O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória.” (AURÉLIO, 2019)

Com isso, podemos perceber que o Ministro Marco Aurélio foi absolutamente legalista, aplicando fielmente o regime legal, respeitando minuciosamente a lei.

3 Crise institucional consubstanciada pelo ativismo judicial e pela atuação solipsista dos magistrados

Como oportunamente dito, o ativismo judicial vem causando grandes discussões mundo a fora, no qual a sustentação do ativismo é sintetizada em utilitarismo moral, baseada na vontade de quem o exerce, que traz à tona a possibilidade de se tornar um poder ameaçador para o regime democrático. Com isso, deve-se ser afastado essa discricionariedade dos magistrados para proferir decisões de forma arbitrária, sendo de suma importância, apenas, validá-las, visto a conduta parcial do magistrado caracterizar o ativismo judicial. (STRECK, 2017, p257)

Com isso, é importante citar os solipsistas, eles são seres egoístas, no qual vão na contramão do que é para ser feito no dia a dia. Onde a razão é somente desses sujeitos, sendo totalmente arbitrário. (STRECK, 2017)

Dessa forma, é como se posiciona no que abarca os seres divinos chamados solipsistas, no qual somente eles têm o poder da razão, de aplicar a norma conforme o seu entendimento moral, subjetivo sobre o caso, sendo colocado da seguinte forma:

“Mas ele é juiz, conhece as leis”. Evidente que sim. Mas reconhecer as leis é outra coisa, e decidir, com caráter de autoridade, acima do que a lei impõe, não é uma forma de mostrar poder? E qual fetiche é maior que esse? O juiz solipsista sabe que a integridade do Direito o constrange; mas como “viciado em si mesmo”, ignora o constrangimento epistemológico em favor da discricionariedade. Opta por uma verdadeira Verleugnung (usualmente traduzida como negação ou rejeição) jurídica. Je sais bien, mais quand même — ou “eu sei, mas mesmo assim...”. O juiz sabe que a lei existe... mas mesmo assim... A saída perversa para se defender da angústia da castração é a válvula de escape do sujeito solipsista em face do constrangimento que a linguagem pública lhe impõe.” (STRECK, 2017)

De todo modo, não se pode um juiz ser um sujeito solipsista, que é o que vem acontecendo diariamente com as decisões da Suprema Corte. Ora, já é notório que os magistrados tornam público o porquê tomou aquela decisão, ou seja, baseado em subjetividade. O que teoriza o poder da discricionariedade dos juízes. (STRECK, 2013)

Dessa forma, se posiciona a doutrina, *in verbis*:

Isso, aliás, tornou-se lugar comum no âmbito do imaginário dos juristas. Com efeito, essa problemática aparece explícita ou implicitamente. Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou

julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos nos Tribunais) deixam “claro” que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do poder discricionário dos juízes. (STRECK, 2013)

O ativismo, que vem tomando grandes proporções que culminarão em uma grande crise institucional, vem acontecendo justamente por conta desses sujeitos solipsistas, tornando em algo que trará muitos problemas, porque a interpretação e aplicação da norma com a evolução da democracia, incidirá no entendimento individual da Suprema Corte.

Ademais, em contrapartida, muitos magistrados que tomam essa deplorável atitude, fazem com base na Teoria Pura do Direito de Kelsen, em seu oitavo capítulo, que deixa claro que o ato de julgar é um ato de vontade. Onde aplica-se as normas baseando-se em interpretações equivocadas das obras de Dworkin e Gadamer. (STRECK, 2013)

Um grande exemplo foi o que ocorreu no Brasil, quando um Ministro do Superior Tribunal de Justiça se posicionou em seu voto da seguinte forma:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém”. (STRECK, 2013)

Essa conduta tomada por este Ministro só aclarou o que vem sendo dito, no qual se colocou acima das leis, passando por cima do que é elaborado pelo parlamento (eleito pelo povo) causando uma grande e grave situação de insegurança jurídica. Pois, a cada voto proferido pelo mesmo tema, poderá ter profundas interpretações. Ora, em um processo criminal um Magistrado poderá justificar o solipsismo judicial, sendo que durante a fase processual irá determinar a produção

de provas, determinar a pena aplicável naquele caso, ou seja a forma de avaliar é totalmente subjetiva, o que torna o Juiz, em regra, um ser solipsista, visto não haver nenhuma subordinação a não ser a sua razão. (STRECK, 2013)

Ademais, conforme demonstrado acima, verifica-se que são evidenciadas as contradições feitas pelos Ministros da Suprema Corte, onde é notório que estão se tornando solipsistas ao se pronunciarem sobre determinada ação que tenha repercussão geral. Pois, trata-se de aplicação da norma e interpretação conforme sua subjetividade, que traz uma sensação de insegurança jurídica.

Diante disso, frisa-se que não há objetividade além de uma opinião prévia a ser ratificada, onde seus votos, decisões e pronunciamentos não se trata de uma interpretação objetiva do dispositivo, mas sim de forma subjetiva, no qual os magistrados tem como finalidade a legitimidade de seu pronunciamento subjetivista, onde a razão do magistrado é superior a qualquer outra interpretação dada a norma, algo que é privativo do Legislador analisar, interpretar a situação da sociedade e, por fim, criar a norma. (STRECK, 2015)

Dito isso, o doutrinador Streck vem se posicionar sobre essas interpretações epistemológicas e subjetivista:

“A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito(que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação”. (STRECK, 2015).

Com isso, conforme acima demonstrado nos casos paradigmáticos, ficou evidenciado que o Ministro Gilmar Mendes, na ADO – 26 que criminaliza a homofobia, foi bastante solipsista, visto que argumentou pela criminalização da homofobia, equiparando-a em racismo, arguindo a omissão pública trazendo ao âmbito jurídico um novo “crime” e a fim de que o Supremo Tribunal Federal, nos casos em que o Poder Legislativo for omissivo, possa colmatar normas que são deliberadamente importantes para a segurança da sociedade. Enquanto que no julgamento da ADC 43, 44 e 54, que tratou da constitucionalidade da prisão em segunda instância, o citado ministro, acabou por contradizer-se a considera a inconstitucionalidade das prisões efetuadas em segunda instância, alegando que a norma constitucional e o dispositivo do código processo penal é bastante claro, não devendo a pessoa ser condenada e ter sua liberdade restrita antes do trânsito em

julgado da ação penal condenatória, ficando cristalino o posicionamento positivista do Ministro Gilmar Mendes

Doutra banda, percebemos que o Ministro Marco Aurélio, em ambos os casos, foi estritamente positivista, legalista. Sendo claro a sua posição sobre a omissão do poder público, mas se posicionando de forma clara o seu posicionamento sobre a Suprema Corte legislar no caso em que o Poder Legislativo for desazado. E, no que se trata do voto no caso da prisão em segunda instância, também, corroborando a tese do Gilmar Mendes, em que a norma constitucional e o dispositivo processual penal foi bastante inteligível em seu texto, que “ninguém poderá ser considerado culpado se a ação penal condenatória não transitar em julgado”.

Portanto, fica abalizado que o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento perante a Suprema Corte, que tratou da criminalização da homofobia equiparando-a ao racismo foi uma posição solipsista baseada em subjetivismo de sua razão, trazendo insegurança jurídica nas futuras decisões proferidas pelo citado ministro, visto tratar-se de decisão baseada em cunho político, implementando uma interpretação extensiva ao “criar um novo tipo penal incriminador”. Contudo, na decisão que tratou da prisão em segunda instância, é nítida sua decisão positivista que as prisões efetuadas após a decisão em segunda instância são atos inconstitucionais, visto que a Constituição Federal e o Código Processo Penal deixam inteligível que não se deve culpar alguém sem que antes ocorra o trânsito em julgado do processo. Em contrapartida, o Ministro Marco Aurélio, em ambos os casos paradigmáticos, foi positivista, não se posicionou de forma solipsista, pelo contrário, evidenciou que não cabe a Suprema Corte dar uma maior amplitude à aplicação de um dispositivo Constitucional alegando sempre que puder a omissão do Poder Público.

4 Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que é aclarador que a posição do Poder Judiciário, com ênfase a nossa Suprema Corte vem causando a sensação de Insegurança Jurídica e que a continuidade de pronunciamento ampliativo, colmatando lacunas alegando omissão do Poder Público, interpretando normas conforme subjetivismo, aplicando-as de forma imprudente, acabará que causando uma ruptura Institucional. Onde levará ao colapso do Judiciário, Legislativo e Executivo, por ficar evidente que os demais poderes nada poderão fazer que Judiciário interferirá e trará nova aplicabilidade daquele dispositivo. Sendo necessário a abolição do Ativismo Judicial no pensamento dos magistrados, a fim de evitar os problemas supramencionado e manter a harmonia e independência entre os poderes e salvar a democracia.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. 15.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**: Anuário ibero-americano de justiça constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **VADE MECUM JusPodivm**: 2019. Salvador: JusPodivm. 6º ed. 2019.

_____. Lei nº 7.716, 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acessado em: 05 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade 43/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. 17 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-marco-aurelio.pdf>. Acessado em: 03 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade 43/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes1.pdf>. Acessado em: 01 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-voto-homofobia.pdf>. Acesso em 03 maio 2020

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis: As formas de governo, a Federação, a divisão dos Poderes**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo. Editora Martin Claret, 2010

MÜLLER, Friedrich, Souza Neto, et al. **Teorias da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 11.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros Editores, 30ª Ed, 2009, p. 110.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 257.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** Limites da atuação do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Valle, Vanice Regina Lírio. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p.19.

NOTAS:

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. E- mail: adriano.almendra@hotmail.com

[2] Orientador. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito Pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul– PUCRS. E-mail: adriano.unifsa@gmail.com

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina – PI, 14 de junho de 2019

ADOÇÃO INTERNACIONAL

VICTOR HUGO FARIA RIBEIRO:

Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil,
Campus Fernandópolis

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado a Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Prof. Dr. Rodrigo Soncini de Oliveira Guena e Prof. Me. Érica Cristina Molina dos Santos.

RESUMO: A adoção internacional é uma espécie de adoção pelo qual uma pessoa individual, um parceiro doméstico, ou legalmente casado, hetero ou homossexual, de acordo com a legislação de diferentes países, os pais se tornam legal e mães permanentes de uma criança ou Garota nascida em outro país. Os candidatos a adoção internacional devem atender a uma série de requisitos legais para realizar a adoção, tanto no país de residência quanto no país de origem da criança. As leis de vários países variam em sua disposição de permitir adoções internacionais. Como provavelmente pode-se imaginar, o processo de adoção internacional é complexo e envolve várias partes, leis e procedimentos. Ao adotar uma criança dentro do seu Estado ou de outro País, o processo é regido pelas leis e regulamentos correspondentes, os regulamentos e padrões para adoção variam bastante de um país para outro. Os requisitos necessários para iniciar o processo de adoção internacional podem variar dependendo do país dos pais adotivos. Normalmente, em quase todos os casos, será necessária uma avaliação dos futuros pais para provar sua adequação para adoção. Esse processo avalia aspectos psicossociais, familiares, ambientais e de contexto nos quais a criança adotada será inserida e, é claro, de suficiência econômica. O país de origem das crianças geralmente deseja garantir que seus filhos tenham garantias de desenvolvimento em um ambiente apropriado. Existem agências estatais ou privadas especializadas que lidam com todo o processo.

Palavras-chave: adoção, crianças e jovens, internacional, legislações específicas.

ABSTRACT: International adoption is a kind of adoption by which an individual person, a domestic partner, or legally married, hetero or homosexual, according to the legislation of different countries, parents become / legal and permanent mothers of a child or Girl born in another country. Applicants for international adoption must meet a number of legal requirements to carry out the adoption, both in the country of residence and in the child's home country. The laws of several countries vary in their willingness to allow international adoptions. As you can probably imagine, the

international adoption process is complex and involves several parts, laws and procedures. When adopting a child within your state or another country, the process is governed by the corresponding laws and regulations, the regulations and standards for adoption vary widely from country to country. The requirements needed to start the international adoption process may vary depending on the country of the adoptive parents. Usually, in almost all cases, an assessment of prospective parents will be required to prove their suitability for adoption. This process assesses psychosocial, family, environmental and contextual aspects in which the adopted child will be inserted and, of course, of economic sufficiency. The children's home country generally wants to ensure that their children have guarantees of development in an appropriate environment. There are specialized state or private agencies that handle the entire process.

Keywords: adoption, children and youth, international, specific legislations.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOÇÕES GERAIS SOBRE ADOÇÃO. 2.1. Natureza Jurídica. 2.2. Evolução Histórica. 3. A ADOÇÃO NA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E DAS LEIS 3.133/57 E 4.655/65. 3.1. O Código de Menores. 4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 5. O CÓDIGO CIVIL DE 2002. 6. A ADOÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL. 6.1. Fatores da Adoção internacional. 6.2. Quais crianças podem ser adotadas? 6.3. Quem pode adotar? 6.4. Entendendo a Convenção de Haia. 6.5. Para adoção de convenções que não sejam de Haia. 7. REGRAS LEGAIS DE ADOÇÃO NO BRASIL. 8. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

As crianças se beneficiam do crescimento em um lar amoroso e a adoção internacional tornou isso possível para centenas de milhares de crianças em todo o mundo. A adoção internacional deve ser uma opção para crianças que precisam de um lar permanente, quando é do melhor interesse da criança, e as soluções domésticas foram levadas em consideração. Quando as crianças não podem permanecer com seus parentes e os novos pais em suas comunidades não podem ser encontrados, a adoção internacional abre outro caminho para as crianças receberem o cuidado, a segurança e o amor que uma família permanente pode proporcionar (CALVENTO, 2016).

Cada país tem seus próprios requisitos para a adoção, desde a década de 1960, houve um aumento constante no número de adoções internacionais. Paralelamente a essa tendência, os esforços internacionais foram aumentados e aprofundados para garantir que todas as adoções sejam lícitas, transparentes e não

envolvam a exploração de crianças e famílias envolvidas nelas, mas que as beneficiem (SIQUEIRA, 2016).

Em alguns casos, no entanto, não foram feitas adoções, priorizando os melhores interesses das crianças, uma vez que os requisitos impostos e os procedimentos utilizados não eram suficientes para evitar práticas desonestas. A persistência de fraquezas sistêmicas resultou no sequestro e tráfico de menores, coerção e manipulação de seus pais biológicos, falsificação de documentos e suborno (SIQUEIRA, 2016).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, que orienta o trabalho do UNICEF, estipula claramente que todas as crianças têm o direito de crescer em um ambiente familiar e, tanto quanto possível, conhecer suas famílias e ser criadas por elas. Por esse motivo, além da importância e valor da família na vida das crianças, as famílias que precisam de ajuda para criar seus filhos têm o direito de recebê-la. Somente quando, apesar de ter acesso, é de ajuda, a família não pode ou não quer criar o filho, deve-se buscar soluções adequadas e com base na integração da criança em uma família estável, para que possa crescer uma área onde você recebe amor, atenção e apoio (MUGIATTI SOBRINHO, 2018).

As adoções internacionais constituem uma das várias opções para cuidados estáveis. Quando se trata de uma criança que não pode ser criada em um ambiente familiar em seu país de origem, a adoção internacional pode ser a melhor solução permanente. As adoções internacionais são apoiadas quando elas são realizadas de acordo com as regras e princípios da Convenção de Haia para a Proteção da Criança e a Cooperação para Adoção Internacional em 1993, que foi ratificada por mais de 80 países (COBALCHINI, 2017).

Este acordo representa um avanço importante para as crianças, suas famílias biológicas e suas possíveis famílias adotivas estrangeiras. Estabelece as obrigações das autoridades dos países de origem infantil, bem como as dos países que as recebem para adoção. O acordo visa garantir que os processos de adoção sejam adequados e honestos (COBALCHINI, 2017).

Menção especial merece o caso de crianças separadas de suas famílias ou comunidades durante guerras e desastres naturais. Deve-se dar prioridade absoluta à localização de suas famílias e considerar somente a adoção internacional de uma criança quando todos os esforços para localizar sua família forem estéreis e não houver soluções estáveis no país de origem da criança (SIQUEIRA, 2016).

Esses princípios fundamentais são apoiados pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, pelo Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas, pela

Conferência de Haia de Direito Internacional Privado e por várias Organização Não Governamentais (ONGs) internacionais, como *Save the Children International Alliance* e o Serviço Social Internacional (SIQUEIRA, 2016).

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE ADOÇÃO

Preliminarmente pode-se dizer que a adoção se traduz em um ato de amor e compaixão pelo próximo. A família é uma grande conquista para o adotado, é um presente valioso. As crianças e adolescentes que por um motivo um dia foram abandonadas necessitam de um liame familiar, onde se faz essencial que estes tenham o mínimo de qualidade de vida e dignidade, para que os costumes e valores possam servir de referências para a inserção e o convívio em sociedade (MARMITT, 2015).

A palavra adoção possui um conceito muito amplo e por esse motivo, para que se possa chegar ao seu significado, é necessário que se faça uma análise etimológica, isto é, a origem de tal palavra. O termo provém do latim *adoptio*, traduzindo-se como, tomar alguém como filho. Referindo-se a adoção, o Dicionário da Língua Portuguesa nos traz o seguinte significado, "Processo ou ação judicial que se define pela aceitação espontânea de alguém como filho(a), respeitando as condições jurídicas necessárias." (GATELLI, 2015).

De acordo com Diniz (2016) apud Carvalho (2015. p. 1):

Um ato jurídico solene e bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas naturalmente estranhas umas às outras. Estabelece um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1o grau na linha reta, estendendo-se para toda a família do adotante. É um ato complexo que depende de intervenção judicial, de caráter irrevogável e personalíssimo.

No texto legal, pode-se encontrar o conceito de adoção exposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 41, assim como segue, "a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais." Verifica-se então que, sobretudo, a adoção é o ato pelo qual por meio de um processo conduzido por legislação específica, dá-se ao adotado o direito de possuir uma família, no qual, estabelece entre as partes, independente de relação parental, um vínculo afetivo fictício de paternidade e filiação (POMPEU, 2019).

2.1. Natureza Jurídica

Na sistemática do Código Civil de 1916 a adoção possuía caráter contratual, o que a tornava um procedimento bilateral e solene, gerando efeitos apenas as partes que manifestaram sua vontade no contrato, porém, advindo a Constituição Federal de 1988, tal procedimento passou a ser considerado como um ato complexo, demandado por sentença judicial, deixando explícito que a matéria passava a ser de interesse público, havendo, contudo uma controvérsia no que concerne a sua natureza jurídica (BRASIL, 2002).

Atualmente, quando se fala em natureza jurídica da adoção é possível notar a atuação do Estado, visto que o Instituto da Ordem Pública é quem rege tal procedimento, e por esse motivo há a obrigatoriedade da manifestação do poder estatal para que se reconheça a causa pleiteada, agindo em concordância com o que a lei apresenta.

Nesse sentido, a pesquisadora Katia Maciel (2018, p.28), também acredita que há uma complexidade ao se falar na natureza jurídica da adoção, segundo ela, para que se formalize todo o procedimento é necessário que se passe por dois momentos:

O primeiro, de natureza negocial, onde haverá a manifestação das partes interessadas, afirmando quererem a adoção; um segundo momento, onde haverá a intervenção do Estado, que verificará da conveniência ou não, da adoção. O primeiro momento se dá na fase postulatória da adoção, enquanto que o segundo se dará ao fim da fase instrutória do processo judicial, com a prolação da sentença.

Nesse caso, a autora entende que o caráter complexo existe pelo motivo de haver em um primeiro momento a manifestação de vontade entre as partes, porém, posteriormente, há também a manifestação e intervenção do Estado, com o intuito de expor o que melhor entende em relação à ação demandada.

Hoje, para que se conduza as causas onde a criança ou adolescente é parte tem-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, todavia, em se tratando de adoção, tal regimento atua exigindo inúmeras declarações de vontade, provenientes dos pais biológicos, dos que pretendem realizar tal legitimação e essencialmente a vontade da criança ou adolescente de que se trata. Tendo a lei estabelecido que somente o Poder Judiciário, por meio de uma sentença judicial terá autoridade para decretar sua manifestação em relação ao feito, podemos estabelecer o pensamento de que a adoção, logo, não contém natureza jurídica contratual, mesmo sendo comportamentos decididos por meio de partes diversas uma da outra. Deste modo,

os efeitos da adoção se darão somente posterior ao trânsito em julgado da sentença firmada (BRASIL, 1990).

2.2. Evolução Histórica

Há quem diga que a adoção é um instituto existente a muitos anos, visto que sempre existiu filhos indesejáveis, ou que os pais por algum motivo não podiam assumir, é exatamente a partir dessa problemática que surge a necessidade de suceder-se a uma adoção (BRASIL, 2019).

Na antiguidade muitos povos traziam crianças para suas famílias os considerando como filhos naturais, tornando assim, a prática de tal instituto muito presente e comum. Um grande exemplo deste fato é abordado nas escrituras sagradas, onde há relatos de adoção, como as de Ester por Mardoqueu e de Efraim e Manes por Jacó (BRASIL, 2016).

Naquela época era feito apenas assentamentos, visto que os hebreus e egípcios não regulamentavam a ocorrência do fato, como no caso de Moisés, que foi adotado pela filha do faraó, resultado do abandono por sua mãe biológica. O Código de Hamurabi (1728- 1686 a.C.) é um modelo significativo de legislação que tratava a respeito do instituto da adoção, tais leis eram disciplinadas, sistematicamente, em oito artigos, onde quem não agisse de acordo com o que era pregado poderia sofrer terríveis sanções (BRASIL, 2016).

Outro exemplo, foi o chamado Código de Manu, que também trazia em seu escopo normas regulamentadoras, no qual estabelecia na Lei IX, 10 que: "Aquele a quem a natureza não deu filho, pode adotar um para que as cerimônias fúnebres não cessem". Neste caso, o adotante recebia um certificado, a filiação biológica era esquecida, e garantia-se assim, ao adotado o sobrenome da nova família (BRASIL, 2016).

Na maior parte dos países ocidentais, até o ano de 1851, as crianças trocavam de lar através de um sistema de lares adotivos, utilizado ainda por muitas nações modernas. Ocorria que as crianças e adolescentes, entre 7 e 21 anos podiam, de maneira temporária e informal, serem encaminhadas a outros lares, porém, mantinham-se legalmente interligados as famílias originais (BRASIL, 2016).

As crianças, de modo geral, executavam algumas tarefas em troca de abrigo e também no intuito de adquirir estudos, dentre as ocupações exercidas estão, trabalhadores domésticos, governantas, pajens, mensageiros, damas de companhia e assim por diante. Os filhos podiam ser deixados em orfanatos quando a família biológica passava por dificuldades, visto que, dessa maneira a chance de ter uma boa alimentação, estudos e os cuidados necessários seria maior, pelo menos até a

garantia da estabilidade econômica familiar novamente. Essa realidade perdurou por muito tempo, muitas crianças, filhas de mães solteiras, só passavam os finais de semana em casa, vivendo a maior parte do tempo em abrigos (BRASIL, 2016).

Em Roma, concluindo e efetivando a adoção, o pater famílias instruía ao adotado o ritual doméstico de sua nova família e dessa forma, o mesmo deveria deixar tudo que havia absorvido do ritual de sua família anterior, colocando um fim no elo afetivo e parentesco existente (ALMEIDA, 2017).

Havia uma maneira ao qual o filho adotivo poderia retornar a sua antiga família, o mesmo deveria deixar aos que o adotaram um outro em seu lugar, havendo assim, todo o rompimento da afinidade parental existente. No passar do tempo, a adoção não se estabilizou, passando, no entanto, por variadas alterações, e a necessidade de sua realização também foi crescendo. Com isso, em diversos lugares e regiões crianças abandonadas passou a ser procuradas por pessoas a fim de realizar tal procedimento, o que acabou tonando-se algo de grande valia para ambas as partes envolvidas (VERONESE, 2017).

3. A ADOÇÃO NA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E DAS LEIS 3.133/57 E 4.655/65

No Brasil, com o advento do Código Civil de 1916 a adoção começou a obter algumas regras formais a seu respeito, neste regimento a maior parte da doutrina civilista do século XIX sustentava que a adoção passou a ter uma natureza jurídica contratual, realizado por meio de escritura pública, posto que o liame familiar era limitado apenas entre o adotante e o adotado, não expandindo, contudo, esse laço afetivo entre os outros familiares (ALMEIDA, 2017).

O texto legal regularizava o instituto em seus artigos 368 a 378, trazendo em seu escopo algumas restrições, no qual, era autorizado a adoção apenas aos maiores de cinquenta anos de idade, uma vez que estes fossem dezoito anos mais velhos que o adotado, não possuindo, ainda, prole legítima ou legitimada, trazendo como consequência muitas dificuldades para as pessoas que mantinham o designo de adotar (GRANATO, 2019).

Com a instituição desse pressuposto de que o adotante não poderia ter mais filhos para adotar, se faz importante notar que nessa época a adoção continha uma certa primazia em relação a possibilitar uma oportunidade a quem não pode ou não quis ter filhos legítimos anteriormente da prática adotiva, mantendo o caráter já existente desde sua origem (GONÇALVES, 2016).

No percurso do tempo o Código Civil de 1916 veio sofrendo algumas modificações no que tange ao seu ordenamento. Em maio de 1957 houve a

promulgação da Lei n. 3.133/57, com a finalidade de revolucionar esse regime e com isso fazer com que sua aplicabilidade fosse maior (BRASIL, 1957).

A idade determinada ao adotante anteriormente diminuiu de cinquenta para trinta anos e a exigida pelo adotado também reduziu de dezoito para dezesseis anos. Além disso, a limitação de o casal não possuir outros filhos também passou a não existir mais, sendo necessário apenas tornar evidente o intuito de estabelecer um laço conjugal por um tempo mínimo de cinco anos (ALMEIDA, 2017).

Conforme a expressão dada pela Lei 3.133/57, apenas o pátrio poder era transferido por meio da adoção, todavia, não eram extintos os outros direitos e deveres relacionados a família natural, e relacionado à sucessão, os direitos do filho adotivo restringiam-se apenas à metade da quota estabelecida aos filhos biológicos. Além disso, o texto legal apresentava a possibilidade de revogação desse instituto, dissolvendo todo o vínculo criado por meio deste (BRASIL, 1957).

Posteriormente a Lei 3.133/57, em junho de 1965 nasce uma nova norma, entra em vigor a Lei 4.655, trazendo, com isso, modificações importantes em relação ao instituto da adoção, criou-se a chamada Legitimação Adotiva, onde, houve a possibilidade da substituição do primeiro registro de nascimento do adotado por outro com os atuais dados, o que de certa forma seria mais benéfico a parte (GRANATO, 2019).

3.1. O Código de Menores

Em 10 de outubro de 1979, cria-se a Lei 6.697, o Código de Menores, que trazia em seu escopo dois tipos de adoção, sendo estas, a simples e a plena. A adoção simples aplicava-se apenas aos menores de dezoito anos de idade e era realizada através de escritura pública, em conformidade com o Código Civil. Por outro lado, a adoção plena dava-se por meio de processo judicial, sendo válida àqueles menores de sete anos, possuindo, portanto, um caráter assistencial (ALMEIDA, 2017).

Pode-se observar que nesse contexto a legitimação adotiva era substituída pela adoção plena, pois, esta fazia com que fosse cancelado o registro civil original, concedendo ao adotado o retraimento total de sua família biológica, conferindo ao menor o papel de filho na nova família. Essa nova modalidade perdurou e permaneceu no Estatuto da Criança e do Adolescente, chamada unicamente por adoção, na medida que a simples fora extinta, havendo, ainda a adoção por maiores de 18 anos, regida pelo Código Civil (NADER, 2016).

Foi com a vinda do Código de Menores que, o legislador preocupou-se em resguardar primeiramente ao que interessava as crianças e os adolescentes de uma maneira antecipada aos interesses dos adotantes, sendo aplicado nesses casos o que

rege o Princípio da Proteção Integral, assim como apresenta o mencionado Código de Menores em seu artigo 5º: “Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado” (GRANATO, 2019).

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com a chegada da Constituição Federal de 1988 houve diversas redefinições no que diz respeito ao Direito de Família, englobando também a adoção, tal Constituição mostrou ser um grande marco em relação a garantia dos direitos fundamentais e também no resguardo da dignidade da pessoa humana. O grande renovo da norma constitucional de 1988 foi estabelecido em vista do que se trata o §6º do artigo 227, mencionando que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 1988).

Foi a partir das ideologias trazidas pela Constituição que se criou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que trouxe, ainda, mais modificações à sistematização da adoção, tendo sempre por finalidade a maior tutela e abrangência aos direitos e interesses da criança e do adolescente. Foi mediante esse Estatuto que passou a vigorar a adoção pelo ECA, feita por vias judiciais envolvendo apenas os menores de idade e a regida através do Código Civil de 1916, realizada aos maiores de 18 anos e através de escritura pública (BRASIL, 1990).

5. O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 surgiu e extinguiu a adoção realizada via escritura pública, passando a existir somente a adoção judicial, o que fez com que o regime jurídico que tutela esse instituto tornasse único. Os artigos de 1618 a 1629 são os que tratam sobre adoção no capítulo deste Código, entretanto, a Lei 12.010/09, chamada de Lei Nacional da Adoção, revogou do artigo 1620 ao 1629. Hoje em dia, o Código Civil somente apresenta que a adoção de crianças e adolescentes será dada conforme o que se tem no ECA e que em se tratando de maiores de 18 anos far-se-á mediante intervenção do poder público e, conseqüentemente, de sentença constitutiva (BRASIL, 2002).

Com a nova lei vigorando, uma importante modificação foi a de manter o elo entre os irmãos, como reza abaixo:

Art.28. [...] §4º Os grupos de irmão serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que

justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. [...] (BRASIL, 1990).

Um outro ponto que pode-se mencionar como alvo de mudança foi a possibilidade de independente da pessoa, sendo maior de 18 anos, mesmo que solteira, poderia se submeter ao processo de adoção, sendo que, a única imposição legal era a de existir no mínimo 16 anos de diferença na idade do adotante e adotado. O conceito de família passou a ser visto de maneira mais ampla, de maneira que os menores poderiam continuar em sua família biológica, onde não sendo possível continuariam com parentes mais próximos, como tios e avós, podendo estes, darem os mínimos cuidados e carinho que por algum motivo os pais não puderam dar (POMPEU, 2019).

Em suma, outro caso que merece ser destacado é o direito dado pela lei ao filho adotivo de conhecer e ter acesso ao processo de adoção ao qual é parte posteriormente de ter atingido a maioridade, portanto sendo menor de 18 anos ainda é orientado que se tenha uma instrução jurídica e psicológica para que se tenha acesso a tais dados.

A partir de toda essa evolução pode-se dizer que a professora Maria Berenice Dias se manifestou com clareza a respeito do assunto:

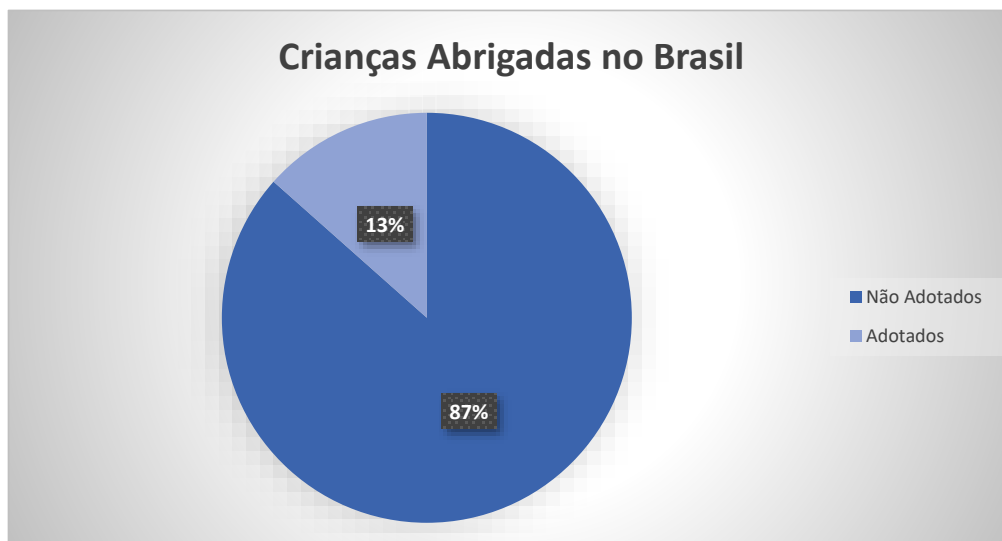
[...] A Lei n. 4.655/65 admitiu a chamada legitimação adotiva. Dependia de decisão judicial, era irrevogável e fazia cessar o vínculo de parentesco com a família natural. O Código de Menores (Lei n. 6.697/79), posteriormente revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, mas manteve o mesmo espírito. O vínculo de parentesco foi estendido à família dos adotantes, de modo que o nome dos avós passou a constar no registro de nascimento do adotado, independentemente de consentimento expresso dos ascendentes. A Constituição Federal (227 § 6º), ao consagrar o princípio da proteção integral, deferindo idênticos direitos e qualificações aos filhos e proibindo quaisquer designações discriminatórias, eliminou qualquer distinção entre adoção e filiação. Buscando dar efetividade a este comando o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA passou a regular a adoção dos menores de 18 anos, assegurando-lhes todos os direitos, inclusive sucessórios. Permaneceu o Código Civil de 1916 regulamentando a adoção dos maiores de idade. Podia ser

levada a efeito por escritura pública. O adotado só tinha direito à herança se o adotante não tivesse prole biológica. Advindo filhos depois da adoção, perceberia o adotado somente a metade do quinhão a que fazia jus a filiação "legítima". Esses dispositivos, entretanto, foram considerados inconstitucionais pela jurisprudência a partir da vigência da Constituição Federal. Quando do advento do Código Civil de 2002, grande polêmica instaurou-se em sede doutrinária. O Estatuto da Criança e do Adolescente regulava de forma exclusiva a adoção de crianças e adolescentes, mas a lei civil trazia dispositivos que faziam referência à adoção de menores de idade. Esta superposição foi corrigida pela chamada Lei Nacional da Adoção (Lei n. 12.010/09,2º) que, modo expreso, atribui ao Estatuto da Criança e do Adolescente a adoção de crianças e adolescentes, mas manda aplicar seus princípios à adoção dos maiores de idade (Código Civil, artigo 1.619). Dois tratados internacionais estão incorporados à legislação brasileira: a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, mais conhecida como Convenção de Haia, e a Convenção sobre os direitos da criança. (DIAS, 2015, p.481).

6. A ADOÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Segundo dados presentes no site O Globo, em 2017 o Brasil possuía 47 mil crianças abandonadas em abrigos, porém somente 7.300 destas havia possibilidade de serem adotadas (BERTOLUCCI, 2017).

Gráfico 1. Crianças abrigadas no Brasil.



Fonte: Bertolucci, 2017.

Em virtude da presente crescente nos números de crianças em abrigos no país nota-se claramente a necessidade de se expandir tal procedimento até que haja a possibilidade do envolvimento juntamente com outros países estrangeiros, tornando-se esta, uma grande solução.

Para Gatelli (2015, p. 36),

A adoção internacional passou a ter maior expressão com o desenvolvimento das nações, o que se deu de forma mais acentuada após a Segunda Guerra Mundial, momento em que a comunidade internacional passou a preocupar-se com a exclusão e o abandono social que, de certa forma, surgiram paralelamente ao desenvolvimento industrial.

Ainda que atualmente haja uma contraposição no que diz respeito a enquadrar uma criança e adolescente em outro país que não o de sua nacionalidade, a adoção internacional será regida pelo Poder Público, onde sua efetivação por estrangeiro serão realizados como determinado em lei, objetivando a total proteção do adotado (NADER, 2016).

Ao longo deste trabalho, pôde-se verificar que por muitos anos para que se concretizasse uma adoção internacional era celebrado um contrato, por meio de escritura pública. Tanto os pais adotivos como os biológicos iam até o Cartório de Registro para celebrar este ato, estando ambos em concordância com o feito, agindo de acordo com a vontade em transferir o pátrio poder (GRANATO, 2019).

Pereira (2013, p.52), através de um trabalho realizado abordou que relatos históricos mostram a origem da prática da adoção internacional no século XVII:

Ainda que de maneira embrionária, a gênese do instituto da adoção internacional, pode estar situado em 1627, período em que uma significativa quantidade de crianças inglesas foi transportada de navio para o sul dos Estados Unidos, com a finalidade de serem integradas a famílias de colonos. Tratava-se de meninos e meninas órfãos, alguns abandonados e outros que tinham a adoção autorizada por seus pais, para se tornarem aprendizes em famílias de artesãos.

Observa-se que nessa época não havia legislação internacional que tratasse sobre direitos envolvendo a criança e ao adolescente, sobretudo a respeito do envio para outro país. Somente com a Declaração de Genebra, em 1924, que tal circunstância veio a modificar-se, assegurando a necessidade de se empenhar à infância uma maior proteção. Posteriormente a essa norma foi surgindo demais legislações internacionais que tratavam do mesmo assunto (PEREIRA, 2013).

Findando-se a Segunda Guerra Mundial, a tutela pelos direitos humanos aumentou de maneira internacional, fazendo com que a prática de adoção de crianças por pessoas de outros países se tornasse frequente, visto que antes disso essa prática mantinha-se apenas limitada ao Direito interno. Em consequência de todos acontecimentos nesse conflito, inúmeras crianças órfãs e abandonadas que não tinham o amparo de suas famílias (MACIEL, 2018).

6.1. Fatores da Adoção internacional

A adoção internacional é uma maneira de proteger as crianças que não podem crescer em sua família ou têm a possibilidade de se integrar a outra família em seu país. Infelizmente estatísticas demonstram que na maioria dos países desenvolvidos, há uma diminuição progressiva no número de crianças que pode ser adotada devido, entre outros fatores, ao desenvolvimento do sistema de proteção à criança, à evolução favorável das condições socioeconômicas e a diminuição generalizada da taxa de natalidade. Esses mesmos fatores significam que, ao mesmo tempo, as solicitações de adoção aumentam e, conseqüentemente, os tempos de espera aumentam (POMPEU, 2019).

Ao mesmo tempo, outros países, por razões socioeconômicas, não podem garantir o bem-estar de grandes setores da população e têm um grande número de menores em posição a ser adotada. Para garantir que o processo de adoção internacional seja realizado respeitando os direitos das crianças e para impedir sua subtração, venda ou tráfico, em 1993 foi aprovada em Haia uma Convenção que regulava o sistema de cooperação internacional nessa área, que foi ratificado pela Espanha em 1º de agosto de 1995 (DOLINGER, 2017).

Na adoção de um menor de origem estrangeira, o país de origem da criança está envolvido; entre eles, há toda uma série de diferenças, desde os requisitos exigidos até os efeitos concedidos à adoção, passando pelo procedimento de constituição da adoção ou pelas autoridades envolvidas (FURTADO, 2016).

Quanto aos efeitos, há adoção total, que supõe uma ruptura total dos vínculos legais do menor com sua família biológica, e não total ou simples, o que significa que, apesar da criação de um novo elo de filiação entre os adotados e os pais

adotivos, não há ruptura total com os vínculos legais preexistentes entre a criança adotada e sua família de origem (DOLINGER, 2017).

Que o menor pertencente a um país diferente implica diferenças culturais, étnicas e de idioma que imprimem essas próprias adoções características e que podem dificultar a adaptação à unidade familiar que precisa acomodar a nova situação (FURTADO, 2016).

6.2. Quais crianças podem ser adotadas?

São as autoridades competentes de cada país, de acordo com seus próprios regulamentos, que determinam quais crianças provavelmente serão adotadas. Também são essas autoridades que atribuem um filho específico a uma família em particular que solicita adoção (COBALCHINI, 2017).

6.3. Quem pode adotar?

Duas leis estão envolvidas na adoção de um menor de origem estrangeira, o país de origem da criança e o das pessoas que ela adotará. Portanto, os requisitos exigidos por ambas as leis devem ser levados em consideração. De qualquer forma, no caso de cônjuges ou parceiros domésticos, a vontade de adotar deve ser compartilhada por ambos (POMPEU, 2019).

De acordo com Siqueira (2016), na maioria dos países, os possíveis candidatos devem atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

- Ter pelo menos 25 anos de idade; no caso de uma solicitação conjunta em pares, será suficiente para um deles ter essa idade. De qualquer forma, o adotante deve ter pelo menos 14 anos a mais que o adotado;
- Ter residência habitual na comunidade ou ser um emigrante com previsão de retorno; nesse caso, a residência efetiva na comunidade deve ser justificada no prazo máximo de um ano a partir da data de apresentação do pedido;
- Possuir capacidade legal e de trabalho completa;
- Ser declarado uma pessoa adequada para adoção após o procedimento de avaliação correspondente;

Para iniciar um processo de adoção internacional, um processo administrativo prévio deve ser processado perante a entidade pública para a proteção de menores. O processamento no país ao qual o pedido se destina pode ser feito de várias maneiras, dependendo do estabelecido pelo próprio país: o mais frequente é fazê-lo por “protocolo público” ou através de uma Entidade Colaboradora para Adoção

Internacional (ECAI) devidamente autorizada. Mais excepcional, já que nenhum país admite, é o processamento direto pelas partes interessadas (COSTA, 2016).

As entidades colaboradoras de adoção internacional (ECAI) são entidades sem fins lucrativos cuja função é mediar, ou seja, processar o arquivo de adoção de acordo com a legislação do país para o qual a solicitação é direcionada, uma vez emitido o certificado de adequação. Eles também têm uma função de informação, aconselhamento e apoio às famílias em face das condições e procedimentos de adoção no país em questão. Para mediar a adoção de um país em particular, o ECAIS deve ser autorizado pelo país em questão. Quando não há uma ECAI autorizada a processar adoções em um país específico, os solicitantes que desejarem podem solicitar a mediação de entidades autorizadas em outras comunidades autônomas (GONÇALVES, 2016).

As ECAIs podem receber compensação financeira dos candidatos para cobrir os custos de sua administração, incluindo honorários profissionais. Os custos dos serviços serão expostos publicamente nos escritórios das ECAI, previamente autorizadas pela Secretaria Geral de Família e Bem-Estar (COSTA, 2016).

6.4. Entendendo a Convenção de Haia

A Convenção de Haia sobre a proteção das crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional (Convenção) é um acordo internacional para salvaguardar a adoção internacional. Concluída em 29 de maio de 1993 em Haia, na Holanda, a Convenção estabelece padrões internacionais de práticas para adoções internacionais. Os Estados Unidos assinaram a Convenção em 1994, e a Convenção entrou em vigor para os Estados Unidos em 1º de abril de 2008 (LIBERATI, 2019).

A Convenção se aplica a todas as adoções feitas por cidadãos americanos residentes habitualmente nos Estados Unidos de crianças que residem habitualmente em qualquer país fora dos Estados Unidos que seja parte da Convenção (países da Convenção). A adoção de uma criança de um país da Convenção é semelhante em muitos aspectos à adoção de uma criança de um país que não é parte da Convenção. No entanto, existem algumas diferenças importantes. Em particular, aqueles que procuram adotar podem receber maiores proteções se adotarem de um país da Convenção (MUGIATTI SOBRINHO, 2018).

A Convenção dá prioridade máxima aos melhores interesses da criança e fornece um quadro de referência para a aplicação prática dos princípios da Convenção sobre os Direitos da Criança em relação às adoções internacionais. Isso inclui a obrigação de garantir que as adoções desta natureza sejam autorizadas pelas autoridades competentes, para obter consentimento prévio e informado de todas as partes interessadas, para garantir que as adoções internacionais sejam realizadas sob

elas, normas e proteções aplicadas nas adoções nacionais e que não envolvam retornos financeiros inadequados para quem deles participa (FURTADO, 2016).

O principal objetivo dessas disposições é a proteção dos filhos, embora eles também tenham outras consequências positivas, como salvaguardar os direitos dos pais biológicos e dar garantias aos possíveis pais adotivos de que o filho não foi objeto de manobras ilegais (LIBERATI, 2019).

Países da Convenção de Haia: Albânia; Andorra; Armênia; Austrália; Áustria; Azerbaijão; Bielorrússia; Bélgica; Belize; Benin; Bolívia; Brasil; Bulgária; Burkina Faso; Burundi; Camboja; Canadá; Cabo Verde; Chile; China (e Hong Kong); Colômbia; Costa do Marfim; Costa Rica; Croácia; Cuba; Chipre; República Checa; Dinamarca; República Dominicana; Equador; El Salvador; Estônia; Fiji Eswatini; Finlândia; França; Geórgia; Alemanha; Gana; Grécia; Guatemala; Guiné; Guiana; Haiti; Honduras; Hungria; Islândia; Índia; Irlanda; Israel; Itália; Cazaquistão; Quênia; Quirguistão; Letônia; Lesoto; Liechtenstein; Lituânia; Luxemburgo; Macedônia; Madagascar; Mali; Malta; Maurícia; México; Moldova; Mônaco; Mongólia; Montenegro; Namíbia; Países Baixos; Nova Zelândia; Noruega; Panamá; Paraguai; Peru; Filipinas; Polônia; Portugal; Romênia; Ruanda; San Marino; Senegal; Sérvia; Seychelles; Eslováquia; Eslovênia; África do Sul; Espanha; Sri Lanka; Suécia; Suíça; Tailândia; Peru; Reino Unido; Uruguai; Venezuela; Vietnã e Zâmbia.

6.5. Para adoção de convenções que não sejam de Haia

Se deseja adotar uma criança de um país que não é parte da Convenção de Adoção de Haia, pode optar por registrar o Formulário I-600A antes de identificar uma criança para adoção. Você também pode enviar o Formulário I-600 ao USCIS nos casos em que a criança é conhecida e estiver viajando para o país em que a criança está localizada. De qualquer forma, a criança deve permanecer no país estrangeiro em que está localizada até que o processamento seja concluído (COBALCHINI, 2017).

7. REGRAS LEGAIS DE ADOÇÃO NO BRASIL

Muitas famílias decidem adotar um bebê por causa da impossibilidade de conceber filhos ou simplesmente porque desejam contribuir para garantir o bem-estar das crianças mais desfavorecidas. Qualquer família sabe que os processos de adoção são longos e que cada país impõe suas regras legais de adoção (ALMEIDA, 2019).

No Brasil, o órgão a ser orientado para iniciar o processo de adoção é a Comissão Estadual de Adoção Judicial (CEJA), que também incentiva a adoção internacional de crianças brasileiras por famílias de qualquer parte do mundo. Os

requisitos legais para adotar uma criança no Brasil não diferem muito dos de outros países da América Latina, como a adoção no México ou na Colômbia, por exemplo (ALMEIDA, 2019).

Por outro lado, as leis brasileiras apresentam a particularidade de favorecer a adoção de crianças com deficiência, agilizando os procedimentos e facilitando todo o processo para a família adotante. Os primeiros passos para adotar um bebê no Brasil passam pela coleta de toda a documentação necessária, desde a certidão de nascimento dos candidatos, passando pelo credenciamento de sua situação econômica, até a comprovação de sua adequação emocional. Com esse procedimento, o que é obtido é o 'prêmio' e, nesse momento, o processo de adoção pode começar (SIQUEIRA, 2016).

8. CONCLUSÃO

A percepção de adoções internacionais está começando a mudar em alguns países, esses processos diminuíram significativamente nos últimos anos devido à crise, mas também devido a uma maior conscientização do que significa se tornar pais de um filho que vem de uma realidade e cultura muito diferentes. O processo de adoção internacional é regido principalmente por leis no país da criança e leis do país dos interessados, bem como outras leis aplicáveis. Para criar um filho de outro país, há alguns benefícios, como por exemplo a ajuda de um advogado de adoção internacional. É difícil saber quanto tempo levará para adotar uma criança através da adoção doméstica. Durante uma adoção internacional, no entanto, geralmente sabe quanto tempo levará para finalmente levar a criança para casa. Todo o processo de adoção internacional geralmente leva cerca de 18 meses para ser concluído. Tudo é baseado no país do qual está adotando e na idade e sexo da criança que está adotando.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J.F. **A adoção no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59369/a-adocao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em outubro de 2019.

BARROS, A.B.C.; AGUIRRE, J.R.B. **Elementos do Direito**. São Paulo: Premier Máxima, 2017.

BERTOLUCCI, R. **Brasil tem 47 mil crianças em abrigos, mas só 7.300 podem ser adotadas**. Disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-tem-47-mil-criancas-em-abrigos-mas-so-7300-podem-ser-adotadas-21384368>. Acesso em outubro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L3133.htm. Acesso em outubro de 2019.

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

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **História da adoção no mundo.** Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>. Acesso em outubro de 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em novembro de 2019.

BRASIL. **Realidade brasileira sobre adoção A diferença entre o perfil desejado pelos pais adotantes e as crianças disponíveis para serem adotadas.** Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>. Acesso em outubro de 2019.

CALVENTO, U.S. **Direito internacional sobre crianças.** Montevidéo: Instituto Interamericano del Niño. p. 8, 2016.

CARVALHO, D.M. **Direito de Família**, v. 16ª. Ed. Del Rey, 2015.

COBALCHINI, M.D. Adoção Internacional. **Monografia.** Trabalho de Conclusão de Curso. Curso de Direito. Centro Universitário Univates. Lajeado, junho de 2017.

COSTA, T. J.M. **Adoção Internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 15ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, M.H. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** v.15: Direito de Família. 26ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DOLINGER, J.A **criança no Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

FURTADO, J.B. Adoção internacional: normatização e procedimentos. **TCC (Curso de Graduação em Direito)** – Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2016

GATELLI, J.D. **Adoção internacional: de acordo com o novo Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2015.

GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro. Direito de família**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6.

GRANATO, E.F.R. **Adoção: doutrina e prática (com comentários à Nova Lei da Adoção – Lei 12.010/09)**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

LIBERATI, W.D. **Adoção Internacional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

MACIEL, K.R.F.L.A. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARMITT, A. **Adoção**. 16ª Rio de Janeiro: Aide, 2015.

MUGIATTI SOBRINHO, R. Adoção internacional: uma reflexão crítica. **Revista da Associação dos Magistrados do Estado do Paraná**, nº 49/529, Curitiba, 2018.

NADER, P. **Curso de direito civil. Direito de Família**. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

PEREIRA, E.L. Adoção internacional: realidades, conceitos e preconceitos. **Revista Emancipação**, Ponta Grossa, 13, nº Especial: 47-66, 2013.

POMPEU, I.M.R. **Uma análise sobre o instituto da adoção internacional no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49338/uma-analise-sobre-o-instituto-da-adocao-internacional-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em outubro de 2019.

SIQUEIRA, L. **Adoção no tempo e no espaço: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acesso em outubro de 2019.

VERONESE, J.R.P. **Filiação adotiva**. In: SILVEIRA, Rodrigo Cunha da. (Org). **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2017.

ENTENDIMENTO DO STF EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO: DECISÃO DE IMPRONÚNCIA DIANTE DA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA AUTORIA DO CRIME

FLÁVIO GOMES: graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

GUILHERME DA COSTA MESQUITA^[1]

(coautor)

Me. **JULIANO OLIVEIRA LEONEL**^[2]

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa visa demonstrar o uso desenfreado do brocardo *in dubio pro societate*, que, corriqueiramente, é invocado como forma de fundamentação de decisões contrária à Constituição, exemplo disso, para pronunciar o acusado. O presente estudo tem também como finalidade elucidar, através de entendimentos doutrinários, quais princípios devem ser sopesados em relação a outros, qual deve ser o parâmetro de leitura do magistrado para tal conclusão, mostrar quais critérios devem ser usados para submissão de um acusado ao Tribunal do Júri, a importância da obediência dos princípios alçados a patamar Constitucional e explicar a decisão acertada do STF diante do uso deste princípio que afronta diretamente a presunção de inocência. Bem como, demonstrar a necessidade da criação de uma nova teoria para frear o atropelamento das normas Constitucionais. O método de pesquisa adotado foi o dedutivo que se dará por revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Tribunal do Júri, pronúncia, *in dubio pro societate*, sistema acusatório.

ABSTRACT: This research aims to demonstrate the unrestrained use of brocardo *in dubio pro societate*, which is commonly used as a basis for decisions contrary to the Constitution, for example, to pronounce the accused. The present study also aims to elucidate, through doctrinal understandings, which principles should be weighed in relation to others, what the magistrate's reading parameter should be for such a conclusion, show which criteria should be used for the submission of an accused to the Court of the Jury, the importance of obedience to the principles raised to Constitutional level and explain the correct decision of the STF regarding the use of this principle that directly affronts the presumption of innocence. As well as, demonstrate the need to create a new theory to stop the trampling of Constitutional norms. The research method adopted was the deductible that will be given by bibliographic review.

Keywords: Jury Tribunal, pronunciation, *in dubio pro societate*, accusatory system

Sumário: 1 Introdução. 2 Sistemas e a instrumentalidade constitucional do processo penal. 2.1 Poderes instrutórios conferido ao juiz: incompatibilidade com o sistema acusatório. 2.2 Falso *in dubio pro societate* x *in dubio pro reo*. 3 Rito do Tribunal do Júri. 3.1 Fases do Tribunal do Júri. 4 Invocação do *in dubio pro societate* na fase de pronúncia. 5 Entendimento do STF a luz da constituição. 5.1 Imediaticidade de uma teoria racionalista da valoração da prova. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Para se produzir um estudo qualificado sobre problemas relacionados ao direito como ciência, ainda mais quando se envolve à interpretação da lei, não se pode deixar de levar em consideração às discussões doutrinárias em torno das normas que regem tais direitos, que são, de modo geral, estabelecidas em leis, portanto, devem ser seguidas e obedecidas.

O assunto que vai ser abordado na presente pesquisa destaca como o processo penal é visto na visão de que se trata de um instrumento importante e necessário para alcançar a pena proporcional ao delito cometido (que nem sempre foi assim) em cada caso concreto, e que o processo não deve mais ser visto como um simples instrumento do poder punitivo, mas também, como limitador deste poder, para que não haja excesso e que faça também o papel de protetor das garantias fundamentais e individuais, e que tal proteção não se deve confundir-se jamais com a impunidade, se fazendo necessária a rigorosa observância às regras impostas pela lei, a hierarquia e as regras do jogo.

Dentro desse contexto, os direitos fundamentais e os princípios Constitucionais correlacionados ao tema que será discutido ao longo da pesquisa merecem atenção, como o *in dubio pro reo*, assim como a obediência da presunção de inocência, pois a proteção destes, se torna extremamente importante e necessário para a máxima garantia de um Estado Democrático de Direito.

O objetivo da pesquisa é demonstrar que parâmetro de leitura usado pelos magistrados não é compatível com a estrutura Constitucional. Assim como demonstrar que a invocação do *in dubio pro societate* para fundamentar a submissão do acusado ao tribunal do júri, é totalmente incompatível com a estrutura Constitucional bem como realçar a necessidade da criação de uma teoria racional da prova, a título de burlar a discricionariedade dos magistrados. Para se chegar a tal conclusão, o presente estudo teve como recurso metodológico o método dedutivo, que será realizado a partir da revisão bibliográfica.

2 SISTEMAS E A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

Para se superar a retrógada, que o processo penal é visto somente como um instrumento do poder punitivo do Estado para se chegar a pena, é necessário que pontos sejam esmiuçados. Segundo Lopes Jr e Gloeckner (2014), a atuação do processo penal neste sentido pode acontecer, todavia, esse entendimento se dará conforme a suas respectivas Constituições, que por sua vez, regem os demais ordenamentos, pois se a Constituição for autoritária, teremos um processo penal autoritário, munido principalmente, do dever de punir, porém, se tivermos uma Constituição democrática (como temos no Brasil), necessariamente deve corresponder a um processo penal democrático e constitucional.

Goldschmidt (1896) assevera que a evolução do processo penal está intimamente relacionada com a própria evolução da pena, refletindo a estrutura do Estado em um determinado período.

Segundo os ensinamentos de Tourinho Filho (2010, p. 48), a instrumentalidade do processo penal indicada pela doutrina consiste em afirmar que o processo é o instrumento pelo qual o Estado se valerá para que se verifique a existência ou não de um crime, para que só então, seja possível a aplicação de uma sanção penal.

A forma no processo penal é tão basilar quanto à estrutura da razão humana para poder organizar os conteúdos cognitivos. Se a capacidade estrutural humana de relacionar as informações não estiver hígida, teremos uma patologia mental. De idêntica maneira, os conteúdos veiculados no processo devem respeitar os trilhos legais e constitucionais para viabilizar o seu conhecimento válido pelo juiz. Conforme é possível perceber:

Nesse contexto, aduzimos que “o regime de nulidades do CPP (arts. 563-573), além de ultrapassado, é confuso”. Adota a compreensão mitológica da verdade substancial (CPP, art. 566), mantém dispositivos revogados noutros locais do próprio CPP (art. 564, III, “a”, “b”, “c”, III), bem como indica compreensão civilista, incompatível com o devido processo legal substancial, da ausência de prejuízo – *pas de nullité sans grief* (CPP, art. 563).

(MORAIS DA ROSA, 2019, p.582-583).

Visto isso, pode-se afirmar que sem o processo não há como ser aplicado o direito material (penal). Ocorre que tal instrumentalidade necessita também ser vista

sob a perspectiva Constitucional, o que é feito por alguns doutrinadores, que tratam o assunto como a instrumentalidade constitucional do processo penal.

Essa instrumentalidade Constitucional consiste em considerar o processo como um importante instrumento de efetivação das garantias constitucionais do acusado, ou seja, trata-se de um instrumento indispensável para que possa ser aplicada uma sanção penal, mas também, através dele devem ser observadas as garantias individuais processuais e constitucionais, como limite ao poder de punir do Estado. (LOPES JR, 2014, p. 53).

Nesse sentido, a legitimação do processo penal somente se daria com uma visão Constitucional desse instrumento, visando à efetivação e proteção dos direitos fundamentais. A partir daí o porquê dos princípios constitucionais, como presunção do estado de inocência, juiz natural e vedação à utilização de provas ilícitas, devem ser rigorosamente e estritamente observadas para que o processo seja considerado legítimo.

Outra discussão importante está relacionada aos argumentos no sentido de relativizar tais princípios. Um exemplo é o argumento no sentido da possível admissão das provas ilícitas para a incriminação do acusado (usa-se como fundamento a aplicação que é feita nos Estados Unidos da América, que se baseia na teoria da proporcionalidade).

Acerca desta comparação, é feita a utilização do critério da *proporcionalidade*, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2012) leciona em sua obra, de forma sucinta, mas completa, esclarece a impossibilidade de se tratar da mesma forma a matéria das provas ilícitas no Brasil e nos demais países: na Itália e nos EUA não há a previsão constitucional que se tem no Brasil. (COUTINHO, 2012, p. 1178).

Lopes Jr. (2014), já firmou entendimento a respeito, lecionando a possibilidade de ensejar à diversas formas de manipulação relacionadas à prevalência do interesse público sobre o interesse privado (LOPES JR, 2014, p. 610-611).

Tal abertura, portanto, possibilitaria a violação de direitos fundamentais, os quais, pelo contrário, deveriam ser protegidos, tendo em vista que uma das funções da legislação processual penal vigente, como já citado, é limitar o poder do Estado na aplicação de uma sanção penal, de modo que, os direitos individuais sejam plenamente observados.

Comparando a instrumentalidade Constitucional do processo penal com outros ramos do direito, é imprescindível que se atente aos bens jurídicos tratados em cada matéria. No direito processual penal, o bem jurídico afetado é indisponível,

pois se relaciona diretamente com a liberdade do indivíduo. Em outras searas do direito, muitas vezes são tratados como direitos disponíveis. Com isso, é notório que não se pode tratar da mesma forma matérias dotadas de características distintas.

Conforme lições de Streck (2001, p. 28-30), os setores mais frágeis e vulneráveis da sociedade são os atingidos pelas formas de tentativa de estabilização da crise que se instaura, decorrente do pânico criado em torno do “fantasma” da criminalidade.

Dito isto, verifica-se a impossibilidade que se tente, com argumentos, dar aparência de licitude a considerações inconstitucionais, nem como qualquer outra que admita a violação dos direitos fundamentais.

Também neste sentido leciona Lopes Jr. (2014) que: a forma dos atos é uma garantia, na medida em que implica limitação ao exercício do poder estatal de perseguir e punir. (LOPES JR, 2014, p. 606).

Portanto, se visto o processo penal sob uma perspectiva constitucional, vê-se que diversas são as regras limitadoras do poder punitivo Estatal, a fim de que as garantias individuais do réu não sejam mitigadas e que o processo penal atue da forma correta, como instrumento de proteção do réu e seus direitos individuais.

Portanto, conclui-se, que todos os atos no processo penal devem se dar a partir do respeito às garantias, para que além do processo ser o instrumento para a imposição de uma sanção penal, atinja sua outra finalidade, que é a efetivação da proteção às garantias individuais do réu.

2.1 Poderes Instrutórios Conferido Ao Juiz: Incompatibilidade Com o Sistema Acusatório

O estudo dos sistemas processuais se mostra indispensável para se compreender as decisões autoritárias e as raízes de uma ideologia ainda enraizada no nosso sistema Processual Penal, que é o sistema inquisitorial. Esse sistema coloca nas mãos dos juízes o poder de determinar a produção de provas (poder instrutório), e mais a frente, o mesmo, julgar a demanda. Onde inevitavelmente compromete-se a parcialidade do julgador.

De início, é importante destacar, que, a posição do “juiz” é fundante da estrutura processual. Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador, se está diante do sistema acusatório.

Soares Junior (2016) se ater-se a uma concepção neoinstitucionalista do processo, prefere por se basear pela Teoria Geral do Processo. Segundo Soares Junior, em sede de constitucionalismo pós-moderno, não há que se falar em princípio acusatório ou inquisitório no processo penal. Vejamos:

Democraticidade como característica inerente àquilo que é democrático, se apresenta como conteúdo a ser aferido pela gradual compatibilidade entre o sistema de Processo Penal e as normas constitucionais, que o configuram como instituição destinada à preservação da liberdade individual atuando como mecanismo de controle das ações governamentais e políticas, em cuja bondade e sabedoria intrínsecas, não é prudente confiar. (SOARES JÚNIOR, 2016, p. 27.)

Em sentido distinto ao de Soares Junior, Gloeckner (2017) reforça a real importância do estudo dos sistemas processuais penais, pois, entende-se que, somente a mera separação das funções dos atores processuais, não é suficiente para concluir qual sistema está em questão. Exemplo disso à Itália fascista de 1930, realçando, portanto, a importância urgente do estudo dos sistemas processuais para se chegar a outras conclusões, por exemplo, o standard probatório e uma teoria racionalista da valoração da prova.[3]

Lopes Jr. (2019) leciona da seguinte forma:

O estudo dos sistemas processuais penais na atualidade tem que ser visto com o “olhar da complexidade” e não mais com o “olhar da Idade Média”. Significa dizer que a configuração do “sistema processual” deve atentar para a garantia da “imparcialidade do julgador”, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. (LOPES JR, 2019, p. 47)

Lopes Jr (2017) com a finalidade de mostrar a importância dessa identificação do sistema processual leciona que não são os elementos que irão definir de qual sistema se trata, mas sim “o ponto nevrálgico” (LOPES JR, 2017, p. 46).

O Autor entende que a mera separação das funções realmente não seja suficiente para chegar a tal conclusão, porém, a separação das funções e a gestão da

prova na mão das partes e não na do juiz, cria-se condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive.

Segundo Ferrajoli (2006, p. 518), são características principais do sistema acusatório: a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do julgamento. Já no sistema inquisitivo, existe a frequente iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução.

Gomes Filho (1997) defende o modelo *adversarial system* e o *inquisitorial system*. Naquele, cabe às partes a iniciativa e a condução do processo, aqui as partes são mais que meros objetos – como considerados por alguns magistrados – aqui as partes regem o processo. Neste último, o juiz é o responsável pela iniciativa probatória e pela marcha processual.

No *adversarial system*, reconhece a ausência do juiz na produção probatória, que fica inteiramente a cargo das partes. Aqui, segundo o autor, o juiz funciona como um inequívoco garantidor do respeito às regras do jogo, atuando na fiscalização das partes sem se envolver na iniciativa probatória. (GOMES, 1997, p. 39)

Obviamente o sistema sofre crítica sobre seus métodos a acerca do sistema adversarial americano e sua preocupação constante com o nível de verdade alcançado no processo

A sua vez, Castanho de Carvalho (2014) defende a incompatibilidade Constitucional dos dispositivos que dão aos magistrados o poder de agir, de ofício, na determinação de provas no processo penal, com razão, por receio de tal prática comprometa a imparcialidade necessária para julgar a demanda. (CARVALHO, 2014, p. 200).

Com base nos ensinamentos de Goldschmidt, Lopes Jr. (2012, p. 133) explica que “no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes”.

Merece destaque o posicionamento de Cunha Martins (2002, p. 81-82) para quem, para além do sistema acusatório, é o modelo democrático, por tal razão, o inequivocamente contrário ao modelo inquisitório (autoritário). Na lição de Cunha Martins, conclui-se que, não basta que o modelo de processo penal seja acusatório, ele precisa ser democrático.

Geraldo Prado (2014) reconhece que no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir, que define o horizonte do mencionado processo. (PRADO, 2014, p. 104)

Neste sentido, e conforme exposto, sempre respeitando a doutrina em sentido contrario, partilha-se do entendimento que se vislumbra na iniciativa e na gestão da prova pelo juiz, grandes características de autoritarismos, portanto, elementos fundantes do sistema inquisitório. Pois, o juiz participa da investigação, vai ao encontro das provas e depois emite decisão que ele mesmo coletou.

Neste mesmo sentido, o pacote anticrime aprovado recentemente, traz mudanças ou pelo menos tentou trazer no que se refere essa imparcialidade expressa do magistrado que se coloca como centro das ações e atenções, rebaixando as partes a um papel terciário e como mero objeto. O Pacote anticrime tentou afastar a figura do juiz que é concebido, de forma ilimitada, a liberdade da busca dos elementos (prova) para confirmação de sua crença e convicção já formada, tornando o trabalho da defesa totalmente inútil, pois já se tem um pré-conceito formado desde a produção das provas por ele perquirida.

Por meio da lei 13.964/19, Lei do pacote anticrime, que trouxe em seu texto a figura do tão importante Juiz de Garantia, vale lembrar que já se falava desta figura desde a proposta de reforma do Código de Processo Penal, por meio da PL 156/2009. Pois bem, a figura do Juiz de Garantia, finalmente tentou afastar a parcialidade e a busca da prova pelo juiz julgador. Logo no art. 3º da lei 13.964/19 uma importante redação. Veja-se:

Art. 3º-A. **o processo penal terá estrutura acusatória**, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é **responsável pelo controle da legalidade** da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

O que se tem, portanto, com o juízo de garantias está para além de uma simples alteração formal nas regras de competência ou no método de organização judiciária. Trata-se, sem qualquer exagero, de uma verdadeira revolução política no campo do processo penal em direção a um paradigma de maior compromisso democrático.

A medida é bastante salutar, pois evita um sério problema de comprometimento decisório prévio em relação ao órgão jurisdicional competente para o julgamento do caso penal. Por óbvio, aquele juiz que acompanhou toda a fase de investigação preliminar, tendo contato muitas vezes direto com o desenvolvimento dos atos de investigação e os próprios órgãos de apuração inicial da notícia-crime, inclusive com a responsabilidade legal de decidir sobre eventuais medidas cautelares pessoais e reais (ex.: buscas e apreensões, prisões preventivas e sequestros de bens), bem como instrumentos de barganha penal (ex.: homologação dos acordos de colaboração premiada) e métodos ocultos de pesquisa criminal (ex.: interceptações telefônicas e infiltração de agentes).

Todavia, a implementação do Juiz de Garantia foi barrada pelos Ministros do STF, são as mais diversas possíveis razões levantadas, dentre elas está o argumento que o *vacatio legis*, que era tão somente de 30 dias para que começasse valer as novas regras. Obviamente existem outras teorias, que seria para manter, infelizmente, a discricionariedade dos magistrados e tribunais.

Nesta senda, partilha-se que o sistema cariz inquisitório é a inequívoca busca pela condenação – e assim vai perdurar até a figura do juiz de garantia ser posta em prática, haja vista que, para a sociedade e por boa parte dos magistrados, a absolvição é evitada, como se fosse uma praga e sinônimo de impunidade.[4]

Portanto, a busca da concretização do sistema acusatório processual almejado na Constituição Federal, o que se deve é aplicar uma interpretação Constitucional a todos os dispositivos do Código de Processo Penal, procurar meios para que eventuais atuações do juiz na fase do Inquérito Policial não venham a contaminar o julgamento da causa e não condenar por completo o poder instrutório do magistrado durante o processo.

2.2 Falso *in dubio pro societate* x *in dubio pro reo*

Brevemente, sem fugir do objetivo principal, se faz necessária a compreensão do que vem a ser de fato um princípio e toda sua complexidade, apesar de boa parte da doutrina não se preocupar em discutir isso, identificar o que pode, ou não, ser um princípio Constitucional.

Acerca do *in dubio pro societate*, somente duas coisas são de fácil percepção com o estudo: que não há pacificação conceitual a respeito do tema, e a segunda é a conclusão do que ele não é um princípio.

De imediato, é de suma importância destacar que a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* não podem ser afastados de maneira alguma no rito do Tribunal do Júri. Ou seja, além de não existir a mínima base constitucional para o *in dubio pro*

societate, este “princípio”, se mostra totalmente incompatível com a estrutura das cargas probatórias definida pela presunção de inocência que é elencada a nível constitucional.

A questão é levantada por Rangel (2002):

O chamado princípio do in dubio pro societate não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus. (...) O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal (RANGEL, 2002, p. 192-194).

A sua vez, Reale (2002), entende que os princípios configuram a chamada “verdades fundantes de um sistema de conhecimento”, por tanto, considerados pelo fato de terem sido comprovados ou evidentes, e claros, por questões de natureza prática.[5]

Interpretação importante de Alexy (2006), onde levanta de forma indireta a atuação do julgador, afirma que os princípios são comandos de otimização que podem ou não ser cumpridos a depender da situação fática e jurídica[6]. Menciona que os princípios enquanto mandamentos de otimização, são aplicados por meio de uma técnica onde o julgador vai ponderar o princípio mais importante. E Streck (2015), entende no sentido que, no Brasil se faz um mau uso de tal teoria, formulada com a finalidade de resolver hipóteses abstratas de conflitos entre princípios. (STRECK, 2015, p. 57)

Percebe-se, que o *in dubio pro societate* se assemelha, de forma rudimentar de princípio geral do direito ou de brocardo jurídico, quando trabalhado. Logicamente malgrado na genética autoritária, este brocardo é invocado, para afastar o respeito a direito fundamental e a estrutura constitucional voltada a presunção de inocência e a proteção do réu.

Portanto, diante deste levantamento jurisprudencial feito acima acerca do que se entende e o que pode ser considerado como princípio, nota-se que o *in dubio pro societate* não deve ser retratado como princípio, mesmo no reconhecido valor dos princípios gerais do direito.

Sergio Pitombo (2000) segue essa premissa e leciona que, *o in dubio pro societate* não passa de um aforismo, obviamente em decorrência de sua incompatibilidade com o sistema Constitucional. (PITOMBO, 2000, p. 55)

O *in dubio pro societate* não possui sequer profundidade científica e bibliográfica de um princípio, não justificando, portanto, a invocação deste para servir como standard probatório nesse sistema constitucional.

Diferentemente deste, o *in dubio pro reo* tem grande representatividade no processo penal, podendo, inclusive, ser norteador da identificação do sistema. Conforme refere o Lopes Jr. (2011, p. 177), a presunção da inocência trata-se de princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).

A questão foi tratada com muito por Rangel (2002), que ao atacar tal construção, afirma que o *In dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco do réu. (RANGEL, 2002, p. 78).

Com razão, Rangel (2002) destaca que não há nenhum dispositivo legal que autorize esse chamado princípio do *in dubio pro societate*. O ônus da prova, é do Estado e não do investigado[7].

Já o *in dubio pro reo*, Ferrajoli (2002, p. 441), menciona que a presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, mesmo que isto acarrete na impunidade de algum culpado, pois, ao corpo social, basta que os culpados sejam geralmente punidos, sob o prisma de que todos os inocentes, sem exceção, estejam a salvo de uma condenação equivocada.

Portanto, correlato processual do princípio da presunção de inocência, insculpido na fórmula *nulla poena sine culpa*, o princípio *in dubio pro reo* busca garantir que, sem provas suficientes dos elementos, tanto subjetivos quanto objetivos, do fato típico e ilícito, não seja possível a aplicação de pena. A insuficiência da prova equivale à subsistência de uma dúvida positiva e invencível sobre a existência ou inexistência de determinado fato ou de sua autoria. Dá-se, então, como não provado o fato desfavorável ao arguido, e, vedado o *non liquet* em nosso ordenamento, é indicado ao juiz que valere a favor do acusado a prova dúbia. (MONTEIRO, 1997, p.11)

Nesse sentido, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, tem, como seu consectário necessário, o *in dubio pro reo*, tendo em vista que o sistema acusatório é o modelo a ser seguido, conforme determina a Constituição.

Por fim, é no mínimo duvidoso, que um preceito autoritário, consagrado em regimes contrários aos direitos humanos, seja a despeito do processo de constitucionalização, processo esse deflagrado justamente para evitar novas atrocidades contra a humanidade e desrespeito aos direitos fundamentais. E também, consiga prevalecer, sem nenhuma base legal, sobre o *in dubio pro reo*, que possui amplo amparo legal, inclusive alçado a patamar Constitucional.

3 RITO DO TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri está previsto no art. 5º, XXXVIII, onde se assegura: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A disciplina legal do Tribunal do Júri está prevista nos arts. 406 a 497 do CPP, tendo sido substancialmente alterada pela Lei n. 11.689/2008, e mais recentemente pela Lei de nº 13.964/19, mais conhecido como pacote anticrime.

A competência do júri é assim muito bem definida no art. 74, § 1º do Código de Processo Penal, de forma taxativa e sem admitir analogias ou interpretação extensiva. Segundo os ensinamentos de Lopes Jr., (2019, p. 982-983), essa competência que trata o artigo em questão dizendo que não impede que o Tribunal do Júri julgue esses delitos ou qualquer outro desde que seja conexo com um crime doloso contra a vida.

O procedimento do júri é dividido em duas fases: instrução preliminar e julgamento em plenário. Lopes Jr., (2019, p. 983-984) faz uma importante observação sobre a instrução preliminar, destacando a importância de não confundir com a investigação preliminar, pois são coisas distintas, pois está trata da fase pré-processual da qual o inquérito policial é a principal espécie.

Ressalta ainda que “instrução preliminar pressupõe o recebimento da denúncia ou queixa”, sendo assim, o registro do nascimento do processo. Portanto, conclui-se que, a instrução preliminar está entre o recebimento da denúncia ou queixa, e a decisão de impronúncia.

3.1 Fases do Tribunal do Júri

Como dito acima, duas são as fases do Tribunal do Júri, iniciando-se assim pela instrução preliminar. Após o inquérito policial, que acaba se tornando regra nesse tipo de delito, segundo os ensinamentos de Lopes Jr., (2019), o art. 46 do Código de processo penal é objetivo ao determinar que, o Ministério Público poderá oferecer a denúncia no prazo de 5 (cinco) dias, se o imputado estiver preso, ou em 15 dias se o mesmo estiver em liberdade. Caso o prazo se escorra e a denúncia não seja oferecida pelo Ministério Público, abrirá margem para atuação da vítima, caso

essa se faça presente, ou de seu representante que consta no rol do art. 31 do CPP, para que ofereça a queixa-crime subsidiária que trata o art. 29 do Código de Processo Penal, pois restou configurado a inércia do órgão competente pra tal oferecimento.

O tramite é conhecido, pois, após a denúncia ou a queixa subsidiária, fica a cargo de o juiz receber ou então rejeitar nos casos expressos no art. 395 do CPP. Caso receba, o magistrado citará o acusado para que em 10 dias ofereça sua defesa escrita e faça desde logo o arrolamento das testemunhas, limitando se a 8 testemunhas, assim como arguir todas as preliminares que se compreende cabível, fazer juntada de documentos e postular suas provas, também se entende pelo momento ideal para formular, em autos apartados as exceções de incompetência conforme o art. 95 a 112. (LOPES JR., 2019, p. 985)

Uma crítica relevante que é feita por Lopes Jr., é que posteriormente a isto, é dada a oportunidade do Ministério Público se manifestar sobre “eventuais” exceções e preliminares alegas pela defesa, assim como tomar conhecimento de documentos e outras provas juntadas pela defesa. É justamente essa possibilidade de nova manifestação do Ministério Público que gera discussão, falando se em “uma possibilidade de réplica desequilibrada da estrutura dialética do processo” (LOPES JR., 2019).

Visto isso, o que se nota é que erroneamente se permite um novo ataque por parte do Ministério Público, diferentemente do primeiro, que era dirigido ao acusado, desta vez se ataca a defesa. Porém, se deve obedecer à contraditória e ampla defesa, ou seja, a defesa sempre falar depois da acusação. Demonstrando, assim, portanto, uma violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e os acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Por óbvio que o Ministério Público tem direito a se manifestar, mas não neste momento, podendo assim fazer ao longo da demanda ou no final desta de forma oral. Lopes Jr, (2019) seguindo o entendimento de MARQUES, que, o que não se deve admitir é a ampliação do debate em torno das alegações da defesa, permitindo que a acusação tenha prazo para livre manifestação no momento exatamente anterior à ida dos autos para decisão sobre as provas.

Na sistemática do direito processual penal, não é lícito à acusação falar depois da defesa, pois a violação dessa ordem importa quebra dos princípios constitucionais norteadores do devido processo legal, conforme referido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. (LOPES JR., 2019, p. 986-987)

Dito isso, ainda ocorrerá à oitiva da vítima se possível, as testemunhas da acusação, posteriormente as da defesa, peritos, findo disso, caso haja, fará as acareações no termo do art. 229 e 230 do Código de Processo Penal e dará se fará o interrogatório do réu, constituindo assim, o direito a última palavra.

A fase preliminar do Júri pode ser encerrada por meio de quatro decisões, todas preferidas pelo juiz togado, quais sejam: absolvição; impronúncia desclassificação e pronúncia. Essas são as quadro decisões que pode encerrar a primeira do Tribunal do Júri.

Segundo os ensinamentos de Lopes Jr., (2019), a segunda fase do rito tem seu ponto inicial com a confirmação da pronúncia e se estende até decisão proferida no julgamento realizado no plenário do Tribunal do Júri. Segundo o autor, na nova morfologia do procedimento do júri, a segunda fase ficou reduzida, praticamente, ao plenário. Antes dele, há um único momento procedimental relevante, que é a possibilidade de as partes arrolarem as testemunhas de plenário. (LOPES JR, 2019, p. 984).

Conclui-se, portanto, que, o processo pode findar nessa primeira fase, conforme a decisão do juiz (os detalhes de cada tipo de decisão serão analisados na continuação). E a segunda fase somente se inicia se a decisão do juiz for de pronúncia, tem por ápice procedimental o plenário e finaliza com a decisão proferida pelos jurados.

4 INVOCÇÃO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* NA FASE DE PRONÚNCIA

Lopes Jr. (2019) inicia indagando que a pronúncia trata-se de uma decisão interlocutória mista. Está previsto no art. 413 do Código de Processo Penal, onde traz os fundamentos que o magistrado poderá valer-se para pronunciar o acusado ao Tribunal do Júri. (LOPES JR, 2019, p. 990)

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Portanto, entende-se que a pronúncia tem sido entendida como uma decisão interlocutória na qual o magistrado, motivadamente, como citado acima com a redação do art. 413 do CPP, considera admissível a decisão formulada pelo Ministério Público (regra). Passando para os juízes leigos, digamos assim, a responsabilidade de analisar o mérito da causa.

Lopes Jr (2019) menciona que a pronúncia é a decisão que apenas verifica a “admissibilidade da pretensão acusatória, tal como feito quando do recebimento da denúncia, mas, e não é demais dizer, trata-se de verdadeiro *re-recebimento* da denúncia, agora qualificada pela instrução judicializada”.

Assim como em qualquer outra decisão do magistrado, ele deve fundamentá-la. Portanto, não pode o juiz condenar previamente o réu, pois não é ele o competente para o julgamento. Por outro lado, merece especial cuidado a fundamentação do julgador, pois, a depender de sua fundamentação, pode-se falar em contaminação dos jurados, que são facilmente influenciáveis pelas decisões proferidas por um juiz profissional e, mais ainda, por aquelas proferidas pelos tribunais.

Lopes Jr. (2019) leciona que deve o juiz, como determina o § 1º do artigo anteriormente transcrito, limitar-se a indicar a existência do delito (materialidade) e a existência de “indícios suficientes” de autoria ou de participação. Não pode o juiz afirmar a autoria ou a materialidade (especialmente quando ela é negada pelo réu), sob pena de induzir ao prejulgamento por parte dos jurados. Devendo fazer um juízo de verossimilhança.

Essa transparência é fundamental para que os jurados julguem sem influência do juízo de (des)valor realizado pelos magistrados. Para sustentar essa premissa, a Lei de 11.689 de 2008 alterou o rito do Tribunal do Júri, pretendendo essencialmente barrar o excesso do magistrado na pronúncia.

Neste momento se depara com um ponto importante, segundo Lopes Jr. (2019) “bastante problemático é o famigerado *in dubio pro societate*. Segundo a

doutrina tradicional, neste momento decisório deve o juiz guiar-se pelo “interesse da sociedade” em ver o réu submetido ao Tribunal do Júri, de modo que, havendo dúvida sobre sua responsabilidade penal, deve ele ser pronunciado”. (LOPES JR. 2019, p. 993).

Pois bem, Lopes Jr (2019) faz a seguinte pergunta em sua obra, que outrora já foi discutido acima: qual a base constitucional do *in dubio pro societate*? Responde-se: nenhuma.

Não se tem fundamentação para aceitar tal expansão da “soberania” a ponto de negar a presunção Constitucional de inocência. A soberania diz respeito à competência e limites ao poder de revisar as decisões do júri. Nada tem a ver com carga probatória. (LOPES JR. 2019, p.994).

Não se pode tolerar que os juízes pactuem com acusações infundadas, usando de brocados para esconder-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário.

Gustavo Badaró (2019, p. 26), explica que o art. 409 (atual 414) estabelece um critério de certeza: “o juiz se convencer da existência do crime”. Assim, se houver dúvida sobre se há ou não prova da existência do crime, o acusado deve ser impronunciado. Já com relação à autoria, o requisito legal não exige a certeza, mas sim a probabilidade da autoria delitiva: deve haver indícios suficientes de autoria. É claro que o juiz não precisa ter certeza ou se convencer da autoria. Porém, caso a dúvida permaneça, o *in dubio pro reo* deve ser aplicado.

Streck (2014), de forma precisa defende a urgência de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, com a finalidade de barrar a discricionariedade e arbitrariedade dos magistrados.

Por fim registra-se: quando digo que a discricionariedade abre as portas para arbitrariedade é justamente porque, tanto numa quanto noutra, o problema é o mesmo, ou seja, a falta de controle conteudíssimo. Pode-se dizer que o espaço disso que se chama discricionariedade é um espaço de “anomia”, no qual o intérprete põe o direito. (STRECK, 2014, p. 57) .

Portanto, o caminho possível para enfrentar o problema é dominar a discricionariedade, assumindo, assim, portanto, a radicalidade do elemento interpretativo que reveste a experiência jurídica.

Portanto, conforme explicado quando se tratou do *in dubio pro societate*, percebe-se, com base em apanhados bibliográficos e jurisprudenciais, que tal brocardo é incompatível com a estrutura Constitucional vigente no Brasil, devendo o *in dubio pro societate* ser afastado da fase de pronúncia, e sempre, quando necessário interpretar qualquer norma conforme a constituição, e não recorrer a brocardos. A Constituição da República deve ser o parâmetro de leitura dos julgadores para qualquer espécie de decisão, observando os princípios constitucionais.

5 ENTENDIMENTO DO STF A LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Em sessão realizada no STF, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal firmou importante posicionamento no que tange às discursões relacionadas à busca por uma persecução efetiva para verificação dos fatos imputados com a sanção de culpados materializada no *in dubio pro societate* e a preservação das garantias individuais com o prevailecimento do *in dubio pro reo*.

O julgado traz relevantes pontos para o estudo e aprimoramento em prol do sistema penal brasileiro, uma delas é a necessidade de uma teoria da valoração racional da prova, pois devido à superação da teoria da prova tarifada, ou legal, onde as provas são sopesadas antecipadamente pelo legislador, não sobrando, portanto, qualquer margem para que o juiz faça sua própria valoração, ficando assim vinculado a critérios de valoração abstratamente fixados na lei, houve a consolidação do sistema de “livre convencimento motivado”, que determina que a eficácia de cada prova para a determinação dos fatos seja estabelecida em cada caso concreto, seguindo critérios não predeterminados, discricionários (em tese) e flexíveis, baseados essencialmente em pressupostos racionais.

O sistema foi contemplado com a premissa que seria uma liberdade regrada, mas são diversos os acervos bibliográficos que nos ensinam a desconfiar daqueles que tem poder, e essa liberdade regrada, nem sempre seria regrada, o convencimento motivado, nem sempre foi e será motivado, pois isso abriria margem para a discricionariedade do magistrado que não se submete a critérios e pressupostos, em outras palavras, a parcialidade do julgador.

Ocorre que o juízo de primeiro grau, não verificando os indícios de autoria do crime que justificasse a submissão de dois, dos três acusados ao Tribunal do Júri, como manda o Código de Processo Penal a luz da Constituição Federal, acertadamente, impronunciou ambos por ausência de indícios da autoria do crime. Portanto, obedecendo à risca os princípios constitucionais e respeitando os direitos fundamentais e individuais. [8]

Todavia, O Ministério Público, não satisfeito, recorreu ao Tribunal de Justiça e obteve sucesso em sua demanda. O Tribunal de Justiça a sua vez, como fundamentação de sua decisão usou o brocardo do *in dubio pro societate*, e de forma desregrada, resolveu valorar provas que não foram submetidas ao crivo do contraditório e ampla defesa ao invés daquelas produzidas durante o devido processo legal.

Desta forma, o STF fora requisitado por meio de Recurso Extraordinário com Agravo 1.067.392 (ARE), com o argumento que o Tribunal de Justiça em sua decisão reconheceu a existência de dúvida da autoria do crime, e que o mesmo, ainda valorou provas colhidas no inquérito policial ao invés de provas constituídas durante o devido processo legal.

Ora, reconhecida a existência de dúvida razoável, é inegável que a decisão deveria ser a favor dos acusados, tendo em vista a presunção de inocência conferida pela Constituição Federal[9], e pelo Código de Processo Penal[10], e não invocar um brocardo utilizado pelos magistrados para esconder sua discricionariedade e seus falsos paradigmas de magistrados democráticos.

Desta forma, O STF reconheceu a equivocada valoração da prova realizada pelo Tribunal, à incongruência do Tribunal ao reconhecer a existência da dúvida razoável e não confirmar a impronuncia do juízo de primeiro grau diante da ausência de indícios de autoria e o uso do infundado *in dubio pro societate*, totalmente contrario a Constituição da República. Diante disso, negou seguimento do recurso e reestabeleceu sentença de impronuncia diante do reconhecimento da inexistência de indícios de autoria do crime, fazendo valer o peso dos princípios constitucionais e os direitos fundamentais e individuais.

5.1 Imediatividade De Uma Teoria Racionalista Da Valoração Da Prova

A necessidade da criação de uma nova teoria da valoração da prova deve ser visto como prioridade, pois a reconstrução dos fatos é um ponto fundamental no processo penal, visto que, sua função é a verificação da acusação a partir do lastro probatório nos autos, pois se verificada vícios nessa reconstrução dos fatos, como por exemplo, a parcialidade, todo o devido processo legal fica prejudicado, inclusive o resultado.

O outro ponto de possível estudo e que ajudaria com o problema diante do uso do *in dubio pro societate* quando invocado para esconder e justificar\fundamentar a atuação discricionária do magistrado, inclusive, indo de encontro com princípios basilares do direito penal, como o *in dubio pro reo*, seria o estudo do *standard* probatório para a decisão de pronúncia, junto ao infundado *in dubio pro societate*.

Um dos pressupostos fundamentais para consolidação de uma nova teoria racionalista da prova é literalmente a definição de *standards* probatórios, denominados “modelos de constatação”. Trata-se de níveis de convencimento ou de certeza, que determinam o critério para que se autorize e legitime o proferimento de decisão em determinado sentido.

O que nota-se, portanto, é o uso desenfreado de brocardos como o standard probatório, pois tal invocação é feita por magistrados que tem por finalidade esconder-se atrás destes para que sua fundamentação inconstitucional tenha alguma validade. O *in dubio pro societate* não deve ser considerado como um standard probatório, e sim seguir provas constituídas no processo e tentar chegar a níveis de convencimento ou certeza.

Desta forma, assim como entende o Ministro do STF, Gilmar Mendes, entende-se que a criação do *in dubio pro societate* traz efeitos problemáticos, sendo este usado como critério de decisão para juízo de pronúncia ao júri. Onde de forma inconstitucional um brocardo é sopesado sob um princípio constitucional (*in dubio pro reo*).

Por fim, a título de sustentação daquilo que foi levantado nesta pesquisa, ao delimitar-se a análise da legitimidade do *in dubio pro societate* no espaço atual do direito brasileiro não há como sustentá-la por duas razões básicas: a primeira se dá pela absoluta ausência de previsão legal desse brocardo e, ainda, pela ausência de qualquer princípio ou regra orientadora que lhe confira suporte político-jurídico de modo a ensejar a sua aplicação; a segunda razão se dá em face da existência expressa da presunção de inocência no ordenamento constitucional brasileiro, conferindo, por meio de seu aspecto probatório, todo o suporte político-jurídico do *in dubio pro reo* ao atribuir o ônus da prova à acusação, desonerando o réu dessa incumbência probatória.

6 CONCLUSÃO

Não resta dúvida que o *in dubio pro societate* é antidemocrático e, portanto, autoritário. Não se deve reduzir essa questão relevante a algo particular, pois trata-se de interesse geral, de toda coletividade e também do Estado de que os direitos humanos sejam observados, considerados e respeitados. Com o uso desenfreado do *in dubio pro societate*, o judiciário começa perder posição de último guardião dos direitos fundamentais, partindo, assim, para uma atuação menos científica e liberal.

É de fácil percepção que o Direito Processual Penal pátrio não se democratizou. O Código de Processo Penal ainda carrega raízes do sistema inquisitório e conserva os poderes instrutórios do e de ofício ao juiz. Vislumbrando

assim facilmente uma estrutura incompatível com a regra constitucional, que a sua vez segue a premissa da imparcialidade do julgador.

Foi demonstrado também como as categorias processuais penais, oriundas de um clima político autoritário foram capazes de se manter intactas, mesmo com a Constituição de 1988. A forma processual para o sistema acusatório, não deve estar desprovida de um controle sistemático incidente sobre as provas produzidas, garantindo sua higidez, mas da mesma maneira, todos os atos processuais orientam-se pela preservação das regras do jogo – as garantias fundamentais.

Se percebe à necessidade de que os magistrados superem a filosofia de julgar conforme a consciência, bem como a genética autoritária do sistema processual penal. Pois a discricionariedade judicial tem que ser vencida, haja vista que essa interpretação coloca os direitos fundamentais do Estado democrático e constitucional, em risco. Pois nota-se que o autoritarismo trata o acusado como se não fosse uma pessoa.

Portanto, há necessidade da criação de uma teoria racional da prova, pois desde que superada a teoria da prova tarifada ou legal, onde as provas eram sopesadas antecipadamente pelo legislador, não sobrando, portanto, qualquer margem para que o juiz fizesse sua própria valoração conforme sua convicção, os direitos e garantias individuais são esmiuçados e esquecidos pelos juízes, ou como no caso em tela, por tribunais.

O sistema acusatório merece ter validade e aplicabilidade, tendo em vista que este, está voltado à proteção dos direitos e garantias do réu. Princípios constitucionais devem ser priorizados ao invés de brocardos sem a mínima base legal, reformas de grande valia para o sistema processual penal, como o Juiz de Garantia, devem ter seu lugar no Código de Processo Penal, devendo ser visto sempre de uma ótica constitucional, não devendo o magistrado se valer de outras normas antes, ou contrárias a constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

BONFIM, Edilson Mougnot; PARRA NETO, Domingos. **O novo procedimento do júri**: comentários à lei

BRASIL. Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841. **Reformando o Código do Processo Criminal**. Rio de Janeiro.

BRASIL. Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841. **Reformando o Código do Processo Criminal**. Rio de Janeiro,

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM261.htm>. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2019.

CARVALHO CASTANHO, Grandinetti, Luis Gustavo. **Processo Penal. Constituição - Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no processo penal**. São Paulo: 2015.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La Ciencia de la Justicia - Dikelogía**. 2. ed. Buenos Aires, Depalma, 1986.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do Sistema Inquisitório. In:

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES Jr, Aury., GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri: crimes e processos**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2009.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

MONTEIRO, Cristina Líbano. **Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo**. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Pronúncia e o in dubio pro societate. In: PIERANGELLI, José Henrique (coord.). **Direito criminal**. Vol. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2002.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.067.392. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5242573>

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE1067392votoGMindubiopreopronu769ncia.pdf>.

SOARES JUNIOR, José Dário. A crise dogmática do processo penal. São Paulo: Editora D'palacio, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 1º volume. 32. e atual. São Paulo. Saraiva, 2010.

NOTAS:

[1] Guilherme da Costa Mesquita, graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail*: guilhermesquita2695@gmail.com

[2] Juliano de Oliveira Leonel, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. – UCB. *E-mail*: Julianoleonel@hotmail.com

[3] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do Sistema Inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 15.

[4] DIAS. Paulo Thiago Fernandes. **A Decisão de Impronúncia Baseada no In Dubio Pro Societate**: um estudo crítico sobre a valoração da prova no processo penal constitucional. Florianópolis: EMais, 2018, p. 84

[5] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2002, p. 303

[6] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90

[7] RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 79

[8] “Não vislumbro nos autos qualquer indício de autoria do crime ora perpetrado que possa ser atribuída aos referidos réus, pois as testemunhas presenciais não os viram chutando ou arremessando pedras na vítima. Ressalta ainda que todas as testemunhas oculares afirmam que não viram os réus agredirem a vítima, de forma que sobre elas não pairam sequer indícios de autoria. Assim, o simples fato dos denunciados terem corrido atrás da vítima não indica sua adesão à conduta do corréu” (RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.067.392, eDOC 14, p. 4)

[9] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Brasil, 1988)

[10] Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

IRDR: ESTUDO DE CASO DO MARCO INICIAL DA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA EM CONDENAÇÕES DECORRENTES DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE NA SEARA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

1.Introdução

O atual Código de Processo Civil (CPC), de 2015, inovou ao trazer à tona o instituto jurídico do incidente de resolução de demandas repetitivas, doravante denominado IRDR.

Previsto no artigo 976 do CPC, a instauração do IRDR é cabível quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (inciso I) e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (inciso II).

No presente arrazoado se buscará suscitar a possibilidade de adoção do IRDR a casos hodiernos referentes ao marco inicial da incidência de juros de mora no pagamento de valores retroativos de ações onde se discute adicional de insalubridade, questão atual, repetitiva e controvertida na seara do Tribunal de Justiça de Alagoas (demanda de massa). É uma causa enquadrada na categoria de demanda de massa, pois abarrotada, diariamente, o Tribunal e os juízos do interior e fazendários da Capital.

2.A competência, a composição e as diferentes correntes da Corte Estadual de Justiça de Alagoas

A Lei Estadual nº 6.564/2005, a qual institui o Código de Organização Judiciária do Estado de Alagoas, prevê em seu artigo 8º que:

Art. 8º O Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas tem a seguinte estrutura organizacional básica:

I – Órgãos Jurisdicionais:

a) Tribunal Pleno;

b) Seção Especializada Cível;

c) Primeira Câmara Cível;

d) Segunda Câmara Cível;

e) Terceira Câmara Cível; e

f) Câmara Criminal. (grifou-se)

Art. 16. As Câmaras Isoladas Cíveis serão individualmente compostas por três Desembargadores, e a Câmara Criminal por quatro Desembargadores, todos devidamente escolhidos e designados pelo Tribunal Pleno.

Art. 17. A Seção Especializada Cível será constituída pelos Membros das Câmaras Isoladas Cíveis.

Art. 19. A Seção Especializada Cível será presidida pelo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, salvo se for ele integrante da Câmara Criminal, hipótese em que a presidência da Seção incumbirá àquele que, dela componente, for eleito pelos seus pares, para mandato de dois anos.

Art. 22. O Presidente da Seção Especializada Cível não funcionará como Relator ou revisor nos processos de competência do referido órgão, cabendo-lhe, apenas, o voto de desempate.

De outro lado, o Regimento Interno da Corte Estadual estipula:

Art. 46. Compete à Seção Especializada Cível processar e julgar:

I – os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, bem como o deslocamento de competência previstos no Código de Processo Civil;

Sendo assim, a competência para o processamento e o julgamento do IRDR, na seara do Tribunal Estadual, é da sua Seção Especializada Cível, composta pelos 9 (nove) Desembargadores integrantes das 3 (três) Câmaras Cíveis, funcionando como Presidente do colegiado o Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, salvo se for ele

integrante da Câmara Criminal, hipótese em que a Presidência da Seção incumbirá àquele que, dela componente, for eleito pelos seus pares, para mandato de dois anos. Em todo caso, o Presidente apenas votará em caso de desempate.

Num cálculo básico, é dizer que em havendo 5 (cinco) votos favoráveis à determinada tese jurídica submetida ao rito do IRDR, entre os 9 (nove) julgadores – excetuado o Presidente da Seção Especializada – este entendimento se tornará consolidado e de observância obrigatória, nos termos do CPC:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

Pois bem.

Na análise cotidiana dos julgamentos da Corte Estadual se observa que tanto a 1ª quanto a 2ª Câmaras Cíveis do Tribunal, à unanimidade, acolhem a tese jurídica de que o marco inicial para a incidência dos juros de mora no que tange ao pagamento de retroativos de adicional de insalubridade é o ato de citação, por se tratar de obrigação ilíquida.

Esse entendimento é capitaneado pelos seguintes dispositivos legais:

Código de Processo Civil – CPC

Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)

Código Civil – CC

Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

Já a 3ª Câmara Cível da mesma Corte local, à unanimidade, compreende se tratar de obrigação líquida sujeita à incidência de juros de mora a partir do inadimplemento. Essa diferença acaba por gerar valores altíssimos no que tange aos gastos estatais com esse adicional.

A compreensão se basearia no seguinte dispositivo:

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Vejam-se os precedentes ilustrativos da controvérsia jurídica:

Apelação n.º 0713544-24.2016.8.02.0001

Adicional de Insalubridade

1ª Câmara Cível

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação sob nº 0713544-24.2014.8.02.0001 à epígrafe, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, na conformidade da certidão da ata de julgamento, à unanimidade votos, CONHECER do recurso de apelação; e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(...)

"Dessa forma, tratando-se, *in casu*, de sentença ilíquida, os juros de mora deverão incidir a partir da citação, na conformidade dos arts. 219 do CPC e 405 do Código Civil."

Maceió/AL, 11 de março de 2020.

Apelação / Reexame Necessário n.º 0704251-64.2015.8.02.0001

Adicional de Insalubridade

2ª Câmara Cível

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, em CONHECER do recurso do Ente Público à unanimidade de votos, para, no mérito, por idêntica votação, NEGAR-LHE PROVIMENTO. Fixa-se, ainda, de ofício, os juros moratórios e a correção monetária, nos termos do voto exarado.

"Quanto a esse aspecto, no tocante aos juros moratórios, estes devem fluir a partir da citação, nos termos dos arts. 240 do CPC e 405 do Código Civil. Com efeito, somente após a apreciação do pleito pelo Poder Judiciário, será possível estabelecer os valores devidos, os quais dependem de cálculos a serem efetuados, o que denota a iliquidez da obrigação."

Maceió, 30 de abril de 2020.

Apelação Cível n. 0727098-94.2014.8.02.0001

Adicional de Insalubridade

3ª Câmara Cível

Nos autos de n. 0727098-94.2014.8.02.0001 em que figuram como parte recorrente 'Estado de Alagoas e como parte recorrida Milton Luiz Silva Filho, ACORDAM os membros da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, à unanimidade de votos, em CONHECER do recurso para, por idêntica votação, NEGAR-LHE PROVIMENTO nos termos do voto do relator. Participaram deste julgamento os Desembargadores constantes na certidão retro

(...)

"40 No que tange ao termo inicial dos juros de mora, sabendo-se que a condenação resulta de responsabilidade contratual por obrigação líquida, estes devem incidir desde os seus vencimentos, por força do que dispõe o art. 397 do CC."

Maceió, 16 de abril de 2020.

Como se vê, enquanto 6 (seis) Desembargadores compreendem se tratar de uma obrigação ilíquida, outros 3 (três) Desembargadores entendem ser a hipótese de obrigação líquida. Pelo cálculo de quórum em eventual julgamento de IRDR, se todos participassem da mesma discussão na Seção Especializada, em teoria, o entendimento ao que tudo indica seria pacificado no sentido da tese predominante nas 1ª e 2ª Câmaras Cíveis da Corte Estadual.

Nesse toar, seriam legitimados a propor o IRDR, de acordo com o CPC:

Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

No entanto, até a presente data não se tem notícia de que algum dos indicados nos incisos acima tenha se disposto a requerer a instauração do IRDR acerca desta relevante discussão jurídica.

A par disso, perpetuam-se, diariamente, cenas incongruentes de servidores públicos submetidos à mesma situação – detentores de retroativos decorrentes de adicionais de insalubridade – porém alguns têm em seu favor a incidência de juros de mora desde o inadimplemento (artigo 397 do CC na 3ª Câmara Cível), enquanto outros (1ª e 2ª Câmaras Cíveis) apenas possuem direito apenas a partir do ato de citação.

Na prática, a maioria dos jurisdicionados (1ª e 2ª Câmaras Cíveis) têm valores menores a receber, dado que o marco inicial dos juros de mora a partir da citação favorece à Fazenda Pública, enquanto que uma minoria (3ª Câmara Cível) receberá quantias maiores em função da retroação dos efeitos ao inadimplemento.

Em argumentação, considerando que o prazo para o ajuizamento de ações desse jaez em face da Fazenda Pública é de 5 (cinco) anos (artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932), quem tiver em seu favor a tese da 1ª e 2ª Câmaras Cíveis perderá até 5 (cinco) anos de juros de mora incidente sobre o valor da condenação, enquanto que o jurisdicionado da 3ª Câmara Cível, em idêntica situação, ganhará até 5 (cinco) anos de juros de mora incidente sobre a quantia condenatória.

Isto, vale mencionar, simplesmente por um sorteio aleatório que define qual Câmara Cível julgará o caso. Repita-se: um sorteio para julgar ações idênticas, quase sempre movidas pelos mesmos escritórios de advocacia.

Não por outra razão, recentemente, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei nº 4.657/1942 – foi alterado pela Lei Federal nº 13.655/2018 com o fito de prever que:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Nesse viés, a segurança jurídica se traduz, na concreção de seu alcance, valor de transcendente relevância política, jurídica e social, a caracterizar um dos fundamentos estruturantes do próprio Estado Democrático de Direito. Por isso as cabíveis considerações de Nelson Nery Júnior e de Rosa Maria de Andrade Nery:

“A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do Estado Democrático de Direito (CF 1º ‘caput’). Entre o ‘justo absoluto’, utópico, e o ‘justo possível’, realizável, o sistema constitucional brasileiro,

a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo ('justo possível'), que também se consubstancia na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado Democrático de Direito, fundamento da República brasileira.

(...)

A doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como 'elemento de existência' do Estado Democrático de Direito (...). A 'supremacia da Constituição' está na própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (CF 1º 'caput'), não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito (...).

(...) 'Desconsiderar' a coisa julgada é ofender a Carta Magna, deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF 1º 'caput'). (...)

Consoante o direito constitucional de ação (CF 5º XXXV), busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. A sentença 'justa' é o ideal – 'utópico' – maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a 'segurança' das relações sociais e jurídicas. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada)"[1]

Em suma, é de se dizer que: "*Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro*"[2]. Inúmeras decisões diferentes para casos iguais revelam uma ordem jurídica incoerente. O sistema jurídico necessita de previsibilidade, não de aleatoriedade lastreada em sorteios.

3. Conclusão

Como, então, falar-se em isonomia processual quando a definição da aplicabilidade de uma ou outra tese jurídica ocorre por um sorteio e não pela real

pacificação de um entendimento, ainda que majoritário, de toda a Corte Estadual? Soa justo entregar prestações jurisdicionais diametralmente opostas em casos idênticos? É coerente determinar que a Fazenda Pública se submeta a esta alteração recorrente de posicionamentos acerca do tema, a depender de um sorteio?

Daí porque o novo CPC em seu artigo 976 do CPC previu a instauração do IRDR, que é cabível quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (inciso I) e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (inciso II).

No entanto, de nada adianta que tenha havido a inovação na lei processual de 2015 se os legitimados ao pedido de IRDR não se dispuserem a lançar mão deste relevante instituto jurídico pacificador da jurisprudência e criador de precedentes. É preciso uma mudança de mentalidade que leve a ações concretas, a fim de garantir a real efetividade da jurisdição.

Por pertinente, vale a transcrição de posição com a qual este artigo se filia, da lavra do doutrinador Kiyoshi Harada, traduzindo, com maestria, o significado da devida efetividade da jurisdição:

Ninguém bate às portas do Judiciário para obter uma decisão exemplar em termos de erudição, de riqueza vocabular, de beleza estilística ou de outra coisa qualquer. Quem provoca a jurisdição do Estado quer ver não apenas proclamado o seu direito subjetivo material, como também, e principalmente, o resultado prático traduzido em termos de efetiva satisfação do direito pleiteado. Afinal, jurisdição outra coisa não é senão o poder estatal de aplicar a lei ao caso concreto nas relações entre os indivíduos ou entre indivíduos e a sociedade, com o fito de promover a justiça.[3]

Volvendo os olhos para o caso em análise, seria justo, nesta perspectiva, entregar prestações jurisdicionais diversas, sob o critério de sorteio? Ou seria mais adequado instaurar um IRDR para fins de pacificação dos entendimentos, dando a cada um, Fazenda Pública e cidadão, aquilo que representa o pensamento uniforme ou, ao menos, majoritário de uma Corte de Justiça?

No contexto, cabe a lembrança das sábias palavras de Rui Barbosa:

"A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade (...) Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real."[4]

Que então, na situação ora narrada, busque-se através do IRDR realizar a justiça sob o manto da igualdade proclamada pelo Águia de Haia. É isto que se defende e se espera do Poder Judiciário. Mais técnica processual na criação e aplicação de precedentes. Menos sorteio aleatório na vida dos jurisdicionados. Definitivamente, Direito não deve se tornar uma loteria jurídica. Direito exige estabilidade.

3.Referências bibliográficas

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Martin Claret: São Paulo, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

____. CPC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

____. CC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

____. LINDB. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

____. Decreto 20.910/1932. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

____. TJAL. Regimento Interno. Disponível em: <<https://www.tjal.jus.br/organizacao/c81b800134fa4a0edec775c1a542a0cc.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

____. TJAL. Código de Organização Judiciária do Estado de Alagoas. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

____. TJAL. Jurisprudência. Disponível em: <<https://www2.tjal.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

HARADA, Kiyoshi. **Efetividade da jurisdição**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/efetividade-da-jurisdiacao/>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 188.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007.

NOTAS:

[1] In **Código de Processo Civil Comentado**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 680, item n. 1, p. 685, item n. 23, e p. 687, itens ns. 27 e 29.

[2] MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 188.

[3]. In **Efetividade da jurisdição**. Âmbito Jurídico. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/efetividade-da-jurisdicao/> >. Acesso em: 25 mai. 2020.

[4] In **Oração aos Moços**. Martin Claret: São Paulo, 2003, p. 19.

A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO E O NOVO PACOTE ANTICRIME

EMERSON LEANDRO DA SILVA BARBOSA:

Bacharelando do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho.

LEVI MACHADO DE GÓIS^[1]
(coautor)

ROGÉRIO SARAIVA XEREZ^[2]
(orientador)

RESUMO: O presente estudo tem como escopo fazer uma análise acerca da participação do juiz na decretação da prisão preventiva, mais especificamente quanto à sua atuação *ex officio*, diante das previsões do nosso ordenamento jurídico, especialmente frente às alterações trazidas recentemente pelo denominado pacote anticrime. Dessa forma, discorrem-se acerca dos sistemas processuais penais, suas características, bem como a ligação de cada sistema com Estados autoritários ou democráticos. Abordou-se também a supremacia da Constituição Federal no ordenamento jurídico brasileiro e o sistema processual penal pelo qual opta a carta magna. Por fim, tratou-se mais detalhadamente da prisão preventiva, em especial a possibilidade de sua decretação de ofício pela autoridade judicial frente a nosso ordenamento jurídico e suas alterações trazidas pela lei n. 13.964/2019. Após análise da Constituição Federal e as recentes alterações legislativas no processo penal brasileiro, constatou-se a impossibilidade da decretação daquela medida cautelar restritiva de liberdade de ofício pela autoridade judicial. O estudo desenvolveu-se por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e análise da legislação.

Palavras-chave: Sistemas Processuais Penais. Prisão Preventiva. Decretação de Ofício.

Sumário: 1 Introdução. 2 Sistemas Processuais Penais. 2.1 Sistema Acusatório. 2.2 Sistema Inquisitório. 2.3 Sistema Misto. 3 Supremacia da Constituição e Sistema Brasileiro. 4 Decretação da Prisão Preventiva. 4.1 Fundamentos da Prisão Preventiva. 4.2 Condições de Admissibilidade. 4.3 Motivada e Fundamentada. 4.4 Medida Revogável. 4.5 Decretação de Ofício. 5 Conclusão. 6 Referências

1 INTRODUÇÃO

O instituto da prisão preventiva, presente no ordenamento jurídico brasileiro, com disposições específicas nos arts 311 a 316 do Código de Processo Penal, é uma medida de natureza cautelar, portanto, decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Como nesse estágio o acusado está amparado pela

presunção de inocência, ela deve preencher os requisitos legalmente previstos, além de estar devidamente motivada e fundamentada para que possa ser decretada.

Por significar restrição à liberdade, deve haver o fundado receio, estritamente amparado em ditames legais, de que o acusado em liberdade venha a praticar novas infrações ou de alguma forma prejudique o andamento da investigação policial ou do processo penal, além da prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, conforme preceitua o art. 312 do Código de Processo Penal.

Por essa razão, necessária se faz a análise detalhada dos requisitos que autorizam sua decretação e as condições de admissibilidade. Nessa teia, se reveste de importância a análise dos sistemas processuais penais, distinguindo-os entre si e destacando qual condiz com os ditames estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Procura-se evidenciar a relevância da alteração promovida na redação do art. 311 do Código de Processo Penal, pela lei 13.964/2019 (pacote anticrime), em face da anterior redação dada pela lei 12.403/2011, ao não mais permitir que a prisão preventiva pudesse ser decretada de ofício pelo magistrado.

Assim sendo, partindo da análise do instituto, bem como dos preceitos constitucionais e da condição de excepcionalidade da medida, o presente estudo tem por objetivo abordar acerca da discussão quanto à constitucionalidade da nova disposição do art. 311 do Código de Processo Penal, no que concerne à decretação da prisão preventiva de ofício, utilizando-se, para tanto, de pesquisas bibliográficas e análise jurisprudencial acerca do tema disposto.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

É impossível analisar as discussões que giram em torno da prisão preventiva de ofício sem realizar um levantamento sobre os sistemas processuais penais. Nas palavras de Rangel (2010, p.742) o sistema processual penal é um “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.”

Observa-se, que a estrutura processual penal de um Estado é o termômetro que irá determinar se este é um país democrático ou autoritário em relação à sua Constituição. Sendo assim, percebe-se que o sistema processual penal adotado por um Estado, está ligado à forma política em que está embebido.

É bem verdade que se o Estado no caso concreto é embebido de autoritarismo, conseqüentemente irá reverberar no seu sistema processual penal

adotado, a atenção à legalidade processual será frágil, caracterizada por uma maior discricionariedade pelo operador do direito.

Diante dessas observações, tratar-se-á separadamente dos sistemas inquisitórios, acusatório e misto, devido às próprias peculiaridades de cada um dos institutos.

2.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

Leciona Lopes Júnior (2020) que o sistema acusatório, cronologicamente, prevaleceu até meados do século XII, sendo substituído paulatinamente pelo modelo inquisitório que predominou com plenitude até o final do século XVIII, momento em que os movimentos políticos e sociais levaram novamente a uma mudança de sistema processual penal.

No mesmo sentido, Lima (2019) ensina que o sistema acusatório esteve em vigência em quase toda a Antiguidade grega e romana, assim também na Idade Média, nos domínios do direito germano. Outrossim, a partir do século XIII entra em declínio, quando passa a prevalecer o sistema inquisitivo.

Para Ferrajoli (2008, p. 518), “as principais características do sistema acusatório são a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do julgamento”. Sendo assim, constata-se que esse sistema prima pela imparcialidade do juiz, visto que ele deixa de ser parte na persecução penal.

Vale ressaltar que, esse sistema tem como características principais, a existência da separação das funções de acusar, defender e julgar, ou seja, esses ofícios são exercidos por órgãos distintos.

Ademais, esse sistema processual contempla a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, a oralidade, e a publicidade dos atos processuais, entre outros institutos processuais que corroboram para a imparcialidade do julgador, que, segundo Lopes Júnior (2018) é o princípio supremo do processo penal.

No tocante à função do magistrado, este deve assumir a figura de expectador, ou seja, um terceiro alheio à atividade investigativa e ser passivo em relação à coleta de provas. Nesse sentido, caso o juiz detenha a função de investigador, a imparcialidade restará inegavelmente prejudicada e por evidente, não se pode pensar num sistema acusatório desconectado com o princípio supremo da imparcialidade.

Em suma, nesse sistema existe a máxima de que para que o acusado tenha uma defesa plena, é necessário a observância de determinadas garantias processuais, a título de exemplo, deve ao acusado ser garantido o acesso à toda matéria que a ele esteja sendo imputada, para que possa exercer plenamente o contraditório, bem como ter ciência das consequências de suas decisões no decorrer dos atos processuais, ademais razão do corolário da presunção de inocência, jamais ser a outorgado a ele o ônus da prova (ZILLI, 2003).

2.2 SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitório é caracterizado por ser um modelo histórico. Em meados do século XII, este sistema foi paulatinamente substituindo o sistema acusatório. No século XIII, foi criado o Tribunal da inquisição, cujo objetivo era reprimir a heresia e todas as condutas contrárias aos mandamentos da igreja católica. (LIMA, 2019)

Nesse sistema, o réu ao invés de ser tratado como um sujeito de direitos, é um tratado como um mero objeto da persecução penal. Em se tratando de convencimento do julgador e apreciação das provas, prevalece o instituto do livre convencimento do magistrado, ou seja, o juiz não precisa fundamentar suas decisões.

Para Aury Lopes Júnior:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu. (LOPES JÚNIOR; 2018, p. 42)

De forma contrária ao acusatório, uma das peculiaridades mais impactante do sistema inquisitório é a de concentrar num mesmo órgão a função de acusar, defender e julgar.

Além disso, é caracterizado pela preponderância da sigilosidade, bem como pela inexistência do contraditório e ampla defesa, deixando com o juiz a função de produzir as provas e não com às partes.

No mesmo sentido, vale citar o entendimento de Jacinto Coutinho:

Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece, sem embargo de sua fonte, a igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos –, mantém-se hígido. (COUTINHO; 2001, p.18).

Ao longo do tempo o sistema inquisitório foi sendo desacreditado, justamente em razão da dicotomia em acreditar que uma mesma pessoa pudesse exercer funções claramente opostas em uma persecução processual penal, qual seja, a de investigar, acusar, defender e julgar.

2.3 SISTEMA MISTO

Em meados do século XIII o sistema inquisitorial passou a sofrer modificações com a influência napoleônica, que instituiu o chamado sistema misto. Esse instituto trata-se de um modelo novo, funcionando como uma fusão do sistema acusatório e inquisitório, surgindo com o Code d' Instruction Criminelle francês, de 1808. Sendo esse o motivo de também ser denominado sistema francês (LIMA, 2019).

Esse sistema é denominado misto devido a ideia de que o processo é dividido em duas fases, a primeira fase inquisitória e a segunda acusatória. A fase inquisitória elencada nesse sistema seria o inquérito, (fase pré-processual) e a fase acusatória seria o processo propriamente dito, dotado de publicidade, ampla defesa, contraditório e com isso igualdade entre as partes.

Esse sistema é bastante criticado pela doutrina. O professor Aury Lopes Jr (2020, p. 64) afirma que “dizer que um sistema é ‘misto’ é não dizer quase nada sobre ele, pois misto todos são”, sendo assim, observa-se que essa é uma classificação genérica, visto que é uma característica embebida nos outros sistemas.

Nesse sentido, leciona Lima (2019, p. 43):

E chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade.

Nessa vereda, na fase inquisitória predomina a forma inquisitiva, e na fase processual propriamente dita, possibilitaria a preponderância da forma acusatória. Entretanto, para Lopes Júnior (2018), esse entendimento é reducionista e genérico, pelo fato de que todos os sistemas são mistos.

Ademais, para Lopes Júnior (2020, p. 62) “de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória, determine de ofício a coleta de provas”.

Assim, haja vista a inexistência de um sistema misto, o professor Aury Lopes Jr (2020, p. 61), leciona que “é crucial analisar qual o núcleo fundante para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se o princípio informador é o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz) ou acusatório, (gestão das provas nas mãos das partes)”.

Diante do exposto, tendo em vista a inexistência de um sistema misto, para poder distinguir se um sistema é acusatório ou inquisitório, se faz necessário a análise do seu núcleo fundante, leia-se, saber quem detém a gestão das provas.

3 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E SISTEMA BRASILEIRO

Inicialmente vale destacar, que é na Europa, em especial após a primeira Guerra Mundial, em 1920, que a supremacia da Constituição, o Estado Constitucional e a criação de tribunais constitucionais surgiram e se firmaram. (TAVARES, 2020).

É sabido que a Constituição Federal é um conjunto de normas fundamentais e supremas, que podem ser escritas ou não e este regramento é responsável pela organização jurídica e política do Estado.

Leciona Tavares (2020, p. 179) que o “Direito Constitucional vocaciona-se à estruturação do Poder, fornecendo-lhe os contornos de atuação e limites de sua atividade, tendo sido, desde o final do século XX, o berço natural da positivação dos direitos humanos”. Logo, a Carta Política de um país é o regramento basilar para toda a ordem jurídica vigente, sendo considerada uma fonte originária do Estado de Direito.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro também tem na constituição sua norma fundamental. Assim, em nosso ordenamento a norma só possui validade caso tenha compatibilidade com a constituição Federal de 1988.

Preleciona Valerio de Oliveira Mazzuoli (2009, p. 108) que: “lei formalmente vigente é aquela elaborada pelo Parlamento, de acordo com as regras do processo

legislativo estabelecidas pela Constituição, que já tem condições de estar em vigor; lei válida é a lei vigente compatível com o texto constitucional”.

Além do mais, para uma norma infraconstitucional ter validade no ordenamento jurídico brasileiro é necessário que esta tenha compatibilidade formal e material com a Constituição Federal de 1988. Existem diversos mecanismos que podem ser usados para verificar se uma determinada norma tem compatibilidade com a Carta Política de 1988 ou não, que é denominado de controle de constitucionalidade, que pode ser na forma concentrada e na forma difusa.

Ensina Lenza (2016) que o controle de constitucionalidade se consubstancia pela característica essencial da nossa Constituição que é a rigidez, ou seja, para a Magna carta ser alterada exige-se um processo mais solene, mas árduo. Para o mesmo autor o controle de constitucionalidade é a concretização do princípio da supremacia da constituição sobre todas as outras normas.

A supremacia da Constituição significa o dever de subordinação, compatibilidade e vinculação plena de todos os Poderes do Estado a suas normas, dada a hierarquia desse regramento ao ordenamento jurídico.

Essa hierarquia normativa inegavelmente é um pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a Constituição Federal o topo da pirâmide (no sentido hierárquico) do sistema normativo, é nessa norma suprema que o legislador ordinário terá como parâmetro de produção de leis infraconstitucionais, compatibilizando-se à aquela, sua forma e conteúdo.

Cezar Roberto Bitencourt ao lecionar sobre o tema afirma que “para a vigência e validade da produção jurídica normativa interna é necessária a sua compatibilidade com o texto constitucional, sob pena de configurar vício de inconstitucionalidade”. (BITENCOURT, 2018, p. 603).

A nossa carta política foi promulgada (democraticamente) entrando em vigência em 1988, esta é a norma suprema, ou seja, todas as outras leis devem tê-la como parâmetro, não podendo nenhuma lei ou norma confrontá-la. Vale ressaltar, que a Constituição Federal cria limites aos criadores (poder legislativo) e aos aplicadores da lei e define direitos e deveres a todo os cidadãos.

Neste sentido, afirma Siqueira Júnior que:

A supremacia da Constituição é uma característica que decorre da sua própria essência, na medida em que é a norma que institui, organiza e harmoniza o próprio sistema jurídico e estabelece a competência das pessoas políticas, disciplinando

o poder estatal. O fato de a Constituição ser o fundamento de validade e unidade do sistema jurídico já a dota de superioridade (SIQUEIRA JR, 2012, p. 106).

Em relação ao dever de compatibilidade das normas infraconstitucionais, a título de exemplo, o Código de Processo Civil, de forma expressa, estabelece em seu artigo primeiro que todas as regras procedimentais nele elencadas serão aplicáveis com observância à Constituição Federal de 1988.

Logo, apesar de o código de Processo Penal não estabelecer expressamente esse dever de compatibilização, este também deve ter como parâmetro os ditames estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, Siqueira Júnior (2012, p. 144), leciona que:

“Da supremacia constitucional surge à necessidade da compatibilidade das normas jurídicas inferiores com a Constituição. O pressuposto de validade da norma de hierarquia inferior é a compatibilidade ou consonância com a Constituição”.

Em que pese à evidência de que o Código de Processo Penal possui características de um sistema inquisitivo, a Constituição Federal de 1988 inegavelmente prima pelo sistema processual acusatório, uma vez que não concentra em um mesmo órgão as funções de acusar, julgar e defender.

Assim, vale citar como exemplo o princípio da Inércia, que assegura que a ação penal só será iniciada após o juiz ser provocado, seja pelo Ministério Público ou pelo próprio ofendido, a depender da natureza da ação penal.

Ademais, em razão do princípio supremo da imparcialidade, ensina Lopes Júnior (2020, p.70) que:

A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.

Vale mencionar entendimento jurisprudencial sobre o tema:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - RECURDO DEFENSIVO - LATROCÍNIO TENTADO - ALEGAÇÕES FINAIS MINISTERIAIS - PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ROUBO

MAJORADO TENTADO - SISTEMA ACUSATÓRIO - VINCULAÇÃO DO JULGADOR - OBRIGATORIEDADE - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - NÃO CABIMENTO - EFEITO DA CONDENAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O sistema acusatório adotado pela Constituição da República vincula o julgador ao pedido ministerial de desclassificação do delito de latrocínio tentado para o de roubo majorado tentado. O pagamento das custas processuais é um dos efeitos da condenação penal, consoante art. 804, do Código de Processo Penal. Conforme orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a apreciação da isenção deve ser reservada ao Juízo da Execução, diante da possibilidade de alteração após a condenação.

(TJ-MG - APR: 10514080338437001 MG, Relator: Alexandre Victor de Carvalho, Data de Julgamento: 11/06/2019, Data de Publicação: 17/06/2019)

Logo, pelo fato do processo penal vigente conter alguns artigos e dispositivos que vão de encontro com as garantias processuais penais estabelecidas na Carta Magna de 1988, sua aplicabilidade deverá ser condicionada à compatibilidade com a norma suprema, ou seja, se faz necessária uma filtragem constitucional, tendo como objetivo a concretização do sistema acusatório.

Pondo fim em qualquer divergência sobre a temática, vale citar a inclusão pela Lei nº 13.964, de 2019 do art. 3-**A**, *in verbis*: "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação."

Em suma, atualmente pode-se afirmar que o processo penal brasileiro além de constitucionalmente acusatório, com a alteração trazida pela lei 13.964/2019, é também expressamente legal (art. 3º-A do CPP).

4 DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Visto que a Constituição Federal traz expressamente em seu texto a presunção de inocência, a regra é que só se considera alguém culpado após o trânsito em julgado da sentença, porém, nesse ínterim podem ocorrer eventos que prejudiquem o normal desenvolvimento do processo.

Dessa forma, se justifica assim a adoção de medidas cautelares, que, nas palavras de Lopes Júnior (2018, p. 583) "buscam garantir o normal desenvolvimento

do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo”.

Entre as quais, destacam-se a prisão em flagrante, também chamada de precautelar, a prisão temporária, prisão domiciliar e a prisão preventiva, e ainda medidas cautelares diversas da prisão, todas visando proporcionar segurança ao processo penal, para que este possa ter seu regular desenvolvimento.

A prisão preventiva, no ordenamento jurídico brasileiro, representa uma medida de natureza cautelar, com previsão expressa no Código de Processo Penal, em seus arts 311 a 316. Trata-se de uma prisão cautelar, ou seja, decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse estágio, o réu goza da presunção de inocência, explicitamente prevista em nossa carta magna, em seu art. 5º, LVII, tratando-se, dessa forma, de medida considerada excepcional, pois não há aqui a culpabilidade comprovada do réu mas sim uma medida que no caso concreto se torna necessária devido à sua periculosidade e como esta pode influenciar no processo.

A esse respeito, muito bem se posiciona Lima (2019, p. 48), quando afirma que

Por força do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, não se pode admitir que a medida seja usada como meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do acusado.

O citado posicionamento corrobora a natureza de excepcionalidade da medida, justamente por se viver em um Estado pautado na condição de inocência do réu. Portanto, ao se tratar de prisão preventiva, é necessário destacar que se trata de prisão onde não há pena, diferente da prisão penal, que se dá após a sentença.

Observa-se claramente o estado de *ultima ratio* da prisão preventiva quando, no art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal, o legislador se utiliza da expressão “em último caso”, ao se referir à sua decretação quando houver o descumprimento de qualquer das obrigações impostas.

Foi necessário que o instituto se moldasse com o passar do tempo até se encontrar na forma como está disposto atualmente, visto o Código de Processo Penal brasileiro ter sido criado em 1941, portanto, inspirado fortemente em ideais

totalitários, e, portanto, muitas de suas disposições não se compatibilizarem com a Constituição de 1988, pautada sob o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Com a reforma da lei 12.403/2011, passou o art. 319 do CPP a estabelecer medidas cautelares diversas da prisão, reforçando mais uma vez o seu caráter de excepcionalidade, e mais recentemente, com a lei n. 13.964/2019, que alterou, dentre outros, o art. 311 do CPP, no sentido de não mais possibilitar a decretação da prisão preventiva de ofício, outro importante passo se considerarmos um processo penal humanitário.

Ocorre que houve uma banalização na aplicação da prisão preventiva no Brasil, e para que isso não ocorra, a lei disciplina a necessidade da demonstração da necessidade e adequação da medida, sendo a mesma ilegal se não forem observados tais requisitos (RANGEL, 2014). É importante para que se evite arbitrariedades na sua aplicação, pois, como já afirmado, trata-se de prisão cautelar e não de prisão penal.

4.1 FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Segundo disposição do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada visando a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou ainda para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Sua decretação se condiciona com a presença do *fumus comissi delicti*, baseado na prova de existência do crime e indício suficiente de autoria. É portanto indispensável, nesse sentido, de acordo com as palavras de Lima (2019, p. 989) que “o juiz verifique que a conduta supostamente praticada pelo agente é típica, ilícita e culpável, apontando as provas em que se apoia sua convicção”. Também do *periculum libertatis*, quando o estado de liberdade do imputado gera fundado receio no que se refere ao normal desenvolvimento do processo.

Quanto à garantia da ordem pública, há aqui um conceito demasiadamente vago e impreciso sobre o que seria de fato no caso concreto. Em sua crítica à imprecisão do conceito, Lopes Júnior (2018, p. 637) afirma que “é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de ‘clamor público’, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua ‘tranquilidade’”.

Quanto ao requisito, Lima (2019, p. 992) sustenta que “com base na garantia da ordem pública, faz-se um juízo de periculosidade (e não de culpabilidade), que,

em caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada cautelar do convívio social”. Seria, portanto, o receio de que o agente viesse a reiterar sua conduta.

No que se refere à ordem econômica, esse requisito foi inserido no Código de Processo Penal em virtude da lei nº 8.884/1994 (lei antitruste), com a finalidade de disciplinar condutas que afetem a ordem econômica. Ao se referir sobre o requisito, Rangel (2014, p. 808), afirma que a norma “quis permitir a prisão do autor do fato-crime que perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados, a eliminação de concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

Sobre a conveniência da instrução criminal, Lopes Júnior (2018) salienta que a liberdade do acusado, no caso concreto, põe em risco o normal desenvolvimento do processo, como a coleta de provas, destruição de documentos, ameaça a testemunhas, vítimas ou peritos. Portanto, se faz conveniente para a instrução criminal que seja decretada a prisão preventiva do acusado.

Fundamenta-se a decretação da prisão preventiva ainda para assegurar a aplicação da lei penal, com o objetivo de evitar, por exemplo, que o acusado fuja, com o objetivo de impossibilitar a aplicação pena imposta. Neste sentido, deve haver o fundado receio de que o acusado fuja, e não apenas presunção.

Diante dos fundamentos supracitados, é imperioso destacar que em todos eles deve ser demonstrado o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, trazendo a redação do § 2º do art. 312 do Código de Processo Penal que a decisão deve ser motivada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

4.2 CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

Cumpra salientar que para além dos requisitos já analisados do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva apenas poderá ser decretada em caso de crime doloso, o que já evidencia, por tanto, a impossibilidade de sua aplicação quando se tratar de crime culposos.

Deve ser observado também para sua decretação as disposições constantes do art. 313 do Código de Processo Penal, conforme análise a seguir.

Preleciona o inciso I do art. 313 do Código de Processo Penal que será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. A esse respeito, muito bem destaca Lopes Júnior (2018, p. 641) que “nos crimes dolosos cuja pena máxima é superior a 4 anos e exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, poderão ser

utilizadas as medidas cautelares diversas ou, se inadequadas ou insuficientes, a prisão preventiva”.

Mais uma vez aqui destaca-se o seu caráter de excepcionalidade, visto que a legislação traz hipóteses de medidas cautelares diversas da prisão. Frisa-se ainda que o disposto no art. 313 deve sempre estar em consonância com o estabelecido no art. 312 do Código de Processo Penal, de modo que mesmo que esteja dentro do limite de pena estabelecido aqui, deve haver concomitantemente a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Disciplina o inciso II do mesmo artigo que será admitida sua decretação quando se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. O referido inciso trata da reincidência em crime doloso como critério para a decretação da prisão preventiva.

Destaca ainda o inciso III, que diz ser condição se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Há de se destacar o contexto doméstico e familiar em que ocorre a violência. A respeito desse inciso, Rangel (2014, p. 822) tece críticas quando afirma que:

A duas, que o art. 313 deve ser interpretado de forma sistemática, ou seja, caberá prisão preventiva se for crime doloso com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro anos), como dito acima. Logo, o crime de lesão corporal de natureza leve descrito no art. 129, *caput* e seu § 9º, do CP não admite prisão preventiva

Aqui, Paulo Rangel destaca que mesmo que ao final do processo por lesão corporal leve o réu fosse condenado, o mesmo não seria preso em decorrência da pena, que é de três meses a três anos, não sendo, portanto, admissível a prisão preventiva.

Afirma o § 1º do art. 313 do Código de Processo Penal que também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Mais uma vez, cumpre destacar que a análise deve se compatibilizar com os demais dispositivos, ou seja, para que esta prisão seja decretada, é necessário a presença do *fumus commissi delicti* bem como do *periculum libertatis*.

Importante se faz a disposição do § 2º, incluído pela lei 13.964/2019, que aduz não ser admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia, pois, como já mencionado, trata-se de medida cautelar, jamais podendo ser utilizada como antecipação de pena ou presunção de culpabilidade.

Afirma ainda o art. 314 do Código de Processo Penal que a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Código Penal.

Assim sendo, se o agente tiver praticado o fato em condições que excluem a ilicitude, quais sejam, em estado de necessidade, em legítima defesa ou em estrito cumprimento de dever legal ou em exercício regular de direito, pois não há sentido em decretar a prisão preventiva se a própria conduta se enquadra em uma excludente de ilicitude.

4.3 MOTIVADA E FUNDAMENTADA

Disciplina o art. 315, *caput*, do Código de Processo Penal que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. Aqui se concentra um importante princípio constitucional, fundamental em um Estado democrático, que é o da motivação das decisões judiciais (CRFB/88, art. 93, IX).

Portanto, ao decretar a prisão preventiva, o juiz deve motivar e fundamentar a sua decisão, com o objetivo de evitar arbitrariedades, algo inaceitável em um processo penal pautado em princípios constitucionais. Ao discorrer sobre o tema, Rangel (2014) entende que o juiz não deve apenas copiar o que a lei diz, mas sim demonstrar, nos autos do processo, de acordo com o caso concreto, onde está, por exemplo, a necessidade de garantia da ordem pública que justifique a prisão do acusado.

Para Nucci (2012, p. 334), "o fornecimento de motivos, fundamentando uma decisão, indica o vínculo indispensável entre o magistrado e a lei, fonte da qual deve emanar a sua legitimidade de atuação". Dessa forma, o magistrado deve motivar as suas decisões, fundamentando de acordo com as disposições legais.

Entende De Lucca (2015) que a atividade jurisdicional deve observar o princípio máximo do devido processo legal, que não só disciplina o exercício do poder, como protege garantias e faculdades tidas como essenciais aos sujeitos do processo. Portanto, ao se pensar em devido processo legal, inegável se faz a sua conexão com a motivação e fundamentação das decisões judiciais.

Aduz o § 1º do referido art. 315 do Código de Processo Penal que na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Mais uma vez vê-se aqui a motivação como requisito para tal decretação, não só da prisão preventiva, como de qualquer outra medida cautelar, onde o juiz deve indicar concretamente, ou seja, não apenas baseado em presunções, que há a existência de fatos novos ou contemporâneos no caso concreto que justifiquem tal medida, de modo a não cercear a qualquer custo a liberdade do acusado, que é a regra, visto que neste estágio não há trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O § 2º do já citado dispositivo traz hipóteses onde não se considera fundamentada as decisões judiciais, quais sejam:

- I- limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II- empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III- invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV- não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V- limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 1941).

Portanto, o legislador fez questão de deixar claro as hipóteses onde não se considera fundamentada uma decisão, como meras reproduções da lei sem adequá-

las ao caso concreto, aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, motivos que não justificam a decisão, não enfrentamento de todos os argumentos que poderiam justificar a decisão adotada e limitação à invocação de precedentes ou súmulas sem demonstrar a adequação ao caso.

Assim, mostra-se indispensável a apresentação de motivação e fundamentação das decisões judiciais, sem as quais considera-se nula a prisão, acarretando, com isso, a liberdade do acusado.

4.4 MEDIDA REVOGÁVEL

A prisão preventiva, como medida cautelar, pode ser revogada, cumprindo as disposições do art. 316 do Código de Processo Penal, que disciplina a possibilidade do juiz, de ofício ou a requerimento das partes, revogar a mesma, quando no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Rangel (2014) defende que a expressão *poderá*, contida no dispositivo, não pode significar uma simples faculdade do magistrado, tendo em vista que se trata de um direito de liberdade, e uma vez presentes os requisitos legais, quais sejam o desaparecimento de *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, há o direito do acusado de que lhe seja concedida a liberdade.

Constata-se, portanto, que mesmo tendo sido decretada de forma legal, uma vez desaparecendo os motivos que a determinaram, deve o juiz revogar a prisão preventiva, bem como poderá voltar a decretá-la se sucederem razões que a justifiquem.

Prevê ainda o parágrafo único, incluído pela lei n. 13.964/2019, que uma vez decretada a prisão preventiva, o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, conforme decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Portanto, estipulou o legislador um marco temporal em que deve ser analisada a real necessidade da manutenção da prisão preventiva, com decisão fundamentada, para que, caso não subsista mais o motivo, deva ser imediatamente revogada, sob pena de torná-la ilegal.

4.5 DECRETAÇÃO DE OFÍCIO

Apenas o juízo ou tribunal competente pode decretar a prisão preventiva, desde que a decisão seja fundamentada, a partir de prévio pedido do Ministério

Público (detentor da ação penal) ou mediante representação da autoridade policial, que é o Delegado de Polícia.

Quanto à oficialidade do juízo, em razão de o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Processo Penal vigente ser o sistema acusatório, estabelece o art. 311 do CPP que não cabe prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz.

Vale trazer à baila a nova redação dada pelo Pacote Anticrime ao artigo 311 do CPP: em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Em que pese essa nova redação do art. 311 do CPP, que, expressamente veda a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, é importante frisar que em razão da cultura inquisitória da qual o processo penal foi originalmente influenciado, era até recentemente admitido que o juiz decretasse de ofício a prisão preventiva no curso do processo ou que convertesse a prisão em flagrante em preventiva, sem ser provocado.

Antes da alteração trazida pelo pacote anticrime o artigo 311 do CPP, tinha a seguinte redação:

Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Havia críticas a essa previsão legal, visto que essa faculdade que era dada ao magistrado, de poder decretar de ofício a prisão preventiva, inegavelmente colocava em risco o princípio basilar da imparcialidade e confrontava frontalmente com o sistema acusatório.

Nesse sentido, Geraldo Prado, (2005, p. 182), ao dissertar sobre o tema já se posicionou discordando da previsão legal de atuação do juiz de ofício, asseverando que "é incompatível com o Sistema Acusatório o poder do juiz, por exemplo, de ofício, decretar a prisão preventiva do indiciado".

Outrossim, Lopes Júnior (2020) levantou um duplo erro sobre esse tema, o primeiro era o fato de que o juiz estaria atuando como parte e não como um terceiro alheio, confronta assim o sistema acusatório e o segundo erro frisado por ele foi que esse ativismo judicial vai de encontro ao princípio da imparcialidade.

Vale reiterar que o artigo 3-A do CPP, estabelece de forma expressa que é o sistema processual acusatório o adotado pela nossa Carta Magna, além do mais, ainda nesse artigo há uma vedação ao magistrado de agir de ofício e assim adentrar na esfera que pertence às partes.

Sendo assim, é vedado ao magistrado, atuar como defensor ou acusador, pois isso cabe à partes, logo o dever do juiz é assegurar as regras procedimentais e julgar conforme ao que foi produzido pelas partes.

No tocante à imparcialidade, trata-se de um dos mais importantes temas do Processo Penal, pois em um sistema processual acusatório não há que se pensar em outra forma de atuação do magistrado. Este deve ser imparcial em suas decisões, que, no entendimento de Lopes Júnior (2018) representa a atuação estatal como terceiro no processo, alheio a qualquer interesse das partes, seja no polo ativo ou passivo.

Ademais, é necessário também que o juiz se resguarde de praticar atos investigatórios que o conduza a ter pré-juízos sobre os fatos, para que só assim possa ser efetivado a imparcialidade objetiva e o juiz não venha a realizar prejulgamento da causa.

Coutinho (2001) ensina que o juiz não está acima das partes, mas além de que quaisquer objetivos delas, ou seja, o juiz é inegavelmente o garantido, do devido processo legal, e de todos os direitos fundamentais estabelecidos ao réu.

Corroborando com essa linha de raciocínio, é importante destacar a redação do parágrafo 2º do artigo 282 do CPP, que estabelece que “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”

Ademais, vale citar entendimento jurisprudencial sobre o tema:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO NA FASE INVESTIGATIVA. ILEGALIDADE. Na fase do inquérito policial, o decreto de prisão preventiva, editado de ofício pela autoridade judiciária, ausente o requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, expõe flagrante violação do art. 311 do Código de Processo Penal, caracterizando constrangimento ilegal, reparável pela concessão da ordem mandamental. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA.

(TJ-GO - HC: 05805906320188090000, Relator: Sival Guerra Pires, Data de Julgamento: 26/02/2019, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ de 26/02/2019)

Portanto, a alteração realizada pelo legislador, em retirar a possibilidade de o juiz decretar de ofício a prisão preventiva na fase processual, trata-se de medida positiva cujo o objetivo principal foi resguardar o sistema acusatório e, assim, a imparcialidade do juiz. Além do mais, com a nova com a inclusão do artigo 3-A do CPP, é cristalino que o Sistema processual acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988 é também expressamente legal.

Diante do exposto, para garantia de que o magistrado agirá com a devida imparcialidade no caso concreto, não basta a mera separação das funções de acusar, defender e julgar, mas o afastamento deste de qualquer atividade que implique em poder instrutório no processo.

Sendo vedado assim, que magistrado exerça atividades típicas daqueles que tenham paixão e interesse em determinado resultado do processo, pois a responsabilidade de produzir provas deve se restringir às partes, para que só assim seja concretizada a imparcialidade do juízo.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou analisar a compatibilidade entre a atuação de ofício do juiz na decretação da prisão preventiva e os ditames constitucionais, à luz das alterações promovidas pela lei n. 13.964/2019.

Para tanto, destacou-se os sistemas processuais penais, com suas respectivas características, na medida em que o sistema adotado será fundamental para determinar a forma de aplicação das normas penais.

Ademais, evidenciou-se a supremacia da Constituição Federal, localizando-se esta no topo da hierarquia normativa brasileira, no sentido de demonstrar que todos as normas e institutos devem observância obrigatória aos seus preceitos.

Pôde-se constatar, então, a opção feita pelo constituinte ao sistema acusatório, fundamental em um Estado democrático de direito, na medida em que este traz disposições importantes, como quanto à gestão da prova, a qual deve estar a cargo das partes, à inércia do julgador e a devida imparcialidade com que este deve proceder.

Nesse entendimento, é fundamental o § 2º do art. 282 do Código de Processo Penal, em sua atual redação, ao disciplinar que as medidas cautelares serão

decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Diante disso, observou-se que a nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal, dada pela lei n. 13.964/2019, veio alinhar de forma expressa o CPP com a Constituição Federal, ao vedar a possibilidade do juiz decretar a prisão preventiva de ofício.

Também, nesse sentido, o art. 3º-A do CPP, incluso pela referida lei, ao estabelecer que o Processo Penal terá estrutura acusatória, sendo vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, deixa claro que esse sistema preza pela imparcialidade do julgador.

Portanto, conclui-se que a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz não se compatibiliza com aquilo que preceitua o texto constitucional. Ao passo que as mencionadas alterações ao Código de Processo Penal, pela lei n. 13.964/2019, estão em harmonia com a Constituição Federal, quando apontam para vedação de produção de prova de ofício pelo magistrado ou qualquer comportamento que vá de encontro ao sistema acusatório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02. abr. 2020

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05. abr. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal comentado para concursos**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

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

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 7 ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das Leis processuais Penais. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito Processual Penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____, Tribunal de Justiça de MG. APELAÇÃO CRIMINAL. Apelação Recursal nº1051408033843700. Relator Ministro Alexandre Victor de Carvalho. 11 de junho de 2019. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=TJ-MG+-+APR%3A+10514080338437001>. Acesso em 15 maio. 2020

_____, Tribunal de Justiça de GO. DECRETAÇÃO DA PRISSÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO NA FASE INVESTIGATIVA. Habeas Corpus nº 05805906320188090000. Relator Sival Guerra Pires. 26 de fevereiro de 2019. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=TJ-GO+-+HC%3A+05805906320188090000>. Acesso em 15 maio. 2020.

NOTAS:

[1] Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho. *E-mail*: levimachado01@hotmail.com

[2] Orientador. Professor do Centro Universitário Santo Agostinho. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. *E-mail*: rogerioxerezadv@hotmail.com

IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO CONSULTIVA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

DANILO BRITO MARQUES: Advogado. Graduado pelo Instituto Ciências Jurídicas Professor Camillo Filho. Pós-graduado pela Faculdade Internacional Signorelli.

RESUMO: A presente pesquisa tem como foco a função consultiva realizada pelos Tribunais de Contas que ainda produz diversas indagações sobre sua importância. Ademais, deve-se mencionar que a consulta é bastante questionada, pois não está prevista explicitamente no texto constitucional e não possui caráter vinculante. No entanto diante desse contexto foi elaborada a seguinte problemática: qual a importância da função consultiva dos Tribunais de Contas? Ao evidenciar a hipótese do estudo alguns entendem que se trataria, na verdade uma antecipação do mérito. O próprio Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, em seu artigo 264 prevê que o TCU responde as consultas feitas em tese sobre aplicação de leis e regulamentos de assuntos ligados às competências que possui. Assim, por ser em tese a consulta formulada não pode tratar de caso concreto e fato específico. A resposta do tribunal tem caráter normativo. Muitos tentam usar tal artifício, entretanto, para forçar o tribunal a fazer uma espécie de pré-julgamento de um fato concreto, o que é terminantemente proibido. A relevância do estudo deve-se a importância dos pareceres prévios emitidos pela Corte de Contas, que não possuem natureza decisória, constituindo apenas de natureza optativa, observando qual sua eficácia e efeitos práticos, ressaltando como estes são importantes no exercício do controle externo. Dessa forma o estudo tem com objetivo geral identificar a importância da função consultiva dos Tribunais de Contas e mais especificadamente abordar os aspectos conceituais da administração pública; analisar o controle na Administração Pública; evidenciar a contribuição dos Tribunais de Contas para o controle da Administração Pública e evidenciar a função consultiva do Tribunal de Contas. O presente trabalho foi planejado e executado de acordo com as normas metodológicas exigidas pela ABNT, para tanto, buscou-se na literatura pertinente informações que viabilizassem a execução deste trabalho, através de um estudo bibliográfico, visto que, para a realização do mesmo, as fontes de informações foram obtidos através de livros. Através do estudo verificou-se a importância dos pareceres prévios, dando ênfase também ao processo e consulta, que são questionamentos feitos ao Tribunal de Contas sobre matérias de sua competência com repercussão financeira, contábil, orçamentária operacional e patrimonial nas contas públicas.

Palavras – Chave: Tribunal de Contas. Função Consultiva. Controle Externo.

ABSTRACT: This study focuses on the consultative function performed by the courts

of accounts that still produces several inquiries about its importance. Furthermore, it should be mentioned that the query and pretty much unquestioned, as it is not provided for explicitly in the constitutional text and has no binding character. However in this context was elaborated the following problem: what is the importance of the Advisory function of the Court of accounts? To demonstrate the hypothesis of the study some think it would be, actually an anticipation of merit. The own internal rules of the Court of Auditors, in its article 264 provides that the TCU answers queries in thesis rises application of laws and regulations of matters related to the skills you possess. So, for being in theory the query formulated cannot handle concrete case and fact specific. The reply of the Court have normative character. Many try to use such fireworks, however, to force the Court to make a kind of pre-trial suit concrete, which strictly prohibited. The relevance of the study due to the importance of the previous opinions issued by the Court of Auditors, that do not have decision-making nature, constitute only minor in nature, noting which its effectiveness and practical effects, as these are important in exercising external control. Thus the study with overall objective to identify the importance of the Advisory function of the Court of accounts and more specifically addressing the conceptual aspects of public administration; analyze the control in public administration; highlight the contribution of the Court of Auditors for the control of the public administration and the Advisory function of the Court of Auditors. The present work was planned and executed in accordance with the methodological standards required by ABNT, for both, sought in literature pertinent information that would ensure the implementation of this work, through a bibliographical study, whereas, for the same, the sources of information were obtained through books. Through the study it was found the importance of previous opinions, giving emphasis to the process and consultation, which are questions made to the Court of Auditors on matters of its competence with financial repercussions, accounting, operating budget and assets in the public accounts.

Key-words: Court of Auditors. Consultative Function. External Control.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS; 2.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 2.2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E IMPESSOALIDADE; 2.2.2 PRINCÍPIO DA MORALIDADE; 2.2.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE; 2.2.4 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA; 3 O CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 3.1 DIVERSAS CLASSIFICAÇÕES PARA O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 3.2 CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS; 4 A CONTRIBUIÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DA UNIÃO – TCU PARA O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 4.1 A COMPOSIÇÃO DO TCU COMO ÓRGÃO FISCALIZADOR; 4.2 O PODER DO TCU NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 5 A FUNÇÃO CONSULTIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS; 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem como foco a função consultiva realizada pelos Tribunais de Contas que ainda produz diversas indagações sobre sua importância. Ademais, deve-se mencionar que a consulta é bastante questionada, pois não está prevista explicitamente no texto constitucional e não possui caráter vinculante.

O Tribunal responde às Consultas, na forma de parecer, que tem valor normativo e forma prejudgamento de tese, não de fato ou de caso concreto, mas a direção dada aproveitará quando do exame do caso concreto correspondente. A tese será considerada revogada ou reparada sempre que o Tribunal firmar nova interpretação acerca do mesmo objeto, devendo o parecer conter expressa remissão às consultas anteriores.

No entanto diante desse contexto foi elaborado a seguinte problemática: qual a importância da função consultiva dos Tribunais de Contas?

Ao evidenciar a hipótese do estudo alguns entendem que se trataria, na verdade uma antecipação do mérito. O próprio Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, em seu artigo 264 prevê que o TCU responde as consultas feitas em tese sobre aplicação de leis e regulamentos de assuntos ligados às competências que possui. Assim, por ser em tese a consulta formulada não pode tratar de caso concreto e fato específico. A resposta do tribunal tem caráter normativo. Muitos tentam usar tal artifício, entretanto, para forçar o tribunal a fazer uma espécie de pré-julgamento de um fato concreto, o que terminantemente proibido.

A relevância do estudo deve-se a importância dos pareceres prévios emitidos pela Corte de Contas, que não possuem natureza decisória, constituindo apenas de natureza optativa, observando qual sua eficácia e efeitos práticos, ressaltando como estes são importantes no exercício do controle externo.

Os controles legislativos, que são representados pelo apoio ou rejeição às iniciativas do poder executivo nos legislativos (trata-se aqui de um controle político); os controles de contas, que são essencialmente técnicos, pois têm a função de controlar as contas públicas, subsidiando os legislativos; e os controles judiciais, que objetivam coibir abusos do patrimônio público e do exercício do poder por parte das autoridades. Já em relação ao Poder Executivo, os poderes que o controlam são os controles legislativos e de contas, denominados *controles externos*, ou seja, são órgãos independentes da administração, não participando, portanto, dos atos por ela praticados, pois cabe a eles exercer a fiscalização. Esse conjunto de controles horizontais, internos e externos, é formalmente institucionalizado por uma rede de órgãos autônomos.

Dessa forma o estudo tem com objetivo geral identificar a importância da função dos Tribunais de Contas, abordando os aspectos conceituais da administração pública; analisar o controle na Administração Pública; evidenciar a contribuição dos Tribunais de Contas para o controle da Administração Pública e evidenciar a função consultiva do Tribunal de Contas.

O presente trabalho foi planejado e executado de acordo com as normas metodológicas exigidas pela ABNT, para tanto, buscou-se na literatura pertinente informações que viabilizassem a execução deste trabalho, através de um estudo bibliográfico, visto que, para a realização do mesmo, as fontes de informações foram obtidos através de livros.

Quanto à estrutura do trabalho foi dividido em quatro capítulos: o primeiro aborda os aspectos conceituais da Administração Pública com base nos princípios, o segundo evidencia o controle na Administração Pública diante das classificações, o terceiro aborda a contribuição dos Tribunais de Contas para o controle da Administração Pública com base no poder do órgão e por fim o quarto trata da função consultiva do Tribunal de Contas.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS

Diante da temática apresentada inicialmente faz-se necessário compreender qual o real sentido de Administração Pública. O verbo administrar significa gerir negócios públicos ou particulares, seguindo a lei e utilizando de forma adequada, bens pertencentes a outras pessoas, ou a coletividade. Administração Pública é a gestão de bens e interesses pertencentes à coletividade, que devem ser conservados e utilizados sempre seguindo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum[1].

A principal finalidade da Administração Pública seria zelar e proteger o bem comum, pertencente à coletividade administrada. O agente público que se afastar desse objetivo, estará contrariando a função em que foi investido, devendo os atos por ele praticados serem considerados nulos e sem nenhum efeito expresso.

De acordo com Di Pietro[2] o termo Administração Pública divide-se em dois sentidos distintos:

Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa: compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função

administrativa; em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

A Administração Pública é estruturada de forma hierarquizada de forma autoritária. Assim, de acordo com Carvalho Filho[3] “em um sentido objetivo o verbo administrar indica gerir, zelar, algo relacionado a uma supervisão, e o adjetivo “pública” significaria não só algo ligado ao Poder Público, como também os direitos da coletividade como um todo, ou seja, trata-se da própria gestão dos interesses públicos executados pelo Estado em todas suas atribuições.

Em um sentido subjetivo a expressão Administração Pública significa o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Desse modo, todos os órgãos e agentes, que em qualquer dos três Poderes, estejam exercendo função administrativa, serão integrantes da Administração Pública.

A Administração pública é baseada em uma estrutura de poder com base na subordinação entre os órgãos agentes com distribuição de funções e graduação de autoridade de cada um, e como se sabe, no poder judiciário e no poder legislativo não há hierarquia, portanto esta é privativa na função executiva, como elemento típico da organização e ordenação dos serviços administrativos. De acordo com Meirelles[4]:

A Administração Pública: em sentido formal é o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em uma acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos próprios serviços do Estado ou por ele assumidos em benefícios da coletividade. Numa visão global, a Administração é pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas.

Observa-se que a Administração Pública é baseada à Lei em todas as suas manifestações, dessa forma, o poder administrativo é viabilizado através da autoridade pública que tem limites e forma legal de utilização.

2.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle tem por finalidade observar se o administrador público está agindo obedecendo aos princípios fundamentais da Administração Pública. Tais princípios são os elencados na Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, caput:

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Constata-se que os princípios são incidentes não apenas sobre os órgãos que integram a estrutura central do Estado, incluindo-se os três Poderes, seja ele Executivo, Legislativo e Judiciário, mas também de preceitos genéricos que integram a Administração Indireta, ou seja, autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais ou estatais.

Estes são os princípios expressamente previstos no texto constitucional, que devem ser observados por todas as pessoas administrativas de qualquer dos entes federativos. Observa-se que as diretrizes da Administração são consideradas a partir da compatibilidade da conduta administrativa. Além desses princípios expressos, a Administração Pública ainda se orienta por outras diretrizes que apesar de não se encontrarem expressos no texto constitucional, a doutrina e a jurisprudência já reconheceram sua fundamental importância. São eles: Princípio da Supremacia do Interesse Público; Princípio da Autotutela; Princípio da Indisponibilidade; Princípio da Continuidade do Serviço Público; Princípio da Segurança Jurídica; Princípio da Razoabilidade; Princípio da Proporcionalidade.

Este capítulo não se dedica ao estudo dos princípios administrativos, mesmo porque é um tema bem amplo, merecendo destaque no nosso tema na medida em que o controle dos atos da Administração Pública está focado na estrita observância dos citados princípios, expressos ou reconhecidos. No entanto para direcionarmos os estudos discorreremos brevemente sobre os tais princípios.

2.2.1 Princípio da Legalidade e da Impessoalidade

O princípio da legalidade administrativa não é, no direito brasileiro, mera decorrência lógica do dever de submissão do Estado à ordem jurídica, tendo sido previsto explicitamente pela Constituição. De fato, o art. 37, caput, diz que a administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, entre outros, ao “princípio de legalidade”. Ademais, o art. 5º, II, esclarece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Disso decorre que os decretos regulamentares editados pelo Chefe do Poder Executivo servem apenas para “fiel execução das leis”, como insiste o art. 84, IV, do texto constitucional. Portanto, o mais elevado dos atos administrativos é, também ele, um mero comando complementar da lei.

Dispõe o art. 5º, caput, da Constituição Federal que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Trata-se da consagração do princípio da igualdade (ou isonomia).

Esse princípio está na base de inúmeras outras normas, também dispostas no Texto Constitucional: a) do art. 5º, I, segundo o qual “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”; b) do art. 5º, XLI, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; c) do art. 37, caput, que consagra a “impessoalidade” como princípio da Administração.

2.2.2 Princípio da Moralidade

Descendem do princípio segundo o qual as competências dos agentes estatais se ligam às finalidades públicas a exigência de razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e boa-fé na atuação estatal, especialmente relevante quando a norma jurídica concede certa margem de liberdade para o agente decidir quanto ao modo como vai exercer sua competência.

A competência do agente estatal está, por definição, ligada a uma finalidade pública; quando, porém, a norma jurídica, tomada isoladamente, não forneça elementos suficientes para se precisar, de modo objetivo, o fim a ser perseguido, nem por isso este será indiferente. O direito, mesmo nos casos da maior discricionariedade, fornece sempre os elementos para a identificação, por via negativa (isto é, dizendo o que ela não pode ser), da finalidade do ato. E o faz através de idéias como as da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e boa-fé, das quais deriva a interdição dos atos cujos fins sejam irracionais, imorais ou consagradores da má-fé.

A razoabilidade proscree a irracionalidade, o absurdo ou a incongruência na aplicação (e, sobretudo, na interpretação) das normas jurídicas. É inválido o ato administrativo que concede a indivíduo desprovido de bens pessoais, mas filho de família abastada ajuda financeira reservada aos pobres; a medida liminar concedida em ação movida por alunos de escola particular, para suspender a cobrança das mensalidades enquanto não se resolve a discussão em torno do valor efetivamente devido. Tais medidas, fugindo de qualquer padrão de razoabilidade, são inidôneas para alcançar as finalidades a elas impostas pela ordem jurídica.

A proporcionalidade é expressão quantitativa da razoabilidade. É inválido o ato desproporcional em relação à situação que o gerou ou à finalidade que pretende atingir. São os casos da ação de tropa de choque armada de metralhadora e carros blindados para desimpedir o tráfego de via secundária de circulação obstruída por passeata promovida por meia dúzia de crianças; da ordem, expedida pelo juiz da execução, de que seja removido para o depósito público todo o maquinário da indústria executada, que, com isso, fica impedida de funcionar; da lei que proíba a produção de qualquer espécie de ruído, ainda que ínfimo, em todas as vias públicas da cidade, para preservar o sossego dos doentes.

A idéia de moralidade interdita comportamentos estatais que, apesar de hipoteticamente legítimos em decorrência da flexibilidade da norma jurídica, contrariem os padrões éticos vigentes na sociedade. A moralidade foi, pela Constituição brasileira de 1988, elevada ao grau de princípio jurídico expresso, de observância obrigatória pela Administração pública (art. 37, caput.), sendo cabível ação popular para anular atos a ela lesivos (art. 5º, LXXIII).

Por fim, o Poder Público deve agir de boa-fé, sendo inválidos os atos que produza fora das pautas de lealdade que os particulares dele poderiam esperar. É irregular, por trair a confiança do cidadão – gerando por isso a responsabilidade do Estado – a decretação, pela autoridade monetária, de gigantesca desvalorização da moeda nacional em relação ao dólar, produzida logo após a implantação de programa estatal de incentivo ao endividamento externo das empresas (com efeito, é desleal lançar alguém na insolvência pelo fato de haver confiado na recomendação das autoridades públicas).

2.2.3 Princípio da Publicidade

Outro princípio mencionado na Constituição é o da publicidade. Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administradores, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só coma transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.

De acordo com Carvalho Filho[5] o princípio da publicidade pode ser reclamado através de dois instrumentos básicos:

O direito de petição, pelo qual os indivíduos podem dirigir-se aos órgãos administrativos para formular qualquer tipo de postulação (art. 5º, XXXIV, "a", CF); e

As certidões, que, expedidas por tais órgãos, registram a verdade de fatos administrativos, cuja publicidade permite aos administradores a defesa de seus direitos ou o esclarecimento de certas situações (art. 5º, XXXIV, "b", CF).

Negado o exercício de tais direitos, ou ainda não veiculada a informação, ou veiculada incorretamente, terá o prejudicado os instrumentos constitucionais para garantir a restauração da legalidade – o mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF) e o habeas data (art. 5º, LXXII, CF). Na verdade, não se deve perder de vista que todas as pessoas têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo, com exceção das situações resguardadas por sigilo (art. 5º, XXXIII, CF), e o exercício de tal direito, de estatura constitucional, há de pressupor necessariamente a obediência da Administração ao princípio da publicidade.

Por fim, é importante que não se deixe de fora o registro de que ao princípio da publicidade devem submeter-se todas as pessoas administrativas, quer as que constituem as próprias pessoas estatais, quer aquelas outras que, mesmo sendo privadas, integram o quadro da Administração Pública, como é o caso das entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas).

Por oportuno, cabe ainda dar destaque ao fato de que a publicidade não pode ser empregada como instrumento de propaganda pessoal de agentes públicos. De acordo com o art. 37, § 1º, da CF, a publicidade de atos, programas, serviços e campanhas dos órgãos públicos tem por objetivo somente educar, informar e orientar. É vedado às autoridades que se valham do sistema de divulgação de atos e fatos para promoção pessoal, muito embora seja comum referido desvio, numa demonstração de egocentrismo incompatível com o regime democrático. Vulnear aquele mandamento representa, ao mesmo tempo, ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade, como já têm decidido os nossos Tribunais, exigindo rigorosa necessidade de coibir semelhantes práticas.

2.2.4 Princípio da Eficiência

A Emenda Constitucional n. 19/98, que guindou ao plano constitucional as regras relativas ao projeto de reforma do Estado, acrescentou, ao caput do art. 37, outro princípio: o da eficiência (denominado de "qualidade do serviço prestado" no projeto da Emenda). De acordo com Carvalho Filho[6] com a inclusão, pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a

deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários. De fato, sendo tais serviços prestados pelo Estado ou por delegados seus, sempre ficaram inacessíveis para os usuários os meios efetivos para assegurar seus direitos. Os poucos meios existentes se revelaram insuficientes ou inócuos para sanar as irregularidades cometidas pelo Poder Público na execução desses serviços.

Para Carvalho Filho[7] “a inclusão do princípio, que passou a ser expresso na Constituição, suscitou numerosas críticas por parte de alguns estudiosos”. Uma delas consiste na imprecisão do termo. Ou seja: quando se pode dizer que a atividade administrativa é eficiente ou não? Por outro lado, afirma-se ainda, de nada adianta a referência expressa na Constituição se não houver por parte da Administração a efetiva intenção de melhorar a gestão da coisa pública e dos interesses da sociedade. Com efeito, nenhum órgão público se tornará eficiente por ter sido a eficiência qualificada como princípio na Constituição. O que precisa mudar, isto sim, é a mentalidade dos governantes: o que precisa haver é a busca dos reais interesses da coletividade e o afastamento dos interesses pessoais do administrativo público. Somente assim se poderá falar em eficiência.

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Incluído em mandamento constitucional, o princípio pelo menos prevê para o futuro maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania contra tantas falhas e omissões do Estado. Trata-se, na verdade, de dever constitucional da Administração, que não poderá desrespeitá-lo, sob pena de serem responsabilizados os agentes que derem causa à violação. Diga-se, entretanto, que de nada adiantará a menção a tal princípio se não houver uma disciplina precisa e definida sobre os meios de assegurar os direitos dos usuários, a qual, diga-se por oportuno, já há muito deveria ter sido instituída se tivesse sido regulamentado o art. 37, § 3º, da Constituição Federal, que, mesmo antes da alteração introduzida pela mencionada Emenda Constitucional, previa expressamente a edição de lei para regular as reclamações relativas à prestação de serviços públicos. Fora daí, o princípio, tanto quanto tem sido esse último mandamento, tornar-se-á letra morta.

Vale a pena observar, entretanto, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade

total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las. Tais objetivos é que ensejam as recentes idéias a respeito da administração gerencial nos Estados modernos (*public management*), segundo a qual se faz necessário identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa.

A Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004 (denominada de “Reforma do Judiciário”), acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, estabelecendo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. O novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça e estampa inegável reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos, praticamente tornando inócuo o princípio do acesso à justiça para enfrentar lesões ou ameaças a direito (art. 5º, XXXV, CF). Note-se que a nova norma constitucional não se cinge aos processos judiciais, mas também aqueles que tramitam na via administrativa, muitos destes, da mesma forma, objeto de irritante lentidão. Não basta, porém, a inclusão do novo mandamento; urge que outras medidas sejam adotadas, em leis e regulamentos, para que a disposição possa vir a ter densa efetividade.

Exatamente por esse motivo é que o art. 7º da citada E.C. n. 45/2004 determinou a instalação pelo Congresso Nacional de comissão especial mista, com o objetivo de elaborar, em cento e oitenta dias da promulgação da Emenda, os projetos de lei para a regulamentação do que nela foi disciplinado. Cominou-se, ainda, à mesma comissão a obrigação de promover alterações na legislação federal, no intuito de ampliar o acesso à justiça e tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional, como constitui anseio de toda a sociedade.

De acordo com Carvalho Filho[8] a eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa: a idéia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental.

Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade.

Até mesmo é possível administrar que condutas eficientes e eficazes acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade.

3 O CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A necessidade de controle da Administração Pública deriva da própria constituição que possui uma série de instrumentos que viabilizam uma harmonização da atuação dos órgãos estatais no exercício de suas funções. Trata-se do sistema de freios e contrapesos (*checks and balance*) que prevê que cada órgão do Poder deverá exercer um controle sobre o outro, para que se evite a ocorrência de abusos e arbitrariedades no exercício das funções.

A Administração Pública atua por meio de seus órgãos e seus agentes, os quais são investidos no exercício das funções públicas, ou seja, da atividade administrativa. A função administrativa existe em todos os Poderes, mas é exercida tipicamente apenas pelo Poder Executivo e atipicamente pelos demais (Legislativo e Judiciário). Em nosso sistema constitucional não é o povo que diretamente administra o Estado, escolhendo para essa função seus representantes, que irão editar normas que os agentes públicos, como administradores, deverão aplicar para alcançar o tão sonhado interesse da coletividade, interesse público. No uso de suas atribuições e poderes, na busca do interesse público, podem os agentes ultrapassarem os limites legais, cometendo assim abusos e ilegalidades, sendo necessária uma fiscalização e controle dos atos das pessoas que gerem o patrimônio público. Para Meireles[9]:

A Administração Pública, em todas as suas manifestações, deve atuar com legitimidade, ou seja, segundo as normas pertinentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização. Até mesmo em atos discricionários, a conduta de quem os pratica há de ser legítima, isto é, conforme as opções permitidas em lei e as exigências do bem comum. Assim, controle, em tema da Administração Pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.

Constata-se que a Administração Pública deve atuar com base em mecanismos jurídicos e administrativos, os quais devem fiscalizar e revisar a atividade administrativa nas esferas do poder.

A peculiaridade da função de controle reside na sua vocação de fiscalização e orientação da atuação dos outros órgãos administrativos. Essa tendência apresenta natureza muito positiva, mas envolve a necessidade de

aperfeiçoamento da sua disciplina jurídica. Embora seja o Estado o responsável direto pela realização do controle de seus agentes, o administrado, pessoa física, também participa ativamente utilizando o seu direito de petição. Baseado no direito por princípios, o controle da Administração Pública é conceituado conforme Carvalho Filho[10]:

Como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico. No exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se ao controle por parte dos poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma o controle de seus atos. Tal controle não abrange somente os órgãos do Poder Executivo, mas também os dos demais Poderes, quando exercem função tipicamente administrativa.

A Constituição outorgou a particulares vários instrumentos para que se realize um controle exercido diretamente pela população. Um desses instrumentos é o Mandado de Segurança, que permitirá a qualquer pessoa, inclusive independentemente de representação, que se questione determinados atos praticados por autoridades administrativas, que não estejam sendo praticados em conformidade com a lei, ou seja, seja praticado com ilegalidade ou abuso de poder, ameaçando ou ferindo direito líquido e certo, individual ou coletivo.

Assim o mandado de segurança é um instrumento hábil e eficaz para o controle dos atos da Administração Pública, dentre outras possibilidades previstas no texto constitucional.

3.1 DIVERSAS CLASSIFICAÇÕES PARA O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A doutrina apresenta diversos tipos e formas de classificar os controles, variando de acordo com aquilo que fundamenta a classificação, que pode ser: o órgão ou a autoridade que o exercita; o posicionamento dos órgãos controlado e controlador; o momento em que se efetivar a forma de instrução; a extensão do controle, ou, ainda, a natureza das pessoas e dos fatos controlados.

Pretender-se-á adotar, no presente estudo, uma classificação que se considera mais adequada aos propósitos que se almeja, procurando enfatizar sempre o controle exercendo pelos Tribunais de Contas do Brasil.

Deste modo, uma tradicional classificação é aquela quanto à posição ocupada pelo controlador e controlado, podendo, neste sentido, o controle ser

interno o externo. O controle interno é feito pela própria estrutura interna da administração Pública, sendo realizado por qualquer um dos poderes (seja Legislativo propriamente dito, Executivo, Judiciário, Ministério Público ou Tribunal de Contas) sobre sua própria estrutura administrativa.

A determinação da existência do controle interno nos três poderes do Estado é feita pela Constituição Federal em seu art. 74, tendo a finalidade de acordo com Furtado[11]:

- I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
- II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
- IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Determina ainda o §1º do artigo acima citado que “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem reconhecimento de qualquer irregularidade ou legalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União sob pena de responsabilidade solidária”.

São exemplos do Controle interno aquele que decorre do poder hierárquico e aquele realizado pelos órgãos denominados Corregedorias. Outro bom exemplo e controle interno é aquele exercido pelo Conselho Nacional do Ministério Público órgãos criados pela Emenda Constitucional nº 45 e que realizam o controle sobre a atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário e do Ministério público respectivamente, e sobre o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

O controle externo é aquele realizado por outro órgão não pertencente à administração daquele que sofrerá o controle. Assim é o controle realizado diretamente pelo parlamento sobre o executivo (controle legislativo direto ou parlamentar direto) ou indiretamente com o auxílio do Tribunal de Contas; o controle realizado pelo Judiciário sobre os atos do Executivo e da administração dos demais órgãos do estado e sobre os atos legislativos em face das constituições; o controle exercido diretamente pelos Tribunais de Contas; o controle exercido pelo Ministério Público.

O controle parlamentar direto decorre da previsão do art. 49 X da Constituição Federal, segundo Barbosa[12], compete ao Congresso Nacional “fiscalizar e controla diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo incluídos os da administração indireta”. O controle parlamentar direto é previsto em diversos dispositivos da Constituição Federal, tais como: art. 49, incisos I, II, IV, V, IX, XII, XIII, XIV, XVI, e XVII; art. 50, *caput*, e §2º do mesmo dispositivo; art.52 incisos de I a XII; art.58, §2º, incisos de III a VI e §3º. A mais importante decorrência deste controle é a possibilidade de perda do mandato do Presidente da República, Vice-presidente, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador da República e Advogado Geral da União pela prática de crimes de responsabilidade (arts. 51, I; 52; I; 85 e 86 da Constituição Federal).

O controle parlamentar indireto é aquele realizado pelo parlamento com o auxílio dos Tribunais de Contas; conforme previsto no art. 70, *caput* da Constituição Federal e abrangendo a fiscalização contábil financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública. Tal controle não exclui as competências diretamente atribuídas aos tribunais de Contas pela Constituição Federal não se confundindo com o controle diretamente exercido por estes e tem referência nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 49 IX, conforme o qual compete ao Congresso Nacional “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo” (julgamento este realizado após o parecer prévio ofertado pelo Tribunal de Contas previsto no art. 71, I); art. 71, IV, que possibilita à Câmara dos Deputados ou Senado Federal, a solicitação ao Tribunal de Contas para realização e inspeções e auditorias nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e judiciário, e demais entidades referidas no inciso II do mesmo dispositivo; art. 71 §1º que menciona a possibilidade de, após comunicação do Tribunal de Contas, haver suspensão de contratos diretamente pelo Congresso Nacional que solicitará, imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis; art. 72, conforme o qual “a Comissão mista permanente a que se refere o art. 166, §1º diante de indícios de despesas não autorizadas ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários”.

O Controle exercido diretamente pelos Tribunais de Contas decorre das competências específicas atribuídas ao TCU pelo art. 71 da Constituição Federal, extensíveis, na forma cabível, aos Tribunais de Contas dos Estados do Distrito Federal, bem como, onde houver aos Tribunais, e Conselheiros de Contas dos Municípios, conforme disposto no seu art. 75.

Apesar de ter a Constituição Federal mencionado que o controle externo está a cargo do Congresso Nacional, sendo exercido com auxílio do Tribunal de Contas

(art. 71, *caput*), todas as atividades de controle externo enumeradas pelos incisos I a X do referido art. 71 são conferidas diretamente a estas Cortes, sendo uma exceção nos referidos incisos a menção ao Congresso Nacional. Estas competências ainda podem ser ampliadas pelas respectivas leis infraconstitucionais.

O controle jurisdicional é aquele realizado pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos do executivo e da administração dos demais órgãos do Estado e sobre os atos normativos. Tal controle decorre do prescrito no art. 5º, XXXV, conforme Justen Filho[13] o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O controle jurisdicional tem evoluído nos últimos tempos, verificando-se uma postura mais ativa especialmente do STF, em diversas matérias, como já mencionado anteriormente. Consta-se também uma judicialização da política, já que estas questões estão sendo tratadas como verdadeiras questões de direito. Observa-se uma postura de se dar maior efetividade às normas constitucionais e, no que tange aos atos que não podem ser objeto de controle, se vem passando a uma visão de controle de juridicidade e não mais de estrita legalidade.

Apesar de nem sempre ser mencionado pelos autores, o controle pelo Ministro Público também merece referência, face às relevantes funções institucionais atribuídas ao órgão pelo art. 129 da Constituição Federal e às garantias a ele conferidas (art. 128, 5º, I da CF), na “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Na seção 4.5 tratar-se-á com mais detalhe acerca do Ministério público de Contas (art. 130 da CF).

De acordo com Barbosa[14]:

É importante enfatizar que, os mencionados que, controles também são exercidos pelos respectivos órgãos dos poderes dos Estados e municípios, acaso existentes, forma estabelecida nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos municípios, obedecendo-se aos princípios da Constituição Federal, em razão do poder constituinte decorrente.

No tocante ao momento em que é exercido, o controle pode ser prévio, concomitante a posterior. O controle prévio, ou preventivo (ou “priori”) é aquele que se efetua previamente a prática do ato objeto do controle, ou antes que opere os seus efeitos, como é o caso do prescrito no art. 49, II da Constituição Federal. O controle concomitante ou sucessivo é aquele realizado conjuntamente prática do ato, sendo um bom exemplo a possibilidade da feitura de auditorias pelos Tribunais de Contas, conforme competência prevista no art. 71,IV do Texto Fundamental. O controle *a posterior* ou subsequente ou corretivo é aquele que se realiza

posteriormente à prática do ato com o objetivo de corrigir defeitos acaso existentes, declarar sua nulidade, se viciado, ou reconhecer sua plena eficácia. O registro a que são submetidos os atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadoria pelos Tribunais de contas (art. 71, III) é, normalmente feito *a posteriori*.

No que diz respeito a esta classificação ou forma de atuar, o controle concomitante é tido pelos críticos em geral como o mais eficaz para a consecução dos objetivos pretendidos pelo controle, tendo em vista que ocorre quando o gestor ainda está a praticar o ato, a temo de corrigi-lo os vícios porventura existentes.

Neste sentido, os Tribunais de Contas têm ampliado no decorrer do tempo, a realização deste tipo de controle, havendo, todavia a necessidade de enfatizá-lo ainda mais, principalmente em se tratando do acompanhamento de grandes despesas, como é o caso da realização de obras vultosas. Para França[15]:

O controle prévio é a modalidade de controle mais antiga realizada pelos Tribunais de Contas e Controladorias; entretanto, esta forma de atuar do controle foi sendo diminuída no decorrer do tempo, por ter-se verificado que retardava e burocratizava ainda mais o normal andamento das atividades administrativas, principalmente com o crescimento da Administração Pública e a consequente expansão de seus serviços. Quanto à utilização apenas do controle *a posteriori*, tal fato tem sido alvo de críticas aos órgãos de controle, tendo em vista que, muitas vezes, não terá mais utilidade para prevenir ou corrigir a prática do ato ilegal.

Por sua vez, nem todos os atos administrativos necessitam de controle concomitante. Apesar de ser este controle o mais útil e eficaz na correção dos vícios administrativos, o controle *a posteriori* não é de todo ruim, podendo ainda, ocasionar o desfazimento dos atos viciados e punição dos responsáveis.

Além disso, há que haver sempre a obrigação de prestar contas que é posterior à prática do ato. Logo, o que deve ser feito é ampliar cada vez mais o controle concomitante sem descartar o controlar *a posteriori*.

Os Tribunais de Contas agem, normalmente de ofício, sendo exemplos desta atuação o art. 71, II e IV da CF/88 conforme os quais têm competência para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e realizar auditoria e inspeções por iniciativa própria.

O controle por provocação, ao contrario, instaura-se nestas Cortes, como o nome indica, por solicitação, seja do interessado seja de algum outro órgão da

administração, que, para tanto, possua legitimidade. Pode ocorrer, também no âmbito dos Tribunais de Contas, a provocação pelos cidadãos, conforme art. 74, §4º da Constituição Federal, de extrema importância e segundo o qual “qualquer cidadão partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”. No caso do controle jurisdicional, este somente pode ocorrer PR provocação, tendo em vista que a inércia é uma das características da jurisdição.

Além destas classificações mencionadas, é também bastante citada pela doutrina aquela que diz respeito à extensão do controle, muito discutida, principalmente no que tange do controle, jurisdicional. Neste sentido, o controle pode ser de legalidade ou de mérito de acordo com Justen Filho[16].

O controle de legalidade, em sentido atual diz respeito não apenas à estrita legalidade do ato, mas à juridicidade, conceito mais abrangente que engloba a avaliação da conformidade do ato com o direito, envolvendo os princípios abraçados pelo sistema. O controle de mérito é aquele que diz respeito que diz respeito ao juízo de conveniência oportunidade na prática do ato abrangendo, também conforme alguns, o controle de resultados.

No que tange à discussão de poderes ou não os Tribunais de Contas exercer o controle de mérito, também há divergências na doutrina considerando à própria divergência sobre o que vem a ser mérito. Far-se-á ainda maior referência a este controle especificando melhor acerca do controle a cargo dos Tribunais de Contas conforme o tópico a seguir.

3.2 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRIBUNAL DE CONTAS

O Tribunal de contas tem como mister a verificação técnica dos dispêndios e investimentos da Administração Pública. Exemplo de exaltação da saudável tecnicidade objetiva da atuação estatal, o controle exercido pelo Tribunal de Contas deve ser acolhido como meio operacional voltado a afastar a análise subjetiva dos atos administrativos – muitas vezes rotulada como ofensiva ao mérito do executivo, conforme Rachid Junior[17].

As contas; a adequação entre o recebido e o gasto; a correção do dinheiro público empregado de acordo com políticas de Estado factíveis, impessoais e com verdadeiras finalidades de atingir o maior bem comum possível devem ser feitas por um órgão técnico, como o Tribunal de Contas. Da mesma que os demais meios de controle da Administração chaves-

mestra para a realidade de um estado forte, promotor do cidadão.

Observa-se o tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Isso porque, mediante a análise de sua doutrina, numa república impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim ocorre com prisma e decisão como pelo prisma de gestão.

E tal responsabilidade implica o compromisso da melhor administração possível donde a exposição de todos eles (os que decidem sobre a *res publica* e os que a gerenciam) a comprovação do estrito cumprimento dos princípios constitucionais e preceitos legais que lhes sejam especificamente exigidos.

A começar, naturalmente pela prestação de contas das sobreditas gestões orçamentárias, financeiras, patrimonial, contábil e operacional. É essa responsabilidade jurídica pessoal (verdadeiro elemento conceitual da República como forma de governo) que demanda ou que exige, assim, todo um aparato orgânico-funcional de controle externo. É participando como órgãos de impeditivos do desgoverno e da 'desadministração'.

Tendo em vista o texto constitucional, o Tribunal de Contas é vinculado ao Poder Legislativo, pois é órgão de auxílio e de orientação deste Poder. Possui atribuições que o caracterizam como ente controlador da administração dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, deste modo, em que pese seu vínculo ao Poder Legislativo, não se observa qualquer hierarquia na relação com essa função do Estado, em virtude da natureza de fiscalização imparcial de suas atividades.

No seguimento de sua visualização tem-se a previsão constitucional de um alto grau de autonomia e prerrogativas que asseguram a independência das funções que desempenham. Desse modo, teoricamente, não ocorre imaginar a atuação global da Administração sem a segurança da fiscalização imparcial exercida pelo Tribunal de Contas.

Nesse ditame, embasado nos arts. 7071 e SS. da CF de 1988, a Administração Pública não pode se eximir do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas. Cabe a este órgão fiscalizador, na forma da lei, vigiar e controlar os dispêndios oriundos das licitações contratação de pessoal e demais atos da Administração que envolvam o erário público tal como ocorre com as demais entidades públicas.

Para Lima[18]:

Em síntese, a Carta Maior orienta o controle contas das entidades públicas; verificar a consonância legal dos atos de admissão de pessoal público; quando entender necessário, realizar inspeções e auditorias de natureza contábil financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos partícipes da máquina estatal; na verificação de ilegalidades, cabe ao Tribunal de Contas, também, aplicar aos agentes públicos sanções administrativas, tais como, multas proporcionais ao dano causado ao erário; determinar ao ente público a correlação de eventual ilegalidade cometida, indicando o prazo correspondente para tanto; *sustar o ato administrativo impugnado, caso não se atenda à determinação deste aos ditames da legalidade e direito, conforme verificação – por meio de um devido processo legal – de competência do Tribunal de Contas, com a necessária comunicação do ato de sustação à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal*; finalmente, cabe ao Tribunal de Contas representar ao Poder competente acerca das irregularidades ou abusos apurados.

Contudo, em que pese o dever controlador supra destacado, importante frisar que o mérito dos atos administrativos das agências, no âmbito de suas específicas competências, não são passíveis de revisão pelo Tribunal de Contas, uma vez que tais atos envolvem a discricionariedade própria do Executivo e pelo fato de ausência de força jurisdicional de suas decisões técnicas. Isto é, a análise subjetiva do mérito dos atos das agências reguladoras independentes cabe apenas ao controle interno da respectiva representante da Administração.

No entanto, na eventualidade de tal ato trazer reflexos econômicos que estrapolem a legalidade, moralidade, ou seja, desconformes ao interesse público, encontra-se certamente a necessidade da atuação efetiva do Tribunal de Contas, verificando e apurando a suposta ilegalidade encontrada no respectivo ato regulatório rotulado como discricionário. Nesse sentido Lima[19] expõe que:

O ministro do Tribunal de Contas da União – Walter Alencar Rodrigues – afirma a atuação do controle externo do processo regulatório deve buscar identificar as falhas e as oportunidades de melhoria de procedimentos, evitando que a entidade reguladora se desgarre de atuação, tomando decisões tecnicamente inconsistentes e questionáveis não direcionadas ao implemento da finalidade legal, ou resultantes da *captura* do ente regulador por interesses das entidades reguladas.

Ainda, sublinha o fato do aumento da demanda social em favor da atuação do Tribunal de Contas da União, na seara do controle da atuação das agências reguladoras, em que o Congresso Nacional tem solicitado a realização de auditorias, relacionadas com os mais diversos aspectos da atuação prática dessas entidades. Adiante, lembra que não são raras as solicitações dos próprios envolvidos no processo de regulação, aí incluídos os prestadores de serviços, os licitantes interessados, o Poder Executivo e, por vezes, até mesmo o próprio órgão regulador, a regular-se a cumprir suas atribuições sem o prévio *placet* do TCU.

Ressalta o ministro do TCU de acordo com França[20] que:

Ao proceder à fiscalização das atividades-fins das agências reguladoras, o Tribunal não pretende substituir-se aos órgãos que controla, pois ao controlador se transmudaria em regulador; não pode estabelecer o conteúdo do ato regulatório, que vai ser aditado pelo órgão competente, nem impor a adoção das medidas que considerar adequadas, salvo quando verificadas considerações de legalidade, erros, ou a omissão da autarquia em dar fiel cumprimento.

De acordo com o mencionado ministro do TCU, de qualquer modo, é esse, talvez, o maior desafio do Controle Externo, distinguir o comportamento arbitrário da autoridade reguladora do uso adequado de suas faculdades. A abrangência das falhas consideradas pelo TCU reforça a imperiosa necessidade de aprimoramento e fortalecimento do sistema das agências reguladoras. Sobretudo com relação a fundamental conformação e aprimoramento dos seus quadros técnicos especializados, cuja instabilidade – propiciada pela ausência de quadros efetivos, pela elevada rotatividade dos contratos temporários, pelas trocas dos cargos em comissão; pelo sistemático contingenciamento de recursos e pela ausência de cursos de formação e aprimoramento – dificulta e compromete todas a atividade regulatória.

Finalmente, assevera que “a atuação do TCU, coibindo, por um lado, comportamentos arbitrários e injustificáveis por parte do regulador, e, por outro, estimulando a ação do Estado, contribui para o aprimoramento das instituições. Ao invés de atentar conta modelo, essa atuação assegura-lhe o adequado funcionamento, impedindo na medida do possível dentro de sua específica competência de fiscalização operacional, o abuso, o arbítrio e o erro. No regime republicano, o Congresso e a sociedade civil demandam informações fidedignas sobre a atuação e o desemprego de todos os órgãos do governo.

Nesse mister tem o TCU competência constitucional, conhecimento técnico, imparcialidade política, acesso a informações atinentes à Administração Pública estrutura administrativa organizada. “Esses fatores lhe permitem ajudar a suprir o Parlamento e a sociedade com todas as informações necessárias a fundamentar o debate democrático sobre a atuação estatal e, especial, sobre a das agencia reguladoras”.

Relevante para o estudo proposto a seguinte ótica jurisdicional sobre o tema, como segue de acordo com Martins Júnior[21]:

Os arts. 70 a 75 da *Lex Legum* deixam ver que o controle externo – contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial – da administração pública é tarefa atribuída ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas. O primeiro, quando atua nesta seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercidas independem da interveniência do Legislativo. O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal.

Consustanciam-se, enfim nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71. I, c/c 49, IX, da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único, da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multas (art. 71, II e § 3.º, da CF/88).

O Tribunal de Contas é órgão atento ao erário. Tratar-se de ente criado com específico objetivo e aparato técnico voltado ao questionamento dos gastos. É dessa forma que sua atuação deve ser exercitada no questionário na busca da correção das contas publicas, na verificação constante dos valores que enfrentam e saem dos cofres da Administração.

Sua performance é crucial para manutenção da estabilidade do Estado. Sem o selo de regularidade concedido pelo Tribunal de Contas, o cenário econômico do País tornar-se-ia instável o suficiente para inviabilizar as relações obrigacionais essenciais para manutenção de um Estado Democrático de Direito. O Tribunal de Contas, então, é órgão republicano participe do Estado voltado ao desenvolvimento humano, comprometido com o bem do cidadão e dedicado ao zelo da sociedade.

Como posto, pela atuação do Tribunal de Contas, vislumbra-se um efetivo controle financeiro dos atos da máquina administrativa.

Trazendo à sociedade uma maior credibilidade e confiança no exercício de suas funções, tal como ocorre no controle exercido diretamente pelo Congresso Nacional. Dessa maneira, o desempenho deste órgão representa mais instrumento indispensável para o estrito cumprimento dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

4 A CONTRIBUIÇÃO DO TRIBUNAIS DE CONTAS PARA O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 A COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS COMO ÓRGÃO FISCALIZADOR

Os Tribunais de Contas são órgãos de controle externo, incumbidos de relevantes competências de fiscalização financeira, contábil, orçamentária operacional e patrimonial da Administração Pública. São essenciais o regime democrático e tem avocação de constituir poderosos instrumentos da cidadania, exercendo um papel de suma importância no campo das garantias da liberdade. Constata-se que fortemente prestigiado pela Constituição de 1988, vivenciam importante processo de modernização, buscando maior efetividade e tempestividade na sua atuação, de modo a contribuir para o aprimoramento da gestão pública, em benefício da sociedade.

Para efeito de nosso estudo, importa considerar o art. 73 e seus parágrafos da Constituição da República conforme evidenciado por França[22]:

Art. 73, O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no distrito Federal quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas n art. 96.

§1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I – mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

II – idoneidade moral e reputação ilibada;

III – notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV – mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

§2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I – um terço pelo presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

II – Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto a aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

§4º O auditor, quanto em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

Em decorrência, são cinco os requisitos exigidos pela Carta Magna para a nomeação para Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU) de acordo com Lima[23]:

I – nacionalidade: ser brasileiro; II – idade: possuir mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; III – idoneidade moral e reputação ilibada; IV – experiência: mais de dez anos de exercício de função de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos supramencionados.

Os requisitos de nacionalidade, idade e experiência são objetivos e não despertam controvérsia. Já os de formação e, principalmente, de idoneidade moral e reputação ilibada têm suscitado acesos debates, mormente por ocasião de indicações polêmicas.

Com efeito, em ações judiciais tem sido questionada a tradicional tese de que a ausência de condenação definitiva ou a posse de diploma são suficiente para assegurar tais requisitos. De um lado, há o preceito Constitucional de presunção da inocência na esfera penal; de outro, a reconhecida necessidade de fortalecer Os órgãos de controle com seleções rigorosas do ponto de vista técnico e ético.

Para com Lima[24] por sua vez, a escolha de Ministros do TCU obedece a dois processos distintos:

- I – dois terços são escolhidos pelo Congresso Nacional, na forma do Regimento Comum. II – um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento.

No primeiro caso, exige-se apenas o atendimento dos requisitos do §1º do art. 73 da Constituição.

Quanto aos escolhidos pelo Presidente da República, há um rito específico e critérios adicionais. O nome indicado é submetido à aprovação do Senado em votação secreta, após arguição pública. Somente se confirmada a indicação, pode-se proceder à nomeação. No que concerne aos sérios critérios dos requisitos já descritos, um dos nomes deve ser escolhido a partir de lista tríplice de Auditores do TCU, elaborada pelo Tribunal; outro será indicado a partir de lista tríplice de membros do Ministério público junto ao Tribunal também elaborada pelo TCU; e somente um nome será de livre escolha do chefe do Poder executivo. As listas tríplices deverão obedecer alternadamente aos critérios de antiguidade e merecimento.

A Constituição da República previu a existência do cargo de Auditor, com a função de substituir os Ministros do TCU, nas suas férias, licenças, afastamentos legais, bem como nas hipóteses de vacância ou impedimentos. O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da Judicatura, as de Tribunal Regional Federal. Nos TCEs e TCMs, quando em substituição a Conselheiro, o Auditor equipara-se a Desembargador do Tribunal de justiça e nas demais funções a juiz de última entrância ou de entrância especial.

Destarte, com bem assinalado por Barbosa[25], os Auditores previstos na Constituição como substitutos de Ministros ou Conselheiros são magistrados por possuírem atribuições e garantias de judicatura.

É relevante sublinhar que o art. 75 da Constituição estipula que as normas estabelecidas para o controle externo na esfera federal aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos dos Municípios. O seu parágrafo único orienta as Constituições estaduais a dispor sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete conselheiros. Para Barbosa[26]:

No caso dos Tribunais de Contas dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, quando da elaboração das Constituições estaduais, em 1989, surgiu a seguinte dúvida: sendo este o número de Conselheiros e não sendo sete um número múltiplo de três, como obedecer ao critério de indicação de dois terços pelo legislativo e um terço pelo Executivo? De fato, dois terços de sete são 4,7, e um terço são 2,3. Alguns estados optaram por atribuir indicações ao Legislativo e duas ao Executivo. Observa-se a controvérsia foi levada ao STF, que terminou por firmar jurisprudência, expressa na Súmula nº 653, no sentido de que nos Tribunais de Contas Estaduais, quatro Conselheiros devem ser escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público e um terceiro a sua livre escolha.

Ainda com relação à norma constitucional regente, vale destacar a observação de Furtado para quem cargo Auditor Substituto de Ministro ou de Conselheiro constitui exceção única à sistemática de aquisição de vitaliciedade: a investidura no cargo pressupõe prévia aprovação em concurso público, mas a vitaliciedade dá-se com a posse,.

Na festejada lição de Lima[27]:

É importante notar que o constituinte foi muito criterioso ao definir atribuições ordinárias do auditor, qualificando-as, de "Judiciária", dada feição judicial conforme das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas. Esse argumento reforça o fato de os Ministros e Conselheiros, e do próprio Tribunal de Contas, exercem funções jurisdicionais e outras funções. Assim, os Auditores, por força de dispositivo constitucional, têm atribuições ordinárias de judicatura, isto é, próprias de Juiz, do exercício da magistratura.

Por suposto, tal judicatura restringe-se aos processos de controle externo no âmbito da jurisdição especializada de contas públicas.

4.2 O PODER DO TRIBUNAL DE CONTAS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A seção IX do capítulo I do título IV da Constituição Federal estabelece as normas relacionadas à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, regulamentando o tribunal de contas da União. Todas estas normas “aplicam-se, no que couber, à organização composição e fiscalização dos tribunais de contas dos Estados e do Distrito federal, bem como dos tribunais e conselhos de contas dos municípios” conforme redação do art. 75 da mesma constituição.

O art. 70 da constituição federal confere aos tribunais de contas um poder de ampla investigação sobre todos aqueles que manejam os recursos públicos, independentemente, inclusive, da qualidade da pessoa.

O referido dispositivo estabelece como deve ser efetuado o controle pelos tribunais de contas mencionando ainda que a fiscalização será “contábil, financeira, orçamentária operacional e patrimonial” e quanto à legitimidade e economicidade. Desta forma, são necessárias preliminarmente, algumas considerações acerca de cada uma destas expressões.

Ressalte-se que houve ampliação do texto constitucional no que tange às expressões legitimidade e economicidade, diz respeito à fiscalização operacional e patrimonial, quando antes somente se referia à fiscalização financeira e orçamentária.

A fiscalização contábil é aquela que diz respeito à fiscalização da contabilidade sendo que, com relação às entidades públicas, aplicam-se as normas da lei nº 4.320/64. A esta fiscalização cabe analisar as receitas e despesas públicas pelos registros contábeis feitos em valores monetários. Segundo observa Furtado[28], a fiscalização contábil, exercida no controle externo é a fiscalização de todos os atos e fatos da administração pública que possam ser expressos em moeda corrente nacional. É de extrema importância para o controle porque possibilita, por meios dos dados, inúmeras informações sobre as contas públicas sujeitas à análise permitindo a constatação da correta aplicação dos recursos públicos.

Com efeito, de acordo com o art. 83 da lei nº 4.320/64 a contabilidade evidenciará perante a fazenda pública a situação de todos quantos, de qualquer modo, arrecadem receitas, efetuem despesas, administrem ou guardem bens a ela pertencentes ou confiados.

A fiscalização financeira diz respeito ao acompanhamento do ingresso e saída dos recursos públicos, na verificação de toda atividade financeira do Estado, que, como menciona Baleeiro, consiste em “obter, criar, gerir e despender dinheiro indispensável às necessidades”. Na fiscalização financeira, assume enorme importância a figura do ordenador de despesas que consoante o art. 80 § 1º do decreto-lei nº 200/67, “é toda e qualquer autoridade de cujos atos resumem emissão de notas de empenho autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda”.

Nesta fiscalização, deve ser verificada também a aplicação das subvenções e renúncia de receitas. As subvenções são auxílios que o poder público concede as empresas públicas ou privadas e, de acordo com a lei nº 4.320/64, podem ser sociais ou econômicas, sendo assim, de acordo com Jund[29]:

As primeiras são definidas no art. 16, como as que visam a prestação de serviços essenciais de assistência social médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos revelar-se mais econômica. Exigindo a lei que tal concessão seja feita fundamentalmente e nos limites das possibilidades financeiras. Por sua vez, as subvenções econômicas são, conforme o art. 18 da mesma lei e seu parágrafo único aquelas que se destinam à cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas de natureza autárquica ou não”; as “destinadas a cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo governo de gêneros alimentícios ou outros materiais”, e aquelas que visam “ao pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais”.

No caso da fiscalização das subvenções deve ser observada a correta aplicação dos recursos subvencionados, segundo a finalidade e objetivos estabelecidos.

No que tange à fiscalização das renúncias de receitas, é importante mencionar as novas exigências impostas pela lei de responsabilidade fiscal no sentido de que constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da federação (art. 11). E que é vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput no que se refere aos impostos (parágrafo único). Há também, exigências para a concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita (art. 14). Ressalte-se que a renúncia de receitas deve ser vista com

a mesma gravidade da aplicação indevida de recursos públicos, ocasionando prejuízos ao erário. A diferença é que aquela ocorre antes do ingresso dos recursos públicos e esta ocorre depois.

A fiscalização orçamentária diz respeito à verificação da obediência aos termos previstos na lei orçamentária quanto à aplicação dos recursos públicos, bem como aos programas previstos e sua adequação ao plano plurianual e à lei de diretrizes orçamentárias.

Vale enfatizar que o orçamento é peça fundamental para planejar uma administração em termos realísticos, permitindo a prévia definição de metas prioritárias sem depender de conveniências políticas momentâneas, sendo de extrema importância para o controle, principalmente para verificar se a administração cumpriu as metas a que se propôs e, ainda, observar se age com eficiência, economicidade e eficácia.

Modernamente o orçamento é mais que uma consolidação de planos e recursos das mais variadas naturezas; é um instrumento de trabalho. Neste sentido é possível utilizar o orçamento como meio de descentralização administrativa, de delegação de competência e de apuração de responsabilidade, não só da organização, mas também dos gestores, de modo que a sua aprovação signifique a autorização para a ação e concomitantemente, o início de processo de controle. Teríamos então o orçamento geral do governo, não importando a esfera em que se situe expressão macro da posição das finanças governamentais e para cada projeto e atividade a expressão micro, base e autorização para a ação administrativa dos respectivos responsáveis.

Dessa forma Barbosa[30] ressalta que “o orçamento é também um instrumento de controle gerencial, por possibilitar informações para comparação e avaliações de caráter gerencial, tais como da economicidade, eficiência, eficácia e da efetividade”.

Desta forma principalmente nos tempos atuais face às novas exigências por uma administração pública gerencial o orçamento é fundamental para tal constatação, não mais se podendo admitir orçamentos meramente decorativos ou como meio exclusivo de se colherem dados estatísticos da atuação administrativa, mas devendo-se através dele, cobrar efetivamente uma atuação administrativa no sentido da consecução dos seus objetivos.

Neste sentido estabelece o art. 165 da Constituição Federal que serão de iniciativa do executivo as leis que estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

Na Prestação de Contas conforme Lima[31] é a espécie de processo, de periodicidade anual, com as contas dos administradores e responsáveis por órgãos da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades mantidas pelo Poder Público Federal, bem como dos fundos administrados ou geridos por órgão ou entidade federal, dos serviços sociais autônomos e as contas nacionais das empresas supranacionais, a serem submetidas a julgamento pelo Tribunal.

Vale ressaltar que a Tomada de Contas é a espécie de processo, de periodicidade anual, com as contas dos administradores e responsáveis das unidades da administração direta dos poderes da União, a serem submetidas a julgamento pelo Tribunal.

A Tomada de Contas Especial é um instrumento legal que a Administração Pública utiliza para ressarcir-se de eventuais prejuízos causados por agentes públicos responsáveis pela guarda e aplicação dos recursos públicos. No âmbito Federal está disciplinada pela Instrução Normativa nº 13, de 4 de dezembro de 1996, e alterações posteriores, do Tribunal de Contas da União, que dispõe sobre a instauração e organização de processos da espécie. O conhecimento da matéria, portanto, torna-se imprescindível para todos aqueles que, de alguma forma, tem suas atividades relacionadas ao tema, tais como: tomador de contas, gestor, contador, analista e outros, situação essa realçada em razão da importância do procedimento para a Administração Pública.

Ao relacionar a controle interno com o controle externo, vale ressaltar as atribuições dos órgãos componentes dos Sistemas de Planejamento e Orçamento e de Contabilidade e Finanças de acordo com Lima[32] são as seguintes:

I – coordenar as atividades relacionadas com o Sistema de Controle Interno do Município, promover sua integração operacional e expedir atos normativos sobre os procedimentos de controle; II – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional, centralizando, em nível operacional, o relacionamento com o Tribunal de Contas do Estado, respondendo por: encaminhamento das prestações de contas anuais; atendimento aos técnicos do controle externo; recebimento de diligências e coordenação das atividades para a elaboração de respostas; acompanhamento da tramitação dos processos; e coordenação da apresentação de recursos; III – assessorar a Administração nos aspectos relacionados com os controles interno e externo e quanto à legalidade dos atos de gestão, emitindo relatórios e pareceres pontuais sobre os mesmos; XX – revisar e emitir relatório sobre os processos de

Tomadas de Contas Especiais instauradas pelos órgãos da administração direta, pelas autarquias e pelas fundações, inclusive sobre as determinadas pelo Tribunal de Contas do Estado.

Ao evidenciar a fiscalização diversas normas estipulam regras relativas às tomadas e prestação de contas. As mais relevantes são a Lei nº 4.320/64, a LOTCU, a LRF, o RITCU e a IN TCU nº 47/2004 dispõe que as TCs e PCs serão constituídas de um conjunto de documentos comuns a todas as entidades e outro conjunto de documentos comuns a todas as entidades e outro conjunto que irá variar conforme a natureza, natureza, materialidade, risco e relevância. Nas tomadas ou prestações de contas devem ser incluídos todos os recursos, orçamentárias e extraorçamentários, utilizados, arrecadados, guardados ou geridos pela unidade ou pelos quais ela responda. (LOTCU: art. 7º, para. único).

Sobre a Prestação e Tomada de Contas ao TCU tem suas competências atuais previstas nos artigos 33, § 2º, 71 a 74 e 161, parágrafo único, da Constituição Federal. Além disso, em razão do exercício das competências constitucionais, outras incumbências lhe foram atribuídas por lei. Dentre as competências constitucionais do TCU destacamos as seguintes, relacionadas direta ou indiretamente ao exame e julgamento de contas, a saber:

QUADRO 1: COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS	FUNDAMENTO
<u>Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos</u>	<u>art. 33, § 2 e art. 71, II</u>
<u>Fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais</u>	<u>art. 71, V</u>
<u>Fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios</u>	<u>art. 71, VI</u>
<u>Aplicar sanções e determinar a correção de ilegalidades e irregularidades em atos e contratos</u>	<u>art. 71, VIII a XI</u>

Apurar denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades

art. 74, § 2º

Fonte: BRASIL[33]

A partir do quadro acima observa-se a atividade de controle externo passa a ser um marco considerável em face da fiscalização e punição que imprime aos gestores públicos infratores, tendo função moralizadora da administração pública em suas três esferas, além de assumir postura pedagógica aos gestores, criando uma cultura de responsabilidade que vai ter reflexos em vários aspectos da vida nacional, entre eles o reconhecimento da sociedade que será a parte diretamente beneficiada diante das legislações vigentes.

De acordo com Lima[34]:

(...) o julgamento realizado pelo Tribunal de Contas, em jurisdição administrativa própria e privativa, é baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria do controle interno e pronunciamento das autoridades administrativas, sem prejuízos das inspeções realizadas pelo próprio Tribunal de Contas, é procedimento de controle final que avalia a regularidade da gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, no sentido de dizer se os bens e os recursos, com direcionamento para o atendimento das necessidades coletivas. As contas serão julgadas regulares, regulares com ressalvas ou irregulares.

Em determinadas hipóteses, poderá ser determinado o trancamento das contas, quando forem consideradas ilíquidas; ou elas poderão ser sobrestadas ou diferidas. O critério para julgamento das contas será julgada de forma regulares de acordo com Maia[35]:

I – regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II – regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;

III – irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

omissão no dever de prestar contas; prática de ato de gestão, ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração a norma ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

Assim sendo, entendemos que a importância do controle externo para a prestação de contas deve-se ao fato de visualizar o atos administrativos com boa margem de segurança, de acordo com as peculiaridades do seu órgão, com fincas de prevenção, identificação e rápida correção de irregularidades ou ilegalidades, capaz de garantir o cumprimento dos planos, metas e orçamentos pré-concebidos.

Os gestores públicos devem ter em mente a responsabilidade de se preocupar constantemente com os produtos, bens e serviços, que oferecem para os cidadãos, aos quais devem prestar contas permanentemente. Para atender a essa premissa devem estar estruturados de maneira que possam demonstrar contabilmente a origem e a aplicação dos recursos públicos e na prestação de contas.

O Sistema de Controle Externo deverá estar consolidado no compromisso do trinômio da moralidade, cidadania e justiça social ao atingir o processo de democratização do Poder ao verdadeiro cliente (cidadão) que já não suporta ver tanto desperdício e malversação de recursos públicos.

Ao analisar a importância do Controle Externo para as prestações de contas ressalta-se o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal na Administração Pública que oferece à sociedade a transparência dos gastos públicos.

Assim, conclui-se que a idéia de um Sistema de Controle Externo, pautado na missão do Tribunal de Contas, reflete integridade, representando um passo importante no estabelecimento de uma política consistente de controle da corrupção, mas é somente o início do caminho para uma política de reformas que garantam o controle sustentável da corrupção. Percebe-se assim um grande avanço no que diz respeito ao trâmite do âmbito da Administração Pública, pelo fato de possibilitar a transparência da gestão como instrumento de controle social, baseado em dados fornecidos com a publicação de relatórios e demonstrativos da execução orçamentária, o qual, são apresentados ao contribuinte na utilização dos recursos que ele coloca à disposição dos governantes.

5. FUNÇÃO CONSULTIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS

Preliminarmente, deve-se ter em mente que controlar é uma função inerente ao poder e à administração, motivo pelo qual ocupa tantos ramos da filosofia, da política, quanto os mais técnicos compêndios e manuais que estudam o comportamento humano.

Segundo de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[36], *ipsis litteris*:

Há controvérsias sobre a etimologia da palavra controle, merecendo maior crédito pois, significa, para muitos administrativistas, um marco considerável do mundo jurídico. Segundo a qual teria o vocábulo origem no “latim fiscal medieval”. Da contração de *contra* a *rotulum* surge, em francês, o termo *contrerole*, significando rol, relação de contribuintes a ser verificada pelos exatores.

Em breves verbetes, limitar o poder é a síntese do controle. Desde a época dos grandes iluministas, a destaque de Montesquieu, que elaborou brilhantes trabalhos sobre o tema, afirmando que todo homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar dele, e assim ira seguindo, até que encontre algum limite.

O art. 71 da Carta Magna elenca as competências atribuídas ao TCU que, baseando-se no princípio da simetria, são as mesmas das cortes Estaduais no que lhe couberem. Segundo ilustíssimo professor Frederico Pardini, divide-as em: 1) função opinativa; 2) função fiscalizadora; 3) função corretiva; 4) função jurisdicional. Segundo as palavras do próprio autor[37]:

"As diversas tarefas e atividades do TCU podem ser classificadas em grupos principais conforme as características das funções exercidas: a) função opinativa, consultiva e informativa, pela qual o Tribunal aprecia sem julgar contas e atos, emite pareceres, responde a consultas e fornece dados e estudos realizados; b) função fiscalizadora, pela qual é exercida fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, verificando a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos e contratos; c) função corretiva, visando corrigir ilegalidades e irregularidades mediante aplicação de penalidades, impugnação e sustação da execução de atos e contratos; d) função jurisdicional, quando o Tribunal, com exclusividade, julga e liquida definitivamente as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra

irregularidade de que resulte prejuízo financeiro, econômico ou material ao erário e ao patrimônio da União."

Para atender tais funções, Constituição Federal e as Leis Orgânicas dos Tribunais de contas preveem alguns tipos de procedimentos especiais. Como exemplo, cite-se a consulta elaborada pelas autoridades credenciadas pelo art. 264 do Regimento interno do TCU (art. 1º Lei nº 8.443/1992); a denúncia de irregularidades e ilegalidades formuladas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, §2º, CF); e a emissão de parecer prévio sobre a sobre as contas do Presidente da República (art. 71, inciso IV, da CF).

Segundo ilustríssimo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *ipsis litteris*[38]:

O Poder Legislativo, ao elaborar a Lei Orgânica que vai reger um Tribunal de Contas, dispensa, porém, a esse tema menor importância, transferindo para o poder regulamentar do Regimento Interno da Corte de Contas o disciplinamento dos requisitos. Muitas vezes, são tantos e de tal ordem, que inviabilizam o conhecimento da consulta; noutras os próprios Tribunais de Contas acabam por relevar o cumprimento dos requisitos, dada a relevância da questão subjacente envolvida e, finalmente, em outras, acabam por adotar engenhosa solução, no sentido de, não podendo superar os requisitos formais, remeter o estudo elaborado sobre o mérito da questão, embora formalmente não a conheça.

Assim, para realizar tais consultas frente aos Tribunais de Contas, devem ser observados requisitos, constantes em nas Leis Orgânicas e Regimentos Internos das Cortes de Contas. Entretanto, no geral, obedecem aos seguintes requisitos: ser formulada por autoridade competente; versar sobre matéria de competência do Tribunal de Contas; Dúvida na aplicação de normas; clareza na formulação da consulta; parecer técnico ou jurídico.

Com relação à autoridade competente, para evitar que as cortes se transformem em assessorias de níveis subalternos da Administração Pública, desvirtuando de suas finalidades primordiais elencadas pelo constituinte. Por isto, os tribunais de contas restringem o "rol" de autoridades competentes para formular as consultas. Dito isto, deve-se observar a diferença com relação ao Controle Interno, sendo que neste à uma legitimidade bem mais ampla para formular questionamentos. Assim, deve-se tomar cuidado a fim de evitar o risco de o Tribunal de Contas se transformar em setor de consultoria (e/ou de assessoria) das Prefeituras, Câmaras Municipais e Órgãos Estaduais e Municipais, situação esta que foge à

própria natureza dos órgãos de fiscalização e inviabilizaria, em termos práticos, a atuação da Corte.

Com relação ao requisito referente à dúvida na aplicação de normas, se explica exatamente em virtude de um possível desvio de finalidade da consulta, para concretizar os princípios da segregação das funções entre controle e administração, e do devido processo legal. Ainda segundo Joge Ulisses Jacoby Fernandes: “a consulta deve versar sobre dúvida na aplicação de normas, e não no caso concreto”.

É essencial também que a matéria em questão verse sobre matéria de competência do Tribunal de Contas. É um requisito um tanto quanto lógico, tendo em vista que ocorreria, caso contrário, um desvirtuamento no próprio intuito do Tribunal de Contas.

Ainda, há a necessidade de clareza na formulação da consulta, não sendo duvidosa em relação ao seu objeto.

Por fim, e não menos importante, a necessidade de parecer técnico ou jurídico sobre o presente caso. Assim, ensina o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[39]

Exatamente para evitar que o Tribunal de Contas se transforme em órgão consultivo, ou que seja criado um conflito de atribuições com outros órgãos de consultoria, as normas regimentais dos Tribunais de Contas, em geral, exigem que a consulta formulada se faça acompanhar de parecer da unidade jurídica ou técnica a que está afeta a estrutura do órgão consulente.

Não pretendem os Regimentos Internos das Cortes de Contas que exista equivalência entre o parecer jurídico e o parecer técnico, ao estabelecer a necessidade de um ou outro, mas ao contrário, têm em conta a questão debatida. Pode ocorrer, na prática, que a dúvida seja na interpretação de norma, cujo conteúdo não seja essencialmente jurídico, mas de finanças públicas, como ocorre com os que disciplinam normas de sistemas informatizados de administração financeira e orçamentária, ou inscrições em restos a pagar. Mesmo reconhecendo a amplitude do Direito Financeiro, não se pode pretender exagerado conhecimento da unidade jurídica. Desse modo, é a matéria que enseja dúvidas que definirá se o parecer a ser encaminhado ao Tribunal de Contas, subsidiando a consulta, será técnico ou jurídico.

Essa exigência pode ser abandonada pelos Tribunais de Contas, até porque as normas costumam colocá-las como "sempre que possível".

Em particular, em relação aos órgãos do Poder Judiciário, esse requisito não prevalece, por dois motivos: primeiro, porque normalmente, embora tenham órgãos de assessoramento interno, por normas externas, costumam-se encarregar da advocacia consultiva - estruturas integradas no Poder Executivo - ; segundo, por presunção de que seus membros conheçam o Direito.

Há registro também da dispensa dessa exigência quando há relevância e urgência na questão de fundo, envolvida na consulta.

O parecer pode não ser conclusivo e apenas indicar a dúvida existente, mas também não pode ser desmotivado, seja técnico ou jurídico. Nesse ponto, vale repetir o que foi, alhures, lembrado: o parecer técnico não pode ser contrariado por leigos ou mesmo por superior hierárquico. "Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.(STF: RDA 80/136)."10

É possível, porém, que o parecer seja conclusivo e, mesmo assim, a autoridade superior tenha fundadas dúvidas, não sobre o teor do parecer - porque essas devem ser solucionadas interna corporis -, mas sobre a matéria de fundo debatida. Portanto, satisfeita a exigência de parecer no acompanhamento da consulta, deve essa ser conhecida, desde que fundamentado o parecer, independentemente de ser conclusivo ou não.

Entretanto, como mencionado anteriormente, tais requisitos são apenas gerais. Por óbvio, cada Tribunal de Contas, através de seu Regimento Interno, é livre para dispor sobre tais condições. Um clássico exemplo é com relação aos legitimados, onde podemos perceber a divergência de autoridades que possuem competência para a propositura dos questionamentos.

Ainda sobre a consulta frente às Cortes de Contas, estas possuem alguns efeitos, muito parecidos com às realizadas na Justiça Eleitoral.

Estas possuem como consequência principal, o seu caráter de orientação para os gestores. O efeito principal que se espera de uma consulta, é justamente solucionar uma dúvida ocorrente e sirva de orientação para o consulente e para todos aqueles que encarem caso parecido.

Ainda, mister salientar também que outro importante efeito da resposta é no que diz respeito ao prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto. Assim, ensina o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *ipsis litteris*[40]:

Tal efeito de prejulgamento da tese tem duas conseqüências. A primeira é o respeito ao princípio do *due process of law* - devido processo legal - que impede a firmação de juízo antes da ocorrência dos fatos. Por esse motivo é que a dúvida deve retratar normas e não fatos, pois do contrário estaria a Corte julgando sem observar o rito processual adequado, a contextualização completa e a produção de provas em favor ou prejuízo do próprio consulente. A segunda é que pode o consulente, fato não raro, interpretando a resposta da consulta, atribuir-lhe elástico ou concepção diversa da que seria normalmente considerada. Daí a cautela jurídica que resguarda o instituto da consulta.

Podemos observar, diante do exposto, o papel significativo das consultas no que tange a uma maior eficiência para a administração pública, respondendo os questionamentos, quando provocado, das autoridades competentes. Entretanto, como já mencionado anteriormente, tal atribuição não está expressa em nosso texto constitucional, é derivado da autonomia que os tribunais de contas tem em se auto organizarem. Assim, tal mecanismo de controle acaba sendo bastante criticado. Principalmente tendo em vista que encontram muitos adeptos à teoria de que as competências dos Tribunais de Contas estão todas elencadas na nossa Constituição.

Posteriormente, falaremos de um assunto bastante polêmico no que diz respeito a natureza jurídica do parecer prévio emitido pelos Tribunais de Contas no que tange as contas do chefe do executivo. Assim como em vários tribunais de contas do mundo ocidental, como por exemplo, Portugal, Itália, Alemanha, França, dentro outros, o responsável/titular pelo julgamento político das contas anuais é do Poder Legislativo. Não há força vinculativa.

Inclusive, um exemplo disto, é justamente a emissão do parecer prévio das contas de 2014 da então Presidente Dilma Rousseff, cuja relatoria ficou a cargo do Conselheiro Augusto Nardes. Em seu parecer, apesar de técnico, não vincula de forma alguma o julgamento do Congresso Nacional, titular do controle externo, no

âmbito nacional. Ainda nas palavras do Ministro Ayres Britto "(...) o parecer do TCU não vincula, não obriga o Congresso Nacional a nada. O Congresso tem pleno poder para rejeitar o parecer. Por isso é importante frisar que o que pode acontecer hoje é uma análise, não um julgamento". Assim, apesar do referido parecer ter embasado o processo de impeachment da então presidente, a decisão final fica a cargo do Poder Legislativo.

Brilhantemente, o Professor Evandro Martins Guerra ensina[41]:

É polêmica a natureza jurídica do parecer emitido pelos Tribunais de Contas, principalmente quando se refere às contas do Chefe do Executivo Municipal. Neste caso, diferentemente do que ocorre no âmbito da União e dos Estados, após a **elaboração da peça consultiva técnico-opinativa** para alguns e princípio de julgamento para outros onde constará manifestação da Corte de Contas pela regularidade ou irregularidade das contas, será remetida cópia à Câmara Municipal, que deverá proceder ao julgamento das contas no prazo especificado em lei (no caso do Estado de Minas Gerais o prazo é de 120 dias, no termos do § único do artigo 54 da Lei Complementar n. 33, de 28/6/94, Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais). O não cumprimento do prazo ensejará a remessa dos autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, para que este exija o cumprimento da lei, sob pena de instauração de procedimento judicial. **(GRIFO NOSSO)**

O inciso I do art. 71 da Constituição Federal atribui aos Tribunais de Contas a emissão de um parecer opinativo sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República. Portanto, os Tribunais de Contas dos Estados, Municípios e Distrito Federal possui a atribuição à prestação de contas dos chefes dos respectivos Poderes Executivos, conforme disposto no art. 75 daquele mesmo Diploma. Conforme o inciso XXIV do art. 84 da CRFB, as contas presidenciais do ano anterior devem ser apresentadas para julgamento pelo Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa. Como consequência, o chefe do Executivo tem até o dia 15 de abril de cada ano para dirigir suas contas anuais ao Poder Legislativo.

Ao ser recebidas as contas pelo Congresso Nacional, elas são remetidas ao TCU para que um parecer prévio seja apreciado no prazo de sessenta dias a contar do recebimento. Realizada a análise no Tribunal são consignadas suas conclusões, as contas presidenciais são, finalmente, devolvidas ao Congresso Nacional. Antes de

serem julgadas, porém, submetem-se a exame pela Comissão Mista de Orçamento, nos termos do art. 166, § 1º, I da Carta Política.

A análise dos dispositivos constitucionais disciplinadores dessa sistemática já conduz, por si só, à conclusão de que ao TCU – e, por via reflexa, aos demais Tribunais de Contas – não compete o julgamento das contas presidenciais; tal julgamento encontra-se na esfera de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49, IX da CRFB), o que lhe confere natureza essencialmente política. De acordo com Montebello[42]:

O Colegiado de Contas exerce, neste particular, função consultiva, consubstanciada na elaboração de parecer prévio de cunho eminentemente técnico, destituído de força impositiva ou vinculante em relação ao Congresso Nacional. É dizer: o conteúdo do parecer elaborado pelo órgão sindicante é subsídio indispensável para o julgamento político a cargo do Poder Legislativo, mas as conclusões finais dos dois órgãos não serão necessariamente coincidentes. No entanto, essa natureza meramente enunciativa da deliberação do Colegiado é relativizada quando se cuida da apreciação das contas que os prefeitos devem anualmente prestar. Isso porque, nestas situações, o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas ou órgão equivalente tem o condão de vincular a Câmara dos Vereadores, só deixando de prevalecer se for rejeitado por dois terços de seus membros. Assim, para que a opinião do órgão fiscal seja desconsiderada, é necessária uma votação contrária de, no mínimo, dois terços dos representantes da Casa Legislativa Municipal; não sendo o quórum constitucional atingido, ter-se-á por válida e vinculante a apreciação externa.

Observa-se conforme o art. 31, § 2º, da Carta Magna o parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o prefeito deve todo ano prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

No que refere aos argumentos relativos à apreciação das contas prestadas pelo chefe do Poder Executivo, importa frisar de acordo com Montebello[43]:

(...) o conteúdo e as conclusões do parecer prévio acerca das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, com supedâneo no art. 71, I, da Lei Maior, traduzem um núcleo de mérito técnico deixado à deliberação exclusiva do Tribunal

de Contas, como tal impertubável pelos demais Poderes, até mesmo pela via da revisão judicial. No rigor jurídico, não creio se possa, a pretexto da tutela judicial quanto a direitos individuais ou coletivos, se pretender substituir esse parecer técnico, cuja emissão é privativa da Corte de Contas, por outro ato de apreciação opinativa da alçada de órgãos do Poder Judiciário.

Diante desse contexto, vale ressaltar que o julgamento das contas gerais do chefe do Poder Executivo é competência exclusiva do Parlamento, conforme art. 49, IX, da CF/88 (dispositivo que deve ser aplicado aos demais entes federados). No âmbito federal, o Presidente da República tem prazo de 60 dias após a abertura da sessão legislativa para apresentar as contas. A não apresentação sujeita à Tomada de Contas pela Câmara dos Deputados.

Ao receber as contas o TCE têm sessenta dias para apresentar o parecer prévio, cuja eficácia e natureza deste parecer prévio tem, em nível federal, caráter meramente informativo, podendo ser rejeitado ou aprovado pelo Congresso Nacional, a quem cabe a última palavra sobre as contas do Presidente da República.

No entanto, na esfera municipal, o parecer prévio do Tribunal de Contas competente (Tribunal de Contas do Estado, Tribunal de Contas dos Municípios ou Tribunal de Contas do Município, conforme o caso) só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal (art. 31, §2º, CF/88).

Ademais, conforme explanado anteriormente, a competência referente às consultas de caráter normativo acerca da aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência. Trata-se de competência legal prevista, como regra, nas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas (por exemplo, o art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92).

Tal consulta tem caráter normativo constituindo pré-julgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto (art. 1º, §2º, da Lei nº 8.443/92). Deve-se levar em conta que o Tribunal responde à consulta em caráter abstrato e a resposta à consulta é feita com base numa situação hipotética.

Isso quer dizer que o TCE vincula-se, nas suas decisões posteriores nos processos de diversas naturezas, à tese contida na deliberação consultiva até que seja reformada tal decisão, salvo se o caso concreto não se enquadrar na hipótese inicialmente considerada.

Tendo caráter normativo, a decisão em matéria de consulta sujeita-se à impugnação pela via do controle concentrado de constitucionalidade, pela Ação

Direta de Inconstitucionalidade, conforme já deliberou o STF na ADIN nº 1.691-DF (Informativo STF nº 90).

Observa-se a possibilidade da ocorrência de conflitos entre esta competência consultiva do TCU e a competência da Advocacia-Geral da União concernente à fixação da interpretação de normas aplicáveis à Administração Pública Federal, conforme art. 4º, inciso X e art. 11, III, da Lei Complementar nº 73, de 10.02.2003.

A solução deste conflito pode ser encontrada na lição de Di Pietro[44], para quem as decisões do Tribunal de Contas:

‘Embora não tenham caráter jurisdicional, não são também puramente administrativas, o seu fundamento é constitucional, sobrepondo-se às decisões dos órgãos controlados, por mais elevado que seja o seu nível na hierarquia administrativa, o seu descumprimento acarreta a responsabilidade administrativa do agente público.’

Conforme exposto, para atender a suas diversas funções, os tribunais de contas possuem muitos mecanismos. A função consultiva é apenas uma delas. Conglomera as respostas às consultas feitas por determinadas autoridades sobre assuntos relativos às competências do Tribunal de Contas, similar as realizadas nos Tribunais eleitorais.

Há quem diga que as máximas autoridades dispõem de um órgão de consultoria jurídica e de controle interno, que podem prestar serviço especializado nessas áreas, não sendo necessários a utilização das Cortes de Contas para estas funções.

Contudo dada a especificidade da ação do Controle Externo e a complexidade da matéria, por vezes, a previa interpretação da forma, ou da tese, torna-se extremamente recomendável. Em termos de eficiência da administração Pública, nada melhor para aqueles que lidam com finanças públicas do que ter previamente a interpretação do órgão de Controle Externo. Para esses, a ação preventiva resultante tem mais largo alcance, porque o controle orientador é muito mais eficiente do que o repressivo[45].

De mais a mais, pode-se observar que as consultas respondidas pelo Tribunal de Contas preenchem-se vasta relevância, em face à consignação legal de que as respostas publicadas fazem prejulgamento da tese. Assim, adquirem validade de informação geral[46].

Neste sentido, manifesta-se o professor Frederico Pardini[47], in litteris:

A publicação das respostas a consultas formuladas, com valor de prejulgado, informará da opinião do tribunal constituindo importante fator orientador para os órgãos instrutivos e deliberativos do próprio tribunal, assim como, para as pessoas, órgãos e entidades submetidos à sua fiscalização e ao seu controle externo.

Ademais, conforme ensinado pelo jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[48], para evitar que o tribunal de contas se transforme em órgão consultivo, ou que seja criado um conflito de atribuições com outros órgãos de consultoria, as normas regimentais dos tribunais de contas, em geral exigem que a consulta formulada se faça acompanhar de parecer da unidade jurídica ou técnica a que está afeta a estrutura do órgão consulente.

Conclui-se, por conseguinte, a importância do Tribunal de Contas na fiscalização da administração pública, não só em suas decisões vinculativas, mas também em seu papel de ensino e conselho à toda a administração pública, a fim de cada vez mais zelar e dar eficiência para a coisa pública, pertence a todos nós e da qual dependemos.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi abordado a importância da função consultiva dos Tribunais de Contas, à luz da Função Consultiva dos TC's, discorrendo sobre pareceres prévios, destacando também ao processo e consulta, que são questionamentos feitos ao Tribunal de Contas sobre matérias de sua competência com repercussão financeira, contábil, orçamentária operacional e patrimonial nas contas públicas.

A partir de todos os conceitos que se pode subtrair dos estudos feitos visando o entendimento sobre o controle na administração pública que passa a ser um marco considerável em face da fiscalização, tendo função moralizadora da administração pública em suas três esferas criando uma cultura de responsabilidade que tem reflexos em vários aspectos da vida nacional, entre eles o reconhecimento da sociedade que será a parte diretamente beneficiada.

Percebe-se assim um grande avanço no que diz respeito ao trâmite do âmbito da Administração Pública, pelo fato de possibilitar a transparência da gestão como instrumento de controle social, baseado em dados fornecidos com a publicação de relatórios e demonstrativos da execução orçamentária, o qual são apresentados ao contribuinte na utilização dos recursos que ele coloca à disposição dos governantes.

Assim, conclui-se a missão do Tribunal de Contas, que reflete integridade, representando um passo importante no estabelecimento de uma política consistente de controle da corrupção, mas é somente o início do caminho para uma política de reformas que garantam o controle sustentável.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. **Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.88.

BRASIL. **Lei Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Coisa Julgada - Aplicabilidade a Decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, ISC, nº 70, outubro/dezembro, 1996.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunal de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 31.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Como consultar o Tribunal de Contas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, fev. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=7747>>. Acesso em: 3 jun. 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.89.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. **Tribunais de Contas do Brasil: Composição, Organização e Competências**. 2009 Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,tribunais-de-contas-do-brasil-composicao-organizacao-e-competencias,24213.html>>. Acesso em: 20.abri.2016.

GUERRA, Evandro Martins. O Controle da Administração Pública no Sistema Constitucional Brasileiro. **Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública**,

nº 01, janeiro de 2002, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2002, p. 09.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Como Consultor o Tribunal de Contas Contratação e Gestão Pública** _ FCGP, ano 2, v. 14, fev. 2003, p. 1667-1669.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUND, Sérgio. **AFO, administração financeira e orçamentária**: teoria e 750 questões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.37.

LIMA, Luis Henrique. **Tribunal de Contas**: temas polêmicos de Ministros e Conselheiros. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.104.

MONTEBELLO, Marianna. **Os Tribunais de contas e o controle das finanças públicas**. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=4>. Acesso em: 20.abri.2016.

MAIA, Carlos Nivan. **Manual do Gestor do Sistema "S"**. São Paulo: SESI-SP, 2012.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MASTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Controle da administração pública pelo Ministério Público**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.74.

PARDINI, Frederico. Tribunal de Contas da União: Órgão de destaque constitucional. Tese apresentada no curso de doutorado da faculdade de direito da Universidade federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997, p. 210

RACHID JUNIOR, Ismael. Formas de controle sobre as organizações sociais. 2013 Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11530>. Acesso em: 01.abr.2016.

NOTAS:

[1] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p.54.

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014, p.98.

[4] MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015, p.60.

[5] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

[6] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

[7] CARVALHO FILHO, op. cit., p.78.

[8] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

[9] MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015, p.62.

[10] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p.91

[11] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

[12] BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. **Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.88.

[13] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

[14] BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. **Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.92.

[15] FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.89.

[16] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.1123

[17] RACHID JUNIOR, Ismael. Formas de controle sobre as organizações sociais. 2013 Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11530>. Acesso em: 01.abr.2016.

[18] LIMA, Luis Henrique. **Tribunal de Contas: temas polêmicos de Ministros e Conselheiros**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.103.

[19] *Ib Idem.* p.104.

[20] FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública:** tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.95.

[21] MASTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Controle da administração pública pelo Ministério Público.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.74.

[22] FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública:** tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.89.

[23] LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo:** teoria, legislação, jurisprudência e mais de 450 questões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

[24] *Ib Idem.*

[25] BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. **Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

[26] *Ib Idem.*p.120

[27] LIMA, Luis Henrique. **Tribunal de Contas:** temas polêmicos de Ministros e Conselheiros. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.124.

[28] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

[29] JUND, Sérgio. **AFO, administração financeira e orçamentária:** teoria e 750 questões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.37.

[30] BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. **Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.92.

[31] LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo:** teoria, legislação, jurisprudência e mais de 450 questões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

[32] *Ib idem.* p.87.

[33] BRASIL. **Lei Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.

[34] LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo:** teoria, legislação, jurisprudência e mais de 450 questões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.293.

[35] MAIA, Carlos Nivan. **Manual do Gestor do Sistema "S"**. São Paulo: SESI-SP, 2012.

[36] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunal de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 31.

[37] PARDINI, Frederico. **Tribunal de Contas da União: Órgão de Destaque Constitucional Tese apresentada no Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997. P. 197.

[38] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Como consultar o Tribunal de Contas**. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, fev. 2003.

[39] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Como consultar o Tribunal de Contas**. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, fev. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=7747>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

[40] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Como consultar o Tribunal de Contas**. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, fev. 2003.

[41] GUERRA, Evandro Martins. **Funções e atividades do controle externo**. Fórum de Contratação e

Gestão Pública - FCG, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, mar . 2002 . Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=6657>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

[42] MONTEBELLO, Marianna. **Os Tribunais de contas e o controle das finanças públicas**. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=4>. Acesso em: 20.abri.2016.

[43] MONTEBELLO, Marianna. **Os Tribunais de contas e o controle das finanças públicas**. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=4>. Acesso em: 20.abri.2016.

[44] DI PIETRO, M.S.Z. **Coisa Julgada - Aplicabilidade a Decisões do Tribunal de Contas da União**. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, ISC, nº 70, outubro/dezembro, 1996. In: GOMES, Emerson Cesar da Silva. **Tribunais de Contas do Brasil: Composição, Organização e Competências**. 2009 Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,tribunais-de-contas-do-brasil-composicao-organizacao-e-competencias,24213.html>>. Acesso em: 20.abri.2016.

[45] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Como Consultor o Tribunal de Contas Contratação e Gestão Pública** _ FCGP, ano 2, v. 14, fev. 2003, p. 1667-1669.

[46] GUERRA, Evandro Martins. O Controle da Administração Pública no Sistema Constitucional Brasileiro. **Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública**, nº 01, janeiro de 2002, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2002, p. 09.

[47] PARDINI, Frederico. Tribunal de Contas da União: Órgão de destaque constitucional. Tese apresentada no curso de doutorado da faculdade de direito da Universidade federal de Minas Gerais, belo Horizonte, 1997, p. 210

[48] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Como consultar o tribunal de contas. Fórum de contratação e gestão pública_ FCGP**, ano 2, v. 14, fev. 2003, p 1665-1666.

CONTRATO DE CESSÃO DE USO DE IMAGEM DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL: ASPECTOS ESSENCIAIS SOBRE O REFERIDO INSTRUMENTO CONTRATUAL E O DIREITO DE IMAGEM À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

PRISCILA FIRMINO COELHO:

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - Faculdade de Direito do Recife (UFPE/FDR)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apreciar, de forma não exaustiva, o contrato de cessão de imagem do atleta profissional de futebol, ou seja, o instrumento contratual que versa sobre o seu Direito de Imagem. Inicialmente, busca-se asseverar que o referido contrato não se confunde com o contrato especial de trabalho desportivo, sendo, portanto, um instrumento contratual autônomo e de natureza civil. Ademais, o artigo busca discutir o referido direito de imagem à luz das disposições constitucionais vigentes no ordenamento jurídico pátrio, destacando a aparente contradição entre o direito da personalidade, irrenunciável e intransferível, mas que assume a posição de conter em si um conteúdo patrimonial, possibilitando, destarte, que a transmissão da imagem do atleta seja utilizada como objeto contratual. Outrossim, o trabalho ainda busca discutir outros pontos essenciais para o entendimento do contrato em apreço, mencionando aspectos de cunho tributário e empresarial, além de destacar, sucintamente, os aspectos diferenciadores do direito de imagem e do direito de arena, outro instituto bastante relevante na seara do direito desportivo.

Palavras-chave: Direito Desportivo; Direito Constitucional; Direito de Imagem; Atleta Profissional de Futebol.

ABSTRACT: The objective of this article is to evaluate the image transfer contract of the professional soccer player, that is, the contract that deals with his Image Right. Initially, it is sought to assert that the aforementioned contract is not confused with the special contract of sports work, being, therefore, an autonomous contractual instrument and of civil nature. In addition, the article seeks to discuss the aforementioned right of image in light of the constitutional provisions in force in the country's legal system, highlighting the apparent contradiction between the right of personality, inalienable and nontransferable, but which assumes the position of containing in itself a patrimonial content, , so that the transmission of the image of the athlete is used as contractual object. The work also seeks to discuss other essential points in the understanding of the contract under consideration, mentioning aspects of tax and business, and briefly highlight the differentiating aspects of the right of image and the right of arena, another very important institute in the field of law sporty.

Keywords: Sports Law. Constitutional right. Image rights. Contract. Professional Soccer Player.

Sumário: 1. Introdução. 2. Embasamento constitucional do contrato de direito de imagem. 2.1 Possibilidade da cessão do uso do direito da imagem do atleta profissional de futebol 2.2 Limitação dos valores pagos pelo direito do uso da imagem do atleta. 2.3 Possibilidade de constituição de pessoa jurídica para perceber os valores decorrentes do contrato de cessão de imagem do atleta profissional. 2.4 O direito de imagem do treinador de futebol. 3. Direito de imagem x direito de arena: alguns pontos diferenciadores. 4. Considerações Finais

1. Introdução

O contrato empregatício do atleta profissional do futebol possui nuances específicas que o diferencia dos demais contratos regidos pelo regramento jurídico-normativo da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Em apertada síntese, cumpre ressaltar que uma das suas características mais distintivas é o seu lapso temporal determinado, conforme disposto no artigo 30, da Lei 9.888/98, conhecida popularmente como Lei Pelé, sendo este distinto dos enunciados no artigo 445 e 451 da CLT. Além disso, importa ainda observar que dito contrato possui outras diversas características peculiares à seara do direito desportivo, área do direito essencialmente específica e que demanda do seu estudioso conhecimentos próprios atinentes aos seus conteúdos.

A prática desportiva demonstra que, além do contrato de trabalho específico firmado pelo empregador e pelo atleta profissional do futebol, conforme enunciado anteriormente, as partes em tela firmam um outro contrato específico, de natureza cível e cunho patrimonial, cujo valor eminentemente pactuado não se confunde com o quantum salarial a ser percebido mensalmente pelo trabalhador em apreço. Trata-se do chamado contrato de cessão de uso de imagem do atleta, ou, simplesmente, contrato de direito de imagem.

Assim, torna-se imperioso reiterar que o instrumento contratual de cessão de uso de imagem do atleta jamais se confunde com o contrato especial de trabalho e desportivo do atleta profissional, visto que possuem natureza, objeto, bem como características substancialmente diversificadas, conforme *a posteriori* analisadas. Feitas as devidas considerações, passa-se a análise minuciosa do instrumento contratual em apreço.

2. Embasamento constitucional do contrato de direito de imagem.

O direito de imagem, objeto do instrumento contratual de cessão de uso em tela, possui forte ligação com a esfera constitucional, uma vez que a imagem vincula-

se aos denominados Direitos da Personalidade, inserindo-se, portanto, ao lado de outros direitos essenciais à condição humana, tais como honra, privacidade, nome, integridade física, liberdade, em suas diversas emanações, e outros.

Ditos direitos da personalidade, com a contribuição do fenômeno da constitucionalização, posicionam-se como espécies dos Direitos Fundamentais e destacam-se, conforme magistério de Paulo Lôbo, pelas suas características específicas, tendo em vista que possuem “intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, inexpropriabilidade, imprescritibilidade e vitaliciedade” (Lôbo, 2013, p. 130).

O direito à imagem, propriamente dito, conforme enunciado por Paulo Lôbo, “diz respeito a toda forma de reprodução da figura humana, em sua totalidade ou em parte” (Lôbo, 2013, p. 143), sendo, portanto, objeto de tutela jurídica, nos termos de dispositivos legais presentes no ordenamento jurídico pátrio vigente, como o artigo 5º, inciso XXVIII, alínea a, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 20 do Código Civil de 2002.

No entanto, cumpre ressaltar que o direito de imagem diferencia-se dos demais direitos da personalidade porque, além do seu conteúdo moral, que protege o interesse da pessoa que teve sua imagem reproduzida, nos termos do artigo 5º, inciso XXVIII, alínea a, da Constituição Federal de 1988, possui uma característica essencial que é o seu conteúdo patrimonial, possibilitando, assim, a sua exploração econômica.

2.1 Possibilidade da cessão do uso da imagem do atleta profissional de futebol.

Na realidade, o direito de imagem mantém suas características básicas, permanecendo personalíssimo e intransmissível, contudo, evidencia-se a possibilidade de ser firmado instrumento contratual válido, cujo objeto é a permissão, autorização ou concessão do uso de direito de imagem do atleta profissional. Consoante apontado por Paulo Lôbo, inexistente contradição no instituto, tendo em vista que

o direito permanece inviolável e intransmissível, ainda que o titular queira transmiti-lo, pois o que é inerente à pessoa não pode ser dela destacado. A pessoa não transmite sua imagem, ficando dela privada durante certo tempo, o que acarretaria sua despersonalização. O que se utiliza é certa e determinada projeção de sua imagem (a foto, o filme, a gravação), o que desta se originou (Lôbo, 2013, p. 131).

Assim, conforme mencionado por Maurício de Figueiredo Corrêa da Veiga, o direito à imagem não pode ser elencado como direito patrimonial, bem como não trata-se de um direito com possibilidade de transmissibilidade pelo seu autor, “mas tão somente licenciado para determinado fim e por tempo certo” (Veiga, 2018, p. 92), ou seja, a projeção da imagem do atleta é utilizada como objeto do contrato de cessão do uso de imagem, sendo este um contrato autônomo, devidamente firmado na esfera cível e por tempo determinado, conforme estabelecido em suas cláusulas contratuais. Desse modo, reitera-se que

é válida e lícita a cessão do direito de explorar comercialmente o uso da imagem, pois tal fato não se configura em cessão da faculdade de aproveitamento econômico e exploração comercial da imagem. Entretanto, a referida cessão não representa a transmissão da titularidade do direito à imagem (Veiga, 2018, p. 92).

Portanto, é cabível ao atleta profissional de futebol ceder o uso de sua imagem através de um contrato próprio que especificará todas as nuances e abrangências do referido uso da imagem, apontando, assim, o período de vigência contratual, a abrangência territorial, a forma como a imagem será utilizada nas campanhas publicitárias do clube, de modo a ser regulado a atuação do departamento de *marketing* do clube, os objetivos com as campanhas publicitárias empreendidas e a remuneração devida ao atleta, sendo que esta não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta.

O embasamento jurídico-normativo para dito uso da imagem do atleta para fins comerciais encontra-se no *caput* do artigo 87-A da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé), introduzido pela Lei 12.395/11, ao dispor que

O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo.

Portanto, o artigo acima mencionado mostra-se bastante completo no tratamento geral da matéria contratual, uma vez que aponta suas características basilares, quais seja a de sua natureza civil e não vinculação com o contrato especial de trabalho do atleta profissional, características que, frise-se, enaltecem a natureza indenizatória do referido contrato e a impossibilidade deste “ser utilizado como forma de reduzir encargos trabalhistas como subterfúgio para pagamento de salário” (Veiga, 2018, p. 96).

2.2 Limitação dos valores pagos pelo direito do uso da imagem do atleta.

Ademais, a Lei 13.155/2015, que versa sobre o Programa de Modernização do Futebol Brasileiro – PROFUT, dentre outras medidas, incluiu o parágrafo único no referido artigo 87-A, da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé), prevendo que

Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem.

Assim, a leitura do dispositivo acima transcrito, evidencia que a remuneração oriunda do referido contrato de cessão de uso de imagem do atleta não poderá ultrapassar o montante legal previsto, ou seja, deverá ser limitado a 40% (quarenta por cento) da remuneração total do atleta.

Conforme ensina Maurício de Figueiredo Corrêa da Veiga, o dispositivo legal vincula incorretamente os valores decorrentes do contrato de cessão de imagem e a remuneração salarial do atleta profissional de futebol. Ditas remunerações são resultantes de instrumentos contratuais completamente distintos, não havendo, portanto, justificativas jurídicas para associar os valores remuneratórios de ambos contratos. Nesse sentido, frise-se que

não há como vincular uma parcela de direito civil e indenizatória à remuneração do atleta, sob pena de se reconhecer que o referido contrato de cessão de imagem do atleta feito com o clube empregador é acessório e interligado ao contrato de trabalho, fato este que contraria, de forma frontal o próprio *caput* do art. 87-A da Lei 9.615/98 e o art. 5, XXVIII, da Constituição Federal (Veiga, 2018, p.39)

Portanto, tendo em vista que o contrato de cessão de imagem do atleta profissional mostra-se totalmente independente do contrato especial de trabalho, “causa estranheza a previsão contida no texto aprovado” (VEIGA, 2018, p. 39), qual seja, a vinculação que aponta que os valores decorrentes do direito de imagem limitam-se ao *quantum* de 40% (quarenta por cento) da remuneração total do atleta.

2.3 Possibilidade de constituição de pessoa jurídica para perceber os valores decorrentes do contrato de cessão de imagem do atleta profissional.

Uma prática bastante corriqueira no cenário nacional, sobretudo quando se trata de atletas profissionais tidos como bem-sucedidos e de notória visibilidade, é a

constituição de uma pessoa jurídica, a fim de que esta fique responsável por firmar o contrato cujo objeto seja a projeção da imagem do profissional do futebol.

Portanto, “nessas hipóteses, geralmente o jogador constitui uma empresa, sendo que esta pessoa jurídica é quem irá celebrar a pactuação de natureza civil com o clube” (Veiga, 2018, p. 91). Nesse diapasão, pode-se indagar a finalidade que embasa a escolha por dita alternativa por parte do atleta profissional.

Muitos atletas bem-sucedidos profissionalmente possuem amparo em recursos capazes de oportunizar expressiva assistência empresarial e jurídica, de modo a serem empreendidas estratégias que possibilitem maiores rendimentos financeiros. Nesse sentido, a constituição de pessoa jurídica que ficará responsável por receber os valores provenientes de contratos de natureza civil apresenta-se como uma medida estratégica tributária de grande valia, tendo em vista que “a incidência do tributo para a pessoa física é de 27,5%, enquanto que a pessoa física paga a metade desse percentual” (Veiga, 2018, p. 47).

Assim, a constituição de empresa para os fins acima destacado não pode, por si só, ser considerado como um de fraude ao sistema tributário nacional e a arrecadação dos órgãos tributários competentes, podendo ser vista, sobretudo, como uma estratégia empresarial, negocial e jurídica, que, *a priori*, não encontra-se evitada de ilegalidade, pois possui a finalidade de recolhimento de uma menor carga tributária.

Na seara do direito tributário, a Lei Complementar nº 104/2001 implementou no Código Tributário Nacional, mais precisamente no seu artigo 116, a chamada norma geral antielisão, de modo que

a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Assim, conforme apontado por Roberval Rocha, a norma surte efeitos nos casos de evasão dos tributos, que é conduta ilícita, comumente identificada como fraude fiscal e burla, “consistente na ocultação total da ocorrência do fato gerador aos olhos das autoridades fiscais” (Rocha, 2017, p. 105), não se confundindo com a elisão tributária, conduta lícita, que “significa suprimir, eliminar a incidência de imposto por meio do planejamento tributário” (Rocha, 2017, p. 106), como perfeitamente se amolda ao presente caso dos atletas profissionais de futebol que constituem pessoa jurídica para pactuar com os clubes os contratos de natureza cível.

Assim, para verificação de possível fraude tributária, torna-se imperioso analisar as peculiaridades do caso concreto, tendo em vista que é perfeitamente cabível que o atleta receba seu salário do clube empregador decorrente do seu contrato especial de trabalho e, concomitante, exista um contrato autônomo, de natureza cível, celebrado entre o mesmo clube e a empresa constituída pelo atleta, cujo objeto será o seu direito de imagem. Nas palavras de Maurício de Figueiredo Corrêa da Veiga,

a celebração de um contrato de licença de uso de imagem firmado com o próprio clube que emprega o atleta, por si só, não pode ser considerado como fraudulento, mas, o será se restar demonstrada a utilização de um mecanismo fraudulento para mascarar o pagamento de salário (Veiga, 2018, p. 46).

2.4 O direito de imagem do treinador de futebol

A atividade profissional do treinador de futebol, figura crucial para orientação técnica e tática da equipe de futebol, possui arrimo legal na Lei nº 8.650/1993. No entanto, atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.760/2014 que apresenta uma série de deliberações acerca da atuação profissional do treinador de futebol e de seus auxiliares técnicos.

Dentre as medidas intentadas, destaca-se que o artigo 6º da Lei 8.650/1993 seria acrescido de outros dispositivos. Assim, sobre a temática do direito à imagem, passaria a vigorar o artigo 6º-D, com a seguinte disposição:

Art. 6º-D. O direito ao uso da imagem do treinador pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho que não poderá ser superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário ajustado no contrato de trabalho.

Verifica-se, portanto, que o regramento jurídico do direito de imagem do treinador de futebol em muito se assemelha com o contrato de cessão de imagem do atleta do futebol atualmente vigente, merecendo destaque, contudo, a limitação do valor do presente contrato (25%) que possui como parâmetro o salário do treinador, associando novamente dois instrumentos contratuais totalmente distintos: um de natureza trabalhista e outro de natureza civil.

3. Direito de imagem x direito de arena: alguns pontos diferenciadores.

Não obstante exaurir esta temática que é objeto de diversos excelentes trabalhos na seara do Direito Desportivo nacional, cumpre mencionar que o direito de arena não se confunde com o direito de imagem do atleta profissional de futebol.

Conforme amplamente explorado anteriormente, o direito de imagem encontra-se na esfera de um direito da personalidade do atleta que, mediante instrumento contratual, poderá cedê-lo de modo específico e previamente determinado.

Por outro lado, consoante exposto por Gustavo Lopes Pires de Souza, a definição do direito de arena, previsto no artigo 42, §1º, da Lei 9.615/98, Lei Pelé, mostra-se inteiramente distinta do direito de imagem, uma vez que

é oriundo da participação do atleta nos valores obtidos pela entidade esportiva com a venda da transmissão ou retransmissão dos jogos em que ele atua como titular, ou reserva, ou seja, trata-se de uma cláusula contratual oriunda da própria lei (Souza, 2013).

O dispositivo em comento dispõe que 5% (cinco por cento) do valor total a título de autorização para transmissão dos eventos desportivos será distribuído, em parte igualitária, para os sindicatos dos atletas profissionais, estes farão a divisão e distribuição, em partes iguais, aos atletas participantes do evento, sejam eles titulares ou reservas.

Portanto, não obstante os aspectos semelhantes do direito de arena e do direito de imagem, cumpre pontuar que tratam-se de institutos completamente distintos e com finalidades inconfundíveis.

4. Considerações Finais

A partir dos pontos explanados acima, é possível concluir que o contrato de cessão de imagem do atleta profissional de futebol mostra-se como um instrumento contratual de suma relevância no âmbito do Direito Desportivo interno e externo, sendo amplamente utilizado hodiernamente, além de posicionar-se no centro de diversos entraves na Justiça do Trabalho, bem como na esfera administrativa e judicial tributária. Ditas disputas judiciais e extrajudiciais refletem peculiaridades do referido instrumento contratual e seus expressivos valores monetários, atraindo copiosamente a atenção da mídia e demandando uma dedicação aprofundada dos estudiosos desta temática tão crescente no cenário jurídico pátrio, tendo em vista que o campo do Direito Desportivo, conforme apontado no magistério de Marcelo Jucá Barros, “é amplo, extenso e merece ser explorado” (Barros, 2017, p.116).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Marcelo Jucá. *Justiça Desportiva e suas decisões: estudo de casos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Roberval. Direito Tributário. In: Leonardo Garcia; Roberval Rocha (Org.). Coleção OAB 1a Fase. 3ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. *Direito de imagem e direito de arena são a mesma coisa?* Disponível em: <https://universidadedofutebol.com.br/direito-de-imagem-e-direito-de-arena-sao-a-mesma-coisa/>. Acesso em: 01 de nov. de 2019.

VEIGA, Maurício de Figueiredo Côrrea da. *Direito e desporto*. São Paulo: LTr, 2018.

RECONHECIMENTO PESSOAL COMO FONTE MAIOR DE PROVA: CASO MANÍACO DA MOTO NO CEARÁ

ANNA RAYSSA DE OLIVEIRA SILVA:

Bacharelanda do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

SARA ELLANNE ARAUJO DE FREITAS ^[1]

(coautora)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL ^[2]

(orientador)

RESUMO^[3]: O presente trabalho tem por objeto a análise da fragilidade do reconhecimento de pessoas, no intuito de esclarecer o seguinte questionamento: quais os efeitos da aplicação do reconhecimento pessoal no transcorrer da instrução criminal? Por essa razão, o objetivo principal do estudo é discutir sobre o reconhecimento de pessoas no âmbito do processo penal, com foco no estudo dos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal, e o tratamento dado à identificação nas audiências, usando como referência o caso do “Maníaco da Moto do Ceará”. Por sua vez, foi utilizada a técnica bibliográfica, pautando-se em obras que abordem o tema em questão, bem como documental, com uso de legislação e jurisprudência, visando o desenvolvimento do conhecimento acadêmico e científico.

Palavras-chave: Reconhecimento pessoal; Art. 226 do CPP; Maníaco da Moto.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the fragility of the recognition of people, in order to clarify the following question: what are the effects of the application of personal recognition in the course of criminal investigation? For this reason, the main objective of the study is to discuss the recognition of persons in the context of criminal proceedings, focusing on the study of articles 226 to 228 of the Code of Criminal Procedure, and the treatment given to identification in the hearings, using as reference the case of the “Motorcycle Maniac from Ceará”. In turn, the bibliographic technique was used, based on works that address the topic in question, as well as documentary, using legislation and jurisprudence, aiming at the development of academic and scientific knowledge.

Keywords: Personal recognition; Article 226 of the CPP; Motorcycle Maniac.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2. Considerações gerais do processo penal. 2.1 Sistemas Processuais Clássicos. 2.1.1 Modelo Inquisitorial. 2.1.2 Modelo Acusatório. 2.2 Noções Gerais da Prova no Processo Penal. 2.2.1 Principiologia da Prova. 2.2.1.1 Princípio da Jurisdição. 2.2.1.2 Princípio da Presunção de Inocência. 2.2.1.3 Princípio do

Contraditório e da Ampla Defesa. 2.2.1.4 Princípio do Livre Convencimento Motivado e Persuasão Racional. 3 Teorias acerca da prova. 3.1 Prova como uma Espécie Nonsense. 3.2 Prova no Terreno da Semiótica. 3.3 Prova como Determinação da Verdade. 3.4 A Importância da Cadeia de Custódia na Prova Penal. 4. Reconhecimento Pessoal. 4.1 Conceito e Requisitos do Reconhecimento Pessoal. 4.1.1 Inobservância das Formalidades Legais. 4.2 Prova Penal e Falsas Memórias. 4.2.1 A Falsificação da Lembrança no Ato do Reconhecimento. 4.3 Caso Maníaco da Moto e o Erro no Reconhecimento Pessoal. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1.INTRODUÇÃO

Atualmente, o reconhecimento pessoal tem sido uma das provas mais aceitas e utilizadas no processo penal, dispondo de força suficiente para destituir todo um conjunto probatório produzido, tal que se tornou essencial e umas das mais recorrentes diligências instrutórias realizadas, seja pela polícia judiciária ou por representantes do Ministério público.

Diante de tamanha importância é que o reconhecimento pessoal, seja talvez um dos "mais solenes atos processuais realizados numa persecução criminal" (BADARÓ, 2018) ou, ao menos, deveria ser, uma vez que, hoje se encontra disciplinado nos artigos 226 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Todavia, através deste procedimento, criou-se a expectativa que o indivíduo, vítima ou testemunha ocular do fato criminoso, posteriormente, ao pormenorizar alguém que visualizou tempos atrás, possa descrever as características físicas do envolvido em questão no momento presente, ao tempo do reconhecimento.

Há, ainda, previsão para o caso de reconhecimento "sigiloso", caso se receie que o reconhecedor por intimidação, ou outra influência não diga a verdade no momento do reconhecimento, no qual nessas circunstâncias são acionadas algumas medidas específicas, para que a pessoa a ser reconhecida não veja o seu reconhecedor, conforme sugerido pelo Art. 226, III, do Código Processual Penal.

Ressalta-se que quando são crimes com repercussão na mídia, os imbróglis desse processo, são ainda maiores, pois a apresentação pela imprensa induz ao reconhecimento, mesmo quando inviável (BADARÓ, 2018). Não são raros os casos em que o reconhecedor no primeiro momento não podia sequer descrever o acusado, e após a exposição na mídia o reconhece como sendo o autor do crime.

Conforme Badaró (2018) por meio desse ato instrutório, espera-se que uma pessoa, vítima ou testemunha ocular de evento delitivo, após descrever alguém que viu no passado, confirme a identidade desse sujeito no tempo presente quando

submetido a reconhecimento, o que é tido por muitos como importante ferramenta comprobatória da autoria do fato investigado.

O caso que repercutiu nacionalmente e ficou conhecido como “Maníaco da moto”, no estado do Ceará, pelo fato de que, houve a prisão durante cinco anos de um inocente que foi identificado/reconhecido pelas vítimas, que por influência do trauma, das fortes emoções sentidas, ocasionam as falsas memórias, o reconhecendo assim, como autor do delito.

À vista disso, o artigo pretende esclarecer o seguinte questionamento: quais os efeitos da aplicação do reconhecimento pessoal no transcorrer da instrução criminal? Por essa razão o objetivo principal do estudo é discutir sobre o reconhecimento de pessoas no âmbito do processo penal, com foco no estudo dos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal, e o tratamento dado à identificação nas audiências, usando como referência o caso do “Maníaco da Moto do Ceará”.

Para alcançar os objetivos apresentados, foi utilizada a técnica bibliográfica, pautando-se em obras que abordem o tema em questão, bem como documental, com uso de legislação e jurisprudência, visando o desenvolvimento do conhecimento acadêmico e científico.

Portanto, é esperado que o artigo em questão, contribua para o melhor esclarecimento da temática proposta e auxilie na reflexão sobre os critérios da validação do reconhecimento pessoal, aprimorando o trabalho investigativo e a instrução criminal para que se alcance um processo penal mais alinhado aos direitos e garantias de todos os envolvidos em questão.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PROCESSO PENAL

2.1 Sistemas Processuais Clássicos

Inicialmente, poder-se-ia conceituar, sistema processual penal como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

Lopes Júnior (2012), adverte que na história do Direito, alternaram-se momentos de amplas liberdades e duras opressões, sendo que os sistemas acusatórios e inquisitivos refletem as exigências do Direito e do Estado da época. Nesse sentido, Goldschmidt (1935) leciona que *“los principios de la politica procesal de una nación no son outra cosa que segmentos de su política estatal em general”*, destacando Zaffaroni (2004) que *“todo discurso penal autoritário (y totalitário) es una reiteración del discurso inquisitorial”*.

Com o passar do tempo, várias formas da busca da “verdade”, ou melhor dizendo, de construção do convencimento foram aceitos do Direito Processual, trazendo à tona um elo entre o regime legal das provas e o sistema processual adotado.

Assim pode-se destacar que, essa interação como fator protuberante, ocorre para indicar que os direitos e garantias fundamentais não serão suprimidas. É mister lembrar que, analisando o processo penal de uma ação, pode-se perceber como ela detém conceitos de democracia ou autoritarismo, o direito do passado moldando-se ao direito do futuro.

Como traz Lopes Júnior (2019):

“O processo tem por finalidade buscar a reconstituição de um fato histórico (o crime sempre é passado, logo, fato histórico), de modo que a gestão da prova é erigida a espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores”. (LOPES JÚNIOR, 2019, p.580)

De acordo com Machado (2014), foi o contexto histórico, com toda sua evolução que levaram as distintas aplicações das leis ao longo da história, fazendo também com que surgisse diversos sistemas processuais, que a depender do tempo em que se encontravam poderiam ser mais autoritários, ora mais democráticos.

Diante de tantas mudanças ao longo da história, podemos dizer que uma coisa se fez presente em todas as fases dos sistemas: a pretensão punitiva do Estado, que, independente do sistema processual adotado, é o que se espera diante de um Estado responsável por punir aquele que supostamente cometeu ato delituoso (LIMA, 2019).

E é nesse contexto que vamos classificar os sistemas processuais: como ele conduz essa sanção será como ele será classificado e assim ficará claro, cada com suas peculiaridades, como cada sistema trata tanto os meios de provas como os possíveis autores do fato.

2.1.1 Modelo Inquisitorial

O sistema inquisitório, de maneira pura, é um modelo histórico, onde há um ‘desamor’ pelo contraditório, de acordo com Cunha Martins (2014). Lopes Júnior (2012), esclarece que:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se

transforma em disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. (...) O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório. (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 122).

O modelo inquisitorial nos traz a figura do juiz ator: ele coordena todos os atos do processo, inclusive a gestão das provas, e como a própria etimologia da palavra fala: é um inquisidor, é ao mesmo tempo, investigador, advogado e juiz.

“Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. De fato, há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento.” (LIMA, 2019, p. 40).

O processo penal inquisitorial busca a todo custo chegar na verdade real, mesmo que para se consiga tal feito precise passar por cima de todos os limites. Como o agente juiz –inquisidor, quer chegar no resultado almejado –a condenação– não mede esforços para alcançá-lo, e como o mesmo é quem executa todos os atos, inclusive a busca das provas ele irá valorá-las de acordo com sua necessidade de julgado (LOPES JÚNIOR, 2020).

Não há como se distanciar que o fato do conhecimento prévio do juiz acerca das provas influencia diretamente as suas decisões finais: se o mesmo juiz que tem a responsabilidade de julgar é quem também produz as provas, como se tornar imparcial diante de tê-las antes do final do processo? E se esse mesmo juiz é quem levanta as hipóteses dos fatos, como saber se ele já não decidiu conforme seu bem querer e busca provas apenas para justificar sua decisão?

Corroborando com tal questionamento temos o posicionamento de Jacinto Coutinho (2020):

Abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”. E, como prova

é crença (fé), obviamente ele crê no que buscou e produziu. (COUTINHO, *apud*, LOPES JÚNIOR, 2020, p.581)

Por isso é de tal importância o sistema a ser utilizado na admissão das provas: no sistema inquisitorial a gestão da mesma está nas mãos do juiz, o mesmo que optará por sua admissão é o mesmo que fez sua aquisição, tornando o risco de uma decisão pautada na parcialidade e afastando ainda mais a possibilidade do contraditório em todo o processo inquisitorial.

Não existe a distinção entre quem busca e quem faz juízo de admissibilidade, logo não se pode negar que tal juiz não pode medir o quão lícito é seu ato ao fazer a admissão da prova que buscou, e é esse o ponto crucial para se questionar o sistema inquisitorial (LOPES JÚNIOR, 2020).

Desta forma fica claro que o processo inquisitório contraria todos os direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988, transgredindo os princípios processuais penais. É necessário que haja um juiz imparcial, que se mantenha distantes das provas e das partes, para que se possa chegar a uma decisão livre de vícios causados pela sua presença em todos os atos do processo (LIMA, 2019).

2.1.2 Modelo Acusatório

Destoando do sistema inquisitorial o modelo acusatório traz consigo elementos distintos que tira o juiz da figura do inquisidor e o leva para a posição de um juiz expectador: o julgador se mantém equidistante das partes o que permite um olhar imparcial em relação aos fatos e provas apontados no processo.

Aponta, ainda, Lopes Júnior (2012), as seguintes notas características do sistema acusatório, na atualidade:

Clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); procedimento é em regra oral (ou predominantemente); plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); contraditório e possibilidade de resistência (defesa); ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; instituição, atendendo a critérios de segurança

jurídica (e social) da coisa julgada; possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 122).

No processo acusatório o juiz constrói sua opinião baseada nos elementos que lhes são apresentados no decorrer do processo: as partes são as responsáveis por apresentar-lhe os fatos e as provas para tentar convencê-lo de suas teses (LOPES JÚNIOR, 2020).

Aliás, a gestão da prova é o núcleo fundante dos sistemas processuais. Dessa forma, a mera separação das funções de acusar e julgar no processo penal não é o que realmente define e diferencia o sistema inquisitório do acusatório.

Dessa forma, cristalino que, num processo democrático, como a sentença depende do “estoque de informações” e da “maneira como foi processada”, outro caminho não há senão o convencimento do julgador basear-se em atos de prova, colhidos sob o crivo do devido processo legal. Aliás, desde Streck (2011), sabemos que debater as condições de possibilidade da decisão judicial é uma questão de democracia.

Portanto há de se falar também na importância da oralidade no sistema acusatório: por ter como umas de suas características a publicidade e a oralidade é necessário que se priorize o discurso apresentado no processo, já que será baseado no mesmo e nas provas que se fará o convencimento do juiz. Como nos traz Lopes Júnior (2020): o ritual judiciário está constituído, essencialmente, por discursos e, no sistema acusatório, forma é garantia. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 46)

Nesse sistema, além do convencimento do juiz através do discurso, é tarefa das partes também a gestão de provas, competindo ao juiz garantir o cumprimento das “regras do jogo”, protegendo os direitos e garantias fundamentais:

Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal. A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeito de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo. (LIMA, 2019, p. 42)

Com acerto, Goldschmidt (1935) ensina que, no sistema acusatório, a produção da prova, ou seja, a apresentação de requerimentos e o recolhimento do material probatório compete às partes, cabendo ao juiz tão-somente decidir.

Coutinho (2001), no mesmo sentido, afirma que “a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador” do sistema processual, apontando que o princípio dispositivo é o núcleo estruturante do sistema acusatório, onde a gestão das provas está nas mãos das partes, sendo o juiz um mero espectador, enquanto no princípio inquisitivo a gestão das provas está nas mãos do julgador, cabendo-lhe a produção de ofício. Alerta, ainda, o referido autor que não existe um princípio misto e, portanto, não haveria um sistema “misto”, como sugere parte da doutrina pátria.

Realmente, por não haver um princípio unificador “misto” não se pode sustentar a existência de um sistema “misto”, já que a construção de um sistema exige uma viga-mestra. Ademais, os sistemas acusatório e inquisitório, de maneira “pura”, são dados históricos, pois hoje o que existe é uma mescla de elementos dos dois sistemas.

Logo, na atualidade, poderemos ter um sistema nitidamente inquisitorial com adereços do acusatório ou, ao contrário, um sistema predominantemente acusatório com acessórios inquisitoriais. Mas, certamente, na esteira de Coutinho (2001), essa simbiose, nos dias de hoje, dos dois sistemas ao longo da *persecutio criminis* não configuraria a existência de um sistema “misto”, como se existisse essa terceira espécie do gênero sistema processual.

2.2 Noções Gerais Sobre a Prova no Processo Penal

Diretamente ligada com a evolução da sociedade é o instituto probatório, perfazem relatos que a prova surgiu na Grécia Antiga, sendo a mais pretérita a identificada por Foucault na obra *Ilíada*, de Homero, quando este afirma em sua obra que esta conquista da democracia grega, este direito de testemunhar, de opor a verdade ao poder, se organizou em um longo processo nascido e instaurado de forma definitiva, em Atenas, ao longo do século V (a.C.) (HOMERO, 2003).

Prova vem da etimologia *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), que retrata o sentido de verificação, exame, aprovação ou até mesmo de confirmação, contudo, há três extensões do significado de prova que são: prova como atividade probatória; prova como resultado e prova como meio, sendo cada um tratado no decorrer desse estudo (LIMA, 2019).

Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro o direito a prova não é encontrado de forma expressa na Carta Magna vigente, mas o fato é que, compõe o

devido processo legal assim como o contraditório tutelados pelo artigo 5º da norma constitucional citada, importante que mesmo sendo garantia fundamental não é direito absoluto, tendo em vista existir limites quando diante de outros preceitos fundamentais.

Os meios probatórios advêm do princípio da liberdade dos meios de provas institucionalizado no artigo 155 do Código de Processo Penal que dispõe ser todos os meios legais, bem como quaisquer outros tipificados em lei, desde que moralmente legítimos (BRASIL, 1941).

Contudo, mesmo a norma infraconstitucional acima citada informando que devem as provas pertencerem a meios legais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVI, determina ser inadmissível nos processos a produção de provas ilícitas, devendo as partes assim como o juiz estarem atentos a cada instante sobre este preceito legal (BRASIL, 1988).

Relatar sobre o instituto da prova dentro do Código de Processo Penal com a finalidade de compreender melhor o reconhecimento pessoal, é de suma importância, porém só é possível com entendimento acerca de seus princípios e teorias que passam agora a serem desenvolvidos.

2.2.1 Princiologia da prova

Primordialmente, cabe esclarecimento sobre o conceito de princípio, que segundo dicionário online Dicio é:

O começo; o que ocorre ou existe primeiro que os demais: princípio dos tempos. Início de uma ação ou processo: no princípio do trabalho era mais feliz. O que fundamenta ou pode ser usado para embasar algo; razão: em que princípio se baseia seu texto? (PRINCÍPIO, 2018).

Sendo assim, princípio é origem, criação que serve de base para o desenvolvimento a qual se subordina. Aplicando-se assim, ao ordenamento jurídico brasileiro os princípios têm força normativa, além de servirem para preencher omissões legais.

Tratar de principiologia da prova é importante diferenciar acima de tudo meio de prova e meios de obtenção de prova, sendo o primeiro o meio pelo qual o magistrado irá conhecer dos fatos, inteirar-se sobre o ato, e logo distinguir ou classificar a sua ilicitude e a culpabilidade do autor, para enfim tomar a decisão mais justa. Já o meio de obtenção de prova, é o modo ao qual se consegue a prova, não é propriamente dito a prova, são por onde pode-se extrair coisas materiais, traços ou

declarações com força probatória, ao passo que o destinatário final será a polícia judiciária (YARSHELL; MORAES, 2005).

Corroborando sobre o tema exposto, têm-se o posicionamento de Badaró (2018) citado por Lopes Júnior (2020):

Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos (apud Lopes Júnior, 2020 p. 587).

Logo, enquanto os meios de provas servem diretamente para o convencimento do juiz, os meios de obtenção serão os instrumentos que indiretamente convencerão o magistrado. Outra importante distinção é entre os atos de investigação e atos de prova, pois um será realmente considerado prova processual, portanto pode fundamentar a sentença e o outro é produzido na fase pré-processual com valor probatório limitado, visto que, neste último, alguns requisitos como defesa, contraditório são garantias constitucionais não são obedecidas, portanto não haverá como dá muito valor a esses atos (LOPES JÚNIOR, 2019).

Os atos de provas são aqueles que servem como fundamentos para a sentença, estão compreendidos dentro do processo ou ao serviço do processo, tem como intuito o convencimento do juiz daquele fato ser realmente ilícito ou não, para que ele seja considerado prova necessita obedecer às garantias constitucionais como ampla defesa, contraditório, publicidade, bem como são praticados frente ao juiz que dará a sentença.

Por outro lado, os atos de investigação são realizados preliminarmente ao processo, pois não são consideradas verdades e sim hipótese de que aquele fato possa ter acontecido daquela maneira, não dão suporte à sentença, mas são importantes para que seja decidido se vai passar para a fase processual ou haverá o

arquivamento do inquérito. Além de servir para decisões interlocutórias, imposição de medidas cautelares (LOPES JÚNIOR, 2019).

Oportuno é o entendimento sobre a garantia efetiva do direito a prova, ao passo que, encontra-se devidamente positivado em dois tratados de suma importância, tendo em vista foram recepcionados pela Emenda Constitucional de nº 45 no presente ordenamento pátrio, conforme o artigo 5º, na forma do seu § 3º, equivalendo-se às emendas constitucionais. São eles: a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), incorporado pelo Decreto nº 678/69, no seu artigo 8º, e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, incorporado pelo Decreto n. 592/92, no seu artigo 14.1, alínea “e” (BRASIL, 1969).

O entendimento, no que tange ao direito fundamental à prova tem como finalidade não só defender as pessoas do abuso do poder que emana do Estado, mas, de buscar promover a igualdade material nas relações jurídicas. Garantindo de maneira eficaz, a proteção aos hipossuficientes, evidenciando assim a real função principiológica das garantias probatórias.

2.2.1.1 Princípio da Jurisdição

A Constituição Federal ora vigente, trouxe em seu artigo 5º, XXXVII, a exclusividade do juiz, devidamente instituído, exercer a jurisdição frente a determinado processo, excluindo assim, a possibilidade de criação de juízos ou tribunais de exceção (BRASIL, 1988).

Segundo Cristina Di Gesu (2014), o princípio da jurisdição baseia-se na competência exclusiva do Poder Judiciário de representar o Estado, possibilitando a definição de existência frente ao delito, no que tange à determinação de materialidade, autoria, imposição de penas por meio dos processos penais. Competência está prevista na Carta Magna.

Seguindo o citado posicionamento, dispõe o nobre doutrinador Lopes Júnior (2020):

A garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas “ter um juiz”, exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 84).

Assim, é notável que o Estado por meio do Poder Judiciário é o único que detém poderio de julgamento, devendo ser feito exclusivamente por magistrados que garantem a imparcialidade, responsabilidade e uma formação de acusação certa e determinada, assim como outros procedimentos necessários para a eficácia de um

juízo justo e coeso. Vez que o Estado está lidando diretamente com a liberdade de ir e vir do acusado.

2.2.1.2 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio acima citado, encontra-se previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” (BRASIL, 1988).

Corroborando tem-se o posicionamento de Ferrajoli (2012) apresentado por Lopes Júnior (2020):

Finalmente, consagrados na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. A despeito disso, no fim do século XIX e início do século XX, a presunção de inocência voltou a ser atacada pelo verbo totalitário e pelo fascismo, a ponto de MANZINI chamá-la de “estranho e absurdo extraído do empirismo francês (apud Lopes Júnior. 2020, p. 135)

Sendo assim, a denominação de princípio da presunção de inocência, não é em vão, tendo em vista que o indivíduo só poderá ser considerado culpado após todo tramite da ação penal e sentença condenatória, antes disso deve ser considerado e tratado como inocente.

Ademais, Nucci (2016) ao versar sobre as garantias do ônus da prova referente à acusação, deixa cristalino que o acusado não poderá produzir provas contra ele, presumindo-se inocente a todo tempo, buscando provas em seu favor e assumindo ainda o direito de ficar calado, sem que seja presumida a sua culpabilidade, direito este, previsto também na Carta Magna no artigo 5º, LXIII.

Por fim, sintetizando o explicitado, Lopes Júnior (2019) divide a presunção em duas expressões: dever de tratamento e regra de julgamento. Sendo o primeiro, dispôr sobre o modo como o acusado deve ser tratado pelo juiz e pelo acusador, que estes sempre pesem pela inocência daquele, além da imposição de limites a publicidade do caso, para que não ocorra a estigmatização do acusado perante a sociedade.

A segunda dispõe que deve ser presumida a absolvição, sendo papel da acusação derrubá-la por meio de provas e evidências da materialidade e autoria do crime, e somente assim o magistrado poderá decretá-lo como culpado.

2.2.1.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa estão tutelados no artigo 5º, LV da Carta Magna que dispõe:

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988).

Elevado a posição de garantia fundamental o contraditório garante a outra parte o conhecimento do processo e das informações nele contidas, estando intimamente ligadas as respostas, aos fatos alegados e a apresentação de defesa. Considerando assim, princípio fundamental ao processo, tendo em vista, trata-se de um processo bilateral a qual é indispensável a participação de ambos na elucidação da lide.

De acordo com Eugênio Pacelli (2014), o contraditório não seria apenas um instituto de conhecimento e defesa, mas também, como garantia de paridade de resposta dando o direito da parte de apresentar as contrarrazões com a mesma intensidade e extensão, na busca da isonomia entre as partes.

Robustecendo ao exposto, há o entendimento sumular do Supremo Tribunal Federal de número 707 definindo que:

Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo (Supremo Tribunal Federal, 2003).

Demonstrando assim, ser necessário o direito do contraditório, pois a falta deste acarretará prejuízo a uma das partes assim como para reconstrução do fato e para o convencimento do juiz, contudo, processos que não obedecem ao direito de defesa são passíveis de nulidade.

No que tange o princípio da ampla defesa, é o direito conferido ao acusado de utilizar de meios lícitos seja com argumentos, teses ou provas para contra-atacar o que foi exposto pelo autor. Persiste na doutrina a divisão de defesa técnica e autodefesa, a primeira corresponde a intervenção feita pelo advogado ou profissional qualificado para tal ato. E a autodefesa são os atos em que o acusado pode praticar em defesa própria, direito de ser ouvido no decorrer do processo como no interrogatório ou interposição da *habeas corpus*. (MACHADO, 2014).

2.2.1.4 Princípio do Livre Convencimento Motivado e Persuasão Racional

Sobre este princípio da persuasão racional Cintra, Grinover e Dinamarco (2015) deliberam sobre a análise do juiz frente aos elementos e provas dispostos nos autos, para que, por meio deles possam formular opinião própria e julgamento sobre o caso, respeitando o que foi apresentado, e a regulamentação jurídica acerca das evidências, além da necessidade de motivação ao expor a decisão.

No que tange a motivação leciona Lopes Júnior (2020):

A motivação das decisões judiciais é uma garantia expressamente prevista no art. 93, IX, da Constituição e é fundamental para a avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova. Serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 156)

A necessidade de motivação comentada acima é a interligação da persuasão com o princípio da fundamentação ou do livre convencimento motivado, normatizado no artigo 93, IX da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que versa sobre a obrigação de serem as decisões tomadas pelo poder judiciário devidamente fundamentadas, sendo necessário a demonstração dos motivos que levaram ao julgamento final apresentado.

3. TEORIAS ACERCA DA PROVA

O processo penal é meio pelo qual se faz a reconstituição de um determinado fato. É por intermédio dele que o julgador poderá vislumbrar a reconstrução histórica, e contando com a colaboração das provas, restaurar todo o caminho de volta à um fato ocorrido anteriormente (LOPES JÚNIOR, 2019).

Sendo assim, pode-se classificar as provas como ferramentas a serem utilizadas na retrospectiva de um fato que ocorreu no passado, montando assim todo um contexto para sua discussão no presente.

Baseado nisso, pode-se dizer que as provas possuem três sentidos: o do ato de provar, no qual é usada para verificar a veracidade do que ocorreu; o meio, onde ela é usada como instrumento de reprodução do ocorrido; e o resultado e da ação de provar que são os elementos extraídos da análise dos instrumentos probatórios, oferecidos por meio dos quais se demonstra a “verdade” de um fato. (NUCCI, 2016)

É importante frisar, no que tange a existência de um grande paradoxo temporal, no ritual judiciário, visto que, o julgador avalia no presente o homem pelas ações cometidas em passado distante, com fulcro em provas que foram buscadas em

um pretérito mais próximo a qual se projetarão em futuro, sob os efeitos da pena. (LOPES JÚNIOR, 2019)

Deste modo, o episódio reconstruído jamais será real, esse homem também já não será mais o mesmo, e no período que vai do julgamento até sua condenação, ele passará por mudanças intrínsecas, muitas vezes provocadas pelo próprio sistema penal. Reservando assim para o mesmo um futuro de reviver o passado diariamente.

Assim, “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL, 1941).

Conceituar prova na visão de Capez (2016) é:

“ O conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma informação, podemos dizer que as provas ocupam papel de destaque, pois são os “olhos do processo” (CAPEZ, 2016, p. 370).

Sendo assim, pode-se afirmar que até o conhecimento e apreciação das provas, o juiz é, por natureza um leigo, pois ele não tem conhecimento do fato e o fará através da prova. (LOPES JÚNIOR, 2019)

A priori, a classificação das provas entre indireta e direta é controversa, pois, com exceção dos delitos que acontecem no interior da sala de audiência, todas as provas são de cunho indireto, tendo em vista trata-se de suposições do fato.

Consoante a isto, a prova está intimamente ligada a atividade analítica para o convencimento do juiz, que chegará a uma convicção e dará legitimidade a condução da sentença.

Ademais, pode-se dizer que as provas possuem uma função persuasiva: direcionam o julgador para uma decisão de acordo com o caminho traçado pelas mesmas. (LOPES JÚNIOR, 2019).

Perceber-se que, tal função persuasiva tem como embasamento a fé dos destinatários em relação as falas dos locutores. Essa crença, aliada as interpretações subjetivas e emocionais farão com que o julgador chegue a um resultado.

Sendo assim, chega-se a uma das questões incessantes do processo penal: a luta pelo controle punitivo, ao qual será perceptível no momento entre a valoração

da prova e a decisão do magistrado. Essa dualidade traz a necessidade do haver um controle epistêmico, baseado na admissão, produção, valoração e decisão a respeito da prova. (LOPES JÚNIOR, 2019).

Não é suficiente que haja um controle rígido no acolhimento das provas, havendo brechas para decisões pautadas na pessoalidade. É preciso que ocorra - além de estabelecer os requisitos específicos frente a sua produção e admissão - uma delimitação do peso que as provas recebidas terão, no que tange a reconstrução do processo e na decisão do julgador.

Corroborando a isto tem-se o entendimento do autor Lopes Júnior (2019):

A epistemologia jurídica – e nossas considerações são epidérmicas e introdutórias –, enquanto ramo da filosofia que se ocupa de uma teoria do conhecimento e dos problemas relacionados a ele, é fundamental para o direito probatório. A prova penal, enquanto meio através do qual o juiz ignorante (porque ignora os fatos) conhece de algo que, em não conhecendo, precisa muito conhecer para julgar, dialoga constantemente com a epistemologia (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 563).

Contudo, a verdade é que, através das provas se reconstrói o fato ocorrido, sendo meio viável para o julgador conhecê-lo, mas não se pode desprezar os meios pelas quais aquelas provas foram produzidas.

É preciso salientar a importância do processo de conhecimento das provas, e que a ele sejam impostos limites: no caso por exemplo, de exposição de uma prova ilícita, não se pode utilizá-la sem ferir o devido processo, e é aí que se apresenta o controle epistêmico.

Baseado nessas nuances se levanta o questionamento acerca da verdade no processo penal. É sabido que muitos autores acreditam que a função do processo penal é a busca da verdade, porém ignorasse a impossibilidade de alcançar tal objeto, visto que a verdade é substancial e relativa.

Assim, não há como reconstituir um fato no processo, visto que o mesmo aconteceu no passado, e mesmo que se tente, no presente não é possível construir uma realidade fiel do mesmo (MACHADO, 2014).

Ademais, não há que se falar em verdade real, e sim em uma “verdade” reconstruída no processo, através das provas, fatos e argumentações, fazendo ligação entre o passado e o presente no processo.

Dessa forma, baseando-se em tudo que se foi estabelecido a respeito de prova, é necessário que se estabeleça os meios pelos quais se pode obter a prova e os requisitos para que chegue a uma sentença condenatória ou absolutória caso não se consiga chegar ao *standard* probatório.

Vale frisar que o *standard* possui papel de destaque no desenvolvimento do processo de produção probatória, é o parâmetro para que determinada prova possa ser considerada relevante para provar determinado fato.

Segundo Lopes Júnior (2019):

Podemos definir como os critérios para aferir a suficiência probatória, o “quanto” de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória. É o preenchimento desse critério de suficiência que legitima a decisão (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 574).

Logo, citar-se, baseado na teoria adotada ao longo do tempo os principais padrões adotados na composição desse *standard*: prova clara e convincente; prova mais provável que sua negação; preponderância da prova e prova além da dúvida razoável. (LOPES JÚNIOR, 2019).

O padrão mais importante, devido ao seu nível de exigência é o da prova além da dúvida razoável, portanto o mais utilizado na sentença penal, já que no processo penal deve se adotar a prova com maior força probatória afim de não levantar dúvida razoável. (LOPES JÚNIOR, 2019).

Assim, perceber-se que além de desempenhar função persuasiva, as provas têm a função de induzir os cidadãos que o processo penal procura chegar a verdade dos fatos através da reconstrução dos mesmos, com a finalidade que se criar uma sensação de segurança, embora não se possa afirmar que isso aconteça na realidade, já que não se pode afirmar a existência de uma verdade real.

Vale ressaltar, que a epistemologia correlaciona-se diretamente com o *standard* da prova, mas, não com a escolha da qual será utilizado no processo, essa é uma escolha política feita dentro do processo baseado no benefício da dúvida que se queira dar a cada parte para que alcance uma paridade de armas.

Portanto, existem três teorias que discorrem sobre as funções da prova: se de fato há uma relação entre a mesma e a verdade judicial, e se essa verdade efetivamente traz consigo o fim do processo, e posterior a isso, o que acontece se essa relação sofre uma ruptura.

3.1 Prova como uma espécie de Nonsense

De acordo com essa concepção as provas são vistas como algo ilusório, não sendo possível assim contribuir para o esclarecimento da verdade dos fatos.

Esse pensamento – oriundo tanto daqueles que acreditam que a verdade dos fatos não pode ser conhecida no processo de modo racional; quanto daqueles que julgam que o processo não possui respaldo para alcançar a verdade- demonstra uma visão irracionalista da decisão judicial, que leva a desconsideração do valor da prova (DI GESU, 2014).

Logo, as provas não seriam meios para demonstrar os fatos como um todo, apenas seriam uma forma de esclarecer os procedimentos ocorridos, valendo-se de protocolos para corroborar com a opinião pública, tal qual objetiva induzir que o sistema processual além de elaborar, também respeita os valores positivos (DI GESU, 2014).

Assim, a prova e seus procedimentos de obtenção não seriam nada mais que uma falsa impressão da existência do "*fumus boni juris*" para se legitimar de forma racional, uma espécie de teatro, que tem como real objetivo deturpar a realidade irracional – e algumas vezes desprovidas de justiça – das sentenças.

Portanto, a prova não teria o papel de recriar os fatos, mas sim de legalizar de forma racional o procedimento.

3.2 Prova no terreno da Semiótica

De acordo com essa corrente o processo seria o lugar onde as histórias são contadas, baseadas nos fatos envolvidos. Todavia, para essa concepção a relação entre a narrativa e a realidade baseada no senso comum é mínima, visto que, o importante é o discurso (DI GESU, 2014).

É através do estudo da prova no campo da semiótica que se pode observar que os fatos são apenas partes que compõem as narrações, não podendo ser determinados como verídicos. (DI GESU, 2014).

Sendo assim, as provas possuem função de justificar a narrativa do advogado ao juiz, ao fazer a ligação da mesma no campo linguístico e semiótico. Contudo não se pode excluir a importância da prova para a escolha da história que mais se aproxime da realidade (DI GESU, 2014).

Nessa corrente as provas adquirem caráter persuasivo, para que se unindo ao diálogo de umas das partes, consigam convencer de aquela "verdade" que eles narram é a que de fato deve ser levada em conta na decisão final.

Sendo assim, deixando de lado as verdades das teorias, a sentença nada mais é do que a escolha de um dos lados da narrativa, sendo esta conseguida através do caráter persuasivo da prova, para que se dê idoneidade a tese de um dos lados e encarada como verdadeira a quem é contada (DI GESU, 2014).

3.3 Prova como determinação da verdade

A terceira corrente versa sobre a prova ser determinante para se chegar as verdades dos fatos no âmbito do processo. (DI GESU, 2014)

Diante disso, é preciso primeiramente que se fale sobre a verdade no Processo Penal.

A verdade que se busca no Processo Penal não é de forma alguma absoluta, e sem aquela que se pode ser contada e relacionada entre as provas e a narrativa. (MACHADO,2014)

Apesar de sempre se buscar a “verdade real” é necessário que se diga que não é aquela verdade real dos sistemas inquisitórios, visto que de acordo com Lopes Júnior (2019):

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (clausula geral que serviu de argumentos para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma verdade a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor) (LOPES JÚNIOR, 2019, p.372).

Essa “verdade real” trazia consigo inúmeros prejuízos, visto que, para se chegar a ela eram admitidas toda e qualquer prática inquisitiva. (LOPES JÚNIOR, 2019).

Assim sendo, o processo penal busca uma verdade processual, alcançada através da produção de provas diretamente ligadas com os fatos narrados pelas partes que o compõem. (MACHADO, 2014).

Logo, a prova usada como determinação da verdade traria uma relação entre a mesma e a veracidade dos fatos, onde a prova teria a função de confirmação das teorias. A prova determinaria a existência ou não do fato, de forma racional, justificando as teorias de construção dos fatos.

Assim, a prova poderia adquirir três definições diferentes: a primeira indicaria se o fato realmente existiu; a segunda traria um caráter formal a prova, na qual a

mesma apenas daria formalidade aos fatos do narrador no processo. E a terceira diria que à prova tem a função de convencimentos do juiz, através do seu caráter persuasivo, relacionando-a com as verdades dos fatos.

Ora pois, se tratando do processo penal é possível dizer que a teoria mais plausível é o uso da prova como ferramenta para se obter o convencimento do magistrado no processo.

Portanto, depois de se observar toda exposição acerca da prova, e afastando a possibilidade de uma “verdade real”, pois se torna impossível a reconstituição dos fatos de forma absoluta, como o processo pode ser conduzido?

É preciso que o mesmo se utilize da desconstrução da verdade, juntamente com os estudos das teorias citadas para se determinar que “a prova se encontra num entre lugar” (DI GESU, 2014).

3.4 A importância da Cadeia de Custódia na Prova Penal

Devido à grande importância da temática probatória para o processo penal, é preciso salientar o quanto a cadeia de custódia se destaca no âmbito da prova penal.

Contextualizando legalmente cadeia de custódia seria, o procedimento em que acontece a documentação histórico ou cronológica em que se registra a sequência de atos desde a custódia até a disposição de evidências físicas ou eletrônicas.

De acordo com o Pacote Anticrime que conceitua cadeia de custódia como:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.” LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019.

Assim, é mister que, para que o processo aconteça de forma mais idônea possível, haja uma preservação das fontes de prova, principalmente daquelas em que a produção ocorre fora do processo, tal preservação poderá garantir a maior veracidade dos fatos.

De acordo com Geraldo Prado (2019), toda modificação nas fontes da prova traz um risco grandioso ao processo. Essa alteração afeta os meios e acabam contaminando a credibilidade do mesmo. Por mais que se tente persuadir acerca do

“livre convencimento”, ao se utilizar uma prova que possa ter sido alvo de alteração, se abre margem para questionamento posterior.

Toda essa cautela em relação a preservação da cadeia de custódia se deve a necessidade de preservar ao máximo sua natureza, com o objetivo de impedir que haja a incriminação ou a absolvição injusta de alguém, e evitar que ocorra uma decisão diferente daquela que seria tomada (LOPES JÚNIOR, 2019).

Para isso não se pode contar apenas com a presunção de boa-fé ou de má fé daqueles que manusearam à prova, mas sim, que ocorra a garantia que os mesmos agirão com a obrigatoriedade de manutenção da veracidade da prova, independente do elemento subjetivo do agente.

Todo esse cuidado vai refletir diretamente no processo, em que o juiz encontra-se pautando na idoneidade das provas, decidirá não apenas de acordo com sua vontade, mas sim, considerando aquilo que as provas conseguem demonstrar.

Inclusive pode-se citar alteração feita pelo pacote anticrime diante de provas que são inadmissíveis, em seu artigo 157, § 5º da citada norma, o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

Nesse caso, o juiz que tiver acesso a prova ilícita não poderá proferir sentença, sendo substituído por novo julgador. Porém o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia de tal dispositivo cautelarmente, tal suspensão ocorreu porque o relator considera a norma vaga já que não esclarece o que de fato seria o “conhecer das provas”.

É importante dá certa atenção às provas com caráter de evidência, visto que, são elas, por si só, que podem levar a presunção da tão desejada verdade, tendo em vista, foram elas que acabaram de iludir os sentidos e prejudicar o contraditório. Daí o motivo da preocupação com rompimento na cadeia de custódia em relação a sua obtenção, principalmente por serem provas adquiridas fora do processo.

O próprio pacote anticrime traz em seus artigos 158-E e 158-F, a necessidade que cada Instituto de Criminalística tenha uma Central de Custódia, para que as provas, principalmente as de caráter de evidencia sejam processadas e preservadas de maneira mais idônea possível, como dispõe a seguir:

Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer.

Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.” LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019.

Entende-se que as provas devam se pautar em dois princípios, de acordo com Geraldo Prado (2019): o da “mesmidade” que seria a garantia que a prova submetida seria exatamente a mesma que foi colhida e o Princípio da Desconfiança, que seria a exigência que a prova fosse levada a um procedimento que confirmasse sua veracidade, visto que sempre se deve desconfiar do poder.

Tais princípios demonstram sua importância corriqueiramente, visto que, em várias situações é possível perceber manipulações das provas de acordo com os interesses das partes que as apresentam, de acordo com aquilo que elas queiram que o juiz decida.

Por isso a exigência de um procedimento rígido na cadeia de custódia, com o mínimo de pessoas manipulando as provas para que não ocorra contaminação. Quanto menos exposição as provas passarem, maior a chance que seja preservada sua credibilidade.

Toda conservação no procedimento na cadeia de custódia, tem por objetivo garantir que os indivíduos sejam julgados de acordo com a real prova colhida, e não com a prova que seja mais conveniente a acusação. À defesa cabe conhecer toda a origem do procedimento e toda a extensão da prova, para que possa apresentar tese cabível com a mesma.

Portanto, conclui-se que a importância da cadeia de custódia na prova penal diz respeito principalmente a garantia que sua legitimidade seja preservada, e assim possa chegar a uma decisão pautada não apenas na vontade do julgador, mas sim, no mais próximo à verdade processual que as provas podem oferecer.

4. RECONHECIMENTO PESSOAL

4.1 Conceito e Requisitos do Reconhecimento Pessoal

Segundo Capez (2016) ao tratar do reconhecimento o conceitua da seguinte forma:

É o meio processual de prova, eminentemente formal, pelo qual alguém é chamado para verificar e confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa que lhe é apresentada com outra que viu no passado (LIMA, 2016, p.451).

Em consonância com a referida definição, o reconhecimento é o meio de prova do processo penal que, através das percepções pretéritas, passa identificar, certificar ou reafirmar atos anteriormente vivenciados, seja para constatar a autoria do delito ou objetos que foram utilizados no momento do crime.

Sendo assim, a natureza jurídica do reconhecimento pessoal e das coisas, trata-se de um meio de prova, conforme leciona Nucci (2016), tendo em vista, ser através de tal procedimento a provável ocorrência de identificação de pessoas ou objetos do delito. Que possam vir a elucidar o crime.

Desta feita, o doutrinador Greco Filho (2015), divide o reconhecimento em dois aspectos, formal e informal. No que tange ao primeiro, é o reconhecimento obtido por meio do procedimento previsto no art. 226 e seguintes úteis do Código de Processo Penal de 1941.

Por outro lado, o informal tem caráter confirmatório, pois ocorre no momento da audiência, pois é nesta ocasião, o magistrado pergunta à vítima ou as testemunhas se reconhecem o acusado como autor do crime, ou o objeto utilizado para cometer o delito. A informalidade consiste em ignorar o método que está disposto no artigo supracitado.

Com base no exposto, tem-se o artigo 226 e 228 do Código de Processo Penal, que descreve sobre a forma a qual deve ser realizado o reconhecimento como meio de prova, dispondo:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas (BRASIL, 1941).

É notável que o mecanismo a ser adotado é simples e acessível, tornando-se fácil de ser empregado, sendo assim, o inciso I versa sobre a necessidade de descrever as características para possibilitar a busca por pessoas, que entrem no padrão especificado pela vítima ou testemunha.

Além disto, colocará pessoas de aparência semelhantes em um local determinado, com o intuito de que a vítima as observe e possa apontar o possível autor do delito, sendo assim, o segundo requisito a ser obedecido, previsto no inciso II.

Logo, tem-se o que está disposto no inciso III, determinando que havendo razões em que a vítima possa sentir-se intimidada ou influenciada a mentir ao fazer o reconhecimento pessoal, deverá as autoridades preservá-la, utilizando de métodos de proteção a vítima, para possibilitar a realização deste meio de prova.

E o art. 228 discorre sobre o modo como deve proceder quando houver mais de uma pessoa para realizar o reconhecimento pessoal, sendo necessário ser feito uma por vez, separadamente, para que não ter comunicação e influências na identificação.

No que tange ao valor probatório do reconhecimento pessoal, é plausível o entendimento de Bonfim (2015) ao afirmar:

O reconhecimento, como meio de prova, tem valor probatório variável. É certo que, se feito exclusivamente em sede de inquérito policial, não será admissível como único elemento de prova. Entretanto, como já se disse, a valoração da prova é livre, desde que consigne o magistrado na motivação das decisões as razões que a justifiquem (BONFIM, 2015, p. 481).

Sendo assim, é cristalino que os meios de prova são elementos fundamentais para a convicção do julgador, portanto, o magistrado pode vir a deliberar sobre a

valoração, porém, elementos constituídos na fase pré- processual não podem ser considerados absoluto e unicamente capaz de motivar uma condenação, devendo ser necessário a consideração de outros fatores para a fundamentação da sentença.

4.1.1 Informalidades no Procedimento do Reconhecimento Pessoal

Diante do já apresentado, há previsão dos requisitos a serem utilizados para a execução do reconhecimento pessoal. No entanto, entendimentos jurisprudenciais pátrios vêm relativizando as formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal. Como decidiu e entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no julgado abaixo:

[...] NULIDADE NO AUTO DE RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPOSITIVO QUE CONTÉM MERA RECOMENDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as disposições inculpidas no art. 226 do CPP configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato. Precedentes. 2. Na hipótese em tela, o auto de reconhecimento da paciente não contém qualquer eiva capaz de impedir a sua utilização como prova nos autos [...] (STJ, HC 252156/SP, rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 16/12/2014). (STJ, 2015, online)

Deste modo, o Superior Tribunal de Justiça incita a prática de relativização, dispondo que os preceitos estabelecidos, são definidos como meramente recomendáveis, e sua inobservância não acarreta nulidade ao processo. Gerando assim, uma insegurança jurídica, visto que, desobedece a forma do reconhecimento pessoal tutelado na norma infraconstitucional citada, e dificultando ainda mais obtenção da autoria real do crime.

4.2 Prova Penal e Falsas Memórias

Sobre a formação de falsa memória, tem-se por conhecimento o entendimento de Di Gesu (2014) dispondo:

Há tanto a possibilidade de as pessoas expostas à desinformação alterarem a memória de maneira previsível ou espetacular, de forma dirigida, quanto espontaneamente, ou seja, sem que haja sugestionabilidade externa (DI GESU, 2014, p. 107).

Desta forma, a falsa memória pode ser a junção das percepções individuais, e as informações advindas de outras pessoas, que por fazerem sentido ou ter proximidade a realidade do ocorrido, podem alterar a memória, fazendo assimilar as questões internas e externas, originando uma falsa verdade.

Ademais, Di Gesu (2014) ressalta a interligação da memória com a emoção, em que esse, pode fortalecer ou enfraquecer a compreensão do fato, sendo assim, mais um fator que conjuntamente a consciência na hora forma a percepção do ocorrido.

Contudo, a prova penal possui como objetivo:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica (OLIVEIRA, 2014, p-327).

Portanto, a falsa memória pode acarretar sérios prejuízos no processo penal, tendo em vista que, necessita-se de maior aproximação da realidade do fato para obtenção de uma sentença justa.

4.2.1 A Falsificação da Lembrança no Ato do Reconhecimento

Com base na memória, Lopes Júnior (2019) atenta para a questão designação do valor probatório do reconhecimento pessoal, sugerindo que deve se considerar mais alguns fatores, sendo eles:

A gravidade do fato (a questão da memória está intimamente relacionada com a emoção experimentada); o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento [...] as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo etc.); a natureza do delito (com ou sem violência física; grau de violência psicológica etc.) (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 492).

No tocante a memória no reconhecimento pessoal, Di Gesu (2014) diz que é mais presente na hora da descrição das características, pois através dessa definição que haverá a seleção dos mais parecidos com o autor, de acordo com a lembrança da vítima ou testemunha. Deste modo, há necessidade de percepção de memória mais próxima a realidade do ocorrido.

Outrossim, Eugênio Bonfim (2014) acrescenta à discussão, a fenômeno da transferência inconsciente, em que o reconhecedor aponta como autor, indivíduo

que estava próximo ou no local do delito, porém, não teve nenhuma participação nele.

4.3 Caso Maníaco da Moto e o Erro no Reconhecimento Pessoal

Tomando por base publicações feitas e entrevistas cedidas ao site do g1.com/ceara. Tendo em vista que, o processo corre em sigilo judicial, o caso conhecido como do Maníaco da Moto aconteceu na Cidade de Fortaleza no Estado do Ceará em meados de 2014. Ocorre, que um homem utilizando de uma moto vermelha, abordava mulher na rua de bairros periféricos da referida cidade, fazendo uso de uma arma branca para intimidar as vítimas, as guiando a lugares ermos ou ruas poucos movimentadas para estuprá-las.

Porém, o Delegado do 5º Distrito Policial tomou conhecimento dos casos através de denúncia das vítimas. Após ouvi-las, foi realizado o reconhecimento pessoal em busca da autoria do delito. Inicialmente duas das vítimas reconheceram o senhor Antônio Claudio Barbosa como autor do delito, o que incentivou as outras vítimas a fazerem o reconhecimento e todas afirmaram veementemente que o citado acusado era o autor do crime. Depois de todas diligências fora encaminhado a denúncia para o Ministério Público. Após julgado, Antônio foi condenado.

Posteriormente, em novo julgamento no Tribunal de Justiça do Ceará Antônio Cláudio Barbosa foi inocentado após 5 (cinco) anos preso. As evidências apresentadas pela defesa, foi um vídeo em que estava o real estuprador, demonstrando assim, uma enorme diferença no que tange ao porte físico, pois o autor do delito tem em média 1,80 cm (um metro e oitenta centímetros) e Antônio Claudio tem 1,58 cm (um metro e cinquenta e oito centímetros). Restou demonstrado também, que a referida moto vermelha não era de propriedade do suposto autor do delito.

Por fim, A advogada Flávia Rahal afirma também que "a única coisa que sustentou a condenação foi o reconhecimento feito pela vítima". Deste modo houve um erro no reconhecimento pessoal causado por falsas memórias e percepções pós traumáticas.

5.CONCLUSÃO

O respectivo estudo procurou demonstrar a necessidade de controle sobre os procedimentos de identificação de pessoas realizados no âmbito de uma persecução criminal, ao ser considerado o caso do Maníaco da Moto do Ceará, pois evidenciou o perigo que permeia a produção desta espécie de prova, já que ela depende de algo muito frágil e impreciso, que é a memória humana.

Porém, o respectivo caso em questão, mostrou que o processo penal vive um conflito com relação a sua razoável duração: de um lado, o processo não pode demorar demais, para não configurar negação à jurisdição e prejudicar a memória das vítimas e testemunhas acerca do fato ocorrido; por outro, diante da maturação do ato de julgar, o imediatismo da instrução pode desrespeitar garantias fundamentais como a ampla defesa e levá-lo a uma condenação precipitada e injusta.

Apesar de serem determinadas algumas medidas simples, como colocar o suspeito com outras pessoas semelhantes a ele na roda de reconhecimento, ou advertir a testemunha de que o suspeito pode nem estar presente, são imprescindíveis para se obter uma identificação minimamente confiável. Além disso, utilizar o reconhecimento sequencial e não simultâneo pode contribuir para a racionalização do procedimento, de modo a evitar reconhecimentos malfeitos.

Ao ser analisado a situação do Brasil quando comparado a nível internacional, o que se percebe é que há um atraso considerável no âmbito de identificação de pessoas, pois sequer se confere ao acusado o direito à presença de seu advogado no momento do procedimento. Além disso, como se denota da análise doutrinária, as regras que disciplinam o procedimento sequer são observadas, pois são consideradas meras recomendações (FARRAJOLI, 2002).

Todavia, a reflexão de alguns julgados dos tribunais superiores nacionais permitiu que, se concluísse que, o controle jurisdicional de provas testemunhais provenientes de identificação de pessoas ainda é muito incipiente como aconteceu no caso do Maníaco da Moto do Ceará, que foi acusado por diferentes vítimas e somente quase oito anos posteriores à sua prisão, conseguiu provar a sua inocência.

Vale ressaltar que, esse caso não é exclusivo no Brasil, pois constantemente tem sido noticiado pela mídia a detenção de pessoas acusada inocentemente. Realidade essa que, deve ser pesada pela aplicabilidade dos procedimentos realizados de maneira totalmente informal e discricionária, sem respeitar minimamente as regras estabelecidas no Código de Processo Penal.

Lopes Júnior (2006), analisando o binômio tempo/velocidade dentro do processo penal, explica que existe uma insuperável incompatibilidade entre verdade e o paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 280-281). O crime sempre é passado, logo, história, fantasia, imaginação e depende, acima de tudo, de memória. Assim, os acontecimentos não são apreendidos, uma vez que as imagens não se fixam e escapam pela fluidez da velocidade.

Em síntese, em face a realidade encontrada no Brasil, é possível concluir que sem o devido controle, os procedimentos de identificação continuam sendo

realizados de forma arbitrária e, conseqüentemente, os direitos do réu diante da perseguição penal permanecem sendo violados.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL, **Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm

BRASIL, **Decreto-Lei n.º 3.689/41, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 fev. 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.ht. Acesso em: 16 de maio de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. **Súmula nº 707**. Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo. Brasília, DF: Superior Tribunal Federal, 2003. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=707.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 14/04/2020.

BONFIM, Edilson Mougnot **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31 ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

G1- CE. Condenado por estupro é inocentado em novo julgamento após cinco anos preso no Ceará. In: G1-CE. 29 de julho de 2019.

Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2019/07/29/acusado-de-serie-de-estupros-em-fortaleza-e-inocentado-pela-justica-apos-passar-cinco-anos-preso.ghtml>. Acesso em: 15/05/2020.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias** – 2. ed. ampl. E ver. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

HOMERO. **Odisséia**. Tradução de Frederico Lourenço. Lisboa: Cotovia, 2003

LIMA, Renato Brasileiro de **Manual de processo penal**: volume único / Renato Brasileiro de Lima - 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal** – 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LOPES JR. Aury- **Direito Processual Penal** – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR. Aury – **Direito Processual Penal** – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal** – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

G1, “Maníaco da moto” é suspeito de estuprar nove mulheres em Fortaleza. **G1-CE**. 29 de Agosto de 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/ceara/noticia/2014/08/maniaco-da-moto-e-suspeito-de-estuprar-nove-mulheres-em-fortaleza.html>. Acesso em: 15/05/2020.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal e execução penal** – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 18^o ed. rev.atual-São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo. **A quebra da cadeia de custódia da prova no Processo Penal - 1^a ed.** São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRINCÍPIO. In: DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/principio/> Acesso em: 14/04/2020.

STJ, **HABEAS CORPUS Nº 252.156 - SP (2012/0175727-0)**. RELATOR: MINISTRO JORGE MUSSI. DJ: 16/12/2014. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ, 2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201757270&t_publicacao=03/02/2015. Acesso em: 09/05/2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10^a edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

YARSHELL; MORAES – **Estudos em Homenagem a Professora Ada Pellegrini Grivoner**. 1. ed. – São Paulo: DPJ Editora, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Origem y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2004.

NOTAS:

^[1] Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail*: sara_wasabi@yahoo.com.br

^[2] Orientador. Professor do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB) *E-mail*: julianoleonel@hotmail.com

^[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Graduação (Bacharelado) em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI.

O DIREITO DE LICITAR COMO UM PODER JURÍDICO E SUAS PARTICULARIDADES

LEONARDO RIBEIRO DA SILVA:

Bacharel em Direito, Universidade Católica de Brasília - UCB, Especialista em Direito Administrativo, LFG/Anhaguera. Advogado.

RESUMO: O artigo propõe-se a abordar o direito de licitar como um “poder jurídico”, o direito de um licitante formular propostas à Administração Pública mediante processo isonômico de licitação pública, sujeitando-se às imposições contratuais estabelecidas pelo Poder Público. Para análise do tema utilizam-se os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais referentes ao instituto jurídico da licitação pública. Utilizam-se, ainda, como fontes de pesquisa a doutrina administrativista, constitucional e a teoria geral do direito, além dos posicionamentos jurisprudenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Isonomia. Administração Pública. Poder Jurídico. Direito Subjetivo.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direito de licitar. 1.1. Todos têm direito de licitar. 1.2. A admissibilidade da existência de restrições ao exercício concreto da atividade de licitar. 2. O conceito de poder jurídico. 2.1. O conceito de direito subjetivo. 2.2. A pluralidade de situações jurídicas subjetivas. 3. A amplitude do direito de licitar. 3.1. O objeto e o sujeito do direito de licitar. 3.2. A viabilidade de configurar o direito de licitar como um poder jurídico. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Como regra, em nosso ordenamento jurídico, as compras, alienações, serviços e obras devem ser contratados pela Administração Pública mediante processo de licitação pública. Esse é o teor da Constituição da República em seu art. 37, XXI.

O dispositivo constitucional acima referido também dispõe que o processo licitatório assegure igualdade de condições entre os concorrentes, com estabelecimento de obrigações de pagamento e exigências de qualificação técnica e econômica que garantam o cumprimento do contrato pactuado com o Poder Público.

O Poder Constituinte derivado editou a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, revogando o Decreto-Lei 2.300/1986, que era denominado estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos, bem como as demais normas infraconstitucionais incompatíveis com o novo ordenamento jurídico estabelecido com a nova Carta Política.

Em 2002, o Congresso Nacional editou a Lei 10.520, instituindo a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, garantindo maior celeridade para a Administração Pública no certame licitatório quando se tratar de bens e serviços com padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos no edital.

Com a proximidade dos grandes eventos esportivos a serem sediados no Brasil entre 2013 e 2016, o Congresso Nacional converteu a Medida Provisória nº 527/2011 na Lei 12.462/2011, instituindo o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, regulamentado pelo Dec. 7.581/2011.

A Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, estabeleceu em seu art. 54 e seguintes, a modalidade denominada consulta para as contratações que tenham por objeto o fornecimento de bens e serviços que não estejam compreendidos entre os “bens e serviços comuns” passíveis de contratação pela modalidade pregão.

A modalidade consulta foi inicialmente aplicada à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), nos termos da Resolução nº 05/1998 – Regulamento de Contratações. Posteriormente sua aplicabilidade foi estendida para as demais agências reguladoras, conforme disposto no art. 37 da Lei 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras.

Essas são as normas gerais que regem os procedimentos de licitação e contratação, em todas as modalidades, da administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

1.DIREITO DE LICITAR

O processo de licitação pública tem como principal objetivo a contratação de obras, serviços, compras e alienações que atendam às exigências da Administração Pública por meio de propostas formuladas por uma diversidade de concorrentes, o que permitirá a seleção mais vantajosa para o poder público.

O art. 3º da Lei 8.666/93 apresenta os princípios que regem as licitações públicas, tendo como principal expoente destes princípios a isonomia, que adiante (art. 44, § 1º) volta a ser mencionado, agora de forma específica, impondo a vedação da “utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes”.

No entanto, mesmo diante do objetivo de tornar as licitações públicas acessíveis ao maior número de concorrentes possíveis, em algumas situações,

prevalecerá o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, permitindo-se restringir a participação de licitantes que não observem os requisitos impostos pela Administração Pública.

Nesse sentido leciona o saudoso Hely Lopes Meirelles[1]

A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, § 1º).

[...]

Todavia, não configura atentado ao princípio da isonomia entre os licitantes o estabelecimento de requisitos mínimos de participação no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.

Portanto, o direito de licitar deve ser amplo, abrangente, mas as condições mínimas de cumprimento do ato convocatório não podem ser desprezadas, pois, a mitigação desses requisitos podem causar embaraços na condução do certame licitatório e conseqüente prejuízos ao erário.

1.1 TODOS TÊM DIREITO DE LICITAR

O direito de licitar consiste na amplitude de participação por pessoas físicas ou jurídicas nos certames licitatórios, formulando propostas que atendam às necessidades do Poder Público. Manifestação específica do princípio da isonomia entre particulares que pretendam contratar com o Estado.

As propostas apresentadas pelos licitantes devem ter o objetivo de atender à Administração Pública em termos quantitativos e qualitativos, em obediência aos princípios da supremacia do interesse público e da economicidade. Tais propostas devem ser julgadas de forma objetiva, com total impessoalidade na escolha daquela que melhor se ajuste ao conteúdo do instrumento convocatório (edital ou convite).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é unânime no sentido de que as licitações públicas devem alcançar o maior número de concorrentes possíveis. Com esse entendimento a Corte Suprema vem impedindo que as normas infraconstitucionais, sejam elas federais, estaduais ou municipais, criem distinções entre brasileiros ou preferências entre si, nos termos do art. 19, III, da Constituição

da República, quando tais normas estabeleçam critérios que contrariem a isonomia entre os entes federados e seus licitantes. Assim manifestou-se o STF

É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro.[2]

É inconstitucional o preceito segundo o qual, na análise de licitações, serão considerados, para averiguação da proposta mais vantajosa, entre outros itens, os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado-membro. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. A CB proíbe a distinção entre brasileiros. A concessão de vantagem ao licitante que suporta maior carga tributária no âmbito estadual é incoerente com o preceito constitucional desse inciso III do art. 19.[3]

Portanto, verifica-se que o entendimento que prevalece é o de que, em tese, todos terão direito de licitar, desde que cumpridos os requisitos mínimos estabelecidos na lei.

1.2. A ADMISSIBILIDADE DA EXISTÊNCIA DE RESTRIÇÕES AO EXERCÍCIO CONCRETO DA ATIVIDADE DE LICITAR

Em decorrência dos princípios da razoabilidade e da indisponibilidade do interesse público, algumas mitigações ao exercício concreto da atividade de licitar são admitidas em nosso ordenamento jurídico.

A habilitação, Capítulo II, Seção II, art. 27 da Lei 8.666/93 impõe aos licitantes a exigência de documentações específicas para aptidão ao certame licitatório. A habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e trabalhista, bem como a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, são requisitos necessários para a participação dos interessados, podendo ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

Analisando o dispositivo acima referido e a previsão constitucional de "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações", da parte final do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta sobre a taxatividade destes requisitos no procedimento de habilitação dos licitantes. Em suas palavras

O sentido do dispositivo constitucional não é o de somente permitir as exigências de qualificação técnica e econômica, mais de, em relação a esses dois itens, somente permitir as exigências que sejam indispensáveis ao cumprimento das obrigações. A norma constitui aplicação do princípio da razoabilidade entre meios e fins.

Qualquer outra documentação, além das pertinentes aos itens referidos no artigo 27 da Lei 8.666/93, é inexigível no edital. Não tem fundamento, por isso, o artigo 117, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, que exige, implicitamente, prova de atendimento a normas relativas à saúde e à segurança no trabalho.

Essa e outras exigências, que não são indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, contribuem para tornar o procedimento da licitação ainda mais formalista e burocrático, desvirtuando dos objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da Constituição.[4]

No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 210.721/SP[5], adotando o posicionamento de que a exigência de certidão expedida por repartição federal relativa à segurança e a saúde do trabalhador por norma estadual viola o art. 37, XXI, da Constituição da República.

Caminhou também neste sentido o Tribunal de Contas da União quando editou a Súmula nº 272[6], vedando a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

2.0 CONCEITO DE PODER JURÍDICO

As disciplinas “introdução ao estudo do direito” e “introdução ao direito civil” invocam uma pluralidade de conceitos sobre poder jurídico, direito subjetivo e direito potestativo. Alguns posicionamentos doutrinários aproximam os referidos institutos. Outros, os distanciam, delimitando a aplicação de cada um na produção de efeitos jurídicos.

O saudoso civilista Caio Mário da Silva Pereira buscou exemplificar o poder jurídico como uma forma dependente do dever jurídico, correlações que se completam. Nas palavras do eminente doutrinador

A concepção do poder jurídico não está completa sem a correspondência de um dever.

[...]

Havendo na relação jurídica dois lados, um positivo e outro negativo, há de haver igualmente uma dualidade de sujeitos, um ativo, outro passivo; um que tem o poder jurídico, outro que assume o dever jurídico; um que pode exigir a realização, outro contra quem é dirigida a vontade do primeiro. O sujeito ativo tem a faculdade de reclamar o comando normativo; o sujeito passivo sofre a imposição da norma.[7]

Os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald fazem distinção entre o poder jurídico, o direito subjetivo e o direito potestativo, tratando-os de forma autônoma. Abaixo transcrevem-se as referidas distinções conceituais abordadas pelos autores

O poder jurídico, também chamado de poder funcional, distingue-se do direito subjetivo, pois naquele há um direito exercido no interesse do sujeito passivo e do grupo social, como, *v.g.*, o poder familiar (CC, art. 1.630), diversamente do que ocorre, como se viu, no direito subjetivo, em que o exercício é em benefício do próprio titular.

Sintetize-se: no poder funcional há exercício em face de outra pessoa (como na tutela de menores), caracterizando-se como uma categoria autônoma, distinta dos direitos subjetivos.

[...]

Caracterizam-se os direitos potestativos por atribuir ao titular a possibilidade de produzir efeitos jurídicos em determinadas situações mediante um ato próprio de vontade, inclusive atingindo terceiros interessados nessa situação, que não poderão se opor.[8]

Logo, se consideramos como institutos diversos, podemos entender que o poder jurídico se traduz pela invocação de permissão normativa ou contratual para o exercício de um direito. De outra vertente, o direito potestativo pode ser determinado como uma prerrogativa jurídica de impor um poder/direito a outrem independente de consentimento.

2.1 O CONCEITO DE DIREITO SUBJETIVO

O direito subjetivo é entendido como aquele que garante ao sujeito faculdades jurídicas em seu modo de agir. São prerrogativas garantidas por normas expedidas pelo titular do poder (Estado).

O saudoso mestre Miguel Reale, em sua clássica obra *Lições Preliminares de Direito*, discorre sobre o direito subjetivo, o poder resultante e a sua titularidade. Em suas palavras

O direito subjetivo é, em suma, pertinente ao sujeito, ligando-se a este como uma pretensão sua; o poder resulta da função normativa atribuída a seu titular, sem lhe ser conferida qualquer pretensão para ser exercida em seu benefício. Daí resulta, ainda, que o titular de um direito subjetivo pode usar ou não de seu direito, enquanto que o titular do poder não pode deixar de praticar as funções de sua competência, pois elas não são disponíveis.[9]

Na doutrina estrangeira, Jorge Agudo González destaca o aspecto coletivo na aplicação do direito subjetivo, dada a necessidade de estabelecer relações jurídicas com outros indivíduos. Assim posiciona o direito subjetivo entre o Estado e seus administrados

El concepto de derecho público-subjetivo decimonónico toma como referente el concepto del Derecho privado, pues la teoría de la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos tiene su origen en este ámbito. La noción de derecho subjetivo se introdujo en el campo jurídico público como la obligación consecuencia de que las relaciones entre el Estado y sus súbditos se concibieran como relaciones jurídicas. El lineamiento en ellos la base fundamental del Derecho público moderno, en la medida en que todo Derecho es una relación o conjunto de relaciones entre sujetos de derechos: no puede hablarse de derechos subjetivos de un individuo aislado, tan siquiera del propio Estado si no se concibe respecto y contrapuesto a otras personas.[10]

Por tais argumentos, podemos concluir que o direito subjetivo trata de situações jurídicas previstas em determinada norma, em que se determina que o titular tem prevalência de um direito (objeto jurídico) em face de um destinatário.

Utilizando tais fundamentos na seara do direito administrativo, especificamente no tema abordado (direito de licitar), podemos estabelecer a seguinte correlação: o objeto jurídico ou situação jurídica prevista na norma é o procedimento licitatório; o titular do direito de selecionar as propostas e contratar é do Estado; enquanto o destinatário, que deve se submeter às regras estabelecidas pelo titular, são os licitantes, concorrentes do certame licitatório.

2.2 A PLURALIDADE DE SITUAÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS

Dispõe o artigo 4º da Lei 8.666/93 que todos os participantes da licitação pública têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei. Ou seja, os concorrentes, como administrados, tem a proteção de seus direitos resguardados pela norma, e, ainda, possuem a faculdade de participar ou não do certame licitatório.

Objetivando a aplicabilidade do princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, o dispositivo acima referidointroduziu a possibilidade de qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento do procedimento licitatório, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

A regra, portanto, é garantir que um maior número de participantes possíveis opte por concorrer e formular propostas para que a Administração Pública possa selecionar a mais vantajosa para a coletividade. Ocorre que, em determinadas situações, por determinação da Lei 8.666/93, a licitação pode ser dispensada (art. 17) ou dispensável (art. 24) e inexigível (art. 25) quando houver inviabilidade de competição.

Importante ilustrar os ensinamentos do professor Marçal Justen Filho quanto às exceções ao procedimento licitatório e as terminologias adotadas. Assim leciona o referido mestre sobre o instituto da dispensa de licitação

Em primeiro lugar, os casos de dispensa de licitação do art. 17 não apresentam natureza jurídica distinta daquela contemplada no art. 24 da mesma Lei 8.666/1993. Não existem duas “espécies” de dispensa de licitação na Lei 8.666/1993. Quanto a isso, reputa-se irrelevante a distinção terminológica na redação dos arts. 17 e 24. De fato, o art. 17 utiliza a fórmula “licitação dispensada”, enquanto o art. 24 contempla “licitação dispensável”. Ambas as soluções são juridicamente equivalentes, comportando tratamento jurídico similar.[11]

O art. 13, II da Lei de Licitações enumera alguns serviços como técnicos profissionais especializados. Por sua vez, o art. 25, II, dispõe que é inexigível a licitação

para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Ocorre que a definição de serviços de natureza singular notória especialização não é tão simples. São conceitos variáveis que dependem de quem os interpreta, geram subjetividade e controvérsias jurídicas. O Tribunal de Contas da União já se manifestou em diversos acórdãos acerca da inexigibilidade de licitação em matéria de serviços especializados. O entendimento da Corte de Contas foi expressado na Súmula 252[12]. Neste sentido foi proferido o voto do Min. Benjamin Zymler, relator no Acórdão 1.074/2013

[...] 15. Primeiramente, porque o conceito de singularidade não está vinculado à ideia de unicidade. Para fins de subsunção ao art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93, entendo não existir um serviço que possa ser prestado apenas e exclusivamente por uma única pessoa. A existência de um único sujeito em condições de ser contratado conduziria à inviabilidade de competição em relação a qualquer serviço e não apenas em relação àqueles considerados técnicos profissionais especializados, o que tornaria letra morta o dispositivo legal.¹⁶ Em segundo lugar, porque singularidade, a meu ver, significa complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado.^[13]

O Supremo Tribunal Federal também vem adotando esse entendimento, especificamente nos casos que tratam de contratações de serviços advocatícios.

Contratação emergencial de advogados face ao caos administrativo herdado da administração municipal sucedida. (...) A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 'Serviços técnicos profissionais especializados' são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de

procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’ (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/1993). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.[14]

3. A AMPLITUDE DO DIREITO DE LICITAR

Como regra, os particulares (pessoas físicas e jurídicas) devem ter amplo acesso aos certames licitatórios para formulação de suas propostas. Somente poderá haver restrições mediante a previsão legal explícita ou impedimento previsto no edital, a quem se vincula estritamente a Administração, nos termos do art. 41 da Lei 8.666/93.

Nos termos do art. 41, § 3º, da Lei 8.666/93, a impugnação tempestiva por parte do licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente. A decisão administrativa deverá ser motivada, e ainda, obedecendo ao princípio do contraditório e ampla defesa para que não possa configurar ilegalidade ou abuso de poder, passíveis de impetração de mandado de segurança.

Diariamente o Poder Judiciário é acionado para solucionar demandas que envolvem a inabilitação de licitantes de forma arbitrária, desarrazoada, sem a devida motivação por parte da Administração Pública. Diante de tais situações o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a necessidade de obediência aos critérios objetivos e proibição do abuso de poder por fuga à vinculação ao Edital. Nesse sentido manifestou-se no julgamento do MS 5.289/DF[15] e do MS 15.315/DF[16].

3.1 O OBJETO E O SUJEITO DO DIREITO DE LICITAR

Enquanto o objetivo da licitação é garantir à Administração Pública a seleção da proposta mais vantajosa, o seu objeto é o bem ou serviço que será formalizado contratualmente para suprir a necessidade da coletividade. O objeto deve ser descrito de forma determinada, clara e objetiva, com todas as características indispensáveis,

afastando os aspectos irrelevantes e desnecessários que possam restringir a competição e gerar incertezas aos concorrentes.

Na lição do professor Diogenes Gasparini, o objeto licitatório pode ser ampliado, não se restringindo ao exposto na lei geral de licitações. Acerca do tema, discorre da seguinte forma

Tudo o que as pessoas públicas (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias), governamentais (sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações) e suas subsidiárias, obrigadas a licitar, puderem obter de mais de um ofertante, ou que, se por elas oferecido, interessar a mais de um dos administrados, há de ser, pelo menos em tese, por proposta escolhida em processo licitatório como a mais vantajosa. Sendo assim, não se pode sequer imaginar que só os objetos mencionados no art. 1º do Estatuto são suscetíveis de licitação. Essa enunciação é meramente exemplificativa, pois outros tantos negócios desejados pela entidade obrigada a licitar também devem ser objeto de licitação, como é o caso do arrendamento, do empréstimo e da permissão do uso de bem público.[17]

Conforme definição do art. 6º, XV, da Lei 8.666/93, contratado é “pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública”. Logo, podemos definir que o sujeito do direito de licitar está compreendido dentre aqueles que podem formalizar contratos com o Poder Público. Ou seja, as pessoas físicas e jurídicas que preencham os requisitos estabelecidos nas normas gerais de licitações e nos atos convocatórios são sujeitos de direito subjetivo para concorrer nos procedimentos licitatórios.

3.2. A VIABILIDADE DE CONFIGURAR O DIREITO DE LICITAR COMO UM PODER JURÍDICO

O direito de licitar pode configurar como um poder jurídico, com fundamento na permissão normativa ou contratual para o exercício do direito de formalizar com a Administração Pública as obrigações pactuadas para o interesse da coletividade (objeto da licitação).

Para tanto, o vínculo negocial estabelecido entre os interessados em contratar com o Estado estará sempre condicionado à supremacia do interesse público. Esse é o entendimento externado na obra clássica de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Para o ilustre administrativista

O direito dos particulares está sempre condicionado ao interesse coletivo e deve ser sacrificado em face do direito da supremacia do Estado ou de quem faça suas vezes, desde que amparado economicamente o interesse patrimonial que ele representa.[18]

No mesmo sentido é o posicionamento do doutrinador italiano Zanobini[19]. Para o referido mestre são atos relativos ou imperfeitos, condicionados ao interesse público, suscetíveis de revogação, mas com possibilidade indenizatória por parte do Poder Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que as cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação ou que estabeleçam preferências, distinções ou qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato serão nulas, não produzindo qualquer efeito no ato convocatório.

Logo, imprescindível que o certame licitatório seja executado por comissões de licitações compostas por membros qualificados, que possam conferir ao ato convocatório a objetividade necessária para a amplitude de participantes. Para tanto, os requisitos necessários aos participantes, conforme estabelecidos na legislação vigente sobre licitações devem ser exigidos, sob pena de gerar riscos insanáveis após a formalização contratual com o licitante vencedor.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. I. Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Lúmen juris. 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. – 17. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONZÁLEZ, Jorge Agudo. **Evolución y negación del derecho subjetivo**. In Revista Digital de Derecho Administrativo, n. 05, jan. /jun. 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. – 16. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. - 24. cd. - Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. - 27. ed. ajustada ao novo código civil. - São Paulo: Saraiva, 2002.
- ZANOBINI, Guido. **Corso didiritto amministrativo**. Vol. I. Milano, Dott. A. Giuf-fré Editore, 1958.

NOTAS:

- [1]MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 308 e 309.
- [2]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.583**, rel. min. **Cezar Peluso**, julgamento em 21-2-2008, Plenário, *DJE* de 14-3-2008.
- [3]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.070**, rel. min. **Eros Grau**, julgamento em 29-11-2007, Plenário, *DJ* de 19-12-2007.
- [4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. - 28. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p. 460-61.
- [5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 210.721**, rel. min. **Menezes Direito**, julgamento em 20-5-2008, Primeira Turma, *DJE* de 8-8-2008.
- [6]BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 272, de 02 de maio de 2012.
- [7] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. - 24. cd. - Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011. p. 36.
- [8]FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 32-33.
- [9] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. - 27. ed. ajustada ao novo código civil. - São Paulo: Saraiva, 2002. p. 262.
- [10] GONZÁLEZ, Jorge Agudo. **Evolución y negación del derecho subjetivo**. In *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 05, jan./jun. 2011. p. 20-21. Disponível em <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2952/2596%3E>.
> Acesso em 04 jul. 2015.

[11] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. – 16. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.311.

[12] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 252**.

“A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado”.

[13] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.074/2013**, Plenário, **rel. Benjamin Zymler**.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 348**, rel. min. **Eros Grau**, julgamento em 15-12-2006, Plenário, *DJ* de 3-8-2007.

[15] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 5.289/DF, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/1997, DJ 21/09/1998, p. 42.

[16] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 15.315/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/09/2011, DJe 04/10/2011.

[17] GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. – 17. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 552.

[18] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. I. Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 642.

[19] ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Vol. I. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1958. p. 360-361.

A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA A LUZ DA DIGNIDADE SEXUAL FEMININA: UM OLHAR SOB O CRIME INFORMÁTICO

LARYSSA SOUSA BANDEIRA BEZERRA:

Bacharelada do Curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

FLÁVIA MALACHIAS SANTOS SCHADONG ^[1]

RESUMO: No ano de 2018, fora promulgada a Lei 13.718, mais conhecida como a Lei da Pornografia de Vingança. O objetivo do novo fato típico, está em considerar crime divulgações de imagens de cunho íntimo, como cena de estupro, de sexo ou de pornografia. O presente trabalho, o qual foi empregado a metodologia descritiva analítica, descreve os elementos fáticos e jurídicos que fomentaram a majorante do artigo 218-C da novel Lei. O problema central visa compreender como o crime informático Pornografia de Vingança dialoga com a mulher e sua dignidade sexual, no meio social da Internet. A falsa sensação de anonimato tem levado centenas de pessoas a publicar conteúdos ofensivos de todo o tipo. O artigo trouxe como objetivos a realização de um estudo da definição do crime e suas consequências, passando pela dignidade sexual da mulher, e pelo meio informático, até chegar em sua aplicação no Brasil, diante do cenário feminino. Por meio do tema em comento, aponta-se a sexualidade do gênero, perante a confiança na relação íntima de afeto, e oferece uma ótica de direitos e garantias a sua segurança, nesse ambiente digital.

Palavras-chave: Crime Informático; Dignidade Sexual; Lei 13.718/2018; Pornografia de Vingança.

ABSTRACT: In 2018, Law 13.718, better known as the Revenge Pornography Law, was promulgated. The purpose of the new typical fact is to consider the disclosure of intimate images such as rape, sex, or pornography as a crime. The present study, which used the analytical descriptive methodology, describes the factual and legal elements that promoted the major of article 218-C of the novel Law. The central problem aims to understand how the cybercrimes of Revenge Pornography dialogues with women and their sexual dignity, in the social environment of the Internet. The false feeling of anonymity has led hundreds of people to publish offensive content of all kinds. The article brought as objectives the accomplishment of a study of the definition of the crime and its consequences, from the sexual dignity of the woman, and for the online way, until getting at its application in Brazil, according to the feminine scene. Through the subject under discussion, gender sexuality is pointed out, in the face of trust in the intimate relationship of affection, and offers an optics of rights and guarantees for their safety in this digital environment.

Keywords: Cybercrimes; Sexual Dignity; Law 13.718/2018; Revenge Pornography.

Sumário: 1. Introdução. 2. Pornografia de vingança: 2.1 Origem e conceito; 2.2 Consequências. 3. Dignidade sexual: 3.1 Conceito; 3.2 Legislação brasileira. 4. Crime no meio informático: 4.1 Conceito; 4.2 Lei 12.737/2012 e sua aplicação; 4.3 Lei 13.718/2018 e sua aplicação. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 13.718/2018, promulgada em 24 de setembro de 2018, a divulgação de imagens de cunho íntimo, como cena de estupro, estupro de vulnerável, cena de sexo ou de pornografia, foi expressamente tipificada como crimes que anteriormente não eram descritos no Código Penal brasileiro, passando a conferir reconhecimento aos crimes de importunação sexual e de divulgação de cenas de estupro.

Sobreveio na nova disposição legal a causa de aumento da pena, se quem praticar o crime mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. O teor deste trabalho gira em torno dessa questão prevista no parágrafo primeiro do artigo 218-C.

A motivação que fomenta este estudo encontra-se no fato em que as interações cibernéticas, com as implicações socioculturais, e principalmente com o gênero feminino, aliadas à representação de etnia, orientação sexual, dentre outras, trata sobre a atualidade da inovação das relações e um novo tipo de criminalidade cada vez mais comum.

O intuito deste projeto se centraliza em demonstrar como a mulher contemporânea, tem, em muitas das vezes, violado o seu direito, com padrões predominantemente masculinos, não somente na questão de relacionamento afetivo, mas figurada no refluxo de estereótipos e estigmas em que se encontra, retratando de que forma essa novel legislação dialoga com a sua dignidade sexual.

Visando buscar uma resposta a questão norteadora, a pesquisa traçou como objetivos a apresentação de um recorte legislativo da Pornografia de Vingança, e da Dignidade Sexual, e por fim, a discussão de como os dois se conectam e dialogam.

As questões abordar-se-ão sob a ótica de alguns pesquisadores do ramo do Direito Penal Informático, por meio de uma pesquisa bibliográfica, com natureza descritiva analítica. Há a necessidade de elencá-los a uma série de fatos históricos, além de ligá-los com a realidade diária da classe supracitada.

Ademais, outros autores e pesquisadores de temas relacionados à Internet, à pornografia e à mulher, serão utilizados como fonte, uma vez que a interdisciplinaridade do assunto se concretiza com inúmeros fatores sociais que o motivam.

Em relação a abordagem deste projeto e sua coleta de dados, é correto afirmar que sua natureza é qualitativa, tendo como enfoque principal a subjetividade de um grupo específico e por demonstrar os aspectos emocionais e judiciais consequentes ao crime, bem como a sexualidade feminina, sendo assim, uma abordagem subjetiva do tema.

O artigo está organizado em três capítulos. No primeiro capítulo será explorado o mapa legislativo que deu ensejo a criação da nova Lei, bem como as consequências de mulheres vítimas deste tipo de crime. No segundo capítulo, serão analisados o conceito de Dignidade Sexual, sob a perspectiva principal da Lei 12.015/2009, com sua aplicação e evolução no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no terceiro capítulo, será dissertado sobre o crime cometido nesse novo meio de convívio social, que é a Internet. O desfecho encontra-se nas aplicações das Leis 12.737/2012, que tipifica o crime de delito informático, e a 13.718/2018 que aborda a pornografia de vingança, para melhor entender as configurações e lesividade deste novíssimo fato típico.

É neste cenário que se verifica a complexidade do tema apresentado, que se reveste de atualidade e pertinência no Direito Penal e na sociedade como um todo. Por envolver relações afetivas, intimidades e os seus requisitos configuradores, e ainda, por não haver vasta produção de trabalhos científicos sobre a temática, o estudo é relevante e visa contribuir no âmbito acadêmico, jurídico e social.

2.PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

2.1 Origem e Conceito

O computador, a rede de dados, os celulares, e os mais variados tipos de comunicação, constituem meio de realizar um crime assim como qualquer outra arma ou plataforma para outros delitos previstos no ordenamento jurídico. Sydow (2019, p.101) relata que a interatividade não ocorre de forma autônoma no meio informático. Há a dependência de comandos que são processos de decisão tomados previamente por um ser humano. "Qualquer atitude que ocorre na rede ou em ambientes informáticos, obrigatória e necessariamente, tem como ponto de partida um comando humano".

A Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018, alterou o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais).

O artigo 218-C da Lei 13.718/2018 trouxe a tipificação do modo da Pornografia de Vingança, prevista em sua causa de aumento:

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

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

Aumento de pena

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

O artigo 218-C está inserido no capítulo “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, sendo subespécie da Exposição Pornográfica não consentida, tendo como bem jurídico atingido a honra em sua esfera sexual, que é semelhante ao delito de difamação, mas de modo agravado e de relevância pública. Anteriormente, a título de analogia, usava-se o artigo 139 do Código Penal, que configura o crime de difamação, por ainda não haver uma legislação específica. Enfim, faz jus ao bem jurídico que agora pertence.

A exposição pornográfica não consentida é gênero do qual pertence a pornografia de vingança (*revenge porn*). A expressão pornografia de vingança surge pelos reiterados casos em que um ex companheiro ou ex companheira, ex noivo ou ex noiva, ex marido ou ex esposa, inconformado (a) com o

final do relacionamento, divulga mídias relativas à sua intimidade quando estavam juntos, com o objetivo de vingarse do parceiro (SYDOW, 2018).

A nova lei trouxe mudanças significativas em artigos já predefinidos pelo Código Penal brasileiro, dentre eles o artigo 218. Ainda assim, é considerado um tema bastante novo, de poucos estudos e pesquisas desenvolvidas, se tornando mais visível e importante no ano de 2018, com a presente Lei.

O crime da Pornografia de Vingança não pode deixar de ser analisado junto com o emblemático meio tecnológico e aspectos da criminologia.

Primeiramente, vê-se uma dificuldade em discutir um assunto como o sexo no campo de estudos judiciais. Outro fator importante e determinante, é a escassez de informações por parte de quem sofreu com tal crime, seja por medo, vergonha ou autoconfiança atingida pela pessoa humilhada.

A sexualidade é algo natural, notório e instintivo na vida dos indivíduos e, conseqüentemente, a pornografia torna-se, também, uma manifestação natural da sociedade. Há mais de 2.000 (dois mil) anos os gregos já se reuniam para apreciarem esculturas que representavam a nudez e o sexo. O termo pornográfico apareceu pela primeira vez em Diários de uma Cortesã, refletindo o dia a dia das prostitutas.

O surgimento da fotografia e da imprensa elevaram o mercado da pornografia e aumentaram sua popularização, gerando significativa guinada na questão do indivíduo retratado. Os modelos capturados passaram a ser com mais frequência pessoas reais e, portanto, aquela mídia ganhou repercussão na vida social. O mesmo ocorre com o surgimento do cinema, com a sua capacidade de exibição de imagens em movimento e, portanto, de exposição de relações sexuais alheias. (DE CASTRO; SYDOW, 2019, p.16)

A pornografia, porém, está mais atrelada a sexualidade humana e seu retrato. As manifestações sexuais de produção e consumo pornográfico, cresceram, gradativamente, com os videocassetes, fitas VHS, e em seguida com os CDs e DVDs. Por fim, a globalização da internet trouxe a popularização da pornografia por meio das “nuvens”, sítios, aplicativos, tornando-se, hoje, o ambiente de consumo e difusão por excelência.

A rede de dados e computadores, é um ambiente promissor para a divulgação de natureza dessa espécie, onde encontra-se a exposição pornográfica não consentida. Há mais de 1.000 (mil) catálogos de pornografia disponíveis na rede,

sendo o ambiente virtual ideal e compatível para a transmissão de práticas como essa.

A internet busca ser uma ferramenta mundializada, onipresente e idealizadora, dando a falsa ideia de ser um ambiente sem preconceitos e barreiras. Ocorre que esta lida-se com meios sociais, muitos deles, desigual, onde o parâmetro moral, ético, jurídico, cultural, gênero e até religioso, enfrenta obstáculos.

Ao expor a intimidade de uma pessoa, a sua sexualidade íntima e social é atingida, sendo uma parte muito específica dos valores próprios da vítima. É neste ambiente que faz-se necessário discutir assuntos como a nova lei da Pornografia de Vingança e a dignidade sexual em especial, da mulher.

O temário começou a se difundir no ano de 1970, com a crescente divulgação de cenas de nudez. A primeira seria por meio da Revista erótica estadunidense *Hustler*, em sua seção chamada de *Beaver Hunt*, onde qualquer um podia divulgar uma situação de nudez para uma vingança ou com qualquer outro intuito. Logo em seguida, no ano de 1990 e seguintes, houve a expressão *Realcore*, derivado do termo pornográfico *Softcore*, tornando-se uma tendência de gravações de cenas de sexo. O sítio *X-Tube*, no ano de 2006, foi o primeiro a permitir usuários a carregar e distribuir vídeos pornográficos.

No ano de 2010, o site *Is Anyone Up?* passou a receber casos amadores de vingança ou diversão, no mercado *Revenge Porn* (Pornografia de Vingança). O sítio *My Ex* ingressou com a mesma intenção, explicitamente convidando para vingar-se por meio de imagens que comprometessem o outro, entre várias outras plataformas.

O Autor Sydow, em sua obra já citada anteriormente, se destinou a propor uma conceituação que diferenciase a Pornografia de Vingança e a Exposição Pornográfica Não Consentida. Ambos se conectam em quase todos os sentidos, mas ainda assim não podem ser considerados permutáveis. A Pornografia com intuito de vingança, “refere-se a conduta da pessoa que, ao fim do relacionamento, dissemina as imagens por meio de websites, mídias sociais, chats, aplicativos multiplataforma de mensagens, entre outros” (DE CASTRO; SYDOW, 2019, p. 39).

Já a Exposição Pornográfica Não Consentida é um gênero da pornografia, mas nem sempre é publicado com o objetivo de vingança.

É certo que a exposição pornográfica não consentida – entendida como a disseminação não autorizada de imagem em nudez total, parcial ou mídias que retratam ato sexual – representa violação aos direitos de intimidade (características

definidoras da individualidade) e de privacidade (aspectos relacionais da existência humana), contudo, para saber se a exposição pornográfica não consentida caracteriza um ato de vingança pornográfica é preciso analisar a fonte da captura, a forma de circulação e a motivação (DE CASTRO; SYDOW, 2019, p. 41).

Em suma, a Pornografia de Vingança faz referência ao ânimo do agente disseminador dos conteúdos íntimos. São pessoas inconformadas com o fim de um relacionamento amoroso ou íntimo, ou descobrem algum motivo de infidelidade, e que divulgam material íntimo, com ensejo de vingar-se, para fim de retaliação.

2.2 Consequências

A exposição da sexualidade de uma vítima da legislação incipiente, acarreta consequências e desdobramentos diversos para lidar com o valor próprio íntimo exposto por vingança, com ensejo de humilhação ou forma de sofrimento distinto.

Como já citado, o crime ocorre por meio de comunicação em massa, principalmente, o eletrônico, onde a intimidade é posta à prova da segregação social julgadora, com intuito de vingar-se de um envolvido num relacionamento.

No tocante as consequências, os estudos relacionados aos casos de vingança pornográfica, mesmo que ainda recentes, indicam que essas ações têm significativo impacto negativo nas mulheres, que acabam sendo as principais vítimas. Como declara o escritor e professor já citado anteriormente, Sydow (2019), "o problema é que quando a imagem erótica de uma mulher é divulgada em episódio de exposição pornográfica não consentida o resultado lesivo é certo em qualquer das motivações".

Inicialmente, em muitos casos, a vítima lida com olhares furtivos, expressões de ultraje, dedos condenatórios, preconceitos, intimidações, ansiedade crônica, ataques de pânico, propagação das imagens sem autorização, ameaças, chantagens, e bullying, sempre posta como culpada do ocorrido.

Em casos mais graves, quem sofre com este crime, acaba sendo inserido em meios que afetam a sua saúde mental e doenças que afetam os seus sentimentos, como a anorexia nervosa. Se veem como culpadas, mesmo não sendo, se veem julgadas, traídas, desconfiando de sua autoconfiança, e tendo que lidar com o abuso online sofrido.

Aduz relatar, ainda, a violência doméstica (Lei Maria da Penha) e a violência de gênero como outras consequências de tal crime. A violência de gênero é aquela destinada à mulher simplesmente por ser mulher.

Assim, apesar das dessemelhanças biológicas, é inegável que grande parte das características atribuídas às mulheres e aos homens são resultantes do nosso processo de socialização – com imposição de direito, deveres e liberdades muito distintos para meninas e meninos. Essa disparidade faz com que a violência de gênero [...] seja um padrão cultural (DE CASTRO; SYDOW, 2019, p. 78).

As expectativas sexuais para os homens e mulheres também são tratadas de formas diferentes no meio social e se relacionam com o gênero, refutando o padrão cultural, o processo de socialização e formação de novo estereótipos.

Consideradas mais frágeis, incapazes para certas situações ou desprovidas de alguma aptidão, as mulheres e os estereótipos sexuais apontados para as mesmas, refutam o machismo e demais preconceções recebidas no meio social. Apontam, ainda, que são responsáveis pelas consequências das violências que vierem a sofrer, uma vez que o comportamento da mulher em relação ao sexo, é acentuadamente diferente do homem.

Dentre essas consequências a um prazo maior, após a violação, os estudiosos apontam pessoas que não conseguem mais sair de suas casas, que se tornam dependentes de remédios, vivem com traumas permanentes, e imergem na doença que é a depressão.

O doutor Drauzio Varella, formado pela Universidade de São Paulo – USP, em seu canal na plataforma digital Youtube, relata que “a depressão é uma doença grave, de tristeza profunda, que gera uma síndrome amotivacional, e pode atingir qualquer idade”.

A depressão, ainda, se associa a sentimentos de amargura, dor, desesperança, baixa autoestima e culpa. Em seu estágio mais profundo, pode levar a morte. O suicídio torna-se, também, uma das consequências as pessoas que têm expostas fotos íntimas de sua nudez, sem consentimento (gênero pornografia de vingança).

A atitude individual de exterminar a própria vida, no meio de divulgação de imagens não consentidas, teve grande repercussão no Brasil no ano de 2016, quando duas adolescentes de 16 e 17 anos cometeram suicídio. À época do fato, já se dizia que eram vítimas da Pornografia de Vingança, e por conta da humilhação e perseguição on-line, com vídeos e fotos eróticas publicadas virtualmente, decidiram tirar a vida.

O diretor-geral da OMS – Organização Mundial de Saúde, informou, em 2019, que uma pessoa morre a cada 40 segundos por suicídio, e que essa é a segunda principal causa de morte entre jovens de 15 a 29 anos.

Em uma pesquisa realizada no ano de 2013, pela plataforma *End Revenge Porn*, dos Estados Unidos da América (*A Campaign of the Cyber Civil Rights Initiative, Inc.*), demonstrou que 90% das vítimas de divulgação de pornografia são mulheres, que 42% necessitam de ajudas psicológicas e que 51% das vítimas têm pensamentos suicidas.

A Safernet Brasil, associação de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos, que enfrenta os crimes e violações aos direitos humanos na internet, registrou no ano de 2019, 467 (quatrocentos e sessenta e sete) casos de “exposição de imagens íntimas”, em sua maioria feminina.

Por certo, o tema não exaure a quantidade de violações que as mulheres sofrem ao ser expostas. Há casos, como já explicados, que no momento de criação deste conteúdo, a mulher se sinta confiante compartilhando aquilo com o seu parceiro, e entende que a sua intimidade será mantida entre os dois. Sendo divulgada, a gravidade é gigantesca, gerando as mais variadas consequências, inclusive aquelas não citadas, e gera uma dificuldade de exclusão do conteúdo, em meio digital.

3. DIGNIDADE SEXUAL

3.1 Conceito

O Código Penal vigente no território brasileiro se consolidou no ano de 1940, trazendo em seu rol de artigos os crimes contra os costumes. As mais relevantes reformas, desde o Código Penal deste ano, advêm da Lei 11.106/2005 e da Lei 12.015/2009, tutelando muitas condutas ainda não tipificadas, descriminalizando tantas outras, e transformando os crimes contra os costumes em crimes contra a dignidade sexual.

A dignidade sexual está atrelada a sexualidade humana de cada indivíduo, associando-se a autoestima, intimidade, liberdade, ao respeito, vida privada, vida compartilhada, e sem interferência direta estatal ou coletiva.

Sidow (2016, p. 170), define os crimes contra a dignidade sexual como “delito em que incorre quem atenta contra o decoro e a honorabilidade familiar, passando a denominar-se “Dos crimes contra a dignidade sexual” em substituição a “Dos crimes contra os costumes”. Pode-se perceber que anteriormente a normativa penal

não interferia nas relações sexuais dos indivíduos, mas coibia certas ações que pudessem afetar a moral.

Os crimes sexuais provocam, ainda, uma grande controvérsia no meio do Direito, influenciados diretamente por concepções sociais enraizadas, bem como consenso da maior parte da sociedade, consubstanciados por ideias próprias.

Nota-se, portanto, que a atividade sexual é um dos motivos fundamentais no estreitamento de um envolvimento amoroso.

A proteção dos bons costumes, portanto, sobrelevava em face de outros interesses penais juridicamente relevantes como a liberdade sexual. Era o reflexo de uma sociedade patriarcal e pautada por valores ético-sociais que primava, sobretudo, pela moralidade sexual e seus reflexos na organização da família, menoscabando, isto é, deixando para um segundo plano, a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo (CAPEZ, 2010, p. 19).

Como relata o autor Guilherme de Souza Nucci (2014), “se o relacionamento sexual, por si só, é fonte inesgotável de altos e baixos, não poderia ser diferente quando a liberdade sexual é afrontada”. O bem jurídico tutelado ao se referir aos crimes contra a dignidade sexual, amplia o alcance a liberdade.

Preceitua ainda, o doutrinador Sydow (2019), que a violação da dignidade é o adjetivo relacionado ao auto-respeito, ao amor próprio e ao respeito que a sociedade dá a alguém. Ao se expor a intimidade de alguém, uma parte muito específica dos valores próprios da vítima é atingida: sua sexualidade (íntima e aparente/social).

Ao tutelar esse direito fundamental, há inserido outros princípios fundamentais e básicos ao citar a dignidade sexual, tal qual a moralidade, os bons costumes, o pudor público, a dignidade humana, entre outros. O sexo ainda é um autêntico tabu, onde sua provocação causa contestação dos mais variados tipos.

O princípio da dignidade humana tem como seu principal instrumento a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que relata que todos são iguais em dignidade e direitos, e nascem livres, em seu primeiro artigo. Este aparato transcende por meios internacionais e relaciona, também, o direito e respeito a honra individual. Por fim, com a tipificação aprovada no ano de 2009, tutela-se a dignidade da pessoa humana sob o aspecto libidinoso e os direitos inerentes a este, sendo imprescindível sua citação.

Destarte, a Lei pretendeu revitalizar a obrigação de cuidado, proteção e vigilância aqueles que são vítimas de crimes que deformam sua honra, de forma degradante, desumana e desrespeitosa.

Dessa feita, a tutela da dignidade sexual, está diretamente ligada à liberdade de autodeterminação sexual da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, de forma a manter íntegra a sua personalidade. Portanto, é a sua liberdade sexual, sua integridade física, sua vida ou honra que estão sendo ofendidas (CAPEZ, 2010, p. 22).

Concisamente, a dignidade sexual ampara o respeito do ser humano em matéria sexual. A dignidade ao ser estudada e definida pelos seus sinônimos, fornece a noção de respeito, decência, amor-próprio, honorabilidade, compostura, decoro e integridade, todos esses vinculados à honra individual.

Ao associar o termo da dignidade ao termo sexual, como diz Nucci (2014), em sua Introdução no livro Crimes Contra a Dignidade Sexual “insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia (...) além do que a atividade sexual é, não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual”.

Portanto, a dignidade sexual tutela o respeito ao ser humano, garantindo sua liberdade a escolha, sem qualquer exploração, especialmente quando envolver qualquer tipo de violência ao outro.

3.2 Legislação Brasileira

A lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, passou a tutelar a dignidade sexual e não mais os costumes sociais. Este aparato jurídico tipificou vários crimes que se encaixam no rol da dignidade sexual. A lei é dividida em 7 capítulos e faz menção a crimes como estupro, estupro de vulnerável, atentado violento ao pudor, violação sexual mediante fraude, assédio sexual e outros.

Na situação em que o país se encontra, de violência de todas as formas, de preocupação, de respeito à dignidade da pessoa humana, de combate a violência sexual, a reforma empreendida pela lei trouxe a falta de prestígio a violência sexual, a dignidade da criança e em especial da mulher, corroborando o bom senso de condutas que necessariamente deveriam integrar o rol do Código Penal. “Mudou-se o foco original da proteção jurídica, não tendo em vista a moral média da sociedade, como bem relevante mais protegido, mas a tutela da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual, que é colocada em risco” (CAPEZ, 2010, p. 20).

Analisando todos os artigos elencados nesta lei, nota-se que os crimes predispostos neste dispositivo resumem-se em crime de dano, na órbita da proteção à liberdade sexual. A letra da lei trata de constrangimentos, de violências, ameaças, situações em que são forçadas ou obrigadas a cumprir, levando em consideração os atos libidinosos, a conjunção carnal, a humilhação, a condição especial do próximo, como o crime contra vulneráveis, e a falta de outra alternativa para a vítima.

Há, ainda, em alguns casos, o fato de iludir, induzir, degradar e tirar proveito daquele que sofre com um dos tipos penais. Esses delitos se fundamentam na ofensa ao princípio da dignidade humana e na lesão ao princípio da proteção eficiente, chegando ao ponto, mais uma vez, da falta da livre manifestação de vontade da vítima.

Como já explicado no tópico anterior, a dignidade sexual se relaciona com muitos outros princípios jurídicos e não jurídicos, dentre eles, a dignidade humana. Com a tipificação aprovada no ano de 2009, tutela-se a dignidade da pessoa humana sob o aspecto libidinoso e os direitos inerentes a este princípio.

A tutela da dignidade sexual, portanto, deflui do princípio da dignidade humana, que se irradia sobre todo o sistema jurídico, e possui inúmeros significados e incidências. Isto porque o valor à vida humana, como pedra angular do ordenamento jurídico, deve nortear a atuação do intérprete e aplicador do direito, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva possibilitar a concretização desse ideal no processo judicial (CAPEZ, 2010, p. 21).

Em primeiro lugar, ao explicar a Lei 12.015, deve-se observar a alteração da política criminal no cenário dos crimes sexuais. Afastou-se a ação penal privada, que dava ensejo a argumentos de proteção à intimidade. Sendo assim, toda a ação passa a ser pública condicionada à representação, o que confere, aos crimes sexuais, maior coerência.

Se a vítima deseja que sua intimidade seja preservada, pode escolher não representar. Porém, fazendo-o, caberá ao Ministério Público agir. Essa situação limita-se a pessoa sendo adulta e plenamente capaz.

Outro ponto importante que deve ser observado, é a garantia fundamental nos termos do art. 5.º, XL, da Constituição Federal. Como cita Nucci (2014) “É inequívoca a unificação de condutas criminosas, referentes aos anteriores estupro e atentado violento ao pudor, sob um mesmo tipo penal alternativo”. O artigo 214 fora revogado, não havendo mais o atentado violento ao pudor como um crime autônomo.

Portanto, é pacífico o entendimento em relação aos tipos alternativos: a prática de uma só conduta descrita no tipo ou o cometimento de mais de uma, resulta na concretização de uma só infração penal. A conduta tornou-se uma modalidade do estupro. Em resumo, subsiste apenas o crime de estupro: duas condutas alternativas e uma sanção penal variável entre 6 e 10 anos de reclusão.

Ainda sobre o prisma do tipo da ação penal, a Lei 12.015/2009, tornou pública e condicionada a ação. Sucede que, os delitos ocorridos antes da data que homologou tal novel lei, ainda se sustentam pela natureza privada. Ou seja, cabe o benefício ao acusado. Permanecendo com os preceitos anteriores a promulgação, em 7 de agosto de 2009, torna mais favorável ser a ação privada, pois, conforme a fase, poderia haver perdão, por exemplo, com reflexo material, consistente na extinção da punibilidade. A legitimidade ter se transmitido ao Ministério Público não afasta a anterior legitimidade do ofendido. Lembrando que o direito penal sempre tutelar a situação mais benéfica ao indiciado.

Os crimes sexuais, por si só são graves, principalmente os cometidos por ameaça ou violência. Podem ser, ainda, hediondos (estupro e estupro de vulnerável). Ocorre que, para a decretação da prisão provisória do acusado, nesta Lei que envolve a dignidade sexual, é necessário cumprir com os requisitos listados no artigo 312 do Código de Processo Penal, como prova da existência do crime, indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, e em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

As causas de aumento da norma estão previstas no artigo 226 do Código Penal. A primeira estabelece o aumento de quarta parte, se o crime for cometido com o concurso de duas ou mais pessoas. A ideia da nova causa de aumento traz a diminuição de chance de resistência da vítima. Não se demanda serem todos coautores ou partícipes da infração penal, desde que haja a atuação de, pelo menos, duas pessoas.

A segunda fixa o aumento de metade, se o agente for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tenha autoridade sobre ela. Por serem pessoas mais íntimas à vida da vítima, motiva pelo qual a pena deve ser mais severa, afinal, são pessoas que supostamente deveriam protegê-las.

O artigo 234-B do Código Penal Brasileiro, determina que os crimes definidos no Título VI devem ser apurados de forma em que corram em segredo de justiça. Essa medida já era tomada pelos juízes, como regra, para preservar a intimidade da vítima ou mesmo evitar o escândalo gerado pela exposição do feito. Ratificou-se essa

necessidade pela redação dada a Lei 11.690/2008, preservando-se a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa ofendida. Cobra-se, ainda, que o juiz, em situações como essa, seja imparcial, por mais que o crime sexual possa desencadear, socialmente, preconceitos ou outros segmentos, que causam grande efeito a ação cometida.

O artigo 218-B, especifica o crime de exploração sexual. A partir deste ponto, há o reconhecimento de 4 (quatro) modalidades de prostituição e exploração sexual, sendo elas: prostituição, turismo sexual, pornografia e tráfico para fins sexuais. Portanto, a pornografia se faz presente, mesmo que de forma intrínseca, do aludido conceito da dignidade sexual.

As gerações contemporâneas vêm formando relacionamentos meramente sexuais, objetificados, sem afeto, de caráter superficial e sem incômodo. Situações como essa, geram, oportunidades maiores para a produção e obtenção de mídias pornográficas.

Trazendo à baila um comparativo desta lei com a lei da Pornografia de Vingança, onde o objetivo do agente é a vingança propriamente dita, temos que a vingança pornográfica busca a obrigatória e necessariamente humilhação da vítima, ferindo assim, a sua honra, o seu respeito, e conseqüentemente, a sua dignidade sexual.

O conceito de dignidade sexual à luz da lei 12.015/2009 está diretamente associado ao comportamento humano, que coloca em risco valores fundamentais à honra, ao desenvolvimento social e humano, precarizando a existência amena e coesa em sociedade, e justificando, assim, a tutela.

4. CRIME NO MEIO INFORMÁTICO

4.1 Conceito

O meio contemporâneo potencializou o modo dos indivíduos se relacionarem, e de como lidar com o próximo. Há uma desmaterialização das mídias, por meio da indústria, atingindo o auge com o advento da Internet e de conexões com alta velocidade. No Brasil, a Internet chegou por volta do ano de 1988, inserida por meio acadêmico, por um professor da USP – Universidade de São Paulo. Ocorre que, a internet e a comercialização da rede foram autorizadas para toda a população somente em 1995.

A comunicação instantânea, dependendo de sua medida, impõe o acesso aos meios tecnológicos mais atuais, acelerando o consumo de conteúdos de forma mais hábil, pelo caráter público da Internet. A Internet, conforme destaca Vianna e

Machado (2013, p.25), em sua obra Crimes Informáticos, “é uma rede global que consiste na interconexão de inúmeras redes que usam o mesmo protocolo. Logo, ela permite interligar sistemas informáticos de todo o planeta, proporcionando o recebimento e envio de informações”.

No momento, qualquer sujeito, com acesso a rede de dados, pode criar conteúdos e distribuí-los por meio das mídias. E, certamente, é perceptível que essas mídias mudam diariamente, permitindo a multiplicidade de informações alocadas virtualmente.

Segundo Henri Jenkins (2008, p. 45), o “entretenimento não é a única coisa que flui pelas múltiplas plataformas de mídia. Nossa vida, nossos relacionamentos, memórias, fantasias e desejos também fluem pelos canais de mídia. Ser amante, mãe ou professor ocorre em plataformas múltiplas”. Ainda de acordo com o autor, “Quando as pessoas assumem o controle das mídias, os resultados podem ser maravilhosamente criativos; podem ser também uma má notícia para todos os envolvidos” (2008, p. 45).

Neste contexto, a partir do modo em como o meio lida com as mudanças remanescentes, e o controle das produções midiáticas, sem nenhuma forma de coibição ou filtro de conteúdo, nasce a necessidade de criar novas leis para proteger direitos autorais, bem como reparar a dignidade, a honra e privacidade do outro, monitorando, juridicamente, o que é lançado na Internet.

Fato é que esse desenvolvimento tecnológico, que proporcionou ao homem avanços positivos, também propiciou a utilização dos mesmos meios para o cometimento de infrações penais. Esta nova criminalidade, por ser produto e produtora da sociedade, com ela experimenta os avanços tecnológicos, incorporando-os à forma de cometimento de suas condutas ilícitas. O profundo conhecimento da informática possibilitou a esse novo perfil de criminoso cometer, por um lado, os crimes comuns, isto é, aqueles existentes antes mesmo do domínio dessa tecnologia, através de formas mais sofisticadas que dificultam sobremaneira a persecução penal. [...] Por outro lado, a informática também apresentou um objeto próprio, sendo que sua violação constituiria o autêntico crime informático (VIANNA; MACHADO, 2013, p. 12).

Anteriormente, a ausência de tipificação específica gerava certa comodidade a usuários da internet, uma vez que, não tratando-se de um mundo físico, atrai a

sensação de segurança e impunidade aos usuários. Com isso, em vista da ausência de especificidades penais positivadas, usava-se da esfera analógica aos verbos comuns já tipificados no Código de Direito Penal e na Legislação Penal Extravagante. A analogia, conforme preceitua Fernando Capez (2013, p. 53) “consiste em aplicar-se a uma hipótese não regulada por lei disposição relativa a um caso semelhante. Na analogia, o fato não é regido por qualquer norma e, por essa razão, aplica-se uma de caso análogo”.

Preliminarmente, grassa à legislação contemporânea, conforme princípio da anterioridade legal, que não existe crime sem lei anterior que o defina, e não há pena sem prévia cominação legal. No conceito panorâmico de crime, a doutrina específica classifica como um gênero, que em nosso ordenamento jurídico subdivide-se em duas espécies: crime e contravenção penal.

De acordo com o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal – Decreto-lei n. 3914/41 – constitui crime (ou delito) a infração penal apenada com reclusão ou detenção, acompanhada ou não de multa, e contravenção penal aquela punida com prisão simples (juntamente com multa) ou somente com pena de multa (LENZA, 2013, p. 181). Em suma, considera-se toda ação ou omissão cônica e voluntária, predefinida em lei, que cria um risco, juridicamente falando, proibido e relevante a bens jurídicos fundamentais.

O jurista Pedro Lenza leciona que, a distinção dessas espécies reside em seu regime jurídico e em suas consequências, dentre estes: o tipo de ação penal, podendo ser ação penal pública condicionada, incondicionada ou ação penal privada; a punibilidade da tentativa, ao elemento subjetivo, diferenciando-se em dolo e culpa; tratamento do erro, sendo de tipo, proibição ou de direito; extraterritorialidade, com crimes praticados no Brasil ou no exterior; limite de cumprimento das penas privativas de liberdade e quanto ao *sursis*, elemento da suspensão condicional da pena.

Ainda segundo Lenza (2013), em sua obra esquematizada, elenca que o ordenamento jurídico brasileiro adota a corrente tripartida ou tricotômica para sustentar o que é delito, sendo este fato típico, ilícito e culpável. O fato típico é aquele fato previsto em um tipo penal. A ilicitude se baseia em casos que excluem o crime, seja ele por legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito ou no estrito cumprimento de um dever legal, de acordo com o artigo 23 do Código Penal.

O autor também afirma, no tangente à culpabilidade, que a teoria tripartida defende que a mesma deve ser parte integrante do conceito, pois não pode haver crime numa ação desmerecedora de reprovabilidade. Concluindo ser o fato culpável,

e já tendo verificado que o mesmo é ilícito e está previsto na esfera do direito penal, pode se afirmar que há a ocorrência de um crime.

Conforme o doutrinador Fernando Capez (2003, p. 280), observando a configuração da infração, a ação penal pode ser pública condicionada e incondicionada ou privada, como já expresso de pressuposto para diferenciar um crime de contravenção.

A ação penal pública resume-se em ser exclusiva do Ministério Público, para os delitos que a lei define. É condicionada, pois necessita da prévia manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal, para que por fim, autorize o Ministério Público a ingressar com ação contra aqueles que praticaram o delito.

A ação pública incondicionada ocorre quando o órgão público não depende de condição especial para o exercício do direito. Basta que exista indícios suficientes de autoria e materialidade, para que seja autorizada o oferecimento da denúncia pelo Promotor de Justiça. Conforme Lenza, a ação penal privada depende:

De iniciativa do ofendido ou, quando este for menor ou incapaz, de seu representante legal. O direito de punir continua sendo estatal, mas a iniciativa da ação é transferida para o ofendido ou seu representante legal, uma vez que os delitos dessa natureza atingem a intimidade da vítima ou interesses estritamente particulares, de modo que ela pode preferir não discutir o assunto em juízo (LENZA, 2013, p. 675).

De acordo com Othon Sidou (2016), no dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, o dolo é a intenção de praticar um mal, que é capitulado como crime, seja por ação ou por omissão. Ou seja, há a consciência plena do ato que está cometendo. O crime culposos, seria uma violação ou inobservância de uma regra de conduta que produz lesão do direito alheio. É um elemento subjetivo da infração cometida, compreendido pela negligência, imprudência ou imperícia. O resultado produzido é indesejável, mas poderia ser evitado.

Os crimes cibernéticos são, assim como outros crimes, de conduta típica, ilícita e culpável, mas que utilizam os sistemas da informática. Uma nova ecologia das mídias vai ser reorganizando ao redor do ciberespaço, com novas fontes de informação, novas formas de fugas e novas formas de criação de ações ilícitas que podem ferir esferas subjetivas ao redor do mundo virtual. O autor Pierre Lévy, na primeira edição de seu livro, *Cyberculture* (1999), menciona e diferencia pontos importantes que trazem, hoje, os avanços da globalização, como o ciberespaço:

O ciberespaço (que também chamarei de "rede") é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, **assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo**. Quanto ao neologismo "cibercultura", especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço (tradução de Carlos Irineu, 2016, p. 22).

A realidade virtual, serve, cada vez mais, como mídia de comunicação. Geograficamente, várias pessoas podem alimentar uma base de dados, de forma simultânea, por meio de gestos e, em retorno, receber dela informações sensoriais.

Por meio dos computadores e das redes, as pessoas mais diversas podem entrar em contato, e os delitos praticados por meio desses, define o que seria crime informático. Em rigor, para que um delito seja considerado de caráter informático, é necessário que o bem jurídico por ele protegido seja a inviolabilidade de informações e dados, corolário do direito fundamental à privacidade e intimidade (MACHADO; VIANNA, 2013, p. 30).

No Brasil, em 2014, foi promulgado o Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014), norma jurídica que regula o uso da internet e que estipula, por exemplo, sanções para provedores que divulguem indevidamente conteúdos produzidos por usuários. O legislador, propôs, por meio das atualizações remanescente na internet, no Direito Penal Informático, a diferenciação de crimes informáticos próprios, crimes informáticos impróprios, mistos e mediato ou indireto.

O crime informático próprio seria uma conduta realizada contra um sistema informático. Já o impróprio, mesmo sendo realizado por meio de um sistema informático, tem o intuito de atingir outros bens jurídicos (GRECO FILHO, 2000). Os crimes mistos são mais complexos, indo além da proteção a inviolabilidade dos dados, tutelando bem jurídico variado, e aquele delito informático próprio que é praticado como crime-meio para a realização de um crime-fim não informático, se denomina o mediato ou indireto.

Importante ressaltar tal diferenciação, pois dependendo do objetivo do agente ofensor, mais do que promissora, a Internet é o meio (às vezes até o único) mais adequado para a exposição buscada.

Analisando, de forma sucinta, a Pornografia de Vingança se encaixaria como crime informático impróprio, pois ainda que necessite de execuções mais complexas, a criação e publicação, na Internet, não requer conhecimentos mais sofisticados. Essa facilidade de publicações de forma anônima, aliada a simplicidade, é responsável por uma expressiva quantidade de casos publicados de forma indevida.

A consumação do corrente crime se dá no instante da publicação do material, isto é, naquele em que se dá o lançamento. A Internet e os computadores são usados neste caso como instrumentos para a prática da conduta típica em sua modalidade de publicar, não havendo uma ofensa ao direito de inviolabilidade de dados.

Também se destaca o fato de que a temática é nova, com uma comunidade jurídica crescente, sendo ainda precário a proteção direta à vítima e a responsabilização dos autores, tornando a ideia de relativização de padrões éticos como uma ideia de interação social distante da realidade.

O espaço cibernético, por sua vez, apresenta características específicas de nocividade, sendo a sua dualidade um maior potencial dano para os grupos de menor expressividade. A exposição pornográfica no meio virtual, gera a disseminação de avatares indesejados, com consequências divergentes às do mundo real, em razão do anonimato, da amplificação de interação propícias no ambiente virtual, da permanência de conteúdo, pois há a dificuldade de excluir o que fora publicado, e por fim, a catividade do crime, que deixa a vítima “presa” ao que fora divulgado como forma de vingança.

Consoante o apresentado capítulo, o surgimento da legislação de direito penal informático é muito importante, visto que o campo legislativo do espaço cibernético é recente, com uso reiterado de tecnologias perpetuamente mutantes e variadas, que ainda sim deixam lacunas na legislação.

A discussão traz à tona a confidencialidade, integridade e a disponibilidade informática. É importante que o ser individual, e somente ele, possa ter acesso aos seus conteúdos, possa modificar seus arquivos, e tenha o poder de acessar tudo isso, a qualquer momento, quando quiser e precisar, sem que seja impedido. A proteção que garanta o sigilo dos dados precisa estar em um nível elevado.

4.2 Lei 12.737/2012 e sua aplicação

A Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, mais conhecida como a “Lei Carolina Dieckmann” dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, alterando o Decreto-Lei nº 2.848, e dando outras providências. A Lei introduziu os artigos 154-A e 154-B no Código Penal, e alterou os artigos 266 e 298.

De forma histórica, no mês de maio do ano de 2012, a atriz Carolina Dieckmann teve imagens de sua intimidade divulgadas em diversas mídias eletrônicas, bem como arquivos pessoais subtraídos, causando grande repercussão social. Por conta disso, abriu-se um espaço para que a Lei fosse editada, e a mesma cedeu seu nome para “apelidar”.

Os artigos 154 trouxeram tipificação de invasão do dispositivo informático alheio, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com a intenção de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Os dados informáticos apresentado no novo artigo, são informações apropriadas para armazenamento e processamento via computadores, incluindo programas, que podem ser executados para se alcançar um resultado pretendido. Portanto, o bem jurídico aqui tutelado é simplesmente a inviolabilidade dos dados informáticos, corolário a privacidade, intimidade, integridade, sigilo e proteção de qualquer dado.

O tipo objetivo da Lei está perante os núcleos “invadir” e “instalar”, sendo este a ação de acessar dados armazenados em dispositivos informáticos alheios, seja por meio da leitura, da escrita ou da execução (MACHADO; VIANNA, 2013, p. 96), e aquele a escrita e execução de *software* no dispositivo informático da vítima capaz de debilitar seus “mecanismos de segurança”, de forma a viabilizar o acesso posterior. Quando o dispositivo não dispuser de qualquer mecanismo de segurança, a conduta será atípica.

O elemento normativo “mediante violação indevida de mecanismo de segurança” faz com que seja atípica a conduta quando o dispositivo informático não possuir qualquer mecanismo de segurança, tais como senhas de acesso, antivírus, firewalls ou similares. É imprescindível que o agente supere este obstáculo tecnológico para que a conduta seja tipificada. Se o computador estava protegido por antivírus, mas o agente o acessou pessoalmente e não lhe foi requerida qualquer senha de acesso, não houve a “violação indevida de mecanismo de segurança” e, portanto, a conduta é atípica. Não basta, portanto, que haja mecanismos de segurança no computador, pen drive, tablet ou smartphone da vítima, mas é imprescindível que estes sejam violados. Trata-se, evidentemente, de uma lacuna grave na lei que não tutela os dados informáticos dos usuários inexperientes que não

protegem suas máquinas com os tais “mecanismos de segurança” (MACHADO; VIANNA, 2013, p. 97).

O objeto material do delito são dispositivos informáticos como computadores (de todas as formas), celulares smartphones, e qualquer dispositivo que processe dados automaticamente. Importante ressaltar que a lei será típica mesmo que o dispositivo não esteja conectado a uma rede, como ressalta a própria letra de lei, ao destacar “conectado ou não à rede de computadores”.

O sujeito ativo do crime é qualquer pessoa que não tenha autorização (tácita ou expressa do titular) para acessar os dados. O sujeito passivo é qualquer pessoa, física ou jurídica, proprietária dos dados informáticos, ainda que não necessariamente do sistema computacional. O legislador tornou atípicas ações de quem invade dispositivo próprio ou certas situações de trabalho, em que há o acesso necessário no dispositivo de trabalho.

A normativa engloba, também, como sujeitos ativos do crime o marido ou a esposa que acessem os dados de seu cônjuge, sem autorização prévia. O casamento não concede qualquer tipo de autorização tácita para que se “*stalkeie*” a vida privada e íntima do cônjuge. Mesmo sob a constância do casamento, há direitos que devem ser respeitados.

O crime é previsto de forma dolosa, em que deve haver consciência e vontade própria da parte autora, com necessário fim especial de agir. Portanto, não há que se falar em conduta culposa e não são puníveis casos de erro de tipo do aludido crime.

O Código Penal brasileiro adota, para a fixação do momento do crime, a teoria da atividade. Assim, a invasão de dispositivo informático será considerada realizada no momento em que foi emitido o comando ou a sequência de comandos. A invasão a dispositivo informático será considerada praticada tanto no local da execução (lugar do dispositivo informático do invasor) quanto no local da consumação (lugar do dispositivo informático invadido). O crime se consumará com a leitura, escrita ou execução dos dados do sistema computacional, sendo admissível a tentativa, quando não consumado por circunstâncias alheias a vontade do agente.

A competência, em detrimento a gravidade do caso, poderá ser do JECrim (Juizado Especial Criminal) ou da Justiça Comum. A pena, inicialmente, é de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. Pode tornar-se de em pena de reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido, e ainda ter majorações de acordo com o §4º e §5º.

A ação penal somente se procederá mediante representação, salvo se o crime for cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

Em consequência do tipo escrito em lei, fora excluída hipóteses de envios espontâneos de imagens íntimas, no âmbito do relacionamento erótico ou afetivo, por parceiros sexuais que não tenha invadido o dispositivo.

Destarte, a legislação supracitada trouxe uma evolução no Código brasileiro, mesmo ainda com algumas lacunas. Constituiu um importante avanço de um tipo penal que visa sua aplicação em proteger o sigilo de dados pessoais e profissionais.

4.3 Lei 13.718/2018 e sua aplicação

O artigo 218-C, que define a novel Lei objeto de estudo deste trabalho, fora inserido no “Título VI – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, mais especificamente no Capítulo II – Dos Crimes contra Vulneráveis. É crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa e contra qualquer pessoa.

O artigo em comento apresenta nove núcleos ou verbos, consistindo num misto alternativo em que o agente pode praticar qualquer das ações de forma isolada ou cumulada, sendo elas: oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender, expor, distribuir, publicar ou divulgar. Desses vocábulos, há verbos que representam uma violação já no momento em que age para o delito e há verbos que apresentam uma promessa futura.

As expressões “cena de estupro”, “estupro de vulnerável”, “cena de sexo”, “nudez” ou “pornografia” referem-se a qualquer espécie de material dessa natureza, e não só a vítima considerada vulnerável. Tende-se a interpretar, por conta do capítulo adicionado a esse tipo, que deveria ser somente a vulnerável, mas tal informação não prospera ao elucidar o artigo como um todo penal, devendo ser analisada se a conduta não se amolda aos tipos penais dos artigos 241, 241-A e 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A ação penal desta tipificação é pública incondicionada, assim descrita na letra da lei. O condão de prosseguir com a ação penal acaba não sendo da vítima. Outro aspecto, é o fato de que ela pode ser provocada por pessoa diversa da vitimizada e, via de regra, não pode ter seu curso paralisado (SYDOW, 2018).

Em uma análise profunda feita pelo doutrinador Sydow, a disposição não está somente em um tipo penal de um dos verbos, como o de divulgação, mas sim em 135 (cento e trinta e cinco) tipos de condutas que são ramificadas por cada núcleo

disposto no artigo. Ou seja, a espécie traz 135 (cento e trinta e cinco) modalidades de como praticar as infrações do artigo 218-C.

O dispositivo reconhece, ainda, o meio cibernético e o meio físico (impressos ou comércio clandestino de rolos de filme) como propagadores dos conteúdos expostos de forma implícita. Ao tipificar o “meio de comunicação em massa”, o legislador engessou a questão informática junto ao fato, pois é este o principal meio de comunicação da sociedade da informação, fomentando que qualquer uma dessas nove ações pode ser cometida pelo meio cibernético, onde a vitimização é potencializada, e onde exprime que a vítima desse crime é a sociedade, sendo um delito sem vítima direta.

Há quem entenda que os delitos sem vítima primária não estariam bem alinhados ao Título VI, em razão de que a sociedade, como ente despersonalizado, aparentemente não detém capacidade, legitimidade e titularidade de uma dignidade sexual, o que, no caso do tipo do artigo 218-C, somente se verificaria em relação à exposição pornográfica, que teria como bem jurídico atingido a honra sexual, à semelhança do delito de difamação, mas de modo agravado e com relevância pública (DE CASTRO; SYDOW, 2019, p. 132).

Ao citar o tempo de pena privativa, o artigo direciona de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão. Isto significa que, o cumprimento da pena, será, inicialmente, em regime fechado, aquele a que é submetido o condenado, com a pena de privação da liberdade cumprida dentro do estabelecimento carcerário, salvo exceções previstas no artigo 33 do Código Penal, que aponta para um agressor que não seja reincidente. Cabe, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito e o “sursis”.

O parágrafo primeiro da aludida norma traz o teor geral deste trabalho. É a causa de aumento da Lei 13.718/2018, que tipifica a Pornografia de Vingança. A pena é aumentada de 1/3 a 2/3, sendo assim, duas causas de aumento em uma: (a) situação de relação íntima de afeto com a vítima; (b) finalidade de vingança ou humilhação. Analisando essas duas causas, conclui-se que há a necessidade de mostrar que havia relação por meio dos envolvidos.

A segunda parte da causa de aumento usa a expressão “com o fim de vingança ou humilhação”, eis que o sujeito ativo deverá ser alguém que mantenha ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima. Ocorre, neste caso, uma breve discussão sobre a controvérsia de se comprovar a estabilidade da relação íntima, pois “nessa perspectiva, o mero encontro sexual fortuito ou casual, sem

maiores vínculos do agente com a vítima, não seria suficiente para a incidência da majorante” (DE CASTRO; SYDOW, 2019, p. 138).

Sucedede que, por outro lado, é admissível a não exigência deste requisito, uma vez que a simples intimidade física poderia indicar a cumplicidade. Há de se destacar, ainda, a proibição do *bis in idem* (vedação da dupla punição pelo mesmo fato), e a agravante de motivo fútil ou torpe (art. 61, I do Código Penal), que passa a não poder ser aplicada nas causas que se enquadram neste tipo penal.

Importante ressaltar que a vingança não é a única possível motivação de disseminação, podendo encaixar outros exemplos como: a humilhação de modos diferentes, a fama sob o perfil alheio, a vaidade, a chantagem, a forma indevida de lucro e demais vantagens.

Os bens jurídicos tutelados pelo trecho normativo são a privacidade, intimidade e dignidade, e não contempla um especial fim de agir.

As práticas criminosas enquadram-se na divulgação do registro do crime de estupro (não sendo delito imagens extraídas de peças de teatro ou cinema), apologia ou indução da prática do crime de estupro e registros de cenas de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima.

Os objetos materiais são as fotografias, vídeos e registros audiovisuais. Insta observar que, não houve a inclusão da exposição de áudios ou conversas escritas, gerando mais um ponto de discussão jurídica de tipificação, porque as vezes esse tipo de material resulta em uma ação bem mais gravosa do que a mera imagem.

O crime admite tentativa, mas com circunstâncias raras, e sua consumação é de forma instantânea, com o exemplo da Internet. É cabível, apesar de ainda não ganhar grande notoriedade jurídica, ações cíveis de indenizações por danos morais, materiais e existenciais (introduzido no Direito do Trabalho), conforme o pedido de retirada do conteúdo ilícito.

Por fim, insta pontuar às dificuldades de se identificar a extensão dos resultados dos danos e efeitos materiais, psicossomáticos e existenciais gerados pela difusão das imagens. A pseudoinvisibilidade do dano é uma característica importante que refere-se a uma das nocividades da exposição pornográfica, em meio cibernético.

Portanto, analisada pelo ponto de vista do presente artigo, a lei reflete imenso progresso no ordenamento jurídico penal informático, ante a disseminação de conteúdos discriminatórios, que fomentam práticas violadoras da dignidade sexual, em especial, do gênero feminino.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo analisou desde a formação do crime, os fatos históricos com que fizessem chegar até promulgação da Lei, o ambiente digital e a violação sexual, em especial no âmbito do gênero feminino.

Por meio de levantamentos quantitativos realizados nos últimos anos, a Internet seria um dos lugares mais propícios para a difusão de material pornográfico, pois uma grande parte dos acessos à rede digital se vincula ao consumo de pornografia. A Internet, portanto, seria uma espécie de “campo de batalha” para os prazeres e comportamentos.

O termo *Revenge Porn* (Pornografia de Vingança), gênero da exposição íntima indevida e não consentida, é utilizado para dar status ao crime de conteúdos produzidos em contexto privado de intimidade, seja em situações consensuais ou não, a partir do momento em que se tornam públicos e condenatórios. São expostos por uma pessoa de confiança, no intuito não só de vingar-se, mas humilhar a vítima com várias outras formas de violência, e em casos mais sérios, abusar do lucro indevido.

A produção de materiais eróticos parte de premissas distintas para homens e mulheres. Ao mesmo tempo em que produz a sensação de satisfação, prazer e sexo saudável, trazem a dor e insegurança na maioria de seus casos. Seus efeitos negativos resultam da hierarquização de comportamentos, moralidade e desejos sexuais diferentes. Nota-se, assim, um incômodo ante a moralização da sexualidade feminina.

No que se refere a este estudo, podemos destacar, também, que é possível afirmar que a exposição não consentida viola a dignidade sexual e outras várias esferas. Hoje, a dignidade sexual, corolário a dignidade humana, contém elementos informáticos, diante da formação de personalidade real e também por aquilo que é construído no meio virtual.

A decisão de formação da Lei foi de extrema importância, não só para garantir uma maior segurança as vítimas (“mulheres”), mas também para manter o mínimo de dignidade possível, conferindo uma maior autonomia por quem sofre pela exposição.

A inserção de condutas no artigo 218-C não veio de forma equivocada, pois a disseminação de cena de estupro e demais gêneros, ofendem de fato a dignidade sexual da sociedade, violando a privacidade, a segurança, educação, saúde e intimidade.

Nesse sentido, o surgimento de um tipo penal que visa preencher um vácuo legislativo, enquadrado pela realidade social influenciada pela informática, diante de uma situação grave, é sempre importante. Não basta, apenas, a garantia constitucional de sigilo de dados, é preciso que a disseminação de conteúdos discriminatórios na Internet, seja sempre vista de forma relevante.

REFERÊNCIAS

_____. Lei nº 12015 de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 14 mar. 2020.

_____. Lei nº 12737 de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 14 mar. 2020.

_____. Lei nº 13718 de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 set. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm>. Acesso em: 26 ago. 2019.

BARBOSA, Thaís Graziella Souza. **Crimes Virtuais**. 2016. 74 f. Monografia - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/33164090/CRIMES_VIRTUAIS>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BORTOT, Jessica Fagundes. **Crimes Cibernéticos: aspectos legislativos e implicações na persecução penal com base nas legislações brasileira e internacional**. In: **Periódicos Puc Minas**, Belo Horizonte, n. 2, a. 17, p. 338-362, ago. 2017.

Disponível em:
<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/15745/15745-56007-1>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3**: parte especial. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CYBER CIVIL RIGHTS INITIATIVE, INC. **End Revenge Porn**: Revenge Porn Statistics, 2013. Disponível em: <https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf?fbclid=IwAR3CtRtXw0kIXWPAIAtlhjz-Bsb_CRW15qvh7tNEohsMyIMgn6ECu3eApR0>. Acesso em: 4 maio. 2020.

DE CASTRO, Ana Lara Camargo; SYDOW, Spencer Toth. **Exposição Pornográfica Não Consentida na Internet**: da pornografia de vingança ao lucro. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019.

FOLHA INFORMATIVA – SUICÍDIO. **Paho.org**, 2018. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5671:folha-informativa-suicidio&Itemid=839>. Acesso em: 2 abr. 2020.

GRECO FILHO, Vicente. Algumas observações sobre o Direito Penal e a internet. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 95, p. 3, 2000.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Jurídico**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2004. p. 175.

INDICADORES HELPLINE. Safernet. Helpline.org. 2019. Disponível em: <<https://helpline.org.br/indicadores/>>. Acesso em: 1 abr. 2020.

JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência**. 2 ed. São Paulo: Aleph, 2009.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**: tradução de Carlos Irineu da Costa. 1 ed. São Paulo: Ed. 34, 1999. Disponível em: <<https://mundonativodigital.files.wordpress.com/2016/03/cibercultura-pierre-levy.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MACHADO, Felipe; VIANNA, Túlio. **Crimes Informáticos**: conforme a lei 12.737/2012. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%202/CRIMES_INFORMATICOS_-_Conforme_a_Lei_no.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%202/Crimes%20Contra%20a%20Dignidade%20Sexual%20-%205%C2%AA%20Ed.%20-%20Guilherme%20de%20Souza%20Nucci.PDF>. Acesso em: 14 mar. 2020.

PORNOGRAFIA DE REVANCHE: EM DEZ DIAS, DUAS JOVENS SE SUICIDAM. **Revista Fórum**, 2013. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/noticias/revenge-porn-divulgacao-de-fotos-intimas-culmina-com-suicidio-de-duas-jovens/>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/2551-Dicionario-Juridico-J-M-Othon-Sidou-2016.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

SYDOW, Spencer Toth. **Exposição Pornográfica Não Consentida na Internet e as mudanças da Lei no. 13.718/2018**. In: **Meu Site Jurídico**, São Paulo, SP, 5 out. 2018. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/735571ac-exposic-a-o-pornogra-fica-na-o-consentida-na-internet-e-as-mudanc-as-da-lei-vfinal.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

VARELLA, Drauzio. Depressão na Adolescência e Antidepressivos. **Youtube**, 1 fev. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e-W52pEez20&feature=emb_title>. Acesso em: 4 maio. 2020.

NOTAS:

[1] Especialista em Direito Previdenciário, Direito e Processo do Trabalho. Professora de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogada. E-mail: flavia.schadong@p.catolica-to.edu.br.

ERROR IN PERSONA: A FIGURA DA VÍTIMA VIRTUAL NO DIREITO BRASILEIRO: COMPARAÇÃO COM A DOCTRINA ARGENTINA E O CÓDIGO PENAL ALEMÃO (STGB)

DIEGO RENOLDI QUARESMA DE OLIVEIRA:

Advogado Criminalista integrante do Escritório Massarelli & Renoldi Advogados. Especialista em Sociologia pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul (2016). Mestrando em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires (ARG). É professor no Estratégia Concursos e autor de diversos artigos jurídicos em revistas jurídicas nacionais e internacionais. Sua última obra publicada: Ações Autônomas de Impugnação em Matéria Penal pela editora CRV.

Resumo: Este ensaio procura analisar a solução doutrinária e legislativa brasileira acerca de situação de *error in persona* onde o legislador brasileiro propõe que o autor do fato seja responsabilizado pelo bem jurídico que ele pretendia violar com sua conduta e não aquele efetivamente violado como se esperaria. Esta mesma constatação não ocorre em países como Argentina que, influenciados por ensinamentos de autores clássicos alemães, buscam promover um tratamento menos ficcional ou pouco envolvidos com critérios de comportamento psicológico do sujeito ativo (vontade) e mais consequencial do resultado efetivamente produzido.

Palavras chaves: Delito; Erro; Erro de tipo; Direito alemão; Ficção jurídica.

Resume: This paper seeks to analyze the Brazilian doctrine and legislative solution about the *error in persona* where the Brazilian law proposes that the author of the crime be responsible for those who he attempted the offense. However, this same analysis does not occur in Argentina that with different framework, intent to promote a less fictional treatment or are a little less involved with the psychological criteria of the perpetrator, but otherwise, more worried about the consequences that the act effectively produced.

Keywords: Offense; Error; Mistaken Identity; German Law; Juridic fiction.

Sumário: Introdução; 2. Conceito de erro de tipo; 3. Erro sobre a pessoa (*error in persona*) como erro de tipo acidental; 4. Solução Argentina em situações de erro sobre a pessoa; 5. Solução brasileira; 6. Bibliografia.

Introdução

O direito estrangeiro tem exercido enorme influência na América Latina, desde antes mesmo de países como o nosso conquistarem sua independência ante as Colônias. Depois da influência colonial, inegável a participação no pensamento jurídico da América Latina de grandes autores alemães e italianos. Entretanto, a doutrina latino-americana, principalmente no início do século passado, alcançou altíssimo grau de perfeição técnica, gerando juristas magistras próprios, como os argentinos Sebastian Soler e Jimenez de Asúa ou de brasileiros do quilate de Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Magalhães Noronha, dentre outros, o que fez com que Argentina, Brasil, Chile, e México, por exemplo, desenvolvessem particularidades que, de algum modo, acentuassem suas próprias identidades[1], sendo para nós, a solução da problemática da vítima virtual no Direito brasileiro, boa ou ruim, uma dessas.

Como introdução ao desenvolvimento do tema proposto, imperioso trazer ao leitor, ainda que de modo breve, conceitos produzidos pela Teoria do Delito. É esta teoria que irá responder o que é delito e o que não é delito. Isto significa dizer que, para ser delito o fato deve, primeiramente, originar-se de um substantivo (conduta humana)[2] que agregada a três adjetivos: típica, antijurídica e culpável, converte a ação humana em delito[3].

O desenvolvimento e exposição da teoria do delito e temas da Parte Geral do Código Penal, no qual se incluem estudos sobre o erro, via de regra, autores alemães como Binding, Wessels e outros que tiveram grande contribuição para o desenvolvimento de teorias modernas como Hans Welzel, pode-se trazer a seguinte observação: "*una acción se convierte en delito si infringe el ordenamiento de la comunidad en algún modo normado por los tipos penales y puede serle reprochada al autor a título de culpabilidad*".[4]

E segue o mestre alemão:

El tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos formas posibles de conducta humana. La norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva (...) esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. [5]

De forma semelhante, Zaffaroni ao tratar de conduta delituosa, conceitua da seguinte forma:

Una conducta pasa a ser considerada como delito cuando una ley la criminaliza (la llamada criminalización *primaria*). Para eso las leyes se valen de fórmulas legales que

señalan *pragmas* conflictivos (conductas, circunstancias y resultados) que amenazan con pena y que se llaman *tipos*, escritos en la parte especial del código penal y en leyes penales especiales (no codificadas). [6]

O tipo (do alemão *Tatbestand*) é uma fórmula abstrata, que atua como um “modelo” de construção lógica[7] para uma conduta concreta que surta efeitos no mundo (*pragma*) e com a prática de seu resultado, converte-se em tipicidade.

Conforme explica Welzel, poder-se-ia dizer em suma que, para se ter antijuridicidade, isto é, violar a norma penal (tipo penal objetivo) é necessária a realização de uma conduta descrita no tipo penal (conduta típica, ex. matar), “*es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto*”. [8]

Agora bem, ordinariamente, o tipo compõe-se de uma face objetiva e de outra subjetiva[9], correspondente à vontade do autor, podendo-se dizer que tipo subjetivo consiste em analisar a intenção que teve o sujeito ativo nos casos de delitos dolosos.[10]

2. Conceito de erro de tipo

Por este momento, vamos apenas nos ater a determinação dada pelo Código Penal brasileiro acerca do erro sobre o tipo penal incriminador, que exclui o dolo.

Segundo o art. 20 do Código Penal Brasileiro, erro de tipo é, *in verbis*: “*O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.*”

O Código Penal Argentino no art. 34, §1º, outrossim, traz a seguinte redação, veja:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

A doutrina argentina também se sente no dever de fornecer uma melhor interpretação ao conceito trazido pelo Código Penal argentino[11]. Segundo Righi[12], se admite atualmente que a expressão *hecho* (isto é, feito), não só fazem referência às circunstâncias fáticas do delito, mas a todos os elementos que

caracterizam o fato, incluídos os pressupostos normativos. É dizer, a expressão fato deve ser entendida como o fato punível em sua totalidade.

Entende-se por erro de tipo a falsa representação da realidade que se encontra descrita no tipo penal, e para que haja dolo, há de haver uma representação real pelo agente de sua conduta.[13]. Em outras palavras, o sujeito ativo supõe realidade diversa da que efetivamente existe, sendo o erro equiparado à ignorância, à ausência de representação.[14]

De modo diverso, Günter Jakobs, ao referir-se ao problema da análise entre erro e indiferença sustenta que, no âmbito do erro, isto é onde o autor ignora as consequências externas de seu comportamento, a bibliografia e a lei se comportam como escravos de critérios psicologizantes e critica:

la normatividad se rinde ante lo perceptible por los sentidos: sin conocimiento de la modalidad de dirección del comportamiento (aparte de ciertas excepciones) más grave y com mayor penalidade, com independencia de la razon del desconocimiento.[15]

Seja como for, analisando o Código Penal alemão (antigo § 59 e atual §16 do StGB)[16], Welzel ao conceituar erro de tipo ensina que: *"Se excluye el dolo si el autor desconoce o se encuentra en un error acerca de una circunstancia objetiva del hecho que deba ser abarcada por el dolo y pertenezca al tipo legal."* [17]

É preciso dizer ser ponto pacífico na doutrina (inclusive a comparada) de que existem duas formas principais de erro de tipo. Erro de tipo essencial e erro de tipo não-essencial (também chamado de erro de tipo acidental).

O erro de tipo essencial ou acidental, recai sobre dados principais do tipo. O autor não possui consciência ou vontade, devendo, sendo impedido de compreender o caráter criminoso do fato.

Se for erro inevitável (invencível) exclui também a culpa ou se evitável (vencível), faz com que o agente responda por crime culposos, se previsto em lei.[18]

Uma explicação bastante simples é dada por Welsel que diz: *"Se exclui o dolo se o autor desconhece o se encontra em erro acerca de uma circunstância objetiva do fato que deve ser abarcada pelo dolo e pertença ao tipo legal (§59)"* [19].

E segue a didática com um ótimo exemplo:

Por exemplo, um caçador dispara sobre um objeto escuro que pensar ser um javali, quando é, na realidade, uma coletora de

amoras. Se o erro foi devido a culpa, subsistirá a punibilidade por tipo culposo, sempre que exista o respectivo tipo culposo, §59, inc.2.[20]

Neste clássico exemplo *supra* mencionado, o agente (caçador) labora um erro sobre algum elemento do tipo, como uma situação de fato (elemento fático) pensar ser um animal, mas é uma pessoa, é dizer, o caçador não possui consciência de que dispara contra uma mulher (alguém), e como a consciência (vontade) é formadora do dolo, não há dolo. Nestes casos de erro sobre elemento do tipo, sempre se excluirá o dolo.[21]

O jurista argentino Sebastián Soler, explica como esse tema é tratado em seu país:

Nuestra ley no dice cuáles son las circunstancias de la figura sobre las cuales puede recaer el error con eficacia excusante. Sin embargo, del propio enunciado de nuestra ley puede deducirse que no es indiferente para nosotros la distinción alemana, que debemos a referir circunstancias esenciales y no esenciales, pues el poder excusante del error reside en la fuerza que él tenga para destruir subjetivamente la criminalidad del acto.[22]

3. Erro sobre a pessoa (*error in persona*) como erro de tipo accidental

Segundo Fontán Balestra, se pode definir erro sobre a pessoa como

aquí el error versa sobre el objeto mismo. En la hipótesis que nos ocupa, por ejemplo, el autor hace fuego sobre una persona distinta, suponiendo que es aquélla a la que se quiere herir. El actor dispara sobre Pedro confundiéndolo con Juan.[23]

A figura do erro sobre a pessoa é conceituada no mesmo diapasão pela doutrina brasileira como sendo um erro acidenta, que versa sobre pessoa ou objeto, sendo o erro irrelevante, respondendo o agente pelo crime.[24]

A disposição legal do tema se encontra no artigo 20, §3º do CPB, da seguinte maneira:

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

O *error in persona* não é um caso de *aberratio*, e sim de confusão por parte do autor com outra pessoa, é o que assinalava Welzel[25]. Com isso ele queria dizer que, diferentemente dos casos de *aberratio*, em se tratando desta espécie de erro, a execução do crime considera-se perfeita, pois há o resultado morte alcançado. Em suma: o agente de fato pretendia matar e matou. Essa é, para nós, a diferença entre o erro sobre a execução e o erro sobre a pessoa. No primeiro, o sujeito ativo sabe exatamente quem ele quer atingir (tem perfeita compreensão de quem é seu alvo), mas erra o disparo. No segundo caso, objeto de nosso estudo, o agente tem a mira precisa, mas se equivoca quanto ao seu alvo.[26]

Sem embargo, portanto, o erro na representação mental do agente, que se confunde com a identidade da vítima que quer atingir, atingindo, desse modo, pessoa diversa da pretendida.

O chamado erro sobre a pessoa ou também chamado de *error in persona* é um erro de tipo acidental (também chamado de erro secundário), isto é, diferentemente do que ocorre com o erro essencial, o erro acidental incide sobre dados irrelevantes da figura típica. Como disciplina Damásio, erro de tipo acidental é o que não versa sobre elementos ou circunstâncias do crime, incidindo sobre dados acidentais do delito ou sobre a conduta de sua execução.[27]

Nesse jaez, o erro acidental, é considerado pela doutrina um erro não-essencial[28], sob o argumento de que o erro recai sobre questões secundárias e irrelevantes do tipo, e por essa razão, ele não exclui o dolo.

É dizer, o autor conhecia o caráter ilícito do fato, e por esse motivo, não se figura presente uma falsa interpretação da realidade, o autor sabe exatamente que está cometendo um crime. Por exemplo, o autor que quer matar alguém e põe em marcha seu plano, tem consciência, que está matando uma pessoa (tipo subjetivo), o que coincide com a descrição do tipo objetivo de homicídio (matar alguém, art. 121 do Código Penal brasileiro e art. 79 do Código Penal argentino).[29]

Nestes casos, o autor elabora um plano mental, coloca ele em marcha e finalmente, com sua conduta, obtém um resultado, só que por erro de identificação, o resultado alcança pessoa diversa da pretendida (para os casos de erro sobre a pessoa). Essa identificação errônea não tem o condão de excluir o dolo, visto que o plano do autor foi levado a cabo e somente não ocorreu como o esperado por puro erro[30].

Nas palavras de Magalhães Noronha, "*com ou sem ele (erro), o crime existiria do mesmo modo*". [31],

Por essa razão, parte da doutrina entende adequado chamá-lo de erro accidental, visto que este erro não recai sobre circunstâncias elementares do tipo penal.

Agora bem, com intenção de aclarar o objeto deste estudo, em termos exemplificativos, iremos utilizar até o final deste trabalho um exemplo bastante simples que traz um erro sobre a pessoa com resultado único ou simples, a ver:

O autor dispara contra Carlos e o mata, acreditando que, na verdade era seu pai, Luiz, que era quem o autor realmente queria matar, em outras palavras, o sujeito ativo possuía a intenção *(tipo subjetivo) de praticar homicídio agravado contra ascendente (art. 121, c.c. 61, "e" do CPB ou art. 80, §1º do CPA).

4.Solução Argentina em situações de erro sobre a pessoa

A solução apontada pela doutrina Argentina se dá nos mesmos moldes do apresentado no Direito alemão (Código Penal), isto é, quando há uma falsa suposição sobre a incidência de agravantes, deve-se aplicar o tipo simples.

Conforme anota Zaffaroni *"o erro sobre agravantes ou atenuantes não elimina a tipicidade, senão que sempre se deve julgar o tipo básico por ser a definição genérica da ação, pela qual, formalmente incorreria, tanto objetiva quanto subjetivamente"*. [32]

Desse modo, solução é a mesma nos casos em que o resultado típico é equivalente, porque, como já mencionamos anteriormente, como a identidade da vítima não pertence ao tipo objetivo, existe total coincidência entre o sucedido e o esperado pelo autor.[33]

Veja-se que, no caso do exemplo proposto, deve-se imputar diretamente o delito cometido (homicídio doloso em respeito a Carlos), porque mesmo que o resultado não foi idêntico ao pretendido pelo autor (matou Carlos ao revés de Luiz, seu pai), ele é juridicamente equivalente e por esse motivo, seria, para fins penais, um erro irrelevante[34], pois incide sobre um erro accidental. E por ter matado a pessoa Carlos ao invés de seu pai, Luiz, a vítima desejada (objeto errôneo) há, portanto, uma falsa suposição de incidência de agravantes (parricídio). Sobre parricídio explica Soler:

Para que exista el parricidio es, pues, necesaria la coincidencia objetiva e subjetiva de la agravación, quien dispara contra el pariente y mata a un tercero, no comete parricidio, salvo que el tercero sea a su vez pariente (querer matar al padre y, por error in persona, matar a la madre), pues lo que importa a la ley es la

categoría de personas. Inversamente, quien dispara contra una persona y mata en realidad al padre tampoco comete parricidio.[35]

5.Solução brasileira

O problema se apresenta quando nos debruçamos a estudar a construção brasileira sobre o *error in persona* quando há, ainda, erro sobre circunstâncias agravantes e atenuantes.[36]

O Código Penal brasileiro traz em seu art. 20, §3º (segunda parte) uma solução para casos de erro sobre a pessoa, a ver:

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime."

Primeiramente, como mencionado há algum instante, pela redação da primeira parte do §3º do art. 20 do CPB: "*O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena*" significa dizer que o *error in persona* não exclui a tipicidade do fato. Não exclui o crime porque a norma penal tutela vida de todas as pessoas e não a de uma pessoa determinada.[37]

Agora bem, pela análise da segunda parte do §3º do art. 20 do CPB: "*Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime*", o direito brasileiro cria com essa solução, a figura da vítima virtual, isto é, considera-se para fins de sanção penal, as qualidades (características) da pessoa que o autor queria atingir e não a efetivamente atingida. E ela é inversa do entendido na Argentina.

Para elucidar a explanação, trazemos um dos melhores clássicos, que é Magalhães Noronha:

"Manda o Código se tenham em consideração as condições ou qualidades da pessoa contra quem o agente quis agir, e não as do ofendido. Assim se quis matar seu pai e mata um terceiro, será parricida; ao contrário, não haverá homicídio agravado se desejou matar outrem que não o genitor, que, por erro, vem a ser atingido."[38]

Em nosso exemplo proposto, ao atingir Carlos ao invés de atingir Luiz, seu pai, o sujeito ativo responde como se tivesse atingido seu pai, incidindo, neste caso, a agravante prevista no art. 61, II "e" 1ª figura do CPB (crime contra ascendente).[39]

No Brasil, é conferido idêntico tratamento jurídico ao instituto da *aberratio ictus* (erro no golpe ou erro na execução) e apesar de não se confundirem, consoante se percebe da leitura dos artigos 20, § 3, e 73, do Código Penal Brasileiro, no erro sobre a pessoa, se consideram para aplicação da pena, as condições ou qualidades da pessoa contra a qual o agente queria praticar o crime, mas as condições ou qualidades da pessoa contra a qual o crime foi praticado.

Com esse entendimento, o CPB, não ignorando a verdadeira intenção do sujeito ativo, propõe, então, que ele responda pela sua vontade, em um critério que chamamos de psicológico (que pertence exclusivamente ao âmbito interno do autor do fato), isto é, adotando a teoria da equivalência e não a da concretização, se cria, portanto, uma ficção jurídica, onde o sujeito ativo responde como se tivesse ofendido a pessoa visada.

Conclusão

Assim, legislador brasileiro nos conduz a conclusão de que o autor do fato não é punido pelo crime efetivamente cometido contra o terceiro inocente (vítima visada, efetiva), mas como se tivesse ofendido bem jurídico da pessoa desejada (vítima virtual). Percebe-se, então, um exacerbado relevo dado ao tipo subjetivo, pois o Código penal Brasileiro cria uma ficção jurídica quanto ao tipo objetivo para sancionar o tipo subjetivo, isto é, a vontade psíquica do autor[40]

Sem embargo, a solução dada pelo Direito argentino dada a influência do direito alemão, tomando em conta o exemplo, por nós exposto, entender-se-ia como hipótese de concurso de delitos. Haveria, portanto, tentativa dolosa de homicídio contra a pessoa que se pretendeu alcançar e crime culposos contra a vítima verdadeiramente atingida, em concurso formal.

Para nós é evidente que, a depender do caso, a tentativa contra aquela (vítima desejada) não passará de simples *intenção*. Pode-se aclarar aqueles contrários a solução, tomando por base em um exemplo trazido por Noronha: Suponha-se que, no caso apontado, A, em São Paulo, fere C, tomando-o por B, que se encontra no instante, no Rio de Janeiro. É claro que o bem jurídico de B esteve livre de qualquer ataque, esteve *longe* de correr real perigo. [41]

Esta concepção teórica, sem que signifique que não se deva dar importância ao desvalor da ação, entretanto, a nosso ver, sem que com isso insinuemos um novo sistema penal, para evitar confusões interpretativas ou ficções

jurídicas que levam demasiadamente em conta o tipo ao revés do resultado naturalístico produzido.

De tal maneira, generalizando aquilo que foi exposto, pensamos que a solução mais adequada às situações do *error in persona* seria, justamente, a solução proposta pela Código Penal Alemão, (também adotada pela bibliografia e pelo Código Penal Argentino) isto é, tomando, uma vez mais, o exemplo do agente que pretende matar seu pai Luiz mas atinge pessoa diversa da pretendida (Carlos) pensando ser seu pai, responderia por homicídio culposo em relação a Carlos e tentativa de homicídio em relação à Luiz. Colocando de uma maneira bastante simples: responsabilidade pelo resultado.

Pode-se sustentar conforme Soler o seguinte:

El tal caso, siempre que pueda juzgarse decisivo el error, es manifiesto que el hecho no puede ser calificado de parricidio, pues el error impide la figura se realice con la plena concurrencia de sus elementos subjetivos (...).[42]

Portanto, dentro dessa perspectiva de erro sobre a pessoa e adoção de um modo de responsabilidade, diferentemente do Brasil, países como a Argentina e a Alemanha, acertadamente não possuem maiores indagações acerca do *error in persona*, visto que sobre esta questão, não se ventila hipótese de atribuição de um resultado naturalístico que efetivamente não ocorreu.

Bibliografía

BALESTRA, Fontan Carlos, *Derecho penal, introducción y parte general*. Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma. Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1998.

BITENCOURT, Cesar Roberto, *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo. Saraiva. 2015.

DAMÁSIO, Jesus E. *Direito penal, V.1. parte geral*, 21.ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 1998.

FONT, Montserrat, Andrea. *Guia de estudio de penal parte general, enfoque finalista*. 19ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Estudio, 2019.

FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal: parte geral*. 8 ed. Rio de Janeiro. Forense, 1985.

JAKOBS, Günter, *Fundamentos del derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Buenos Aires. Ad Hoc, 1996.

JUNQUEIRA, Gustavo Diniz. *Direito Penal*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012 (Coleção elementos do direito, v.7) Coordenação Darlan Barroso, Marco Antônio Araújo Júnior.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. São Paulo, Saraiva, 1985-1991

RIGHI, Esteban. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. 3a. reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino, Tomo II*. Actualizador Guillermo J. Fierro, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1997.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino, Tomo III*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *Manual de derecho penal: parte general*; Eugênio Raúl Zaffaroni; Alejandro Slokar, Alejandro Alagia, 2. Ed. 10ª. Reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediar, 2017.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, 11ª edición 4ª edición castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Ynez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, 1993.

NOTAS:

[1] FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal: parte geral*. 8 ed. Rio de Janeiro. Forense, 1985, p. 446-447.

[2] ZAFFARONI, Eugênio Raul, *Manual de derecho penal: parte general*; Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Slokar, Alejandro Alagia, 2. Ed. 10ª. Reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediar, 2017, p. 292.

[3] WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, 11ª edición 4ª edición castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Ynez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 57.

[4] Idem, p. 57.

[5] Idem, p. 59

[6] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal: parte general*, ob. cit., p. 339.

[7] Se encontram tanto no Brasil quanto na Argentina na parte especial do Código Penal e nas legislações penais extravagantes (especiais).

[8] WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, ob. cit., p. 60.

[9] Cfr. assinala FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal*, ob. cit., p. 179., em certos casos, a ilicitude depende ainda de um especial fim de agir, ampliando o aspecto subjetivo do tipo, se apresentando junto ao dolo. Exemplo: Art. 299 do CPB que trata do crime de falsidade ideológica - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular. Tendo por especial fim (motivo) de agir de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

[10] Nos tipos culposos, por outro lado, somente importa a título de análise o tipo objetivo (isto é, a adequação da conduta ao tipo), visto que não existe vontade do agente. É dizer, o autor não quis provocar o resultado produzido.

[11] Por todos citamos RIGHI, Esteban. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. 3a. reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018, p. 281.

[12] RIGHI, Esteban. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. 3a. reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018, p. 278.

[13] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*, ob. cit., p. 413; FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal*, ob. cit., p. 182.

[14] FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal*, ob. cit., p. 182-183.

[15] JAKOBS, Günter, *Fundamentos del derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Buenos Aires. Ad Hoc, 1996, p. 40.

[16] **Cfr. tipifica o §16º do Código Penal Alemão (StGB): *Irrtum über Tatumstände*:**

(1) Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.

(2) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines milderer Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderer Gesetz bestraft werden.

[17] WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, ob. cit., p.92.

[18] BITENCOURT, Cesar Roberto, *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 21 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo. Saraiva. 2015, p. 369.

[19] Atual § 16 do Código Penal alemão.

[20] WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, ob. cit., p. 92.

[21] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito penal*. 12. ed. rev. E atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção elementos do direito; v. 7/ coordenação Darlan Barroso, Marco Antonio Junior), p. 78.

[22] SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino, tomo II*. Actualizador Guillermo J. Fierro, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1997, p. 111.

[23] BALESTRA, Fontan Carlos, *Derecho penal, introducción y parte general*. Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma. Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1998, p. 357.

[24] FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal*, ob. cit., p. 184

[25] WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, ob. cit., p. 90.

[26] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito penal*, ob. cit., p. 81.

[27] Cfr. DAMÁSIO, Jesus E. *Direito penal, V.1. parte geral*, 21.ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 1998, p. 302.

[28] Chama-se de erro essencial aquele que se percebida a realidade pelo agente, ele não teria praticado o delito. Ex. o agente, em um dia chuvoso, toma por engado um guarda-chuva preto dentro de um porta guarda-chuvas onde estão depositados vários guarda-chuvas, todos iguais. No entanto, o objeto subtraído era, na verdade, de outra pessoa. Sem embargo, se o agente tivesse percebido a situação, não teria praticado o furto. Neste sentido: JAKOBS, Günter, *Fundamentos del derecho penal*, ob. cit., p. 92.

[29] RIGHI, Esteban. *Derecho penal: parte general*, ob. cit., p. 285; FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal*, ob. cit., p. 179.

[30] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal: parte general*, ob.cit., p. 421.

[31] NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. São Paulo, Saraiva, 1985-1991, p. 152

[32] ZAFFARONI, Eugênio Raul, *Manual de derecho penal*, ob. cit., p. 422. Tradução do autor.

[33] RIGHI, Esteban. *Derecho penal: parte general*, ob. cit., p. 285.

[34] WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, ob. cit., p. 90.

[35] SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino, Tomo III*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, p. 18.

[36] Em razão do injusto penal ser maior ou menor a depender da conduta, a lei distingue, algumas vezes entre tipos básicos (simples), qualificados ou agravados.

[37] Cfr. DAMÁSIO, Jesus E. *Direito penal, V.1. parte geral*, ob. cit., p. 313.

[38] NORONHA, Magalhães. *Direito penal*, ob. cit., p. 152.

[39] FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal*, ob. cit. p. 184.

[40] JUNQUEIRA, Gustavo Diniz. *Direito Penal*, ob. cit., p. 81.

[41] NORONHA, Magalhães. *Direito penal*, ob. cit., p. 152.

[42] SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino, Tomo II*. Actualizador Guillermo J. Fierro, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1997, p. 114.

A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA E A (IN) COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PACTO SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

MARCOS DOUGLAS SILVA SOARES: Bacharelado no Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

EVELYM GIOVANA LOPES DE OLIVEIRA DA SILVA [1]

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL [2]

(Coautores)

RESUMO: O estudo tem por objeto analisar a (im) possibilidade da realização de Audiência de Custódia por videoconferência. Tal medida está prevista no Pacto São José da Costa Rica e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e no ordenamento jurídico brasileiro, pela Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Discorrendo sobre as posições de doutrinadores acerca do tema proposto frente aos princípios constitucionais e analisando os julgados dos tribunais superiores. Sendo relevante na medida em que contribui para a compreensão do modo em que é utilizada a audiência de custódia frente aos princípios constitucionais. Para tanto, utilizou-se metodologia dedutiva que será discutida ao longo do artigo, conceitos e posicionamentos doutrinários e jurisprudências acerca dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, da audiência de custódia e da videoconferência.

Palavras-chave: Audiência de Custódia; Videoconferência; Pacto São José da Costa Rica; Processo Penal.

ABSTRACT: The purpose of the study is to analyze the (im) possibility of holding a Custody Hearing by videoconference. This measure is provided for in the San José Pact of Costa Rica and the International Covenant on Civil and Political Rights, and in the Brazilian legal system, by Resolution No. 213 of the National Council of Justice. Discussing the positions of doctrines on the proposed theme in face of constitutional principles and analyzing the judgments of the higher courts. Being relevant to the extent that it contributes to the understanding of the way in which the custody hearing is used in face of constitutional principles. For that, we used deductive methodology that will be discussed throughout the article, concepts and doctrinal positions and jurisprudence regarding international treaties that deal with human rights, custody hearing and videoconference.

Keywords: Custody Hearing; Video conference; San José Pact of Costa Rica; Criminal proceedings.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. Processo penal humanitário e sua aplicabilidade em conformidade com a constituição federal. 2.1 Considerações acerca do estado democrático de direito e o processo penal. 2.2. Instrumentalidade constitucional do processo penal e a necessidade da dupla conformidade. 3. Pacto de São José da Costa Rica e a implementação da audiência de custódia no Brasil. 3.1. Características e previsão normativa da audiência de custódia. 3.2. Princípios que regem o Pacto São José da Costa Rica. 4. A (in)compatibilidade da audiência de custódia por videoconferência. 4.1. A gênese da videoconferência no sistema processual penal. 4.2. Entrelaço entre a videoconferência e a custódia. 4.3. O pacote anticrime e a audiência de custódia por videoconferência. 4.4. Entendimento dos tribunais superiores acerca do tema. 4.4.1. Conflito de competência negativo. 4.4.2. Medida cautelar suspende a realização de audiências de custódias por videoconferências. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Um dos maiores problemas acerca da condução do preso é o cumprimento das garantias constitucionais que este possui. O Processo Penal é marcado por raízes autoritárias, que por ventura acaba atropelando direitos fundamentais da pessoa. Nessa vereda, surgiu a audiência de custódia, cuja medida se pauta em controle imediato de legalidade e da necessidade da prisão (PAIVA, 2018).

A audiência de custódia está prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos/Pacto São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário desde 1992. Uma vez que o tratado internacional em comento versa sobre direitos humanos, logo, possui caráter suprallegal. (MAZZIOLI, 2018).

Nesse sentido, é levantado o seguinte questionamento: a realização de audiência de custódia por videoconferência é (in)compatível com o Pacto São José da Costa Rica e a Constituição Federal de 1988? Neste presente artigo, pretende-se, então, analisar através de princípios constitucionais, tratados internacionais, código de processo penal e doutrinadores, sobre a (im)possibilidade de ser realizado tal procedimento através de videoconferência.

O tema é de indiscutível relevância no âmbito jurídico e social em razão da grande incidência de audiências de custódia e a busca por processo penal humanitário, bem como a aplicação dos princípios constitucionais. Para tanto, utilizou-se a metodologia dedutiva que será discutida ao longo do artigo, conceitos e posicionamentos doutrinários e jurisprudências acerca dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, da audiência de custódia e da videoconferência.

É interessante trazer à baila, em primeiro modo, como fora abordada a aplicabilidade do processo penal em conformidade com a Constituição Federal, salientando-se a interpretação adequada do Código de Processo Penal acerca do Estado Democrático de Direito, haja vista que, o processo penal, deve guardar a Constituição e os Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos (LOPES JR, 2017).

Logo após, é importante ressaltar o conceito e características da audiência de custódia, que dentre elas encontram-se o ajuste do processo penal brasileiro aos tratados internacionais, a prevenção à tortura policial e prevenção de prisões ilegais, preservando assim, o caráter antropológico e humanitário da pessoa. Por conseguinte, será abordada a inauguração da medida por meio do Pacto São José da Costa Rica e a sua regulamentação através da Resolução n.º 213 do Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, há uma análise acerca da implantação da videoconferência no processo penal, o Pacote Anticrime no que tange a audiência de custódia por equipamento audiovisual, já que foi alvo de discussão quando era Projeto de Lei. Outrossim, será feita uma abordagem sobre os julgados dos tribunais superiores acerca da temática, posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça.

2.PROCESSO PENAL HUMANITÁRIO E SUA APLICABILIDADE EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1 Considerações acerca do Estado Democrático de Direito e o Processo Penal

No Estado Democrático de Direito, é inegável a eficácia dos direitos fundamentais ante as adversidades presentes no país. É um desafio constante que o direito processual penal vem combatendo, haja vista, que, infelizmente, alguns juristas fecham os olhos para normas constitucionais e tratados internacionais, contidos em nosso ordenamento jurídico.

Logo, a atividade legiferante, mormente no campo do direito processual penal, está condicionada, ante a supremacia das normas constitucionais e dos tratados internacionais de direitos humanos, ao respeito do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, entre outros, sob pena de manifestar inconstitucionalidade. Seguindo esse contexto, afirma Lopes Jr (2017):

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui a ação), é que se pode compreender que o fundamento

legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio da sua instrumentalidade constitucional. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição. (LOPES JR, 2017, p. 54).

Desse modo, no campo do processo penal, é mais compassivo que se atente a esse comando normativo, pois é aqui que se têm as invasões mais atuantes do Estado nos direitos fundamentais. Logo, é inegável que se tente barrar o *jus puniendi estatal*, servindo o processo penal como instrumento de limitação da atividade do Estado.

O que se busca evitar é justamente a teoria da crise das fontes, cuja lei ordinária acaba valendo mais que a Constituição. Conforme assevera Lopes Jr (2017) “o processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena” (LOPES JR, 2017, p. 60), mas não o pode ser feito sem um olhar minucioso para a nossa Carta Magna de 1988.

2.2 Instrumentalidade constitucional do Processo Penal e a necessidade da Dupla Conformidade

Ainda predomina no Brasil e no estrangeiro[3] a equivocada concepção de processo como relação jurídica, na esteira da doutrina de Bülow. Ocorre que, o *sensu comum teórico* ainda não se deu conta de que essa concepção de processo parte de uma equivocada noção de igualdade e segurança[4].

Com razão, adverte Lopes Jr (2012, p. 101), “foi GOLDSCHMIDT que evidenciou o caráter dinâmico do processo, ao transformar a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual”.

A partir de Beck (2011) é inegável dizer que vivemos numa sociedade de risco, onde os riscos estão em tudo e em todos os lugares, evidenciando que estamos inseridos num Estado Insegurança.

Portanto, é óbvio, que o processo penal não está fora desse contexto, ao contrário, também está inserido na mais completa epistemologia da incerteza, já que a sentença judicial nunca pode ser prevista com segurança, coexistindo em igualdade de condições a possibilidade de serem prolatadas no processo, sentenças justas e injustas (LOPES JR, 2012).

Para Calamandrei (1999) “o êxito depende, por conseguinte, da interferência destas psicologias individuais e da força de convicção com que as razões feitas pelo

demandante consigam fazer suscitar ressonâncias e simpatias na consciência do julgador” (CALAMANDREI, 1999, p. 223).

No entanto, adverte Lopes Jr (2012) que “o árbitro (juiz) não é livre para dar razão a quem lhe dê vontade, pois se encontra atrelado à pequena história retratada pela prova contida nos autos” (LOPES JR, 2012, p.109). Preleciona ainda o citado autor que, o juiz “está obrigado a dar razão àquele que melhor consiga, através da utilização de meios técnicos apropriados, convencê-lo. Por conseguinte, as habilidades técnicas são cruciais para fazer valer o direito, considerando sempre o risco inerente à atividade processual” (LOPES JR, 2012, p. 109).

Dessa maneira, destaca Calamandrei (1999): “a fortunada coincidência é a que se verifica quando entre dois litigantes o mais justo seja também o mais habilidoso”, sendo que para ele o processo “vem a ser nada mais que um jogo no qual há que vencer” (CALAMANDREI, 1999, p. 224).

Em assim sendo, a concepção que melhor retrata essa realidade do processo, que está inserido na epistemologia da incerteza, por evidente, é aquela que foi construída por Goldschmidt (1935), ou seja, a que conceitua o processo enquanto situação jurídica, retratando assim a insegurança processual, o seu estado de guerra e a sua dinamicidade, ao contrário da concepção de processo como relação jurídica, que está ancorada num equivocado juízo de estática.

Assim, o processo penal nada mais é do que uma guerra[5], na qual alguém há de vencer. E, vencerá, por óbvio, aquele que melhor aproveitar as chances processuais[6], conseguindo, através da produção das provas[7], a captura psíquica do juiz[8].

Por conseguinte, se o processo penal é uma guerra, um jogo, que não deve ter por missão a busca desenfreada do mito “verdade real”, já que a verdade no processo penal não é achada, mas sim construída analogicamente através dos rastros da passeidade (KHALED JR, 2013), mister se faz compreendê-lo pelo viés da sua instrumentalidade constitucional.

Aliás, Goldschmidt (1935), já perguntava “Por que supõe a imposição da pena a existência de um processo?” E, ainda: “Se o *ius puniendi* corresponde ao Estado, que tem o poder soberano sobre seus súditos, que acusa e também julga, por meio de distintos órgãos: por que necessita que prove seu direito em um processo?” (GOLDSCHMIDT, 1935, p.7).

Em resposta ao presente questionamento, Lopes Jr (2012) ensina que:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). (LOPES JR, 2012, p. 72).

Da mesma forma, Khaled Jr (2013) afirma que:

O processo deve ser um limite ao poder; se não fosse esse o seu sentido, sequer precisaria existir. Trata-se de um meio de redução da complexidade que condiciona a manifestação do poder punitivo a um conjunto de requisitos, exigindo que o processo seja o caminho necessário – o único possível – para a imposição da pena. (KHALED JR, 2013, p. 142)

Realmente, não se pode negar essa vertente instrumental do processo penal, como ferramenta de contenção do poder punitivo, pois de acordo com Khaled Jr (2014, p. 1) “Os brasileiros são vítimas de um deliberado processo de invenção histórica”, o que faz com que se acredite “que somos um povo ordeiro e pacífico, que não conhece conflitos e vive alegremente na democracia racial que prospera no Brasil”, encobrando, assim, “o autoritarismo nosso de cada dia” e reforçando a crença na bondade do poder punitivo.

E, essa crença na regularidade dos atos de poder, sobretudo do poder punitivo, segundo Carvalho (2013, p. 164):

Define postura disforme dos sujeitos processuais, estabelecendo situação de crise através da ampliação da distância entre práticas penais e a expectativa democrática da atividade jurisdicional. O reflexo concreto é violação explícita ou inversão do sentido garantista de interpretação e de aplicação das normas de direito de processo penal, revigorando práticas autoritárias. (CARVALHO, 2013, p. 164).

Aliás, Ferrajoli (2009) também ressalta que essa confiança ilimitada na bondade do poder e na sua capacidade de atingir a verdade retratam concepções inquisitivas, sendo que o estilo acusatório é fulcrado na desconfiança ilimitada do poder como fonte autônoma de verdade. Não é por outra razão que Carvalho (2013) afirma que “pressupor a tendência constante das agências de punitividade em violar os direitos fundamentais talvez seja a única forma de criar blindagem prático-teórica contra as violações mesmas” (CARVALHO, 2013, p. 164).

Logo, partindo-se das premissas de que o exercício do poder punitivo e de que as práticas penais são violentas, o garantismo de Ferrajoli (2009) é construído a partir do princípio da irregularidade dos atos dos poderes, ganhando relevo, nesse contexto, a função do processo penal como instrumento de contenção dos abusos e arbítrios do poder punitivo. Caso não se entenda dessa forma, ficar-se-á, segundo Lopes Jr (2016), “sempre na circularidade ingênua de que, acreditando na ‘bondade dos bons’ (AGOSTINHO RAMALHO MARQUES NETO), presume a legitimidade de todo e qualquer ato de poder” (LOPES JR, 2016, p. 423).

Não é por outra razão que Moraes da Rosa (2011) declara que:

Isto porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, em face da supremacia Constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nelas referidos (CR, art. 5º, §2º), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam (mais fracos ante o poder estatal). O garantismo jurídico baseia-se, portanto, nos direitos individuais – vinculados à tradição iluminista – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim do levante neoliberal que, na esfera do Direito Público

apresenta perspectiva de exclusão social e mitigação das garantias individuais, tendo como reação a crítica contundente de parcela considerável dos juristas. (MORAIS DA ROSA, 2011, p. 5).

Portanto, é iniludível que o processo penal, como guerra ou jogo, tendo por base o paradigma constitucional, tem por missão assegurar o respeito às regras do jogo, isto é, o *flair play* processual e não a arcaica e inatingível busca desenfreada da “verdade real”.

É óbvia a imanente relação complementar que existe entre crime, pena e processo, pois não existe crime sem pena, bem como pena sem delito e processo. Claro que não haveria também “processo penal senão para determinar o crime e impor uma pena” (LOPES JR, 2013, p. 32). Assim, “o processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena” (LOPES JR, 2013, p. 34).

No entanto, conforme dito, segundo Lopes Jr (2012) “não se pode mais admitir que o processo penal sirva para ‘fazer crer’ – às pessoas – que ele determina a ‘verdade’ dos fatos” (LOPES JR, 2012, p. 575). Desta feita, em não sendo a sentença fonte reveladora da “verdade divina”, o que seria ela? Para Lopes Jr (2012), a sentença é:

Um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a “verdade”, muito bem. Importa é considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante. O juiz, na sentença, constrói – pela via do contraditório – a “sua” história do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos, dando uma demonstração inequívoca de crença. O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal. (LOPES JR, 2012, p. 575).

Morais da Rosa e Khaled Jr (2014) confessam que “decidir é uma tarefa complexa”, pois o cérebro “por seus sistemas S1 (implícito, rápido, automático, emotivo e sem esforço) e S2 (consciente, demorado, racional, desgastante e lógico), busca reduzir a complexidade da decisão” (MORAIS DA ROSA; KHALED JR, 2014, p. 7). Por isso, a psicologia cognitiva pode ser uma aliada, já que “acolhe a racionalidade da decisão, todavia, mitigada, ou seja, a racionalidade depende do estoque de

informações, a maneira como foi processada e o impacto que isso representa diante dos fins da decisão”. Prelecionam ainda (2014, p. 13) que “nosso sistema processual penal ainda é animado por uma doentia ambição de verdade, que se recusa a arrefecer” e “Em nome dessa insaciável busca, permanece imperando um processo penal do inimigo, cujo objetivo consiste na obtenção da condenação a qualquer custo” (MORAIS DA ROSA; KHALED JR, 2014, p. 7).

Dessa forma, cristalino que, num processo democrático, como a sentença depende do “estoque de informações” e da “maneira como foi processada”, outro caminho não há senão o convencimento do julgador basear-se em atos de prova, colhidos sob o crivo do devido processo legal[9]. Aliás, como assevera Streck (2012), “discutir as condições de possibilidade da decisão judicial é, antes de tudo, uma questão de democracia”. (STRECK, 2012. p. 93).

Não por outra razão, Cunha Martins (2001) proclama que o ponto cego do direito é o evidente, já que ele seda os sentidos, cega, alucina, ao não se permitir ver, por ser um “simulacro de autorreferencialidade” – basta por si só. Para Lopes Jr (2016), “Erroneamente, somos levados a crer que o ‘evidente’ dispensa prova, afinal, é evidente! E aqui está o perigo: o desamor do contraditório” (LOPES JR, 2016, p. 425).

Assim sendo, o processo penal, à luz do exposto, deve ser um instrumento de correção do caráter alucinatório do evidente (LOPES JR, 2016), instaurando o contraditório e submetendo tudo às regras do jogo, democraticamente previstas na Constituição Federal.

Entretanto, não podemos olvidar que o Código de Processo Penal, promulgado (1941) em pleno Estado Novo de Getúlio Vargas e inspirado no Código de Processo Penal Italiano da década 30 (Codice Rocco), possui um nítido viés fascista, policialesco e de inegável matriz autoritária. Por conseguinte, é indefectível o choque ideológico entre o Código de Processo Penal de índole ditatorial e a Constituição Federal de 1988 democrática.

Dessarte, imperioso se torna fazer uma filtragem constitucional quando da aplicação das regras do Código de Processo Penal, a fim de se verificar se tal regra foi ou não recepcionada pela atual ordem constitucional.

Nesse sentido, inclusive, informa Coutinho (2010):

Há, porém, nisso tudo, que se entende o status quo e perceber ser a constitucionalização do Código de Processo Penal e da legislação processual penal um dir-se-ia, em sentido atécnico – processo; e não mero ato.

(...) Aqui, como parece elementar, ao Poder Judiciário cabe, tendo ciência da situação – empurrando aqueles que a ignoram -, passar aos – ou paulatinamente ir fazendo-os – imprescindíveis ajustes constitucionais, por sinal como se deu com várias Cortes Constitucionais europeias no último pós-guerra mundial, a começar pela italiana, a qual foi, passo a passo, declarando a inconstitucionalidade do CPPI” (COUTINHO, 2010, p. 8 e 9).

Por relevância, na esteira do que foi dito, não se pode admitir a aplicação das regras do Código de Processo Penal sem antes realizar um sério controle de constitucionalidade. Todavia, não basta apenas verificar a conformidade dos dispositivos da lei adjetiva penal com as normas constitucionais, pois como adverte Coutinho (2010) “é preciso respeitar o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/92) porque, sendo justo à cidadania, mas também legal e legítimo, não há por que ser ignorado, como insistentemente, estão a insistir, mormente os órgãos jurisdicionais (...)”. (COUTINHO, 2010, p. 18 e 19).

É de conhecimento de todos que, até a Segunda Guerra Mundial, a grande discussão no campo do Direito girava em torno da divisão cartesiana de Direitos Naturais *versus* Direitos Positivos. No entanto, após as atrocidades praticadas contra a humanidade no século passado e a respectiva incorporação dos chamados até então “Direitos Naturais” nas Constituições Modernas e nos mais variados Tratados Internacionais, hoje, a discussão do Neoconstitucionalismo, pauta-se na efetivação desses direitos.

Nessa conjuntura, Norberto Bobbio (1988) instrui que os chamados direitos humanos surgem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos) para, ao fim, encontrar a plena efetivação como direitos positivos universais, afirmando, ainda que, atualmente, a maior cizânia em torno dos direitos humanos “não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los” (BOBBIO, 1988, p. 48).

A partir de Oliveira (2016), pode-se inferir que:

“A proteção dos direitos humanos é a principal ferramenta na defesa e promoção das liberdades públicas e das condições materiais primordiais para uma vida digna. Os poderes Executivo e Legislativo são sempre solicitados a atuar consoante esses direitos. No entanto, é o Poder Judiciário o “último guardião de tais

direitos, e a esperança de proteção em relação a eles”, e para isso revela-se indispensável buscar a efetividade de sua tutela jurisdicional” (OLIVEIRA, 2016, p. 144).

Dentro desse contexto, o sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos partiu da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1948, ou Carta de Bogotá, e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), de 1948, culminando com a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, de 1969. O Brasil ratificou a CADH através do Decreto Legislativo n. 27, de 28.5.1992, e a promulgou pelo Decreto Executivo n. 678, de 6.11.1992, assumindo, portanto, a obrigação internacional de assegurar o seu cumprimento, a ela vinculando-se, em especial de proteção da dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, resta de forma patente, após todas as conquistas civilizatórias operadas no período pós-segunda guerra mundial, que a fundamentação do Estado de Direito, sob o pilar da dignidade da pessoa, produz importantes efeitos jurídicos, inclusive, no âmbito do processo penal. Não é por outra razão que, o imputado não pode ser instrumentalizado, tratado como objeto, no atual estado da arte no processo penal, mas, sim, como um sujeito de direitos.

Aliás, como reitera Sarlet (2004), constitui a dignidade, princípio fundante da ordem jurídica, fundamento de todos os direitos, garantias e deveres fundamentais. Logo, essa dignidade da pessoa, ingressa no processo penal também, como um “limite invencível da interferência do poder, em seu aspecto negativo, ou seja, de não violação das esferas de dignidade, de não aceitação de violação”, bem como em seu “aspecto positivo ou prestacional, de respeito e efetivação da dignidade (GIACOMOLLI, 2015, p. 13).

Por essas razões, acertadamente, Giacomolli (2015) leciona que “uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário” (GIACOMOLLI, 2015, p. 12). Assim, para ele há que se falar em “processo penal constitucional, convencional e humanitário”. Dessa maneira, prosseguindo em suas ilações, exalta que “a proteção convencional internacional dos direitos vem justificada no preâmbulo da CADH, por serem atributos da pessoa humana, cujo paradigma antropológico (ser humano) é reconhecido e integra a normatividade internacional” (GIACOMOLLI, 2015, p. 12).

Por conseguinte, necessário se faz, no âmbito do processo penal, uma revolução hermenêutica, com a quebra dos paradigmas autoritários de uma ordem

legal (CPP) anacrônica, policialesca, fascista, punitivista, fomentadora da violência estatal e de nítida base ditatorial.

Na atual quadra da história, mister se faz uma nova ordem processual penal, constitucional e internacionalmente comprometida com a proteção da dignidade da pessoa humana.

Aliás, Coutinho (2010) é bastante enfático em sustentar que “não esquecer, porém, antes de tudo, que se não volta atrás nas conquistas democráticas de direitos e garantias constitucionais, sob pena de se perder a própria democracia” (COUTINHO, 2010, p. 16 e 17).

No entanto, segundo Oliveira (2016):

A primeira informação trazida pela pesquisa trata do tema “direitos humanos” na formação dos juízes. Os resultados indicam que, quando questionados sobre a existência de alguma disciplina de direitos humanos durante o curso de graduação, 84% dos magistrados responderam negativamente e, dentre as respostas positivas, apenas 4% dos juízes tiveram a disciplina como obrigatória, sendo 12% como disciplina opcional. Não obstante a dificuldade da matéria nas faculdades, considerando a relevância do tema, os juízes foram instados a manifestar seu interesse pelos estudos relacionados aos direitos humanos. De um universo de 109 entrevistados, 40 % (isto é, 42) nunca estudaram direitos humanos; vale dizer: quatro entre dez juízes não tiveram espaço formal para aprofundar sistematicamente conhecimentos fundamentais voltadas aos direitos humanos. (...) Outro ponto da pesquisa cuidou do conhecimento dos magistrados quanto ao funcionamento dos Sistemas de Proteção da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA). Constatou-se que 59% possuem um conhecimento superficial, enquanto 20% declararam desconhecer como funcionam os mencionados sistemas de proteção (OLIVEIRA, 2016, p. 144).

E, ainda, de acordo com Oliveira (2016):

O resultado revelou-se ainda pior na parte da pesquisa relacionada ao conhecimento dos magistrados em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos: 66% dos entrevistados afirmaram que nunca utilizaram esse tratado e apenas 9% o fizeram. Tal constatação revela que, a despeito dos esforços da comunidade internacional para estabelecer um consenso mínimo sobre os direitos humanos e, ainda, instrumentos normativos para garanti-lo, a maioria dos magistrados ignora esse processo e as conquistas realizadas em prol do fortalecimento da democracia (OLIVEIRA, 2016, p. 145).

Tal pesquisa revela aquilo que Giacomolli (2015) já denunciava como a imperiosa necessidade de superação, no processo penal, do déficit de compreensão (dogmáticos, jurídicos, de validade e de eficácia dos direitos fundamentais). (GIACOMOLLI, 2015, p. 13), pois:

Não mais encontram legitimidade o discurso e a argumentação dos juristas e dos sujeitos do processo quando arraigados no paradigma solitário e perfeito do arcabouço ordinário das regras do CPP, de sua validade pelo fato da existência, sem questionamentos constitucionais e convencionais. (GIACOMOLLI, 2015, p. 13).

Portanto, é inegável a necessidade de rompimento desses entraves, na direção da construção de um processo penal constitucional e humanitário, que necessariamente passa pela análise de conformidade das regras do Código de Processo Penal com o Pacto de São José da Costa Rica, dentro daquilo que se chama de controle de convencionalidade, até porque hierarquicamente o CPP, enquanto lei ordinária, está baixo da CADH, que segundo o STF possui o status de norma suprallegal.

A partir dessa análise acerca da interpretação correta do Processo Penal, no intuito que se ele se torne mais constitucional, convencional e humanitário, analisaremos a audiência de custódia. Tal medida está inclusa no ordenamento jurídico através da Convenção Americana de Direitos Humanos/Pacto São José da Costa Rica desde a década de 90, e que, por ventura, foi regulamentada em 2015 através da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.

3. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E A IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

3.1. Características e previsão normativa da Audiência de Custódia

A audiência de custódia/apresentação é um mecanismo que consiste segundo Paiva (2018), “na condução de uma pessoa presa, sem demora, a presença de uma autoridade judicial (...) para exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão” (PAIVA, 2018, p. 35). Aqui, não há a análise do mérito, apenas questões relativas à pessoa do cidadão. Lima (2019) conceitua a audiência de custódia da seguinte forma:

Grosso modo, a audiência de custódia pode ser conceituada como a realização de uma audiência sem demora após a prisão penal, em flagrante, preventiva ou temporária, permitindo o contato imediato do preso com o juiz, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público. (LIMA, 2019, p. 48).

Destacamos que ambos os doutrinadores enfatizam as expressões presença e contato imediato, logo, infere-se a dizer que contato este deva ser de forma presencial. Em consonância ao que rege a essência dos tratados internacionais que da audiência de custódia foi berçário, e visto que, caso houver violações acerca dessas expressões, há a violação do caráter antropológico do tratado.

Lima (2019) ainda nos chama a atenção que tal mecanismo garantidor é adotado em diversos países, dentre eles Peru, Argentina e Chile. A audiência de custódia possui dois objetivos precípuos: o primeiro deles é coibir eventuais maus tratos e/ou torturas e o segundo é a análise da legalidade da prisão em flagrante. Tais objetivos também são válidos em nosso sistema processual penal brasileiro.

A previsão normativa da aludida garantia é encontrada em tratados internacionais de direitos humanos. A priori, conforme bem leciona Caio Paiva (2018), temos a Convenção Americana de Direitos Humanos[10] (CADH) em seu art. 7.5 prevê que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais(...)”, cujo se tem o conceito de audiência de custódia.

Na mesma vereda, se tem o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[11] (PIDCP), promulgado em 1992 pelo decreto nº 592, estabelece em seu art. 9.3 que “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais(...)”.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos[12] (CEDH) em seu art. 5.3 exalta que “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea

c, do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais(...).”

Pacelli (2018), já nos alerta acerca da audiência de custódia versa sobre “(...) a legalidade da prisão, sobre a atuação dos envolvidos, sobre a sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições pessoais de vida (família, trabalho, etc.)” (PACELLI, 2018, p. 38). Vale lembrar que Lima (2019) chama a atenção que tal medida “visa à diminuição da superpopulação carcerária” (LIMA, 2019, p. 45).

Somado a isso, Paiva (2018) leciona que a finalidade da medida garantidora vai além. Uma vez que, além de ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais, ajuda na prevenção à tortura policial, e ajuda a evitar prisões ilegais, arbitrárias, ou desnecessárias. Visto que a apresentação do preso ao juiz é uma garantia, e caso for violada, o Estado estará violando o Pacto São José da Costa Rica.

Como demonstrado, diversos tratados internacionais fazem alusão sobre a temática em comento (audiência de custódia). O que se busca é justamente o ajuste do processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos, preservando a sua essência. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), por se tratar de tratado internacional mais próximo do qual o Brasil se vincula, analisaremos alguns pontos pertinentes ao mesmo.

3.2 Princípios que regem o Pacto São José da Costa Rica

Como se bem sabe o Brasil é adepto do Pacto São José da Costa Rica desde 1992[13]. Nessa época já se tinha a figura da audiência de custódia, que foi um longo desafio até ser implementado em nosso ordenamento jurídico. A norma estava escrita no papel, no entanto, a sua aplicabilidade era praticamente nula, demonstrando assim, a dificuldade em respeito aos tratados internacionais de direitos humanos.

Até o presente ano não se tem uma lei que regularmente o manejo destas audiências, o que se tem, é o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011[14] de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares e a Resolução nº 213/2015[15] do Conselho Nacional de Justiça. A referida resolução unificou a normativa da matéria, e, somente entrou em vigor a partir de 1º de fevereiro de 2016.

Contudo, a Resolução do CNJ teve sua constitucionalidade questionada, alegou-se sobre possível ilegalidade ao inovar no ordenamento jurídico. Tal insatisfação foi matéria de ADI (5240/SP)[16] proposta pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil. Alvo em questão foi julgado improcedente, e bem como leciona Eugênio Pacelli (2018):

O STF recentemente enfrentou a questão (tal como visto no Informativo de Jurisprudência nº 795) e julgou improcedente o pedido, entendendo que a iniciativa do CNJ/TJSP se coaduna com o Pacto de San José da Costa Rica, que por sua vez tem status supralegal, e que não houve inovação jurídica —apenas explicitação de conteúdo normativo já existente, e mais: obrigatório. (PACELLI, 2018, p. 67).

Logo, infere-se a dizer que a Resolução nº 213 do CNJ se compactua com o Pacto São José da Costa Rica, conforme leciona Pacelli e Fischer (2018) o referido pacto “(...)tem status supralegal, e que não houve inovação jurídica —apenas explicitação de conteúdo normativo já existente, e seria impositivo, obrigatório ao ordenamento jurídico interno”. (PACELLI; FISCHER, 2018, p. 54).

Em se tratando de normas de Tratados de Direitos Humanos, é válido lembrar que os mesmos são de eficácia imediata. Conforme adverte Mazzioli (2013) “(...)o propósito da Convenção é a proteção da pessoa, não importando se por lei ou por outra medida estatal.” (MAZZIOLI, 2013, p. 36). Logo, cabe ao Estado adotar as medidas necessárias para que estes direitos sejam pleiteados e aplicados.

É válido lembrar que conforme Ramos (2018), o controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade de atos internos em face das normas internacionais. Possuindo dois efeitos: o efeito negativo que consiste na invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais; o efeito positivo que consiste na interpretação adequada das normas nacionais para que estas sejam conformes às normas internacionais.

Na seara de Direitos Humanos tais interpretações são essenciais para a aplicabilidade correta do Pacto São José da Costa Rica em nosso ordenamento jurídico, preservando o caráter humanitário do processo penal. Ao passo que juízes e tribunais brasileiros sagram medidas que compactuam com tais tratados.

Resta claro, que há desarmonia em seguir a ordem constitucional de tais regramentos que os tratados internacionais propunham. Como, por exemplo, a audiência de custódia que veio ser regulamentada somente 2015 através da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. No entanto, até o momento e com os avanços tecnológicos, tal como a videoconferência, vem passando por etapas desafiadoras, haja vista, que não se tem uma lei federal ainda no presente momento acerca da temática.

4. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA

4.1 A gênese da videoconferência no sistema processual penal

Com o avanço dos meios de comunicação, o sistema de videoconferência pegou espaço no berço do Poder Legislativo como ferramenta ágil em atos judiciais, pois permite a comunicação online, isto é, em tempo real, entre as partes e o magistrado, superando, com isso, as barreiras físicas.

O direito, como se bem sabe, é uma matéria dinâmica que se amolda de acordo com as necessidades que fora enfrentando ao longo do tempo. Em consonância a essa temática de se conectar em ambiente virtual, foi instituída a Lei nº 11.419/2006[17], que inaugura o processo judicial em meio eletrônico, tornando-se habitual a sua utilização.

No art. 1º, parágrafo 2.º, inciso II da referida lei, autoriza o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais aplicando ao processo civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais permitindo transmissão eletrônica toda forma de comunicação à distância com a utilização de redes de comunicação. Marcando, deste modo, o avanço do meio tecnológico na seara *common law* e *civil law*.

No art. 217 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 11.690/2008[18], tratou da inquirição da testemunha ou ofendido por videoconferência, por sua vez, estabelece o seguinte:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha, ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por **videoconferência** e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram (BRASIL, 2008).

Um ano após esse marco, foi sancionada a Lei nº 11.900/2009[19] com o intuito de prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência. A mencionada lei de 2009 alterou a redação do parágrafo 2.º do art. 185 do Código de Processo Penal, trazendo hipóteses para permissão de videoconferência de forma taxativa, *in verbis*:

Art. 185 (...)

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por **sistema de videoconferência** ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.(BRASIL, 2009).

Dispõe ainda no art. 222 do mesmo documento, a oitiva da testemunha utilizando o referido recurso tecnológico, o seguinte:

Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

(...)

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de **videoconferência** ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. (BRASIL, 2009).

O Conselho Nacional da Justiça, não ficou atrás e editou a Resolução nº 105/2010[20], cuja autoriza a realização de interrogatórios e inquirição de

testemunhas por videoconferência. Marcando a utilização do recurso em audiências judiciais e estabelecendo regras em relação à documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual.

Não se pode negar, a reconhecida ferramenta ora em análise aduz e supre muito bem os procedimentos judiciais que o sistema Legislativo enfrenta, devido à demanda demasiada que consta na realidade deste país. Todavia, a sua utilização na audiência de custódia aparenta ser equivocada, pois, vai de encontro às garantias constitucionais conforme fora exaustivamente demonstrada em Capítulos anteriores.

4.2 Entrelaço entre a videoconferência e a custódia

Não se pode olvidar que não há norma federativa para regulamentar a realização de audiência de custódia no âmbito nacional. Apesar da sua não obrigatoriedade, é cediço, em se atentar aos tratados de direitos humanos no qual o Brasil é signatário conforme fora demonstrado.

Esse foi o pontapé inicial às diversas construções doutrinárias e jurisprudenciais para se realizar audiências de custódia por videoconferência nesse país. A consequência desse aqodamento material é a supressão do direito à ampla defesa e a essência primordial da audiência de custódia/apresentação.

Com autoridade no tema, Caio Paiva (2018), conclui que em respeito à normativa internacional que trata sobre a audiência de custódia, estabelece (a norma) nitidamente que o preso deva ser conduzido à presença do magistrado. Não obstante, se realizar esse procedimento por videoconferência, há violação das expressões “conduzir” e “presença”, já que amortizaria o significadamente o impacto antropológico e humanizatório da medida. (PAIVA, 2018, p. 67).

Aspirando a economia do dinheiro público e evitando o gasto com deslocamento, magistrados difundem e ampliam o alcance da lei para a videoconferência. Nesse contexto, Lopes Jr. (2019) já alerta sobre o perigo em retirar a garantia da jurisdição.

Apesar de tais intenções, há um enorme equívoco por trás disso, pois perfura o preceito constitucional e o direito fundamental dos custodiados, consoante dispõe o art. 8.2 do Pacto São José da Costa Rica:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. Direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. Comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. Concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. Direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. Direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. Direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. Direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- h. Direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Com isso, infere-se a dizer que, versando de lei supralegal que é este tratado, e conforme bem colocado no item *d*, o direito do acusado de defender-se pessoalmente e de se comunicar livremente com seu defensor. Aqui o intuito da norma é a análise da *persona* a comunicação pessoal, e não virtual, já que a essência é a preservação do caráter humano e da dignidade da pessoa humana.

Dentro do contexto, Nucci (2014) afirma que “o contato pessoal nos soa essencial para que as relações humanas não se percam, podendo o juiz analisar o comportamento do interrogando, se sincero ou falso, se tranquilo ou ansioso, enfim, como se mostra diante do julgador.” (NUCCI, 2014, p. 65). Nesse sentido parece ser o entendimento do comitê de Direitos Humanos da ONU[21]:

A pessoa deverá comparecer fisicamente ante o juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais.A

presença física das pessoas reclusas permite que se lhes pergunte sobre o tratamento que receberam durante a reclusão, e facilita o traslado imediato a um centro de prisão preventiva se houver determinação para que continue na prisão. Portanto, é uma garantia para o direito à segurança pessoal e à proibição da tortura e dos tratados cruéis, desumanos ou degradantes (COMITÊ DIREITOS HUMANOS, 2014).

Ressalte-se que a interpretação de tais direitos deve ser *pro homine*, assim, a norma que aperfeiçoar da melhor forma o exercício de determinado direito, deverá prevalecer. Conforme se extrai do art. 29 do PSJCR “nenhuma disposição sua pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo ou o exercício de qualquer direito, ou liberdade prevista no direito interno(...)suas normas não podem limitar outros direitos previstos em outros tratados ou convenções”, seguindo essa linha se tem respeito à Carta Magna e aos princípios que a norteiam.

4.3 O pacote anticrime e a audiência de custódia por videoconferência

É notório que o Projeto de Lei nº 10.372/2018[22] trabalhada por uma comissão do Congresso sobre propostas elaboradas pelo ministro do STF Alexandre de Moraes, e o Projeto de Lei nº 822/2019[23] que fora apresentado pelo ex-ministro da Justiça Sérgio Moro, trata a videoconferência como grande aliada ao Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, pois, vem como uma moderna ferramenta de interrogatório aos presos, com o escopo de reduzir custos com descolamento dos mesmos.

Porém, não prosperou na íntegra o PL nº 822/2019, que fora exaustivamente debatido na Câmara dos Deputados e foram deixados alguns pontos de fora do referido projeto em parecer de proferido em Plenário em 04/12/2019. Posteriormente, levado a Casa do Senado, e em Plenário, aprovado em 11/12/2019, sem modificações pelos senadores, e conseqüentemente, encaminhado para sanção presidencial[24].

O Projeto de Lei originou na norma de nº 13.964/2019[25] aprovada em 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, e entrou em vigor em 23/01/2020. No que tange a videoconferência o PL trazia em seu art. 185 do CPP a seguinte alteração:

Art.185

(...)

2º O juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por

sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

(...)

IV - responder à questão de ordem pública ou prevenir custos com deslocamento ou escolta de preso.

(...)

§ 8º Aplica-se o disposto nos § 2º, § 3º, § 4º e § 5º, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, audiência de custódia e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

(...)

§ 10. Se o réu preso estiver recolhido em estabelecimento prisional localizado fora da comarca ou da subseção judiciária, o interrogatório e a sua participação nas audiências deverão ocorrer na forma do § 2º, desde que exista o equipamento necessário. (NR)

Todavia, não vingou a citada alteração, pois ainda no Projeto de Lei a câmara dos deputados tirou de pauta esse artigo. O que se infere a dizer que no momento de debate, na Casa do Povo, não se achou viável a redação supracitada, que promovia como regra o interrogatório por videoconferência, *a fortiori* não se tem motivos para achar agora.

Aqui houve um debate sucinto e exaustivo acerca da problemática da nova redação do art. 185 do CPP que notoriamente iria trazer devaneio para o processo penal, afinal, “afrouxa” os requisitos para a videoconferência. Uma vez que, ia tornar a realização da videoconferência como regra nas audiências judiciais.

É bom lembrar que a audiência de custódia ainda não se tem lei ordinária que trata de seu manejo, se tem apenas a Resolução nº 213 do CNJ. Alguns doutrinadores usam o art. 185 do CPP de forma análoga para a realização de audiência de custódia por videoconferência, como, por exemplo, Lima (2019) que já assevera:

A nosso juízo, se presente uma das hipóteses listadas nos diversos incisos do § 2º do art. 185 do CPP, é perfeitamente possível que esta apresentação ocorra por meio de sistema de

videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que seja possível constatar a plena observância dos direitos fundamentais do preso (LIMA, 2019, p. 45).

De forma contrária, outros discordam de tal medida, por exemplo, Paiva (2018) que leciona que o contato pessoal do preso com juiz é um contato de suma importância, em especial para aquele que está sofrendo o *jus piniendi estatal*. E se do contrário for, acaba matando o caráter antropológico da audiência de custódia.

Lopes Jr. (2019) vai além, critica o seu parágrafo 2.º, inciso IV, do artigo original em comento, pois se tem um conceito genérico de “questão de ordem pública” e “prevenir custos”, ambos de difícil enquadramento (LOPES JR, 2019, p. 134). E tal questão para o processo penal é um enorme prejuízo, dando a mercês diferentes interpretações. O doutrinador em seu livro Direito Processual Penal já nos alerta acerca disso:

Graves inconveniente são as fórmulas abertas, vagas e imprecisas, utilizadas pelo legislador nos incisos §2º do art. 185 para definir os casos em que a oitiva por videoconferência estaria justificada. A utilização de expressões como “risco à segurança pública”, “fundada suspeita”, “relevante dificuldade”, “gravíssima questão de ordem pública” cria indevidos espaços para o decisionismo e a abusiva discricionariedade judicial, por serem expressões despidas de um referencial semântico claro. Serão, portanto, aquilo que o juiz quiser que sejam. O risco de abuso é evidente. (LOPES JR, p. 137).

O fato é que não prosperou a normativa do artigo supracitado do projeto de lei. Após um longo debate que fora submetido o Pacote Anticrime, se manteve a redação inicial do art. 185 do Código de Processo Penal, que embora haja lacunas para interpretações diversas em seus incisos, manteve ainda a audiência por videoconferência como exceção, somente de forma excepcional.

4.4 Entendimento dos Tribunais Superiores acerca do tema

Ao perscrutar a jurisprudência brasileira, encontram-se pouquíssimos julgados que aborde especificamente acerca da videoconferência na audiência de custódia, por ambos os temas (audiência de custódia e videoconferência), estão brotando os frutos agora, visto que são temáticas recentes. No entanto, trouxemos dois julgados de grande repercussão em nosso sistema processual, coroando argumentos expedidos em tópicos antecedentes.

4.4.1 Conflito de competência negativo

O caso em questão se refere a Paulo Emílio Bueno Silva, que teve sua prisão preventiva decretada pelo Juízo Federal da 4.^a Vara de Guarulhos — SJ/SP. No entanto, o cumprimento do mandado de prisão ocorreu em Paraná na cidade de Curitiba, na data de 18/09/2019. Após essa diligência, o encarceramento foi comunicado pela Superintendência da Polícia Federal no Paraná ao Juízo que a decretara.

Em ocasião, expediu-se uma carta precatória a uma das Varas Federais Criminais da Subseção Judiciária de Curitiba/Paraná, de modo a que, realizasse a audiência de custódia, em cumprimento aos preceitos legais. Uma vez que procedimento em comento deveria, em regra, ser realizado de forma presencial pelo juiz competente no local da prisão.

No entanto, a Juíza Federal da 1.^a Unidade de Apoio de Curitiba/PR, declarou-se incompetente para a realização do ato, fundamentando que a realização do ato poderia ser efetuado por videoconferência diretamente pelo juízo deprecante, e somado a isso, não tinha disponibilidade na pauta para a realização do mesmo.

Em suma, ambos os juízos se declararam incompetentes, e, tendo em vista que o conduzido permanecia preso preventivamente no Estado do Paraná, sem que tenha havido a audiência de custódia, o caso foi encaminhado e julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça. Conforme se observa na decisão CC 168.522-PR (2019/0288114-4) que teve como relator a ministra Laurita Vaz:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA. CUMPRIMENTO EM UNIDADE JURISDICIONAL DIVERSA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. REALIZAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA LOCALIDADE EM QUE EFETIVADA A PRISÃO. REALIZAÇÃO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA PELO JUÍZO ORDENADOR DA PRISÃO. DESCABIMENTO. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE. 1. **A audiência de custódia, no caso de mandado de prisão preventiva cumprido fora do âmbito territorial da jurisdição do Juízo que a determinou, deve ser efetivada por meio da condução do preso à autoridade judicial competente na localidade em que ocorreu a prisão. Não se admite, por ausência de previsão legal, a sua realização por meio de videoconferência, ainda que pelo**

Juízo que decretou a custódia cautelar. 2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da Vara da Seção Judiciária do Paraná, o Suscitante. (CC 168.522/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 17/12/2019)

Portanto, em consonância com a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 13, parágrafo único, que prevê expressamente realização a audiência de custódia será realizada pelo juízo competente que determinou a ordem de custódia, e nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, cabe a autoridade judicial competente na localidade em que ocorreu a prisão, de acordo com a lei de organização judiciária local.

Resta claro, que a resolução fora publicada em 2015, e na mesma época já se tinha a figura da videoconferência no direito processo penal brasileiro, com o advento da lei nº 11.900/2009. No entanto, no ato em comento não há a menção do uso da tecnologia, o que poderia ter previsto expressamente, mas não o fez.

Dessa maneira, em acertada decisão, foi submetido à realização da audiência de custódia (presencial) no Juízo da 1ª Unidade de Apoio de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná, nos moldes da Resolução 213/2015 do CNJ, e no artigo 7.º, parágrafo 5.º do Pacto São José da Costa Rica.

A Ministra Laurita Vaz finaliza em seu voto da seguinte forma:

De fato, **uma das finalidades precípua da audiência de custódia é aferir se houve respeito aos direitos e garantias constitucionais da pessoa presa.** Assim, demanda-se que seja realizada pelo Juízo com jurisdição na localidade em que ocorreu o encarceramento. É essa autoridade judicial que, naquela unidade de exercício do poder jurisdicional, tem competência para tomar medidas para resguardar a integridade do preso, bem assim de fazer cessar agressões aos seus direitos fundamentais, e também determinar a apuração das responsabilidades, caso haja relato de que houve prática de torturas e maus tratos.

(...)

Portanto, também **por não haver previsão legal de realização da audiência de custódia por meio de videoconferência, compete a sua realização ao Juízo com jurisdição na localidade em que se deu o cumprimento do mandado de prisão preventiva.**

(CC 168.522/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 17/12/2019)

Logo, corrobora, com a ideia principiológica da audiência de custódia que é justamente o comparecimento físico ante o juiz. Dessa forma, permite que seja perguntado ao preso, de forma mais humanitária sobre o tratamento que recebera durante a reclusão, ante a ausência de lei federal e em respeito às normas internacionais, sobre a temática.

4.4.2 Medida cautelar suspende a realização de audiências de custódias por videoconferências

O caso trata de Reclamação para Garantia das Decisões (sob nº 0008866-60.2019.2.00.0000), proposta pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina que questiona o ato normativo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, acerca da regulamentação da audiência de custódia por videoconferência.

O TJSC regulamenta a audiência de custódia regionalizada no âmbito de sua jurisdição através da Resolução CM nº 08/2018, dividindo em comarcas sedes e comarcas integrantes. Na comarca-sede serão efetuadas as audiências de custódia de todas as comarcas que compõem a região.

Posteriormente o referido tribunal, editou a Resolução CM nº 09/2019, na qual permitiu a realização da audiência de custódia por videoconferência, alterando a resolução anterior. A priori, as audiências ocorriam virtualmente apenas em dias úteis, e, aos finais de semana, continuaria ocorrendo presencialmente pelo juízo plantonista da comarca integrante.

O que de fato ocorreu, foi tornar a exceção à regra. Motivada pelo fato de que o uso da tecnologia seria mais conveniente e mais célere ao Poder Judiciário, o uso de audiência de custódia por videoconferência tornou-se regra naquela ocasião, fechando os olhos para o caráter primordial do ato, que é justamente, a necessidade e excepcionalidade de tal medida.

Como se não bastasse, houve a quebra do contraditório e ampla defesa, pois as audiências naquela localidade eram realizadas sem a presença do defensor do detido—diga-se Advogado ou Defensor Público—ou até mesmo com a ausência da autoridade judicial no local do ato, frustrando, por conseguinte, a coleta adequada do depoimento.

Em 19/11/2019, o presidente do Conselho Nacional de Justiça, o então ministro Dias Tofolli, decidiu liminarmente (id nº 3807724) o caso nesse sentido:

Nesse contexto, **observado a fundamentação supra e considerando que a Resolução do CNJ nº 213/2015, que regulamenta a audiência de custódia, assegura a apresentação pessoal do preso em flagrante delito diretamente a autoridade judiciária (art. 1º, §1º²), deve ser deferida a medida cautelar requerida, pela plausibilidade da tese da reclamante – diante da existência de parâmetro de controle adequado e com estrita aderência ao ato submetido análise -, bem como pelo perigo de dano irreversível, assim considerada a realização desde importante ato à revelia dos princípios e finalidades que o norteiam.**

ANTE O EXPOSTO, defiro a medida cautelar requerida para determinar a imediata suspensão do §4º do art. 5º da Resolução CM nº 08/2019 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, com redação alterada pela Resolução CM nº 09/2019, mantida a organização regionalizada instituída, objeto de questionamento em outro procedimento. (CNJ – RGD nº 0008866-60.2019.2.00.0000, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Data de julgamento: 13/12/2019, ML - 58ª Sessão Virtual, Data de Publicação: DJe 19/11/2019)

O ministro suspendeu a norma que permite a realização de audiência de custódia por videoconferência. O que busca é vigorar a *ratio* da audiência de custódia, que em meio aos anseios e as tentativas falhas em manter celeridade, acaba por atropelar os princípios fundamentais da nossa constituição e dos direitos humanitários.

Em suma, em sua decisão, Dias Toffoli, demonstra claro e evidente que qualquer entendimento contrário a Resolução CNJ nº 213/2015 precisa ser aprovado pelo Congresso Nacional, em virtude do Princípio da Legalidade Estrita, respeitando, desta forma, a Constituição Federal[26].

5. CONCLUSÃO

Conforme o explanado e observado ao longo do presente artigo, o objetivo se pautou na interpretação correta acerca do Código de Processo Penal, sob o viés humanitário. Visto que ele foi fundado em momento polêmico, acabou trazendo consigo o viés autoritário, que em muitos casos, não está em consonância aos princípios constitucionais e tratados internacionais.

Dessa forma, destaca-se audiência de custódia, que está inclusa em nosso ordenamento jurídico desde a década de 90, marcada por luta constante até ser difundida e espalhada pelo território por completo. Tal medida, é voltada a preservar o caráter antropológico e humanitário da pessoa presa, fazendo jus ao processo penal humanitário.

Nesse sentido, a presente medida mostra-se inadequada caso seja realizada por videoconferência. A grande valia não, a economia de gastos públicos, e sim, em respeitar os tratados internacionais de direitos humanos e a Carta Magna de 1988. Uma vez que não trouxeram tal possibilidade, no ordenamento pátrio, e quando oportunidade teve, não optou por trazer.

Por fim, não restam dúvidas de que é necessário adequar o processo e a legislação, buscando-se novas soluções. Como se bem sabe, é necessário interpretar os dispositivos com um olhar amplo, respeitando as normas superiores e fazendo o uso de recursos tecnológicos da melhor forma, para que seja cumprido o devido processo legal.

6. REFERÊNCIAS

AGENCIA DO SENADO. **Senado aprova pacote anticrime, que vai para sanção presidencial.** Senado Notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/11/senado-aprova-pacote-anticrime-que-vai-para-sancao-presidencial>. Acesso em 20 mar. 2020.

BACILA, Carlos Roberto. Princípios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais. In: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade.** Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Reclamação para garantia das decisões nº 0008866-60.2019.2.00.0000.** Relator: Dias Toffoli, 19 de novembro de 2019. Diário Oficial Eletrônico. Brasília. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/DECISAO-AUDIENCIA-CUSTODIA.pdf>. Acesso em 23 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 mar. de 2020.

BRASIL. Decreto lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 25 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº 592/1992, 06 de julho de 1992. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 25 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº 678/1992, de 06 de novembro de 1992. Convenção Americana de Direitos Humanos (**Pacto São José da Costa Rica**). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 25 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.1419, 19 de dezembro de 2006. **Informatização do processo judicial**, 2015 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 07 mar. de 2020.

BRASIL. Lei nº 11.690, de 09 de junho 2008. **Altera o Código de Processo Penal e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em 25 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.900, 08 de janeiro de 2009. **Alteração do Código de Processo Penal para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm. Acesso em: 07 mar. de 2020.

BRASIL. Lei de nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Pacote Anticrime**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 21 mar. 2020.

BRASIL. Projeto de lei nº 554, de 2011. **Apresentação do preso a autoridade judicial no prazo de 24 horas**. Brasília, DF: Câmara dos deputados. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em 25 abr. 2020.

BRASIL. Projeto de lei nº 882/2019, de 04 de dezembro de 2019. **Reforma no Código Penal e Código de Processo Penal (Pacote Anticrime), que foi apensada ao PL-**

10372/2019. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?>

idProposicao=2192353. Acesso em 23 mar. 2020.

BRASIL. Projeto de lei nº 10372/2019, de 18 de junho de 2018. **Reforma no Código Penal e Código de Processo Penal (Pacote Anticrime)**. Disponível: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em 22 mar. 2020.

BRASIL. Resolução nº 105 do Conselho Nacional de Justiça, de 06 de abril de 2010. **Dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência**. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/166>. Acesso em 25 abr. 2020.

BRASIL. Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, de 15 de dezembro de 2015. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial em 24 horas**. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em 25 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1**. Relator: Cezar Peluso, de 05 de junho de 2009. Diário da Justiça Eletrônica. Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 23 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 168.522-PR**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 11 de dezembro de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=104193125&num_registro=201902881144&data=20191217&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 26 abr. 2020.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Direito Penal a Marteladas (Algo sobre Nietzsche e o Direito)**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013.

CALAMANDREI, Pietro. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. **RivistadiDirittoProcessuale**, v. XX, (II série), p. 4-9, 1965.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos.**

Disponível em:
<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso
23 abr. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal.** In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro.** Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001.

COUTINHO. **Temas de Direito Penal & Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

DIRETRIZES. **Comitê de Direitos Humanos.** Observação geral n.35, aprovada em 16/12/2014, parágrafo 34. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/10/Diretrizes_Portugu%C3%AAAs_vers%C3%A3o-online.pdf. Acesso em 25 abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens.** Trad. Alexander Araújo de Sousa. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

FERRAJOLI. **Derecho y Rázon.** Madrid: Trotta, 2009.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal.** Bahia: Editora Juspodivm, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal.** Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários a Convenção Americanas de Direitos Humanos.** 4ª Ed. São Paulo: RT, 2013.

KHALED JR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo, Editora Atlas, 2013.

KHALED JR, Salah Hassan. **Ordem e progresso: a invenção do Brasil e a gênese do autoritarismo nosso de cada dia**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

KHALED JR, Salah Hassan *et al.* **In dubio prohell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

KOLLER, Carlos Eduardo; RUTHES, Igor Fernando. Operações Midiáticas e Processo Penal: O Respeito aos Direitos Fundamentais como Fator Legitimador da Decisão Judicial na Esfera Penal. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, v. 2, n. 1, p. 282-300, 2016.

LEONEL, Juliano de Oliveira. Processo Penal humanitário e a necessidade de sua dupla conformidade. In: LEONEL, Ana Letícia AnarelliRosati.; MAGALHÃES, Natália de Andrade (Org.) **Perspectivas Jurídicas: um novo olhar**. 2016. 1°. ed. Teresina: Editora Garcia, p. 299-315, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 7°. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16°. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal–Introdução crítica**. Editora Saraiva, 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

LOPES JR, Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury. **Sistema de investigação preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como Bricolage de Significantes**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Thiago Aleluia Ferreira de. **Controle de convencionalidade dos tratados de direitos humanos em perspectiva comparada: Brasil, Argentina e Chile**. Dissertação de Mestrado – Rio de Janeiro, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 22 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em 25 abr. 2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 10°. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 3°. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4°. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Evandro Lins e. **A defesa tem a palavra**. Rio de Janeiro: Aide, 1980.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 1ª ed. 3ª tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos & rituais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Maria Paula Alves de. **Integração dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.** Uma análise em face das alterações trazidas pela Emenda Constitucional n.24/2004. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Internacional, Tese de Láurea, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** São Paulo; Editora Saraiva, 2009.

NOTAS:

[1] Coautora e Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail:* elevelym006@gmail.com.

[2] Coautor e professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB. *E-mail:* julianoleonel@hotmail.com.

[3]De acordo com Lopes Jr (2012, p. 100): “A teoria do processo como relação jurídica recebeu críticas, tanto na sua aplicação para o processo civil como também para o processo penal, mas, em que pese sua insuficiência e inadequação, acabou sendo adotada pela maior parte da doutrina processualista”.

[4]Adverte Lopes Jr (2012, p. 100) que “A noção de processo como relação jurídica, estruturada na obra de BÜLOW, foi fundante de equivocadas noções de segurança e igualdade que brotaram da chamada relação de direitos e deveres estabelecidos entre as partes e entre as partes e o juiz. O erro foi o de crer que no processo penal houvesse uma efetiva relação jurídica, com um autêntico processo de partes”.

[5]Para Lopes Jr (2012, p. 102) “Essa dinâmica do estado de guerra é a melhor explicação para o fenômeno do processo, que deixa de lado a estática e a segurança (controle) da relação jurídica para inserir-se na mais completa epistemologia da incerteza”.

[6] Segundo Lopes Jr (2012, p. 102) "O processo é uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as chances, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se liberte de cargas (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há a liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável. O processo, enquanto situação – em movimento –, dá origem a expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas. Do aproveitamento ou não dessas chances, surgem ônus e bônus".

[7]"As provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva)" (LOPES JR, 2012, p. 537).

[8]Esclarece Lopes Jr (2012, p. 538) que "o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença".

[9]Bonato (2003, p. 1) leciona que: "tido como princípio basilar na estruturação dos estados de direito modernos, o princípio do devido processo legal ganha relevo no sistema brasileiro em razão das garantias que dele decorrem, servindo de vetor e base para que seja alcançado um direito material calcado na razoabilidade das leis e um processo realmente democrático, efetivo e justo dentro de uma sociedade que procura caminhar sempre mais para uma democracia plena. Numa sociedade de padrões bastante discriminatórios, a previsão do princípio na atual Constituição foi sem dúvida um avanço no mundo jurídico".

[10] CADH disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm.

[11] PIDCP disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

[12] CEDH disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>.

[13] Decreto nº 678/1992, de 06 de novembro de 1992.

[14] Projeto de lei nº 554 de 2011 disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>.

[15] Resolução 213 do CNJ disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>.

[16]ADI 5240/SP disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>.

- [17] Lei n° 11.419/2006 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm.
- [18] Lei n° 11.690/2008 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm.
- [19] Lei n° 11.900/2009 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm.
- [20] Resolução n°105 do CNJ disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/166>.
- [21] Comitê de Direitos Humanos disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/10/Diretrizes_Portugu%C3%AAs_vers%C3%A3o-online.pdf.
- [22] PL 10.372/2018 disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>.
- [23] PL 822/2019 disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>.
- [24] Senado Notícias disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/11/senado-aprova-pacote-anticrime-que-vai-para-sancao-presidencial>.
- [25] Pacote Anticrime disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm.
- [26] Art. 22, inciso I, da CF/88: "Compete privativamente a União legislar sobre direito processual penal (...)".

DIRETRIZES JURISPRUDENCIAIS DO STF E DO STJ ACERCA DA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO

JOÃO PAULO MONTEIRO DE LIMA:

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade Legale-SP. Mestrando em Direito. Oficial de Justiça Avaliador Federal (TRF1)

RESUMO: A saúde consiste em um direito social fundamental garantido a todos, cabendo ao Estado protegê-lo mediante políticas sociais e econômicas. No entanto, há casos em que a intervenção do poder judiciário se faz necessária para garantia deste direito, razão pela qual a jurisprudência de nossos tribunais, em especial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, vêm estabelecendo diversos ditames nas ações em que se pleiteia o fornecimento de medicamento por parte do poder público.

Palavras-chave: concessão - medicamento – jurisprudência.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações sobre o direito constitucional à saúde e o dever do Estado. 3. Responsabilidade solidária da União, dos estados e dos municípios em demandas judiciais. 4. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. 5. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: fornecimento pelo Poder Judiciário de medicamentos não registrados pela ANVISA. 6. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: fornecimento de medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS. 7. Ausência de violação ao princípio da separação dos poderes. 8. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o excesso de judicialização da saúde vem apresentando crescimento exponencial. A ineficiência estatal em proteger o direito à saúde e a inexistência de políticas públicas efetivas agravam, ainda mais, esse problema.

A ausência de critérios bem definidos pela legislação impõe ao poder judiciário, quando demandado, a definição de diretrizes para fornecimento de medicamentos pelo Estado, o que será observado neste trabalho.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E O DEVER DO ESTADO

A saúde, de acordo com a Constituição da República, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Artigo 196). Trata-se, portanto, de um direito social (art. 6º, *caput*, da CF) público subjetivo conferido a todos os cidadãos.

A Constituição Federal, em seu artigo 198, *caput* e incisos de I a III, ainda define que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade.

Nota-se, pois, que o caráter programático da regra constitucional supramencionada, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.* (STF, RE 273.834-4/RS, Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/09/2000).

O direito à saúde, de elevada proteção constitucional, integra o núcleo mínimo existencial e, por isso, é imprescindível à efetividade da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/88).

Ana Paula de Barcelos^[1] leciona que *uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça.*

A Lei 8.080/90, em seu artigo 4º, conceitua que o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Ainda no plano infraconstitucional, a Lei 8.080/90 diz que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (artigo 2º). Por esse motivo, não há discricionariedade do administrador frente ao direito à saúde.

No plano de proteção internacional, a Constituição da Organização Mundial da Saúde, de 1946, ratificada pelo Brasil (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948, pelo presidente Eurico Gaspar Dutra[2]), disciplina que *gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.*

Dessa forma, evidencia-se que a saúde é um direito constitucional indissociável do direito à vida e, nesse contexto, cabe ao Estado o dever de tutelá-la.

3. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS EM DEMANDAS JUDICIAIS

Considerando a relevância do direito constitucional à saúde, como corolário do direito à vida, a ausência de sua proteção manifesta o interesse de agir para busca de sua tutela com amparo do poder judiciário.

Por vontade constitucional, há solidariedade passiva da União, do Estado e do Município, em que pese ao gerenciamento do Sistema Único de Saúde:

Art. 198 [...]

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Destarte, considerando que o funcionamento do sistema único de saúde é de incumbência de todos os entes da Federação, quaisquer deles têm legitimidade para figurar no polo passivo da ação em que se postule o fornecimento de medicamento. Conquanto a responsabilidade seja solidária, o litisconsórcio é facultativo, cabendo à parte demandante a escolha daquele ente contra quem pretende litigar.

Nesse diapasão:

[...] 3. Ainda no tocante à responsabilidade da União pelo fornecimento dos medicamentos pleiteados, o entendimento desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos àqueles que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos

referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema. [...] (STJ, AGARESP 316095, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ 22/05/2013).

[...] 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios [...] (STF, RE 607381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17/6/2011)

[...] 2. A solidariedade não induz litisconsórcio passivo necessário, mas facultativo, cabendo à parte autora a escolha daquele contra quem deseja litigar, sem obrigatoriedade de inclusão dos demais. Se a parte escolhe litigar somente contra um ou dois dos entes federados, não há a obrigatoriedade de inclusão dos demais [...] (TRF4, AG 5008919-21.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, DJ 24/07/2012).

Visto que os entes da Federação são solidariamente responsáveis, *compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro* (STF, Plenário, RE 855178 ED/SE, Rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, DJ 23/05/2019).

Destarte, não há controvérsia de que os entes da Federação são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos àqueles que necessitam de tratamento médico, de modo que, ao propor uma demanda judicial, poderá o requerente incluir no polo passivo da ação qualquer um deles ou, até mesmo, todos.

4. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SUS

Observamos anteriormente o dever do Estado e a solidariedade dos entes federativos no que tange à concessão de medicamentos.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (artigo 1.036 do CPC), fixou alguns requisitos para que o poder judiciário determine o fornecimento de remédios. A tese afetada pelo STJ, nos autos do Recurso Especial n. 1.657.156-RJ, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, foi a

seguinte: *obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS* (Tema 106).

O primeiro requisito estabelecido pela Corte é a *comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde.*

A comprovação da imprescindibilidade deve observar o Enunciado n. 15 da "I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça", realizada em 15 de maio de 2014, em São Paulo, que assim diz:

ENUNCIADO 15 - As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica[3].

O segundo requisito é o seguinte: *incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito.* Necessário esclarecer que não se exige do paciente prova da pobreza ou miserabilidade, mas sim que demonstre sua incapacidade de arcar com as despesas para aquisição do medicamento prescrito.

Por derradeiro, estabelece o Superior Tribunal de Justiça um terceiro requisito, a saber: *existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).* =.

O requisito ora mencionado se trata de uma premissa legal prevista na Lei 8.080/91:

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

(...)

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

O Supremo Tribunal Federal, no RE 657.718, apreciou a matéria referente a ausência de registro do medicamento na ANVISA, o que será abordado posteriormente neste trabalho.

5. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS PELA ANVISA

Anteriormente, vimos que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.657.156-RJ, reconheceu, entre os requisitos para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de medicamentos, a existência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Todavia, enfrentando a matéria, a Suprema Corte, ao julgar o RE 657.718, em 22/05/2019, reconheceu, excepcionalmente, a possibilidade de concessão de medicamentos sem registro na ANVISA, condicionando tal direito a alguns requisitos, a seguir destacados.

O primeiro deles é de que *o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais*. Um exemplo de medicamento experimental é a fosfoetanolamina sintética, conhecida como “pílula do câncer”. A esse respeito, também vale lembrar, o STF reconheceu, em decisão cautelar proferida nos autos da ADI 5501 MC/DF, cujo relator é o Ministro Marco Aurélio, a inconstitucionalidade da Lei 13.269/2016, que autorizou o uso da fosfoetanolamina por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

A segunda premissa estabelecida pelo STF foi de que, a rigor, *a ausência de registro na ANVISA impede o fornecimento de medicamento por decisão judicial*.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, destacou que: *“O registro na ANVISA constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços”*.

Não obstante, em regra, não ser possível a concessão de medicamento sem registro na ANVISA, a Suprema Corte excepcionou tal diretriz, asseverando:

É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

I - a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);

II - a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e

III - a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil

Destarte, pode-se concluir que, via de regra, o fornecimento, pelo poder judiciário, de medicamento não registrado pela ANVISA é vedado, admitindo-se o fornecimento desde que preenchidos os requisitos supramencionados.

Salienta-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal é condizente com os ditames da Lei 6.360/76, que dispõe sobre a vigilância sanitária, e que, em seu artigo 16, institui um complexo procedimento para registro de novos medicamentos no Brasil. Disciplina o referido dispositivo:

Art. 16. O registro de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, dadas as suas características sanitárias, medicamentosas ou profiláticas, curativas, paliativas, ou mesmo para fins de diagnóstico, fica sujeito, além do atendimento das exigências

próprias, aos seguintes requisitos específicos:

I - que o produto obedeça ao disposto no artigo 5º, e seus parágrafos.

II - que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias;

III - tratando-se de produto novo, que sejam oferecidas amplas informações sobre a sua composição e o seu uso, para avaliação de sua natureza e determinação do grau de segurança e eficácia necessários;

IV - apresentação, quando solicitada, de amostra para análises e experiências que sejam julgadas necessárias pelos órgãos competentes do Ministério da Saúde;

V - quando houver substância nova na composição do medicamento, entrega de amostra acompanhada dos dados químicos e físico-químicos que a identifiquem;

VI - quando se trate de droga ou medicamento cuja elaboração necessite de aparelhagem técnica e específica, prova de que o estabelecimento se acha devidamente equipado e mantém pessoal habilitado ao seu manuseio ou contrato com terceiros para essa finalidade.

VII - a apresentação das seguintes informações econômicas:

a) o preço do produto praticado pela empresa em outros países;

b) o valor de aquisição da substância ativa do produto;

c) o custo do tratamento por paciente com o uso do produto;

d) o número potencial de pacientes a ser tratado;

e) a lista de preço que pretende praticar no mercado interno, com a discriminação de sua carga tributária;

f) a discriminação da proposta de comercialização do produto, incluindo os gastos previstos com o esforço de venda e com publicidade e propaganda;

g) o preço do produto que sofreu modificação, quando se tratar de mudança de fórmula ou de forma; e

h) a relação de todos os produtos substitutos existentes no mercado, acompanhada de seus respectivos preços.

Por fim, decidiu o STF, no mesmo processo, que, não obstante a solidariedade dos entes federativos oportunamente demonstrada, *as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão ser necessariamente propostas em face da União*. Isso se dá tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação do Estado é a mora da agência federal (ANVISA).

6 - JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO NÃO REGISTRADOS NA LISTA DO SUS

No que toca às demandas judiciais em que se pleiteia a concessão de medicamentos de alto custo não previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no RE 566.471, de relatoria do Min. Marco Aurélio, que o Estado não está obrigado a fornecê-los.

Cabe ao Estado, contudo, a produção de prova no sentido de revelar *a inutilidade do medicamento ou, ao menos, a inequívoca insegurança relativamente a resultados positivos, bem como a existência de outro, com menor custo e mesma eficácia*, para afastar a imprescindibilidade.

Ao fim, propôs a seguinte tese:

Proponho a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

O Supremo Tribunal ainda não decidiu sobre as situações excepcionais em que se admitirá o fornecimento, o que será abordado na formulação da tese de repercussão geral.

7 - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Por último, faz-se preciso destacar alguns comentários a respeito do princípio da separação dos poderes.

A pergunta que se faz é: há violação ao princípio da separação dos poderes quando o Poder Judiciário intervém no intuito de garantir a implementação de políticas públicas, entre elas, a tutela do direito à saúde?

Em síntese, a teoria da separação dos poderes, consagrada na Constituição Federal do Brasil em seu artigo 2º, impõe que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário desempenhem suas funções de forma harmônica e independente.

A resposta a questão formulada acima é negativa, isto é, decisão judicial que obriga o Estado ao fornecimento de medicamento não viola o princípio da separação dos poderes. Observemos o fundamento na leitura de trechos dos seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. MEDICAMENTO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO FÁRMACO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. (...) 6. A intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente para garantir a prestação de direitos sociais, como a saúde, não viola o princípio da separação de poderes. 7. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no REESP 1553112/CE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJ 10/3/2017).

[...] 2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes. [...] 7. Recurso Especial não provido (STJ, RESP 1488639/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 16/12/2014).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, assim também decidiu:

[...] embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo

regimental a que se nega provimento. (STF, RE 595595 - AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 29/05/2009).

Portanto, considerando a saúde como um direito público fundamental, deve o poder judiciário garanti-la, visto ser prerrogativa indisponível, não havendo se falar em violação ao princípio da separação dos poderes.

8. CONCLUSÃO

Diante do apresentado, podemos concluir que:

a) A saúde é um direito constitucional indissociável do direito à vida e, nesse contexto, cabe ao Estado o dever de tutelá-la. Trata-se de um direito social público subjetivo conferido a todos os cidadãos.

b) os entes da Federação são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos àqueles que necessitam de tratamento médico, de modo que, ao propor uma demanda judicial, poderá o requerente incluir no polo passivo da ação qualquer um deles ou, até mesmo, todos os entes federativos.

c) Em se tratando de ação judicial objetivando o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu os seguintes requisitos: i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

d) Referente ao fornecimento pelo poder público de medicamentos não registrados pela ANVISA, é o Supremo Tribunal Federal que, enfrentando a matéria, decidiu que: i) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; ii) A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; iii) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido, quando preenchidos três requisitos: (a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil; iv) As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

f) Quanto ao fornecimento de medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS, ainda que a matéria não esteja definitivamente julgada pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu a Corte que o Estado não está obrigado a fornecê-los.

g) Considerando a saúde como um direito público fundamental, deve o poder judiciário garanti-la, visto ser prerrogativa indisponível, não havendo se falar em violação ao princípio da separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de. ***A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.*** Renovar, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. **Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948** – que ratificou a Constituição da Organização Mundial da Saúde, de 1946. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>.

Enunciados da “I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça”, realizada em 15 de maio de 2014, em São Paulo. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. ***Vade Mecum de jurisprudência.*** 7 ed. Salvador: JusPodvim, 2019.

NOTAS:

[1] ***A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.*** Renovar, 2002, p. 305.

[2] Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 20 abr. 2020.

[3] Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em 22 abr. 2020.

ANÁLISE DOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA SOB A ÓTICA DA TEORIA DA QUEBRA DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO E A SUPERVENIÊNCIA DA PANDEMIA DA COVID-19

ISAIAS CANTIDIANO DE OLIVEIRA NETO:

Advogado, UNIAGES; Procurador do Município de Fátima; pós-graduando em Direito Processual Civil e Direito Público pela Faculdade Futura.

RESUMO: O presente trabalho busca de forma sucinta e prática, analisar a possibilidade de resolução de cláusulas dos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia, aplicando, para tanto, exclusivamente o Código de Defesa do Consumidor e a fundamentação por este adotada no caso em comento. Teoria da quebra da base do negócio jurídico, surgida na Alemanha e tem como premissa, para que os contratos atendam os critérios atuais de busca da equidade das partes contratantes, devem ser revestidos ou supervenientemente conter critérios de resolução, tendo como impulso o fato que o tornou excessivamente oneroso.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Pandemia da COVID-19; onerosidade excessiva; resolução de cláusulas contratuais; Princípio da Equidade; Teoria da quebra da base do negócio jurídico.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. TEORIAS ALICERCES DE DIREITO A REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL; 3. "DIRIGISMO JUDICIAL" E A RESOLUÇÃO DE CLÁUSULA QUE SE TORNOU EXCESSIVAMENTE ONEROSA; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E WEBGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional com o evoluir social, ganha amplo poder de mandamento de otimização das demais fontes normativas, não tratado neste trabalho, a Constitucionalização do direito é tema de suma importância e fonte da fundamentação em reanálise do direito privado, ou seja, da relativização do direito privado em favor de toda uma coletividade ou de direitos fundamentais do indivíduo enquanto pessoa. Na temática levantada neste trabalho, o consumidor.

Nesse norte, o presente Artigo faz a exposição de Teorias que buscam fundamentar a criação de mecanismos de mitigação do Princípio *Pacta Sunt Servanda*, conseqüentemente demonstrando que o mesmo não é absoluto e, nessa linha, o trabalho segue para expor que quando supervenientemente ou não surge uma causa que tornou um contrato ou cláusula deste, excessivamente onerosa ao consumidor, essas Teorias vêm para fundamentar a possibilidade de resolução em

benefício de ambas as partes, sempre buscando soluções que façam o contrato cumprir o seu fim sem levar prejuízos, num elo de cooperação e Boa-fé.

Para tanto, é necessário à demonstração por parte do consumidor que em razão da Pandemia da Covid-19 e as medidas Estatais de prevenção e combate, ao exemplo do distanciamento social e do não funcionamento de estabelecimentos comerciais não essenciais, as cláusulas de determinado contrato se tornaram impossíveis de serem cumpridas, no caso em epígrafe, é necessário demonstrar que a impossibilidade do trabalho ou de exercer a função mantenedora da adimplência econômica do contrato, em razão das medidas de saúde adotadas são alicerces para a resolução de cláusula de contrato de alienação fiduciária em garantia, logicamente, para reduzir o valor da parcela mensal.

2. TEORIAS ALICERCES DE DIREITO A REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL

Como visto na introdução, o presente trabalho se atentará a revisão de cláusula contratual que se tornou onerosamente excessiva na linha das relações de consumo, momento este, indispensável o destaque da Súmula 297 do STJ, “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Em regra, o evoluir das normas é no sentido de equilibrar determinada situação fática jurídica que se encontra em desacordo com os princípios máximos do direito, portanto, o CDC vem para ocupar uma função garantidora de direitos ao consumidor que, historicamente ocupou um polo de grande desvantagem na relação contratual.

O direito do Consumidor a revisar um contrato que se tornou onerosamente excessivo, ampara-se em diversas Teorias, ambas contidas como fundamento de ordem civil e de consumo, todavia, de forma concisa, faremos a exposição das três preponderantes na pós-modernidade trazidas do Direito Italiano, Francês e Alemão, e, por último, eleger a que mais se adequa a situação fática das relações jurídicas de consumo. Nesse diapasão, a Teoria da Imprevisão:

A referida cláusula de influência italiana foi designada pela doutrina moderna como Teoria da Imprevisão, visto que se baseia na revisão contratual fundada na imprevisibilidade dos fatores supervenientes que suscitavam excessiva onerosidade para uma das partes do negócio jurídico, de maneira que é pressuposto da Teoria da Imprevisão o fato de que, na ocasião do fechamento do negócio, as partes não tinham condições de prever os acontecimentos ocorridos (NUNES, 2008, p. 141).

Código Civil - Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-

lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Portanto, quando se tem um Contratante que por causas subjetivas, goza de uma única fonte de renda, ocupa exclusivamente uma função que por motivos naturais alheios a sua vontade ficara impedido de honrar com seus compromissos, estar-se-á diante da imprevisibilidade, contudo, notório é, que a humanidade já passou por grandes estiagens, pandemias, dentre outros fatos naturais, logo, a imprevisibilidade estrita não se mostra adequada a pós-modernidade.

No intuito de vencer essa falha ou inadequação por evolução das relações contratuais com o advento das diversas tecnologias e a expansão desenfreada do mercado de prestação de serviços e produtos. Surgiu a Teoria da Onerosidade Excessiva, para mitigar e afirmar que não é um fato imprevisível que alicerça a revisão contratual, mas as consequências que tornaram as cláusulas excessivamente onerosas que fundamentam uma readequação de cláusulas.

De modo geral, as leis transmutam-se com o evoluir social, a Teoria dos Contratos não é diferente, nesse norte, como dito acima, principalmente com o advento da tecnologia, os conceitos primórdios criados para tornar contratante e contratado subjetivamente equitativos com referência as obrigações, hoje, estão revestidos por diversos princípios de otimização, pois perderam o aspecto de proteção em razão da evolução das relações. Constitucionalmente conhecido como Princípio Mãe, a Dignidade da Pessoa Humana constitucionaliza o ramo civil trazendo a Boa-fé, probidade e a equidade, assim como a confiança entre as partes, tendo o Judiciário trabalhado neste sentido de tornar útil o contrato e fazer prevalecer à justiça social.

E assim, por último, surge na Alemanha a Teoria da quebra da base do negócio jurídico, que Karl Larenz (1997) "preconiza a base objetiva do negócio como sendo as circunstâncias objetivamente necessárias à permanência existencial do contrato, sustentando a relativização da vontade para o qual fora concebido em sua forma original". Portanto, a citada Teoria vem afirmar que é necessária a existência de mecanismos adaptadores do mesmo contrato as novas circunstâncias, que em suma, são indesejáveis a todas as partes.

Na análise proposta pelo trabalho, ou seja, a possibilidade da resolução de cláusula contratual que em razão da Pandemia da Covid-19 se tornou excessivamente onerosa ao consumidor, não é diferente, está-se diante da quebra da base do negócio jurídico, uma vez que, com a referida Pandemia que se alastra no Mundo, da COVID-19, ainda que a Teoria eleita não exija a previsibilidade de

prejuízo futuro, tratando-se de Consumidor revestido de subjetividades que demonstre a onerosidade excessiva, apto estará a buscar seu direito.

Nesse norte, havendo demonstração de causa superveniente que tornou a execução primária do contrato excessivamente onerosa ao Consumidor, importante ratificar com a melhor Doutrina.

No direito brasileiro, este parece ser o fundamento da revisão contratual por onerosidade excessiva no âmbito do CDC, posto que à distinção da solução apontada pelo direito civil, o direito do consumidor, sob a ótica de revisão enquanto direito subjetivo do vulnerável, confere previsão de revisão por fato superveniente que torna as prestações excessivamente onerosas, no entanto, de forma objetiva e diferenciada das exigências da lei civil (MIRAGEM, 2008, p. 128-129).

Leciona também o eminente Advogado Luís Fernando do Vale (2020), É *mister* ter-se em vista que a regra está circunscrita às relações de consumo. Mas é tão amplo o conceito dessas relações que a repercussão da regra na vida cotidiana pode ser sensível. Assim, vê-se como tem evoluído o contrato, talvez no sentido de sacrificar a amplitude de seus princípios básicos em favor das restrições que almejam torna-lo mais justo e mais humano.

3. “DIRIGISMO JUDICIAL” E A RESOLUÇÃO DE CLÁUSULA QUE SE TORNOU EXCESSIVAMENTE ONEROSA

Após a explanação Teórica que alicerça o direito à resolução de cláusula contratual que se tornou onerosamente excessiva, no caso em apresso com um agravante, a superveniência de uma Pandemia, percebe-se que ambas as teorias se adequam ao caso concreto, todavia, como se trata de uma relação de consumo, é lógica a eleição da Teoria mais vantajosa ao consumidor que é a regra estabelecida no art. 6.º, inciso V, parte final, do CDC.

Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

O Mundo, segundo informações prestadas pela Organização Mundial da Saúde – OMS, enfrenta e enfrentará por no mínimo 1 (um) ano um vírus mortal, que origina a doença conhecida como COVID-19, hoje, o maior remédio para prevenir a infecção altamente contagiosa é o distanciamento social, existindo no âmbito de

todo território social medidas legais que vedam a aglomeração de pessoas, dentre outras ordens cerceadoras do direito de ir e vir, porém, ponderadamente sustentada no direito a vida.

Para tanto, legalmente, é necessário que o Poder Judiciário faça uma análise criteriosa da cláusula contratual que se tornou excessivamente onerosa, levando em consideração as causas ensejadoras desta análise, outrora dirigindo impessoalmente a situação fática aplicando a justiça social e humanamente, reconheça haver evento superveniente que ocasionou o desequilíbrio contratual e impossibilidade de cumprimento do mesmo que, não levará apenas prejuízo ao Consumidor que em regra “perderá” o seu bem, mas para o Credor/fornecedor de serviço que haverá de promover todas as medidas legais para o determinado fim.

Tratando-se dessa modalidade de contrato e Teoria aplicada ao caso concreto, no nordeste, são dois fatores ensejadores da resolução, tanto a longa estiagem quanto a COVID-19, são causas que tornam excessivamente onerosa para determinada classe trabalhadora a manutenção de valores de prestações. Portanto, faz jus a resolução do contrato e reconhecimento do direito do consumidor a novamente ter todas as cláusulas do contrato equitativas e não onerosas.

Não sendo possível a resolução da cláusula de modo extrajudicial, diretamente com o credor/fornecedor do serviço, é necessária a intervenção judicial para tornar novamente o contrato equilibrado, sob pena, de sua rescisão por inadimplemento total por parte do consumidor. Portanto, sob a égide de amplos direitos que vem para afastar a desproporcionalidade de avenças consumeristas, certo é, que só o consumidor é revestido pelo direito de mitigação do princípio do *pacta sunt servanda* através da responsabilidade objetiva.

Apenas por critério de fundamentação, em detrimento a Teoria do Risco imposta ao fornecedor de produto ou serviço, ampara-se a demanda na Responsabilidade Objetiva *vide* Súmula 297 do STJ.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estado atual de saúde ao qual se encontra o Mundo, logicamente o Brasil, faz surgir diversas situações ensejadoras de provocação da ponderação de direitos fundamentais. Existe uma gama de direitos que “nascemos sabendo ter”, dentre estes, sem dúvida, o direito a simplesmente viver, portanto, é nessa linha, que neste momento de exceção, a ponderação é de prevalecer o simples fato de viver.

Neste norte, sob a possibilidade de resolução de cláusula contratual que se tornou onerosamente excessiva, logicamente quebrando a base do negócio jurídico em razão da Pandemia da Covid-19, isto, restringindo o presente trabalho

aos contratos de cláusulas contínuas, especificamente os de Alienação Fiduciária em garantia, é possível aplicar a Teoria da quebra da base do negócio jurídico, demonstrando que as medidas de prevenção e combate a Covid-19 simplesmente tornaram a/as cláusulas contratuais onerosamente excessivas pelo simples fato do isolamento social ou qualquer outra justificativa plausível e no caso, por ser relação de consumo, tendo o benefício da aplicação da responsabilização civil objetiva.

Por fim, é necessário após a análise criteriosa de determinado concreto que a flexibilização do direito exige e se fundamenta na busca do equilíbrio do consequente desequilíbrio, no caso em apresso, trazendo mecanismos garantidores da equidade e, portanto, relativização do princípio da *Pacta Sunt Servanda*. No caso em apresso, não se aplica a Teoria da Imprevisão, haja vista, a previsibilidade em cláusula contratual de uma Pandemia ser possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

GUILHERME, LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA. **Manual de direito civil**. 3 ed. São Paulo: Manole, 2020, p.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1997, p. 94.

MIRAGEM, Bruno et al. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 125-129 p.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.141.

REFLEXOS DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE O PROCESSO DE ADOÇÃO INTERNACIONAL

LETICIA TEODORO NOLASCO:

Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Católica do Tocantins.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA ^[1]

RESUMO: O presente trabalho aborda o tema da adoção internacional através de um estudo doutrinário, a partir de sua evolução legislativa. O estudo é dividido em três momentos, no primeiro deles é feita uma análise através da evolução legislativa até chegar à Convenção de Haia de 1993, que se tornou um marco referencial no referido instituto, para que por fim fique evidente a influência causada por esse essencial diploma legal na atual legislação brasileira acerca da adoção internacional. No segundo momento dedica-se a limitar os requisitos para que a adoção internacional ocorra de forma correta e eficaz a partir de uma análise da legislação vigente acerca do assunto. No terceiro e último momento, buscou-se analisar minuciosamente a influência deste referencial legislativo no ordenamento jurídico brasileiro e no instituto da adoção internacional. Pelo estudo realizado, verifica-se que a adoção internacional, sofreu grandes transformações, aperfeiçoando mecanismos de proteção às crianças e adolescentes, surtindo efeitos benéficos a eles em defesa de seus direitos fundamentais, melhor e maior interesse.

Palavras-chave: Convenção de Haia; Adoção Internacional; Evolução Legislativa.

Abstract: This paper addresses the issue of international adoption through a doctrinal study, based on its legislative evolution. The study is divided into three moments, the first of which is an analysis of the legislative evolution until reaching the Hague Convention of 1993, which became a benchmark in the referred institute, for those who were left with some sense of influence by this essential diploma current Brazilian legislation on international adoption. In the second moment, dedicate yourself to limit the requirements for international adoption to occur correctly and effectively, based on an analysis of the current legislation on the subject. In the third and last moment, we seek to analyze in detail the influence of this legislative framework in the Brazilian legal system and in the international adoption institute. From the study carried out, check if an international resource, undergoes major changes, improves the protection mechanism for children and adolescents, affects beneficial effects and they defend their fundamental rights, best and greatest interests.

Keywords: The Hague Convention; International Adoption; Legislative Evolution.

INTRODUÇÃO

Toda criança tem direito a crescer amparada por uma família, para que assim, possa desenvolver sua capacidade plena e sua personalidade, o que permite a ela, se tornar um ser humano completo e realizado. Infelizmente, por conta de ações do próprio homem, como guerras, disputas políticas, terrorismos, ou até mesmo por desastres naturais, como tsunamis, terremotos ou enfermidades, além da fome e miséria extrema que assolam alguns países, muitas crianças se tornam órfãs logo quando pequenas e são privadas desse direito tão importante.

Ocorre que, por conta do árduo e extenso processo brasileiro de adoção, diversas crianças esperam longos anos por uma nova família, com isso a adoção internacional, por demasiadas vezes, torna-se a maneira mais favorável e rápida de garantir aos menores desamparados o direito ao convívio familiar.

O instituto da Adoção Internacional, surge então como uma possibilidade de solução para tamanho problema que comove e aflige a população mundial, e se não capaz de resolver, pelo menos ameniza os casos de uma boa parte das crianças que sofrem com esse tipo de situação. Além disso, a adoção internacional ganha a cada dia mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro devido às singularidades do cenário social.

A adoção internacional, é assunto que deve ser tratado como de grande relevância, haja vista que é um instituto constitucionalmente permitido pelo Brasil, a mesma, já foi discutida em várias Convenções, Declarações e Tratados Multilaterais, com a finalidade de criar dispositivos que visam garantir o melhor interesse para o menor, a Convenção de Haia é um desses mecanismos de grande importância e destaque quando trata-se do referido tema.

A Convenção tem o objetivo de unir regras, com o intuito de garantir uma cooperação entre autoridades dos países envolvidos e assegurar uma proteção de fato aos direitos das crianças, também com o objetivo de impedir o tráfico internacional de crianças, que por muito tempo utilizou o instituto da adoção internacional para facilitar tal crime. Esta veio instituir métodos e procedimentos triviais para a prática do instituto da adoção, com o propósito de proteger o direito superior da criança e auxiliar na identificação das adoções nos outros países, tornando assim o processo mais célere.

Embora seja possível conferir algumas falhas à Convenção, não se deve esquecer que, provém de muitas discussões e questionamentos entre países e se constituiu um marco de suma importância que consolidou uma tendência protetiva ao maior interessado, a criança, visando dispositivos que asseguram uma maior transparência e seguridade ao processo.

É de conhecimento geral, que o processo de adoção no Brasil, é dificultoso e árduo, tanto para os adotantes quanto para os menores disponíveis para adoção. O Cadastro Nacional de Adoção (CNA) aponta que há cerca de 46 mil candidatos a pai e mãe adotivos, contra aproximadamente, 9 mil crianças disponíveis para a adoção^[k1], ou seja, o número de pais na fila para adotar é cerca de cinco vezes maior que o número de crianças disponíveis para a adoção.

Entretanto, a adoção internacional necessita se manter em constante observância às questões tocantes ao tráfico de menores, crime este que apresenta uma grande progressão, haja vista que é fato evidente a má fiscalização nas fronteiras brasileiras. Pode ser visto alguns casos de abusos, quando o critério protetivo e afetivo do menor não fora respeitado, o que acarreta em maiores possibilidades da atuação de organizações privadas de questionável aparência.

Portanto, o presente trabalho é fruto de pesquisa que teve como objetivo responder a seguinte problemática: de que forma a Convenção de Haia influência sobre o processo de adoção internacional?

Partindo dessa premissa, e para elucidar a problemática, divide-se o trabalho nos seguintes capítulos: 1- A evolução legislativa da adoção internacional; 2- Limites e requisitos para a adoção internacional; 3- Desenvolvimentos recentes na Convenção de Haia sobre adoção internacional de 1993;

1.EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA ADOÇÃO INTERNACIONAL

O instituto da adoção tem sua origem mais remota na necessidade de dar continuidade à família, no caso de pessoas sem filhos.

No Brasil, o direito ainda não havia sistematizado o instituto da adoção, no entanto fazia-lhe, contudo devido à falta de regulamentação obrigava os juízes a agir de acordo com o direito romano com algumas modificações e interpretações da época.

O Código Civil de 1916 regulamentou a adoção a luz dos princípios romanos, concedendo ao instituto da adoção uma única finalidade a qual seria a continuidade da família, o que viria a se tornar uma possibilidade aos casais estéreis possuir filhos e conseqüentemente, descendentes. Em virtude disso, a adoção era permitida apenas aos maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada, tendo como base a observância de que nessa idade, grande era a probabilidade de não virem a tê-la.

Com o decorrer da história, a adoção alcançou algumas evoluções, uma delas foi o reconhecimento do instituto como filantrópico, de caráter humanitário, com o intuito não de apenas possibilitar a casais ter filhos, mas também amparar vários

menores que se encontravam em situação de abandono. Essa mudança se deu a partir da entrada em vigor da Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, que passou a admitir a adoção por pessoas de 30 anos de idade, não importando se o interessado na adoção possuía ou não prole natural, o que reforçou a mudança no caráter do instituto da adoção.

Embora a mencionada Lei n. 3.133/57 ter trazido grandes mudanças, os filhos adotivos não eram equiparados aos filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos já existentes, ou que pudessem vir a existir, dos casais. O princípio da desigualdade era escancarado diante da distinção clara entre filho legítimo e filho adotivo, este por sua vez, que não era integrado totalmente a família, pois, nesta hipótese, conforme o prescrito no artigo 377, a relação de adoção não envolvia a de sucessão hereditária.

Com a nova Constituição Federal de 1988, o filho adotivo cedeu lugar a adoção, instituto pelo qual se tornou possível a filiação, que é única. Com a conclusão da adoção, a sentença judicial e o registro de nascimento, o menor adotado passa a ser integralmente filho, conforme estabelece a Constituição Federal em seu artigo 227 § 6º, "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

No entanto, a adoção presente no Código de 1916 não desligava o adotado aos parentes consanguíneos, pois segundo o artigo 378 do referido Código dispunha que, "Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo."

Frente a necessidade de impedir a chamada adoção à brasileira a Lei n. 4.655, de 2 de junho de 1965, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a "legitimação adotiva", como proteção ao menor abandonado, a fim de instaurar um vínculo de parentesco de primeiro-grau, em linha reta, entre adotante e adotado, desligando-o dos laços que o prendiam à família de sangue mediante a inscrição da sentença concessiva da legitimação, por mandado, no registro Civil, como se os adotantes tivessem realmente tido um filho natural.

A Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, revogou a lei da legitimação adotiva, substituindo-a pela adoção plena, que possuía praticamente as mesmas características da lei revogada.

Finalmente, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei n. 8.069, de 13-7-1990, o instituto da adoção ganhou uma nova regulamentação, tendo como principal novidade a regra de que a adoção simples, caracterizada por dar origem a um parentesco civil somente entre adotando e

adotado sem desvincular este da sua família de sangue, seria sempre plena para os menores de 18 anos, ou seja, possibilitou que o adotado ingressasse na família do adotante como se filho de sangue fosse, apagando portanto seu parentesco anterior com a família natural.

Com a implantação do Estatuto da Criança e Adolescente, restou claro que as normas do Código Civil não incidiriam na adoção por estrangeiros, haja vista que o artigo 52 do Estatuto da Criança e Adolescente, com a redação dada pela Lei n. 12.010/2009, dispõe que a adoção internacional deverá observar o procedimento previsto nos artigos 165 a 170 da aludida Lei, com as adaptações estabelecidas em 8 incisos e 15 parágrafos.

Historiadores, como Boswell (1988), constataam que, a adoção internacional começou a ter grande relevância no cenário jurídico em meados do século XX, com as consequências devastadoras da Primeira Grande Guerra Mundial, que resultou em várias crianças órfãos, desprotegidas e sem qualquer perspectiva de futuro. E não bastando essa primeira catástrofe, veio a Segunda Grande Guerra Mundial, crescendo ainda mais o número de menores desamparados por toda a Ásia e Europa.

Contraopondo todas essas infelicidades, surgiu algo positivo, o aumento no interesse de pessoas pela adoção internacional, comovidas pela trágica história de tais crianças que tanto sofreram injustamente com esses acontecimentos. Outro importante fator a ser levado em consideração é que o processo de industrialização em vários países contribuiu para o aumento no interesse pela adoção internacional.

Nesse sentido, Jacob Dolinger (2003) aponta que a partir do momento em que a mulher foi inserida em um mercado de trabalho sofisticado, nas carreiras profissionais e que existiu uma liberação da mulher por meio da aceitação por parte da sociedade de novos hábitos sexuais e mães solteiras, bem como o crescente uso de anticoncepcionais e a legalização do aborto resultaram na diminuição do número de crianças disponíveis para a adoção nos países industrializados, o que impactou os Estados Unidos e também países da Europa Ocidental, onde se encontravam mulheres, totalmente envolvidas em suas profissões, que buscavam adotar uma criança em países com elevado índice de pobreza, por ser possível encontrar um maior número de menores abandonados.

Entre a metade da década de 50 e a metade dos anos 70, devido às guerras Coreia e Vietnã, muitos órfãos desses países foram adotados por famílias do Ocidente industrializado.

A Organização das Nações Unidas (ONU) já demonstrava preocupação na adoção internacional desde a década de 1960. Nessa época, as convenções tratavam

de adoções internacionais realizadas apenas entre Estados europeus, não considerando os países da América.

Porém, a partir disso e até os dias de hoje, é notável que há um grande número de adoções semelhantes a essas, envolvendo a América Latina, em evidência o Brasil, haja vista a elevada quantidade de menores abandonados ou sob tutela de seus Estados.

Em virtude disso, acarretou em uma diferenciação entre Estados envolvidos nas adoções internacionais, de um lado o país de origem dos menores desamparados e do outro, aqueles responsáveis pelo acolhimento destes. Como uma consequência natural dessas relações, surgiram interesses distintos e até mesmo, conflitantes entre si, o que resultou em uma necessidade de estabelecer soluções para resolver questões que foram surgindo de acordo com o desenvolvimento da adoção internacional.

Diante disso, buscou-se construir um melhor entendimento entre os Estados envolvidos através de uma sucessão de Convenções, Tratados, Acordos e Declarações Internacionais que visavam instaurar um sistema harmônico e unificado de cooperação entre suas autoridades.

Simultaneamente a essas necessidade de resoluções de conflitos, nasceu uma crescente preocupação com o bem-estar da criança, que restou demonstrado a mudança no principal intuito da adoção internacional, que antes visava a satisfação dos interessados em adotar e agora passou a ser a proteção e cuidado do menor, buscando assegurar seus direitos fundamentais e proteger seu interesse superior. Surge então, o direito internacional da criança.

Em 29 de maio de 1993 foi constituída a Convenção Relativa à Proteção das crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, com sua entrada em vigor, ao invés de percorrer todo um longo processo legislativo, os cidadãos dos países signatários devem recorrer a um único procedimento, que consta na chamada Apostila, o que influenciou diretamente no processo de Adoção Internacional, haja vista que por se tratar de envolver duas legislações de países distintos, se tornava um processo demasiado longo e carregado de conflitos.

Após entrada em vigor no Brasil, a Convenção passou a ser empregada de forma eficaz a partir do ano de 2001, quando se tornou notória a quantidade de casos de adoções internacionais. Contudo, o Brasil ainda tem sido alvo de críticas, pois mesmo sendo um país signatário da Convenção, apresenta sempre obstáculos a sua aplicação.

Hoje, com a Convenção de Haia de 1993, a regulamentação da adoção internacional está definida, e determina, antes de qualquer situação, a proteção integral aos direitos e interesses da criança ou adolescente a ser adotado.

2.LIMITES E REQUISITOS PARA A ADOÇÃO INTERNACIONAL

A Conferência da Haia De Direito Internacional Privado, fundada em 1893 trabalha pela unificação e simplificação de regras e problemas que surgem mediante relações internacionais de direito privado, possui caráter permanente e sede na cidade de Haia, na Holanda. Almeja constituir meios entre sistemas jurídicos de países distintos frente a diferença existente entre eles a fim de solucionar problemas familiares ou comerciais que envolvam mais de um país.

O intuito é conseguir, apesar das diferenças, uma cooperação entre países visando simplificar o processo de autenticação de documentos a serem usados no exterior, seu objetivo consiste em facilitar transações comerciais e jurídicas, já que consolida num único certificado toda a informação necessária para gerar validade a um documento público em outro país signatário.

Fora a partir disso, instituída, em 29 de maio de 1993, a Convenção de Haia sobre Proteção de Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, que entrou em vigor no Brasil em 1º de julho de 1999. A aludida Convenção obteve bastante sucesso, haja vista que inúmeros países a adotou. Restou claro os objetivos da Convenção, conforme disposto em seu artigo 1º:

A presente Convenção tem por objetivo: a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe conhece o direito internacional; b) instaurar um sistema de cooperação entre os Estados Contratantes que assegure o respeito às mencionadas garantias e, em consequência, previna o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças; c) assegurar o reconhecimento nos Estados Contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção.

Seu cerne é a ideia de que a criança deve permanecer no seio familiar de origem e só em caso de impossibilidade, devidamente constatada, deve ser buscada uma família substituta para essa criança. Consolidou-se o entendimento de que é primordial que ela permaneça dentro de sua comunidade ou de seu país de origem, sendo medida excepcional a colocação em família estrangeira, como já anteriormente referido. Em todos os casos, deve-se garantir a total e integral

proteção aos interesses e direitos da criança a ser adotada, combatendo qualquer diligência motivada por preocupações comerciais

Com os objetivos já claramente definidos, a Convenção visou ampliar ao máximo seu âmbito de aplicação, o que ficou demonstrado em seus artigos 2º e 3º. Os artigos 4º e 5º dispõem sobre os requisitos necessários para que as adoções internacionais sejam regidas pela Convenção. São medidas a serem adotadas pelos Estados, tanto os de origem como os de acolhida, respectivamente, a fim de tornar o processo mais seguro para ambas as partes. Segundo Claudia Lima Marques:

[...] tratam-se mais do que normas, de princípios, que uma vez cumpridos darão a ambos os Estados envolvidos a garantia de que não houve "venda", "tráfico", "coação", "sequestro" ou "indução" ao abandono e que os pais adotivos estão aptos, tanto juridicamente quanto psicologicamente, a receber a criança adotada.

As autoridades competentes do Estado de origem devem determinar quais crianças estão disponíveis para a adoção, certificando-se que uma adoção internacional atenda o interesse superior da criança, após esgotadas as tentativas de se encontrar uma nova família para o menor no seu mesmo Estado de origem. O art. 1.629 do Código Civil prescreve que, "A adoção por estrangeiro obedecerá aos casos e condições que forem estabelecidos em lei."

A lei a que se refere o artigo é o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que traz as diretrizes para se realizar uma adoção no Brasil por estrangeiros. Em seu artigo 31, o ECA, legisla que, "A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção."

Na verdade, não se trata de distinção entre nacional e estrangeiro, e sim uma forma de proteger a cultura e a raça/etnia da criança, adolescente ou adulto.

A Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente enaltece um fator primordial na adoção, qual seja, a vontade e o bem estar da criança. Dessa forma, não obtendo a mesma oportunidade no Brasil, não há mal algum em procurar uma família em outro país, por isso assim se expressa em seu art. 21, alínea b:

Art. 21. Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança. Dessa forma, atentarão para que: [...]

b) a adoção efetuada em outro país possa ser considerada como outro meio de cuidar da criança, no caso em que a mesma não possa ser colocada em um lar de adoção ou entregue a uma família adotiva ou não logre atendimento adequado em seu país de origem; [...]"

Para que ocorra, de fato, a adoção por estrangeiros de maneira eficaz e correta, necessário se faz cumprir uma série de requisitos, estes que por sua vez, estão dispostos em lei. Há de se começar então pelo artigo 227 da Constituição Federal, que dispõe acerca dos deveres da família, e logo em seu parágrafo 5º, "A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros."

Nos casos em que o adotante é estrangeiro e não domiciliado no Brasil, ou brasileiro domiciliado no exterior, deverá seguir algumas exigências, as quais se pode destacar, a capacidade genérica do adotante, de acordo com sua lei pessoal; a capacidade específica, definida pela lei do local em que ocorrerá o processo de adoção, a diferença de idade entre adotante e adotando de, no mínimo, 16 anos; habilitação para adoção, mediante documento expedido pela autoridade competente do domicílio do adotante, conforme as leis do seu país. Importa salientar, que além destas, outras exigências podem ser estabelecidas.

Os artigos 51 e 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, tratam especificamente sobre a adoção internacional, estabelecendo condições e regras próprias para a modalidade, o artigo 51 dispõe que:

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto n.º 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

Em seu parágrafo subsequente do citado artigo, fica definido que nos casos em que a adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado que a colocação em família adotiva é a melhor e mais viável solução ao caso concreto, além de que deve ser demonstrado que restou esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, bem como a consulta ao adolescente pretendido a adoção, para certificar que o mesmo encontra-se preparado para a medida.

Ainda no artigo 51, dispõe que:

§ 2º Os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º A adoção internacional pressupõe a intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e Federal em matéria de adoção internacional. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 4º (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

O interessado na adoção deve ser representado por uma entidade estrangeira habilitada, que trabalha segundo a legislação brasileira e a mesma necessita ser atuante no Brasil no campo de adoções, haja vista que não é permitido ao pretense adotante realizar o pedido diretamente.

É também dever do Estado, assegurar que as autoridades, pessoas e instituições envolvidas na adoção, consentiram de livre acordo em conformidade com a previsão legal, e por escrito, bem como de que foram instruídas de forma clara e transparente sobre todos os quesitos que envolvem tal procedimento, em especial os efeitos jurídicos sobre a criança e sua família de origem.

Faz-se também extremamente necessário que o Estado obtenha a certeza de que não existiu nenhum tipo de pagamento ou recompensa, de qualquer espécie, pelos consentimentos efetuados ou desfeitos. Quanto ao consentimento da mãe, este só poderá ocorrer após o nascimento da criança, nunca antes desse.

Outro essencial aspecto que deve ser considerado pelas autoridades competentes do Estado de origem, trata-se da manifestação de vontade da criança, levando sempre em consideração sua idade, grau de maturidade, desejos e opiniões. Ela deve ser claramente orientada e instruída sobre o que significa todo o processo, seus efeitos e as consequências de seu consentimento.

Quanto aos Estados de acolhida, as autoridades competentes devem verificar se os pais adotivos estão aptos e capacitados para adotar conforme a lei de direito internacional privado de seu país determina. Importante também assegurar que estes estão devidamente orientados e de que o menor está autorizado a entrar e habitar permanentemente no país onde reside os pais adotivos.

Cláudia Lima (1996, p. 1-15), resume a intenção da Convenção em delimitar requisitos para que as adoções sejam por ela regidas. Coloca a professora:

[...] ao prever normas de conduta mínima para cada uma das autoridades e intermediários envolvidos nas adoções internacionais, a Convenção tenta assegurar basicamente que a competência (seja judicial ou administrativa) das autoridades envolvidas e suas decisões individuais ou conjuntas serão respeitadas pelos outros países signatários, como forma de criar uma segurança jurídica e um status não discriminatório para a criança adotada internacionalmente.

3. DESENVOLVIMENTOS RECENTES NA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ADOÇÃO INTERNACIONAL DE 1993

Após sua aprovação, a Convenção de Haia sobre adoção internacional de 1993 influenciou fortemente as legislações internas dos países, quanto ao instituto da adoção internacional, fossem eles de origem ou acolhida das crianças e adolescentes a serem adotados.

No Brasil não foi diferente, incluída no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1999, através do Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999. É possível perceber uma maior influência pela Convenção nas modificações estabelecidas pela Nova Lei de Adoção, de 2009, no Estatuto da Criança e do Adolescente, ao criar artigos, parágrafos e incisos, ou mesmo estabelecer pequenas alterações em textos de leis já existentes.

Depois de tramitar no Congresso Nacional por seis anos, a Lei n. 12.010 de 3 de agosto de 2009, Nova Lei de Adoção, entrou em vigor noventa dias após ser promulgada. Além de dispor especificamente sobre Adoção, alterou as Leis n. 8.069/1990 do Estatuto da Criança e do Adolescente e n. 8.560/1992, que tratava sobre investigação de paternidade sumária, e revogou alguns dispositivos do Código Civil de 2002 e da Consolidação das Leis do Trabalho.

A modificação mais simples introduzida estabeleceu a mera substituição do termo "pátrio poder" por "poder familiar" em todos os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente que o continham, a fim de substituir uma linguagem retrógrada por uma mais atual.

Uma outra modificação bastante relevante e eficaz para a segurança no processo coerente de adoção, foi a introdução do parágrafo único no artigo n. 13, que determina a obrigatoriedade do encaminhamento ao Juizado da Infância e da Juventude das gestantes ou mães que venham manifestar interesse em entregar seus

filhos para adoção. Isso possibilita uma verificação mais segura quanto a existência de vícios de vontade na manifestação da gestante, além de impedir aproximações inadequadas por aqueles interessados em adotar e o menor.

O artigo n. 28, que versa sobre a colocação em família substituta, sofreu alteração em seus dois primeiros parágrafos e teve inserido mais quatro. Importante são as alterações feitas em seu primeiro parágrafo, em conformidade com a Convenção de Haia que em um de seus artigos também enfatiza o dever de ouvir a criança e ter sua opinião devidamente considerada, respeitando seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida. Assim também como a responsabilidade de levar em conta, na apreciação do pedido, o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida

Mais uma outra inovação, dentre várias que a Nova Lei trouxe, fora o estabelecimento de uma uniformização quanto ao prazo mínimo de estágio de convivência para as adoções internacionais, o qual seja de 30 dias, mantendo a obrigação de seu cumprimento em território nacional. A nova redação do artigo n. 48 e seu parágrafo único, tem uma grande relevância na medida em que garantem ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica e do irrestrito acesso ao processo de adoção após completar 18 anos. Já ao menor de 18 anos de idade é dada a possibilidade de deferimento do seu pedido.

Como pode se depreender, muitas foram as modificações efetuadas pela Lei n. 12.010/2009, adequando a legislação especial brasileira em matéria de adoção internacional, inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente, ao disposto na Convenção de Haia de 1993, que regulou a matéria implementando um eficiente sistema de cooperação e controle entre as autoridades centrais dos Estados signatários.

Com isso, o legislador brasileiro intentou implementar regras que pudessem efetivamente trazer benefícios às suas crianças e adolescentes nacionais que, não conseguindo colocação em família substituta nacional, são adotados por pessoas ou casais que tem sua residência habitual no exterior. Desta maneira, visam proteger direitos fundamentais e o melhor e maior interesse de cidadãos seus para os quais o Estado brasileiro não conseguiu encontrar uma melhor solução para suas vidas futuras do que a da adoção internacional.

4. CONCLUSÃO

Essa pesquisa se ocupou do instituto da adoção internacional, e o que se tentou realizar foi uma explanação sobre os principais e mais relevantes aspectos

inerentes ao tema à luz da legislação e da doutrina, tendo por base a evolução legislativa do instituto e o estudo da doutrina a cerca da temática.

A análise feita salienta um longo processo legislativo e social até o presente momento em que o objetivo principal a ser alcançado através desse instituto é a proteção e o melhor bem estar da criança e adolescente, portanto, a adoção internacional não deve ser vista como o meio pelo qual a criança é prejudicada por ser levada a deixar seu país de origem, mas como uma alternativa capaz de assegurar as crianças e adolescentes uma vida mais digna.

Com o decorrer do tempo, houve uma crescente preocupação com o menor em estado de abandono, com isso, os países iniciaram algumas negociações e discussões com o fim específico de regular a adoção internacional. Logo, o Estado deve cumprir seu papel constitucional de suscitar o bem estar dessa criança ou adolescente, salvaguardando seus direitos fundamentais de ter um lar, educação, carinho, amor e saúde.

Contudo, restou evidente que a problemática que circunda o assunto em tela apresenta sua maior dificuldade no que tange a lidar com o fato de envolver a soberania de Estados distintos e suas organizações pública quanto a proteção da criança e adolescente. As divergências ocorriam entre as autoridades dos Estados, e em algumas vezes, por haver entendimentos divergentes a cerca dos princípios que norteiam a adoção internacional. Chegar em um consenso a respeito da prática desse instituto ou qual a lei a ser aplicada, se tornava motivo de discussões, pois adentra em uma questão séria e sensível, sua soberania.

Porém, por meio de inúmeros tratados internacionais, é que se chega a atual realidade normativa, com a Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, aprovada em 29 de maio de 1993, em Haia, nos Países Baixos. A Convenção se tornou um marco e fio condutor para o ordenamento jurídico brasileiro, no qual a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), normatiza o instituto, ocupando-se também da colocação de crianças brasileiras em lar estrangeiro, a Adoção Internacional.

Assim, procurou-se fazer no primeiro capítulo, uma recapitulação da evolução legislativa da adoção internacional, apontando as dificuldades percorridas ao longo do tempo, em face a diversidade de culturas e das legislações, e o que isso acarreta. Após longa trajetória evolutiva, em que no início não havia legislação específica para o instituto, depois outras que se sucediam sem resolver problemas de lacunas legislativas que em muito dificultavam os procedimentos referentes à adoção internacional, esta alcançou um patamar diferenciado com a Convenção de

Haia sobre Proteção de Crianças e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993.

O sucesso alcançado pela Convenção, face à adesão que obteve em nível mundial, transformou o instituto da adoção internacional. No segundo capítulo, procurou-se analisar a adoção internacional através dos seus limites e requisitos a que possa melhor entender a estrutura e do instituto, apontando de que forma a Convenção de Haia influi no que consiste hoje a adoção internacional.

Derradeiramente, no terceiro capítulo buscou-se demonstrar que a internalização no ordenamento jurídico da Convenção muito influenciou a legislação especial pertinente às crianças e aos adolescentes, provocando alterações profundas quanto ao regramento da adoção internacional no Brasil. Artigos parágrafos e incisos foram inseridos pela Nova Lei de Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente em consonância com a Convenção de Haia de 1993, demonstrando a total sintonia existente entre a mencionada Convenção e a legislação brasileira sobre a adoção internacional.

Conclui-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente veio para fiscalizar, por intermédio de órgãos públicos, a legítima finalidade da adoção. Na medida em que as normas se tornam mais consistentes e rigorosas e com a expressiva atuação do Estado, o instituto é levado a um novo nível de credibilidade e ganha cada vez mais força perante a sociedade. Desta feita, acaba por atingir seu principal objetivo, que é permitir a crianças e adolescentes que não possuem acesso a um lar, uma família e uma vida digna, vivenciar todos os demais benefícios que advém desses elementos fundamentais na formação de todo ser humano e que são, acima de tudo, direitos fundamentais que devem ser preservados.

5. REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. Adoção plena. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral. In: ZIMERMAN, David e COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). Aspectos psicológicos na prática jurídica. 2.ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 321-333.

CHAVES, Antonio. Adoção Internacional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Artigo do ECA. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia (coords.). Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 3.ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIAS, Maria Berenice. Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHRADER, Natalia. Adoção de brasileiros por estrangeiros. **Âmbito Jurídico**, 2016. Disponível em:

<<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-153/adocao-de-brasileiros-por-estrangeiros/>>. Acesso em: 07 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNA- Cadastro Nacional de Adoção**. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. Adoção Internacional, Doutrina e Prática. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. Adoção internacional: doutrina e prática. Curitiba, 2008.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

HCCH. Conferência de Haia de direito internacional privado. Disponível em:

< <https://www.hcch.net/pt/about>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Adoção: regime jurídico, efeitos, inexistência e anulação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. [Código Civil (1916)]. **Código Civil**: promulgada em 1 de janeiro de 1916. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional privado. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HCCH. Conferência relativa à proteção das crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional. 1993. Disponível em:

<<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=69>>. Acesso em: 03 maio 2020.

_____. Lei Federal nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção... **Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 ago. 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007->. Acesso em: 29 dez. 2019.

_____. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de jul. de 1999.** Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 15 jan. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. Notícia sobre a nova Convenção de Haia sobre adoção internacional. Perspectivas de Cooperação Internacional e Proteção das Crianças. **Revista Igualdade Ministério Público do Paraná, Curitiba, n, p. 1-15, 1996.**

NOTAS:

[1] Bacharel em Direito pela PUC/GO, Mestre em Direito pela UNIMAR, Doutora em Ciências pela USP. Advogada e Professora da Faculdade Católica do Tocantins. E-mail: karine.mota@catolica-to.edu.br

A ADOÇÃO HOMOAFETIVA

PATRICIA OLIVEIRA DIAS: Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Brasil.

Artigo Científico apresentado no Curso de Direito da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis, como complementação dos créditos necessários para obtenção de título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Soncini de Oliveira Guena e Prof. Mestre Èrica Cristina Molina dos Santos.

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo abordar a adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais, bem como analisar os direitos fundamentais destes casais, verificando a possibilidade jurídica para realização deste ato de afeto, tendo em vista tratar-se de um tema envolto de preconceitos, principalmente, pelo fato de não estar previsto em nosso ordenamento jurídico. Assim, de início será exposto o conceito de família e sua evolução com o decorrer dos anos, bem como será discutido sobre a possibilidade do reconhecimento da união estável por casais homoafetivos. Em seguida, o presente artigo irá discorrer sobre os direitos humanos e fazer um breve estudo acerca do instituto adoção, buscando expor seu conceito, requisitos e sua natureza jurídica. Por fim, será explanado a possibilidade da adoção por casais homossexuais, chegando a conclusão de que é juridicamente possível a prática deste ato e que as relações afetivas devem ser protegidas, independentemente da orientação sexual.

Palavras-chaves: Adoção; Família; Homoafetivo.

ABSTRACT: This paper aims to address the adoption of children and adolescents by homosexual couples, as well as to analyze the fundamental rights of these couples, verifying the legal possibility to perform this act of affection, in view of the fact that it is a subject surrounded by prejudice, mainly because it is not provided for in our legal system. Thus, at first, the concept of family and its evolution over the years will be exposed, as well as the possibility of recognizing stable union by homosexual couples. Next, this article will discuss human rights and make a brief study about the adoption institute, seeking to expose its concept, requirements and its legal nature. Finally, it will be explained the possibility of adoption by homosexual couples, concluding that it is legally possible to practice this act and that affective relationships should be protected, regardless of sexual orientation.

Keywords: Adoption; Family; Homoaffektive.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DO CONCEITO DE FAMÍLIA E DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. 2.1 Do reconhecimento da união estável pelo ordenamento jurídico. 3. DOS DIREITOS HUMANOS. 3.1 Do princípio da Isonomia. 4. A ADOÇÃO. 4.1 A adoção homoafetiva. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a finalidade de analisar a possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.

É um tema bastante polêmico e rodeado de preconceitos, do qual continua dividindo opiniões entre as pessoas, isso porque apesar da relação homoafetiva ser realidade em todo mundo, o nosso ordenamento jurídico é omissivo quanto a este tema, dificultando que crianças e adolescentes que encontram-se em abrigos, tenham a oportunidade de adquirir um lar e uma família para si, bem como que pessoas de orientação homossexual possa exercer o papel de pai ou mãe.

O objetivo deste artigo é analisar a viabilidade da adoção por casais homoafetivos com base na legislação e na doutrina brasileira.

De início será discutido o conceito de família e como ela veio evoluindo com o decorrer dos anos, passando por cima de alguns preconceitos e julgamentos estereotipados, dos quais define e limita as pessoas quanto a aparência, naturalidade e comportamento, ou seja, de maneira genérica, sem possuir, de fato, o conhecimento de sua essência. Será demonstrado, ainda, a pequena evolução do nosso ordenamento jurídico ao realizar decisões judiciais que permitem reconhecer a união estável homoafetiva, mostrando que aos poucos estes casais vem conquistando seu espaço no Brasil e no mundo.

No segundo momento, será discutido sobre os direitos humanos, isso porque muitas das vezes os casais homoafetivos são vistos com reprovação, preconceito, realidade que ainda existe atualmente, entretanto não pode continuar perdurando. Isso porque tratam-se de pessoas normais, seja heterossexual ou homossexual, todos nós somos resguardados pelos mesmos direitos, dentre eles o da liberdade de escolha e o da vida privada, motivo pelo qual não alvos de julgamento apenas por terem feito uma escolha diversa da convencional, vista como correta pela maioria.

E por fim, o último tópico a ser estudado será a adoção em si, será abordado primeiramente o conceito de adoção de um modo geral, e, posteriormente, analisaremos a possibilidade deste ato pelos casais homoafetivos no mundo de hoje.

Sendo assim, o presente artigo tem por objetivo principal discutir a situação da adoção homoafetiva no Brasil, mostrando a realidade atualmente e possibilitando que os leitores façam uma reflexão quanto aos direitos que encontram-se desamparados de previsão legal, bem como as condições em que essas classes são expostas. No mais, ressalta-se o posicionamento a favor da adoção homoafetiva no presente artigo, valendo destacar que de acordo com o princípio da isonomia, todos somos iguais perante a lei.

2. DO CONCEITO DE FAMÍLIA E DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Atualmente a família é considerada como aquela que decorre do casamento civil, derivada da união estável entre o homem e a mulher ou até mesmo por uma comunidade formada por um pai e um filho, denominando assim a família monoparental.

Entretanto, o conceito de família vem se modificando e evoluindo com o passar do tempo, divergindo cada vez mais do modelo convencional. Desta forma, novas estruturas familiares surgiram, abrangendo os direitos relacionados não só as famílias, mas também aos seus integrantes.

No início do século XIX, família era caracterizada como aquela compostas por mãe, pai e filhos, sendo que o pai era o provedor do sustento de sua residência, quem “colocava a comida na mesa”, enquanto que a mãe zelava dos afazeres domésticos, dos cuidados com os filhos e das necessidades em geral da família.

Ocorro que, hodiernamente a realidade que nos cerca é totalmente diversa, sendo possível a composição de uma família apenas pelo pai e seus filhos, ou somente pela mãe e seus filhos, podendo ser por casais heterossexuais, casais homossexuais ou entre outros variados tipos de uniões familiares.

Portanto, de início, entendia-se que família era composta pela união de um casal heterossexual, salientando-se que a união entre duas pessoas de sexos idênticos não resultaria em entidade familiar, mas apenas em uma união de afeto. Esta ideia decorria da antiga previsão constitucional, da qual admitia somente a união estável entre homem e mulher, motivo pelo qual, conseqüentemente, afastava os casais homoafetivos dos direitos inerentes a esta.

É fato que não se deve negar a existência dessas uniões, somente porque divergem do modelo convencional entendido como correto por grande maioria da sociedade. O direito deve se adaptar as evoluções sociais, os tempos mudam, os pensamentos dos indivíduos mudam, deve-se, portanto, obter harmonização com a realidade social, adequando-se com a forma em que vive a sociedade.

Desta feita, o artigo 1.723, do Código Civil prevê que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família”, bem como o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1998, também prevê que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Com efeito, é certo que os preconceitos de ordem moral ou religiosa não podem acarretar a omissão do Estado em relação a estes casais, sendo inadmissível estabelecer como regra a opção sexual para reconhecimento de uma união estável, sendo assim, a doutrina, bem como a jurisprudência já vem cedendo legitimidade para os casais homoafetivos no processo de adoção.

2.1 Do reconhecimento da união estável homoafetiva pelo ordenamento jurídico

Em decorrência dos fatos acima supracitados, e em análise do princípio da dignidade da pessoa humana, a união estável homoafetiva tornou-se realidade no Brasil no dia 05 de maio de 2011, quando o Supremo Tribunal Federal, através de votação unânime, **decidiu equiparar** as uniões homoafetivas aos relacionamentos entre homens e mulheres, reconhecendo este tipo de união como um núcleo familiar, sendo o primeiro país a reconhecer a união estável homossexual por meio de decisão judicial, de acordo com a ONU. É fato que o não acolhimento deste tipo de união importaria em uma postura discriminatória, em relação à preferência sexual das pessoas, posto que o que se busca por esses casais é a proteção das relações oriundas do amor, do carinho e da união.

Sendo assim, em que pese a redação do artigo 1.723, do Código Civil estabelecer que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher”, é necessário que haja a interpretação da norma infraconstitucional para que seja possível alcançar os valores apontados pela constituição. Nesse mesmo sentido, conclui-se que, apesar do casamento e da união estável entre duas pessoas do mesmo sexo não estarem ainda previstas na lei, quando o dispositivo em comento do Código Civil estabelecer que é reconhecida como “entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher”, de agora em diante tal união estável deve ser admitida também entre duas pessoas do mesmo sexo.

Veja-se entendimento jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no que concerne a concessão de um benefício de pensão por morte, do qual analisou a união estável de um casal homoafetivo:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMPROVADA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL PRESENTE. PROVA TESTEMUNHAL BASTANTE. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. IPCA-E. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. - Para a obtenção da pensão por morte, portanto, são necessários os seguintes requisitos: condição de dependente e qualidade de segurado do falecido. Segundo o art. 26, I, da Lei n. 8.213/91, a concessão desse benefício independe do cumprimento do período de carência. - A qualidade de segurada da de cujus não é matéria controvertida nestes autos. - Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. O Tribunal reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011). - No caso em foco, restou comprovada a relação de dependência da autora em relação à instituidora, tendo em vista os documentos que configuram início de prova material da vida comum, tudo confirmado pelo depoimento das duas testemunhas ouvidas (...) (Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 20/9/2017, Rel. Min. Luiz Fux). - Apelação parcialmente provida. (TRF 3ª REGIÃO, 9ª TURMA, APCIV - APELAÇÃO CÍVEL - 5005315-45.2018.4.03.9999, REL. JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, JULGADO EM 04/12/2018, INTIMAÇÃO VIA SISTEMA DATA: 07/12/2018).

Além disso, posteriormente, em decisão ainda mais recente, no ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal manteve decisão que autorizava o casal do mesmo sexo a adotar uma criança, independentemente de sua idade ou sexo. A atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Carmém Lúcia, votou pelo entendimento no sentido de que, se já houve decisões anteriores das quais possibilitaram o reconhecimento das uniões homoafetivas como um núcleo familiar, sendo-lhes aplicadas as mesmas regras que regem as relações estáveis entre homem e mulher, não seria justo limitar a adoção para este grupo e criar impedimentos que se quer existem.

Nesse seguimento, a ministra ainda lembrou do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, que foram julgadas juntas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo dada uma interpretação mais ampla ao artigo 1.723 do Código Civil, no sentido de que fosse suprimida qualquer informação que impedisse o reconhecimento da união homossexual como uma entidade familiar, devendo ser reconhecidos em conformidade com os mesmos preceitos e igualdade de uma união estável heterossexual.

Porém, é certo que o preconceito em torno deste tema ainda é amplamente visto no cenário brasileiro, mas aos poucos os casais homossexuais vão garantindo seus direitos no Brasil, provando, assim, que os movimentos sociais são capazes de modificar determinadas visões estereotipadas, tidas muitas vezes como corretas.

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos (humanos), qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 1992).

Portanto, a constituição de uma família significa manter uma relação amorosa que vise uma comunhão plena de vida e interesse, de forma pública, contínua e duradoura.

3. DOS DIREITOS HUMANOS

É certo que é necessário dar mais atenção a este grupo social que sofre diariamente o preconceito de ter feito uma escolha diferente daquela tida como correta pela sociedade, uma escolha que lhe é permitida de acordo com seu direito a liberdade e a vida privada, porém, sofrem por não terem seus direitos básicos assegurados muitas das vezes.

As dificuldades desses indivíduos prevalecem desde tenra idade, a partir do momento em que descobrem que sua opção sexual é diferente da maioria, visto que já adquirem a responsabilidade de terem que assumir sua orientação sexual para família e para a sociedade, assumindo o risco e enfrentando o medo de serem alvos de preconceito e discriminação advindas de pessoas homofóbicas.

O fato é que a homossexualidade não pode ser ignorada, é certo que quanto mais o tempo passa, mais casais homossexuais surgem para lutar pelos seus direitos.

No mais, esta não está presente somente nos homens, já ficou comprovado que ocorre também entre as inúmeras espécies de animais, sendo uma realidade que vem acontecendo desde os tempos remotos, o que ocorre é que, atualmente, com a evolução da sociedade, os indivíduos sentem-se mais seguros em revelarem o que realmente sentem, e o que são, por não se sentirem mais tão sozinhos e rejeitados como nos tempos mais antigos.

O autor Enéas Castilho Chiarini Júnior (2004), se pronuncia sobre a existência da homossexualidade:

O certo é de que “desde que o mundo é mundo”, a homossexualidade existe, e não será proibindo-se que se acabará com ela. Quem defende que a homossexualidade é algo errado, contra a natureza, deve ter em mente que durante séculos e séculos esta atitude foi, e ainda é, combatida pela igreja, mas ela continua resistindo e existindo. Não será varrendo a homossexualidade para debaixo do tapete que se acabará com esta prática. Mesmo porque, se até os animais têm relações homossexuais, como pode alguém dizer que esta prática contra a natureza? Ou será que foram os homens quem ensinaram os animais à ter relações homossexuais? Claro que não, isto faz parte do instinto animal, e o ser humano, sendo igualmente animal, deve, igualmente, possuir instintos semelhantes aos da maioria dos animais.(CHIARINI JÚNIOR, 28 FEV. 2004).

Portanto, o direito não pode se abster de resolver as relações inerentes a essas questões que se encontram ocultas na regulamentação.

Os Direitos Humanos estão ligados com as diversas situações que acontecem com os seres humanos, não sendo diferente com os homossexuais, isso porque os mesmos direitos são reservados a eles, não trata-se de uma espécie diferente do ser humano, somos todos iguais, independentemente de nossa escolha sexual, sendo que, o ser humano é livre para escolher a melhor forma de viver sua vida, não devendo ser descriminalizado por suas escolhas.

Sendo assim, é fato que nosso ordenamento jurídico e suas decisões mais recentes vem aos poucos realizando avanços neste meio.

3.1 Do princípio da isonomia

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º, caput, como direito fundamental o princípio da isonomia, do qual tem por finalidade vedar o tratamento desigual entre as pessoas.

Isonomia significa igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, com o objetivo de evitar discriminações e preconceitos. Sendo assim, a partir desta análise dedutiva de que todos somos iguais perante a constituição, os grupos menores, tais como os casais homoafetivos, também são.

Entretanto, apesar deste princípio estar resguardado pela Constituição Federal de 1988, é notório que a possibilidade de constituição de uma estrutura familiar homoafetiva e principalmente a viabilidade da adoção de crianças e adolescentes por esses casais, estão à mercê do despreparo legislativo e social.

Apesar do conceito de família vir evoluindo no decorrer dos anos, este ainda não atende completamente a vontade dos casais homoafetivos, isso porque ainda encontram-se escassos seus direitos fundamentais e os princípios constitucionais de isonomia, liberdade e dignidade, no que concerne a sua união e a adoção de crianças e adolescentes por estes.

Portanto, nota-se que toda essa evolução legislativa ainda é insuficiente para garantir e suprir os direitos dos novos modelos de famílias formados, dentre elas, inclusive, a homoafetiva, pois o texto constitucional ainda deixa a desejar no que diz respeito a adoção por esses casais, nos permitindo concluir que o princípio fundamental de igualdade e da isonomia, onde todos são iguais perante a lei, não está sendo ainda, totalmente cumprido pela própria constituição que resguarda este preâmbulo.

Estes casais apenas procuram a chance de realizar um sonho que a pouco tempo ainda lhes eram negados, o sonho de poder acolher e oferecer todo carinho, afeto e um lar aconchegante a uma criança que precise e encontra-se desamparada nos abrigos pelo Brasil, das quais também sonham e idealizam o momento em que poderão ser inseridas em uma família, independente de quais indivíduos a constitua.

O princípio da isonomia tutela que a lei não pode privilegiar ou persuadir, ela deve ser um mecanismo que confere tratamento equitativo as pessoas, ou seja, caso ocorra algum tratamento diferenciado, deverá existir uma justificativa plausível para este ato, caso não ocorra, o tratamento igual deverá tornar-se obrigatório.

A isonomia foi instruída para que pudesse reduzir, ou até mesmo eliminar as desigualdades sociais existentes. Desta feita, caso ocorra omissão ou lacuna na legislação, levando ao tratamento desigual entre alguma classe social ou pessoa, configurar-se-á afronta ao princípio da isonomia, pois ao passo que um grupo faz

jus a proteção e direitos legais, não pode outro grupo ser excluído deste sem que haja alguma razão, devendo ser estendido o mesmo direito aos grupos discriminados, para que assim, se efetive o princípio da isonomia.

Além disso, em que pese ocorrer muitos casos de deferimento de adoção por casais homossexuais, na prática, a adoção unilateral é a opção mais utilizada entre eles. Isso porque apesar de ter ocorrido uma considerável evolução nas decisões jurídicas, estes casais ainda podem encontrar muitos casos de discriminações, sejam elas da própria sociedade, dos assistentes sociais, do magistrado ou até mesmo da própria lei.

Ainda no ano de 2013, o Conselho Nacional de Justiça aprovou uma resolução que ordena os cartórios de todo país a celebrar o casamento civil e converter a união estável homoafetiva em casamento.

Observando isso, o artigo 42, parágrafo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que é indispensável o casamento civil ou a união estável entre duas pessoas que pretendem adotar em conjunto, nos permitindo concluir que não existem mais empecilhos para a concretização de uma possível adoção homoafetiva, porém, como no caso supracitado nos parágrafos anteriores, a realidade é um pouco diferente.

Nesse seguimento, ao analisarmos este princípio, podemos concluir que não existe motivação suficiente para que seja negado o direito de adoção aos casais homoafetivos, pelo simples fato dessa relação ser constituída por duas pessoas do mesmo sexo, haja vista que se encontram na mesma situação de casais heterossexuais. Portanto, os preconceitos de ordem moral ou religiosa não podem prevalecer, bem como não são uma motivação plausível e aceitável para restringir os direitos daqueles que possuem a orientação sexual divergente da maioria.

4. A ADOÇÃO

Antes de adentrar de fato a questão relativa à adoção por famílias homoafetivas, necessário discorrer brevemente sobre seu conceito e sua natureza jurídica para que se entenda melhor como este procedimento funciona.

A adoção, no Direito Civil, é um ato jurídico no qual uma pessoa ou um casal, que não são os pais biológicos da criança ou do adolescente, assumem permanentemente um indivíduo como filho, adquirindo todas as responsabilidades e direitos em relação ao adotado.

Para Maria Helena Diniz (1996) “adoção é o ato jurídico solene pelo qual, preenchidos os requisitos, alguém estabelece um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente, lhe é estranha”.

Atualmente, este tema encontra-se expresso na Constituição Federal, no **Estatuto da Criança e do Adolescente** – ECA e no Código Civil Brasileiro, onde busca o cumprimento constitucional de proteção integral de crianças e adolescentes, garantindo seus direitos, deveres e obrigações, focando na convivência familiar e comunitária.

Este Estatuto veio sofrendo diversas alterações com decorrer dos anos, como por exemplo, através da Lei 12.010/2009, da qual modificou vários institutos ligados à adoção e seus desdobramentos, vindo a dificultar significativamente a possibilidade de realização deste instituto.

Posteriormente, veio a alteração dada pela Lei nº 13.509/17, da qual alterou o ECA ao estabelecer novos prazos e procedimentos para o trâmite dos processos de adoção, bem como retratou acerca do poder familiar, apadrinhamento, guarda e adoção (nacional e internacional).

E por fim, bem como mais recente, cita-se a alteração dada pela Lei 13.715/2018, da qual disponibiliza sobre a possibilidade de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes.

Atualmente, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) regulamenta sobre a adoção em seus artigos 39 a 52 da Lei 8.069/90, expressando quais são os requisitos necessários para que seja possível a concretização deste procedimento, bem como busca priorizar as necessidades e os interesses da criança ou adolescente. Segundo a legislação supramencionada, homens e mulheres, de qualquer estado civil, maiores de 18 anos de idade, que sejam 16 anos mais velhos do que o adotado e possuem condições de oferecer um ambiente familiar adequado podem adotar

O ECA estabelece estes requisitos que foram apresentados, e que, em nenhum de seus artigos declara qualquer restrição em relação a cor, sexo, situação financeira ou a orientação sexual do suposto pai ou mãe adotiva.

Sendo assim, pode-se dizer que, de início, a adoção trata-se de um acordo contratual que surge através da manifestação de vontade dos interessados, e que, posteriormente, vem a nascer a constituição do vínculo afetivo entre os envolvidos. Entretanto, é possível afirmar que a adoção é um ato de amor ao próximo, a criação de um vínculo afetivo que irá permanecer por toda a vida com o adotante e o adotado. Mesmo diante da inexistência de vínculo genético, a criança ou adolescente será inserida definitivamente em uma família diversa, da qual se encontrará disposta

a oferecer todo amor, carinho, cuidado e afeto a este futuro filho que será acolhido como se biológico fosse.

Para Maria Berenice Dias (2005) "o direito a convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue".

Nesse viés, nos leva a entender que atualmente o conceito de família vem sendo reconhecido como aquela através da qual o afeto é inserido, não sendo necessário o caráter biológico para formação de uma entidade familiar, no mais, vale ressaltar que o art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988 estabelece que "os filhos havido ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Desta feita, conclui-se que os filhos, independentemente de serem adotados ou não, passaram a serem equiparados para qualquer efeito.

4.1 A adoção homoafetiva

O artigo 227, da Constituição Federal e o artigo 19 do ECA, trazem que deverá ser assegurado à criança e ao adolescente o convívio familiar, independentemente de quem exercerá o poder familiar.

Não há nenhuma especificação no ordenamento jurídico que impossibilite a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. Certo é que, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto no Código Civil de 2002, não está exposto nenhuma condição quanto a opção sexual para que se proceda a adoção, encontrando-se em harmonia com a Constituição Federal que proíbe qualquer forma de discriminação, dentre elas, inclusive, a opção sexual.

Entretanto, a omissão na própria Lei quanto a esta possibilidade de adoção afeta o direito de inúmeras crianças e adolescentes que aguardam ansiosamente por um lar, bem como o direito de muitos casais homossexuais que sonham em construir uma família.

Desta feita, de início, não há que se falar em impedimentos na possibilidade de adoção por casais homossexuais, isso porque é um procedimento moldado de afeto, amor, carinho, do qual independe do sexo das pessoas envolvidas. Ademais, reconhecida a possibilidade da união estável homoafetiva como estrutura familiar, cabível também enfrentar o seu direito à adoção.

A adoção é vista como uma saída para muitas pessoas que não possuem chances de gerarem um filho biológico, seja por opção sexual, infertilidade, esterilidade ou até mesmo por medo, fato este que acaba gerando frustração,

descontentamento e tristeza em quem possui esse sonho, isso porque é certo que a maioria das pessoas carregam com si, desde a infância, a vontade de ser pai ou mãe. É possível notar essa situação ao analisar as brincadeiras infantis, tais como, boneca, casinha, papai e mamãe, entre outras, muitas delas giram em torno desse "sonho", de um dia poder construir sua própria família e ter os seus próprios filhos. Além disso, ainda vale dizer que muitos casais sofrem pressão psicológica, tanto da família, quanto da sociedade para terem filhos, e assim passarem a construir uma estrutura familiar.

O que ocorre de fato é que, em que pese a ideia retrograda de resistência ao homossexualismo vir se decaindo cada vez mais com o decorrer dos anos, a resistência em aceitar a possibilidade de casais homossexuais habilitarem-se para a adoção ainda é grande, isso porque as relações sociais são fortemente marcadas pela heterossexualidade.

As pessoas ainda possuem dúvida quanto ao desenvolvimento da criança que está inserida nesse tipo de estrutura familiar, questionam-se sobre a ausência de referência feminina ou masculina dentro do âmbito familiar, se esta pode vir a ocasionar consequências psicológicas ao adotado, ou até mesmo se pode ser influenciado a ter a mesma orientação sexual dos pais. Além destas, indagam-se quanto as possibilidades de preconceito na escola e na sociedade, podendo virem a ter dificuldades para serem inseridos no meio social.

Entretanto, é possível afirmar que estes pensamentos tratam-se de ideias retrógradas da sociedade, posto que já existem evidências e pesquisas que dizem totalmente o contrário, não havendo qualquer indício de danos causados exclusivamente pelo fato da criança possuir dois pais ou duas mães.

A homoafetividade vem adquirindo transparência e aos poucos obtendo aceitação social. Cada vez mais gays e lésbicas estão assumindo sua orientação sexual e buscando a realização do sonho de estruturar uma família com a presença de filhos. Vã é a tentativa de negar ao par o direito à convivência familiar ou deixar de reconhecer a possibilidade de crianças viverem em lares homossexuais (MARIA BERENICE DIAS, 2005).

A ideia de paternidade está muito mais fundada no amor do que no determinismo biológico, a adoção permite que a criança estabeleça com os pais adotivos laços de amor, confiança, segurança, atitudes que são indispensáveis para o seu desenvolvimento, e que muitas vezes jamais encontrariam no ambiente familiar biológico.

É certo que as crianças abandonadas ou retiradas do seio familiar não irão encontrar o que precisam nas ruas ou nas instituições de acolhimento, motivo pelo qual é relevante o vínculo afetivo entre o adotante e o adotado, e não a orientação sexual do casal adotante. Não é justo reduzir as chances de uma criança ou adolescente que sonha em ter uma família por conta de um ordenamento jurídico omissivo, ou devido aos julgamentos estereotipados que atualmente ainda existem. Tornar escassa as chances de uma criança ter consigo um pai ou uma mãe que lhe de carinho, amor, afeto, é crueldade, das quais vão gerar sequelas que carregaram pra sempre consigo, pelo fato de não se recordarem de uma infância da maneira que deveria ser, afetando o seu desenvolvimento social e psicológico.

A dificuldade em deferir adoções exclusivamente pela orientação sexual ou identidade de gênero dos pretendentes acaba impedindo que expressivo número de crianças sejam subtraídas da marginalidade. Imperioso arrostar nossa realidade social, com um enorme contingente de menores abandonados ou em situação irregular, quando poderiam ter uma vida cercada de carinho e atenção (MARIA BERENICE DIAS, 2005).

Todavia, ao analisar o Estatuto da Criança e do Adolescente, conclui-se que este não traz definido, qual seria a formação da família substituta mencionada no artigo 2.833, tampouco faz qualquer menção à família natural, sendo assim, não há qualquer vedação para um casal homossexual que mantenha uma união duradoura, pública e com a intenção de constituir uma família, o direito de ser reconhecido como uma família substituta apta a cuidar e oferecer todo o carinho e amor necessário a uma criança.

Verifica-se, ainda, que na Lei dos Registros Públicos também não apresenta óbice ao registro que indique duas pessoas do mesmo sexo como genitores, bastando apenas que conste o nome dos pais, não sendo necessário a distinção entre pai e mãe. No mesmo sentido, atualmente, nas certidões de nascimento das crianças, não consta mais o campo "pai e mãe", mas apenas o quesito "filiação", ou seja, não apresenta mais referência ao sexo feminino ou masculino.

Como observado, a união entre pessoas do mesmo sexo já pode ser considerada como união estável, ou seja, caracteriza-se como uma entidade familiar, o que por si só não apresenta nada que impeça estes casais de adotarem, nem mesmo o princípio do melhor interesse da criança, visto que não existe nenhum prejuízo a elas, pelo contrário, é ali que elas irão encontrar proteção de seus direitos, bem como irão se desenvolver psicologicamente e socialmente perante a sociedade.

É fato que anteriormente já se admitia a adoção unilateral por pessoa homossexual, porém, os tribunais ainda eram omissos em conceder adoção a um casal homoafetivo, sendo assim, com o passar dos anos essas ideias foram evoluindo, sendo certo que existiram vários julgados essenciais para uma nova orientação jurisprudencial, que vise priorizar o melhor interesse da criança em ter um lar afetivo para se desenvolver plenamente.

Desta feita, é certo dizer que não importa o sexo de quem cria a criança, isso porque a função materna não está diretamente relacionada a uma mulher, nem a paterna a um homem. Motivo pelo qual pode-se concluir que o que importa na educação e criação da criança é que haja uma pessoa que exerça a função materna e uma pessoa que exerça a função paterna, independentemente do sexo ou orientação sexual das mesmas.

São preconceituosas as opiniões existentes, a sociedade grita por compaixão, é preciso rever princípios, valores, estar aberto para novas possibilidades. Felizmente, o nosso ordenamento jurídico, mesmo que de forma mais tímida e omissa já está observando os laços afetivos e duradouros que existem nos relacionamentos entre as pessoas do mesmo sexo que constituem uma estrutura familiar, visualizando que concedem o mesmo tratamento de uma família convencional, bem como podem oferecer tudo que uma criança não irá encontrar desamparada nas ruas ou em alguma instituição de acolhimento, preservando sua integridade física, mental e moral.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo possui como intuito abordar a possibilidade de adoção por casais homossexuais. O presente tema ainda divide muitas opiniões, trazendo consigo muitas das vezes o preconceito social.

Diante dos fatos supracitados, é possível afirmar que, nos últimos anos a adoção no Brasil teve um grande avanço, entretanto, quando o assunto refere-se a adoção por casais do mesmo sexo, conclui-se que ainda existe uma grande resistência por parte da sociedade, bem como apresenta uma significativa omissão por parte do ordenamento jurídico.

No mais, com as discussões presentes neste artigo, cabível concluir também que não há nas leis que regulamentam a adoção no Brasil, artigos que proíbem a adoção de crianças ou adolescentes por casais homoafetivos, no mais, ressalta-se que estes casais encontram-se resguardados pelo princípio da isonomia, do qual protagoniza a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Sendo assim, de acordo com a lei, o sexo da pessoa, sua orientação sexual ou seu estado civil, não são empecilhos para adoção.

Por fim, com base no exposto neste trabalho, ficou claro que independente do casal adotante ser heterossexual ou homoafetivo, o adotado deve possuir suas necessidades atendidas e respeitadas, resguardadas por um lar e por pessoas que possam lhe oferecer os mecanismos necessários para sua formação enquanto indivíduo, devendo ser observado os direitos constitucionais que asseguram à criança o direito à convivência no ambiente familiar, efetivando a proteção e o melhor interesse do menor.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BOBBIO, 1992. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10938/o-futuro-dos-direitos-fundamentais>, acesso em 22 out 2019.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 20 out 2019.

BRASIL, Lei n. 8.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso em 20 out 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Relator Juiz Federal Rodrigo Zacharias, 04 dez 2018. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>, cesso em 22 out 2019.

BRITO, Fernanda de Almeida. São Paulo: LTr, 2000. Disponível em: <file:///C:/Users/est-patricia.dias/Downloads/10950-41974-1-PB.pdf>, acesso em 22 out 2019.

CONJUR, Cármen Lúcia reconhece adoção, sem restrição de idade, por casal gay, 20 mar 2015. disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-20/carmen-lucia-reconhece-adocao-restricao-idade-casal-gay>, acesso em 01 maio 2020.

CHIARINI JÚNIOR, 28 fev 2004. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-50/relacao-familiar-entre-os-homossexuais-e-a-questao-os-direitos-humanos/>, acesso em 22 out 2019.

DIAS, Maria Berenice, Adoção homoafetiva, 11 ago 2005. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/adocao-homoafetiva/112>, acesso em 01 maio 2020.

DIAS, Maria Berenice. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 14 ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FOLHA DE SÃO PAULO, Casamento gay não é lei, mas é direito garantido pela justiça, entenda, 05 nov 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/11/casamento-gay-nao-e-lei-mas-e-direito-garantido-pela-justica-entenda.shtml>, acesso em 01 de maio de 2020

JUSBRASIL, Homofobia – Adoção de crianças realizadas por casal homossexuais, 2017. Disponível em: <https://thiagosoaresalencar.jusbrasil.com.br/artigos/463550904/homofobia-adocao-de-criancas-realizadas-por-casal-homossexuais>, acesso em 01 maio 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

LINO, F. D. de P. Adoção por casais homoafetivos: um direito do casal, 17 jan 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55157/adocao-por-casais-homoafetivos-um-direito-do-casal>, acesso em 19 out 2019.

PINHO, C. Do conceito de família e sua evolução no âmbito do direito. 07 mar 2016. Disponível em: <https://camilap93.jusbrasil.com.br/artigos/311632672/do-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-no-ambito-do-direito>, acesso em 01 maio 2020.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, Jurisprudência comentada e anotada, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.968.15.PDF, acesso em 01 maio 2020

RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto, 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-69/a-nova-concepcao-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>, acesso em 22 out 2019.

SIGNIFICADOS. Significado de união estável. 05 jul. 2019. Disponível em: <https://www.significados.com.br/uniao-estavel/>, acesso em 01 maio 2020.

CRIMINOLOGIA: LABORTERAPIA PRISIONAL E SUA RESSOCIALIZAÇÃO EM MEIO AO SISTEMA E SUA REINTEGRAÇÃO NA SOCIEDADE

TALUARA FERNANDA SCARDUA:

Discente do curso de Direito – IESB
Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO[1]

(orientadora)

RESUMO: O tema em questão descreve o contexto histórico das prisões, desde seu surgimento na idade antiga, século VIII a.C., até o atual momento do século XXI d.C, nas quais as prisões tem apresentado uma superlotação. Essa pesquisa buscou apresentar um estudo bibliográfico para a descrição e explicação sobre a problemática do sistema prisional brasileiro, pois, sua inserção nas políticas públicas de segurança e desafios que estas colocam para o serviço social, a superlotação nos presídios, as dificuldades em ressocialização e também o papel ressocializador que o sistema proporciona ao egresso. Objetivando em ressaltar as possibilidades do detento em se ressocializar perante os métodos que são empregados dentro dos presídios brasileiros bem como a maneira em que são tratados. Os resultados coletados e a conclusão sobre eles, demonstram que a ressocialização é a melhor solução para os detentos, precisando da educação básica para a formação e criação do ser humano e utilizando seu tempo em regime fechado para estudar, assim, possibilitando a ingressão novamente na sociedade como uma pessoa boa e capaz de contribuir com a comunidade, uma vez que suas obrigações com a sociedade são cumpridas.

Palavras-chave: Sistema Prisional. Superlotação. Reincidência

ABSTRACT: The subject in question describes the historical context of the prisons, since its emergence in the ancient age, VIII century BC, until the present moment of the 21st century AD, in which prisons have been overcrowding. This research sought to present a bibliographic study for the description and explanation about the problems of the Brazilian prison system, because its insertion in public security policies and challenges they pose for social service, overcrowding in prisons, difficulties in re-socialization and also the resocializing role that the system provides to egress. Aiming to emphasize the possibilities of the detainee in re-socializing in the face of the methods that are used inside Brazilian prisons as well as the way in which they are treated. The results collected and the conclusion about them, demonstrate that resocialization is the best solution for detainees, needing basic education for the formation and creation of the human being and using his time in a closed regime to study, and creation of the human being and using his time

in a closed regime to study, thus enabling reintegration into society as a good person and able to contribute to the community, once his obligations to society are fulfilled.

Key words: Prison System. Overcrowding. Recidivism.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca passar o estado degradante em que estão as casas de detenção Brasileiras. Partindo de uma evolução histórica onde mostra diferentes tipos; As penas foram criadas para reprimir o indivíduo que cometer condutas que viessem a prejudicar alguns cidadãos, porém a forma de penalizar poderia causar traumas naqueles que são apenados. Segundo Novo (2018), na idade média, a igreja católica utiliza as prisões para o encarceramento eclesiástica, onde os religiões eram isolados para refletir sobre seus crimes. Contudo, ao longo dos séculos, obteve mudanças no papel de punição do Estado e Direto Penal, no qual começam a “existir os princípios penais como o da Legalidade ou da Reserva legal; Dignidade da Pessoa Humana; Pessoalidade e da individualização da pena” (AZEVEDO, 2017, p.10-11). Atualmente, as prisões objetiva em disciplinar o sujeito para ingressar na sociedade, no entanto, a justiça brasileira tem muita dificuldade em exercer seu papel devido ao número crescente de detentos, além da influência do crime organizado, portanto, resulta em atrasos nos julgamentos e falta de segurança nos presídios (NOVO, 2018).

2 SURGIMENTOS DAS PRISÕES

Neste tópico será apresentado uma revisão teórica sobre a história das prisões, desde a idade antiga até a década atual, uma vez que na história da humanidade, segundo Brito (2017), sempre existiram os sistemas de punições, ao longo dos anos o modelo teve suas evoluções até a versão atual, o objetivo do sistema é privar o detento da liberdade e estabelecer punições coercitiva e regenerativa.

2.1 Idade Antiga

A trajetória da idade antiga é caracterizada pelo começo no século VIII a.C. à queda do Império Romano Ocidente (século V d.C.). O cárcere é conhecido como encarceramento, nesta época, não tinha um código de regulamento social efetivado, onde será mantido preso sob o domínio físico do sujeito, assim, possibilitando que exerça a punição (SECRETARIA DA SEGURANÇA PUBLICA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIARIA, 2020).

Essas punições eram realizadas em calabouços e/ou ruínas de torres, de acordo com Carvalho Filho (2002), descreve que esses lugares apresentavam sujeira, sem higiene e iluminação. As ruínas de torres era o local mais infectado para um

detento, pois, eles morriam antes de seu julgamento, devido as doenças que contraíam.

2.2 Idade Média

A Idade Média originaram-se dentro os anos de 476 a 1453 d.C., conforme a Secretaria da Segurança Pública e Administração Penitenciária (2020), durante esse tempo ocorreu a supremacia da Igreja Católica e economia feudal, nos quais adotaram mudanças na forma de manter um detento preso, essas mudanças são caracterizadas como um local de custódia para conservar o sujeito, esse local de conservação tinha o objetivo de manter os prisioneiros vivos para cumprir suas punições corporais.

As punições, são: amputações em lugares pelo corpo (como os braços), os prisioneiros eram colocados em degola (corte no pescoço), forca, punições na fogueira, queimaduras a ferro em brasa, roda, guilhotina, etc., esses meios foram escolhidos no objetivo de causar uma dor extrema no sujeito e apresentar essas cenas como um espetáculo ao público (CARVALHO FILHO, 2002).

Esse sistema de punições teve uma interferência do poder da Igreja Católica, cujo objetivo era combater a heresia (Santo ofício), ou seja, uma instituição do sistema jurídico da igreja que buscavam, perseguiram, julgavam e puniam as pessoas que não seguiam as normas de conduta. Nesse tempo, houve o surgimento de duas categorias de encarceramento (Estado e eclesiástico), o cárcere do Estado era utilizado quando um sujeito preso estava à espera de seu suplício, já o eclesiástico era aplicado a rebeldes clérigos, onde eram mantidos em mosteiros como modo de punição, para caso se arrependessem de suas ações e obtivessem uma correção, neste meio tempo, há a criação do termo "penitenciária", conhecido como fonte primária das prisões e segue os precedentes do Direito Penal Canônico (SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2020).

2.3 Idade Moderna e Contemporânea

A modernidade iniciou logo após a idade média em 1453 d.C., tendo como um marco histórico a Revolução Francesa (1789), no qual caracterizou um período de organizações sociais feudais para o Estado Moderno, promovendo um desenvolvimento político, econômico e social sob os fundamentos do Capitalismo. Nesta perspectiva, essa época representa a política da monarquia absoluta, essa monarquia é comandada por monarcas (detém de um poder político incondicional), esse poder não tinha limites e impôs barbaridade, onde os súditos não tinham direitos, assim, resultando em detentos punidos e sem apresentar uma justificativa cabível para aquele crime (SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2020).

Para Machado (2018), nesta época, ainda era mantida o detento em um local para preservar sua saúde até o recebimento do castigo, apenas no século XVIII, houve mudanças significativas na história das prisões, são elas: criação do iluminismo e as dificuldades econômicas da época, resultando em mudanças na pena de privação da liberdade.

As dificuldades econômicas marcadas pelas transformações sobre o martírio pela privação da liberdade relaciona-se com a miséria que a população da época enfrentava, gerando um aumento na pobreza e crimes. A pena de morte e as punições corporais não tinham eficiência pela justiça, visto que a domesticação pelo corpo não aterrorizavam o povo, portanto, surgiu a pena de privação da liberdade para o controle social (PIAUHY, 2019).

Pode-se compreender o caráter de obviedade que a prisão-castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e, entretanto, ela surgiu tão ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado (FOUCAULT, 1998, p.70).

Isso, representa o nascimento do iluminismo, no qual havia movimentos intelectuais no intuito de defender o uso da razão contra os antigos regimes de punições, assim, promovendo uma maior liberdade, economia e política.

“Os pensadores iluministas tinham como ideal a extensão dos princípios do conhecimento crítico a todos os campos do mundo humano” (SANTOS et al, 2018, p.11), no qual acreditam que podiam contribuir para os avanços da humanidade e na superação da ilegalidade e superstições, os quais são caracterizados como parte da Idade Média, esses pensadores associavam o conhecimento crítico com a melhora da sociedade e Estado (SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIARIA, 2020).

No período iluminista ocorreu o marco inicial para uma mudança de mentalidade no que diz respeito à pena criminal. Surgiram na época, figuras que marcariam a história da humanização das penas, como: Cesare Beccaria, em sua obra intitulada “Dos Delitos e das Penas”, publicada em 1764 que combateu veemente a violência e o vexame das penas, pugnando pela atenuação, além de exigir o princípio da reserva legal e garantias processuais ao acusado (PIAUHY, 2019, p.20).

Segundo Zambam e Ickert (2011), a influência que os pensadores iluministas tem e as figuras marcadas na história (Cesare Beccaria, obra "Dos delitos e das penas"), entende-se que iniciou a voz da indignação em relação as penas aplicadas sob uma falsa bandeira da legalidade. "A antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade, estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões." (BITENCOUT, 1993, p.14).

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na Segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; e entre os legisladores das assembleias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco (FOUCAULT, 1998, p. 63).

A finalidade da natureza e das instituições são modificadas desde o século XVIII, nesse início as prisões tornaram-se fundamentais para a representação de punição para as pessoas que não seguem as normas estabelecidas, a prisão é assumido como um estabelecimento público de privação da liberdade (SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIARIA, 2020).

Como explica Carvalho Filho (2002), o rigor, a severidade, regulamentação, higiene e intransponibilidade são a visão institucional em uma dinâmica para reprimir os delitos cometidos, assim, promovendo a reinserção social desse detento, lembrando que passou a caracterizar as instituições penais apenas no século XVIII. O surgimento da pena de privação da liberdade tem relação com o surgimento do capitalismo, um coexiste por causa do outro, assim, gerando um aumento no índice de pobreza na população e criminalidade, outros fatores que afetam a humanidade, são: distúrbios religiosos, guerras, expedições militares, devastações de países, etc.

Nas palavras de Foucault (1998):

Com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja uma forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade dos bens... À ilegalidade dos bens foi separada da

ilegalidade dos direitos (pag.74). O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade (pag.76)

A história das prisões teve um grande contorno para descrever a atual época, demonstrando que no contexto histórico teve diferentes mudanças e transformações, isso ocorreu através de um movimento para a criação de prisões organizadas no intuito de conceber penas de privação da liberdade. A nova concepção da pena contribuiu para disciplinar os detentos, eliminando as punições de humilhação em público e física, essas mudanças determinaram uma lei penal para auxiliar as pessoas na prevenção de delito e os detentos na readaptação dentro de uma sociedade (SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2020).

O Foucault (1998) também descreve que a prisão deixou de apresentar punições com dor física, não utilizando o corpo como um meio de disciplinar, mas sim, a alma do detento. Onde a prisão torna-se uma pena de privação da liberdade e aplica um novo método da “arte de fazer sofrer”, o Estado como favorável em vigiar do que punir, uma vez que vigiar é manter os detentos conscientes de seu progresso e disciplinem-se para obedecer a ordem, leis e não ameaçarem a sociedade.

Portanto, a prisão fundamenta-se em privar o sujeito de sua liberdade como meio de disciplina através do isolamento, no qual retira o detento de seu meio de comunicação, interação e relação para levá-lo até a reflexão sobre seus atos, assim, o reflexo de seu pensamento à sua punição (SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2020).

3 SOCIEDADE E O SISTEMA

Com o passar dos séculos os sistemas de prisões tiveram transformações, teve lugares mais severos e outros benevolentes, já no Brasil são medidas trágicas, pois, não apresentam características severas ou possibilidades de ressocialização. O Estado tem o papel de punir uma pessoa que comete crime e, principalmente, garantir que o indivíduo cumpre a pena, como resultado podem ter ressocialização com uma vida digna, onde respeita os direitos constitucionais da dignidade humana.

A realidade no Brasil é representado como um país com um abandono no sistema prisional, no qual deveria proporcionar um instrumento de ressocialização, mas, na verdade tem a funcionalidade de uma escola, isso acontece devido a forma como o estado e a sociedade trata o sistema de prisões (ASSIS,2007).

Quanto ao papel do Estado, o mesmo não está cumprindo o estabelecido, como em vários diplomas legais, como a Lei de

Execução de Penais, Constituição Federal, Código Penal, além das regras internacionais, como a Declaração dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Lei de Execuções penais, em seu primeiro artigo, estabelece que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, além disso a mesma norma prevê a classificação, assistência, educação e trabalho aos apenados, o que visivelmente não é cumprido na sua integridade (ASSIS, 2007, p.4).

O mesmo autor deixa explícito que no Brasil, há pouco avanço no sistema carcerário brasileiro, tendo uma insuficiência para as demandas do país, resultando em uma insuficiência na ressocialização de detentos. Diante disso, a organização na prisão é uma mistura, ou seja, os detentos com crimes incompatíveis vivem juntos, o sistema precisa treinar profissionais para lidar com essas pessoas, assim, esse auxílio é um amparo no sentido de demonstrar a valorização da vida, contribuindo para que eles possam voltar a produzir na sociedade.

4 SUPERLOTAÇÃO

O sistema carcerário brasileiro representa prisões estaduais e federais de mulheres e homens, no entanto, essas prisões apresentam superlotação, além de não conseguir ressocializar essas cidades, prejudicam a estrutura da prisão.

O Brasil é o terceiro país no mundo com maior número de pessoas presas. Em dezembro de 2014, a população carcerária no Brasil era de 622.202. Dois anos depois, em junho de 2016, havia 726.712 prisioneiros. Especialistas calculam que seria preciso construir um presídio a cada dia do ano para diminuir o déficit de vagas que ascende a cerca de 250 mil. Cada presidiário custa para o Estado em torno de 1500 reais. Como não há verba para tanta gente, são as famílias dos presos que arcam com os custos de alimentação e vestuário dos detentos. Com a superlotação das prisões, as facções criminosas se apoderaram da organização dos presídios e agora disputam os cárceres brasileiras (BEZERRA, 2019).

A superlotação nesses presídios traz problemas para os que não estão presos, pois, onde estão todos empilhados, os agentes penitenciários perdem o controle, resultando no nascimento do crime organizado. A superlotação ocupa muito espaço

e não possibilita a construção de uma oficina nas penitenciárias para os detentos se reconstruir e trabalhar.

4.1 Cultura da Prisão no Brasil

No Brasil, a população tem uma visão sobre o isolamento como uma única solução para os problemas com os criminosos, os civis não se interessam com a forma como esses detentos são tratados dentro das prisões, ou seja, a maior parte da sociedade agradece quando há rebeliões nos centros penitenciários brasileiros, pois, acreditam que haverá menos criminosos vivendo dentro a comunidade (BEZERRA, 2018).

A mesma autora realizou uma entrevista com o ministro do Supremo Tribunal Federal: Alexandre de Moraes, em 2017, a respeito das diferenças de penas para diversos crimes, a resposta do ministro foi:

“Prendemos quantitativamente, desde o furto de um botijão que alguém pula o muro, sem violência ou grave ameaça, até um roubo de carro-forte, com fuzil, um roubo qualificado. Um fica 10 meses e outro fica 5. Condutas totalmente diferentes, só que a bandidagem violenta, a alta criminalidade, fica muito pouco tempo na cadeia”.

Nesta mesma ideia, Bezerra realizou uma entrevista com o professor e procurador de justiça em Minas Gerais: Dr. Rogério Greco, no qual acredita que as prisões representam a desigualdade social no país, nas palavras dele:

“O Brasil prende muito e prende mal. Quem tinha que estar preso, está solto e quem tinha que estar solto, está preso. A gente prende só pobre, só miserável. Esta é a nossa cultura, a nossa regra. É muito mais fácil prender um miserável que prender um sujeito de classe média ou média alta”.

Conforme Bezerra (2018), o governo não proporciona o mínimo de material de higiene para os detentos, diante disso, os presos dependem do dinheiro de sua família para comprar os objetos de sua necessidade. Caso os detentos não tiverem familiares para pedir ajuda, eles precisam pedir para seus colegas de cela, ocasionando em troca de favores, como: sexuais, participação em crimes ou facção. Portanto, as prisões precisam estabelecer uma organização e proporcionar ressocializar o detento, no Brasil apenas 11% dos presos permanecem estudando dentro das penitenciárias e 25% realiza um trabalho.

5 CONCLUSÃO

Como já afirmamos, esta não é uma lista exaustiva dos fatores que levaram a crise penitenciária brasileira. A solução para o quadro lastimável do sistema envolve também resolver outras questões, como a melhoria da educação básica e desmantelamento do crime organizado. Porém, o alívio da superlotação das prisões e políticas efetivas de ressocialização depende também da resolução das questões apresentadas. Um antigo ditado popular diz que mente vazia é oficina do diabo. Este provérbio não poderia ser mais adequado quando se trata da vida carcerária, o indivíduo que não produz, não tem ocupação, no estado mental a qual se encontra onde sua única perspectiva é sumir do ambiente. Na onde são obrigados a conviver com indivíduos que nem sempre há cordialidade e animosidade é algo comum, assim, a ressocialização é necessária para que o indivíduo possa ocupar sua mente, trabalhando, obtendo uma perspectiva de vida melhor, nem que seja pegar e colocar pedra a menos de 2 metros e tirar, mas ele, o detento, tem que gastar sua energia e acreditar que a sociedade, as empresas e principalmente o governo possa lhe dar possibilidades para reintegrar a sua vida digna e viver como um Possível Homem de Bem, que pagou sua pena perante a sociedade e só quer poder a oportunidade de mudar e ter sua segunda chance, Porque Bandido Bom, é Bandido Ressocializado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lídio rosa de **Direito P. diferenciado**. Z. Ed Florianópolis, conceito editorial 2009.

ASSIS, Rafael Damasceno de **A Realidade atual do Sistema penitenciário Brasileiro**. A Evolução Histórica dps regimes prisionais e do sistema brasileiro.2007. In: RIBEIRO, Jair A. *DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA NO TRATAMENTO DE EXECUÇÃO PENAL*. PONTA GROSSA, 2015. Disponível em: <http://www.esedh.pr.gov.br/modules/inscrit_quest/uploads/8/22032016100326_ARTIGO_CIENTIFICO_-_JAIR_APARECIDO_RIBEIRO_-_RA_2204214600037.pdf> Acesso em: 1 março 2020.

AZEVEDO, Alana O. **A INEFICÁCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO NA RESSOCIALIZAÇÃO DOS PRESOS**. BRASÍLIA – DF, 2017. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2390/Monografia_Alana%20Oliveira%20de%20Azevedo.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 1 março 2020.

BEZERRA, Juliana. **Sistema Carcerário no Brasil. 2019**. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/sistema-carcerario-no-brasil/>> Acesso em: 1 março 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

BRITO, Reginaldo F. **Ressocialização de mulheres encarceradas: um estudo no complexo penitenciário feminino de São Luis/MA**. São Luis/MA, 2017. Disponível em:
<<https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/2149/1/ReginaldoBrito.pdf>> Acesso em: 31 março 2020.

BRASIL. Lei n 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**.

CHANLAT, J.F. O indivíduo na organização: dimensões esquecidas. São Paulo; Atlas,1992

DEJOURS, C.; abdoucheli, e; JAYET, C. Psicodinâmica do trabalho- contribuições da escola dejouriana a análise de relação prazer, sofrimento e trabalho. São Paulo: Atlas,1994

FOUCAULT, M. Vigiar e punir- história da violência nas prisões rio de janeiro: vozes,1975.

FOUCAULT, M. **microfísica do poder**.8.ed.Rio de janeiro:1989

GOFFMAN, E. **manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: perspectiva, 1974

MACHADO, Divino Alex. **Origem das Penas e as Primeiras Penitenciárias**. JusBrasil, 2018. Disponível em:
<<https://alexpm190.jusbrasil.com.br/artigos/591838705/origem-das-penas-e-as-primeiras-penitenciarias>> Acesso em: 31 março 2020.

NOVO, Benigno Núñez. **Sistema carcerário brasileiro: problemas e soluções. 2018**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65792/sistema-carcerario-brasileiro-problemas-e-solucoes>> Acesso em: 1 março 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Regras mínimas para o tratamento de presos e procedimentos para aplicação efetiva das regras. Nova York,1984

PIAUHY, Pablo D.A. **A Pena Privativa de Liberdade e o Sistema de Organização Prisional**. Jacobina – BA, 2019. Monografia de conclusão de curso de Bacharelado em Direito. Universidade do Estado da Bahia. Disponível em:
<<http://saberaberto.uneb.br/bitstream/20.500.11896/1323/1/TCC%20PABLO.pdf>> Acesso em: 31 março 2020.

SANTOS, Haroldo Lima. FIALHO, Marcelito Lopes. REIS, Karina Pregnotato. FRANCO, Márcia Villar. OLIVEIRA, Ricardo Bezerra. **Neurociência e o comportamento criminoso: Implicações para o Direito Penal**. 2018. Disponível em: <<https://unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-antiores/volume-4-edicao-2/3396-rci-neurociencia-e-o-comportamento-criminoso-implicacoes-para-o-direito-penal-06-2019/file>> Acesso em: 31 março 2020.

SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. **A história das prisões e dos sistemas de punições**. Disponível em: <<http://www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=102>> Acesso em: 31 março 2020.

WOLF, M. Piores no Rio grande do Sul: **aspectos de sua evolução e problemática**. Porto Alegre, 1990.

ZAMBAM, Neuro José. ICKERT, Airton Juarez. **A democracia brasileira e a pena privativa de liberdade: alternativas que preservam a dignidade humana**. Revista Brasileira de Direito, 2011. Disponível em: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/271/989>> Acesso em: 1 março 2020.

NOTAS:

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

DA NECESSIDADE DE UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E OS REFLEXOS DA LEI Nº 13.964/2019 NA PRODUÇÃO DE PROVAS EX OFFICIO PELO MAGISTRADO

AGRIPINO ROCHA DO NASCIMENTO NETO:

Bacharelado do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA.

DÉBORA RAVENA SILVA MALAQUIAS ^[1]

ROGÉRIO SARAIVA XEREZ ^[2]

RESUMO[3]: O presente artigo tem como escopo discutir acerca da produção de provas *ex officio* pelo magistrado à luz da Constituição Federal de 1988 e sob o prisma das recentes alterações trazidas pela lei nº 13.964/2019. Dentro deste contexto, objetiva-se estabelecer os reflexos desta legislação no Código de Processo Penal Brasileiro no que concerne ao protagonismo probatório do julgador, bem como, a necessidade de um processo penal constitucionalmente instrumentalizado. Neste sentido, será importante realizar uma abordagem sobre sistemas processuais penais e a importância dos mecanismos que asseguram a preservação da imparcialidade do magistrado. Por outro lado, serão imprescindíveis para a compreensão do estudo, noções elementares e conceituais sobre quadro mental paranoico, verdade real e as implicações da mitigação do princípio *in dubio pro reo* no processo penal. Em linhas gerais, no tocante à metodologia adotada, consiste em pesquisas bibliográficas com abordagem indutiva. Desta forma, denota-se a relevância do estudo no mundo jurídico ao se propor uma reflexão crítica sobre processo penal contemporâneo e sua relação com a Constituição e o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: processo penal democrático, constituição, sistema acusatório, prova *ex officio*, lei anticrime.

ABSTRACT: This article aims to discuss the production of *ex officio* evidence by the magistrate in the light of the Federal Constitution of 1988 and under the prism of recent changes brought by law no. 13,964/2019. Within this context, the objective is to establish the reflexes of this legislation in the Brazilian Code of Criminal Procedure with regard to the probative protagonism of the judge, as well as the need for a constitutionally instrumentalized criminal procedure. In this sense, it will be important to take an approach to criminal procedural systems and the importance of the mechanisms that ensure the preservation of the impartiality of the magistrate. On the other hand, it will be essential for the understanding of the study, elementary and conceptual notions about the paranoid mental picture, real truth and the implications of mitigating the principle *in dubio pro reo* in criminal proceedings. Generally speaking, with regard to the methodology adopted, it consists of bibliographic

research with inductive approach. Thus, the relevance of the study in the legal world is denoted by proposing a critical reflection on contemporary criminal proceedings and their relationship with the Constitution and the Democratic State of Law.

Keywords: democratic criminal process, constitution, accusatory system, *ex officio* evidence, anticrime law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sistemas Processuais Penais. 2.1. Noções introdutórias. 2.2. Sistema Acusatório. 2.3. Sistema Inquisitório. 2.4. Sistema Misto. 3. Processo e Constituição. 3.1. Necessidade de um Processo Penal Democrático. 3.2. Processo Penal e a Verdade Real. 3.3. A Produção de Provas *Ex Officio* e a Mitigação do Princípio *In Dubio Pro Reo*. 4. A Posição de um Juiz em um Processo Penal Democrático. 4.1. Quadros Mentais Paranoicos. 4.2. Os Reflexos da Lei nº 13.964/2019 na Produção de Provas *Ex Officio*. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A priori, impende-se destacar que o presente artigo buscará enfatizar sobre a necessidade de uma instrumentalidade constitucional do processo penal. Desta maneira, será ressaltada a importância de uma visão humanística neste campo das ciências jurídicas onde, por óbvio, as arbitrariedades decorrentes dos abusos no exercício do poder Estatal são mais invasivas nos direitos fundamentais dos cidadãos.

Neste sentido, a postura adotada pelo Estado em relação à proteção das garantias constitucionais assumirá a função de um termômetro, sendo, portanto, um mecanismo que aferirá o grau de comprometimento em assegurar a compatibilidade do processo penal com os valores democráticos.

Dentro deste contexto, através de uma metodologia indutiva, demonstrar-se-á a relevância acadêmica e social da temática adotada, por meio de uma reflexão crítica sobre processo penal contemporâneo e sua relação com a Constituição Federal de 1988 e com o Estado Democrático de Direito.

Desse modo, será mister discutir sobre o perigo do protagonismo probatório do julgador que permite a continuidade da epistemologia inquisitória nas práticas punitivas contemporâneas e os reflexos da lei nº 13.964/2019 (lei anticrime) nesta prática prejudicial ao processo penal constitucional vigente.

No primeiro capítulo, será estabelecido um breve contexto histórico sobre a origem dos sistemas processuais penais. Dessa maneira, compete-se pontuar que o presente artigo não busca esgotar as fontes históricas sobre processo penal, mas tão somente trazer as noções elementares sobre sistemas processuais penais e o critério

utilizado para definir um sistema processual penal consagrado dentro de uma ordem jurídica.

Posteriormente, no segundo capítulo, serão enfatizados os motivos que denunciam a necessidade de um processo penal constitucional. Desatacar-se-á, ainda, como a verdade real funciona como justificativa para adoção de práticas inquisitivas pelo magistrado, bem como, o seu desejo desenfreado em alcançar a condenação em detrimento do princípio *in dubio pro reo*.

No terceiro capítulo, será delimitada a posição do magistrado dentro da sistemática processual penal inserido num contexto de Estado de Direito. Desta maneira, enfatizar-se-á a importância da preservação da imparcialidade do julgador como uma garantia fundamental do acusado. Nesta esteira, será abordado que o magistrado deverá desconfiar de suas decisões tomadas previamente, sob pena de incorrer na formação do quadro mental paranoico, que por ter como alicerce uma característica humana, está sujeito a falhas.

Dentro deste mesmo contexto, serão discutidos os reflexos da lei n.º 13964/2019 na produção *ex officio* pelo magistrado. Deste modo, destacar-se-á a expressa previsão do sistema acusatório pelo Código de Processo Penal fazendo uma crítica à resistência em se reconhecer os valores democráticos traçados pela Constituição Federal de 1988.

Por fim, abordar-se-á o instituto do juiz das garantias como um mecanismo de preservação da imparcialidade do magistrado na fase da investigação, e que o afasta da formação do quadro mental paranoico. Dessa forma, será esclarecida a importância da separação das funções do juiz na fase da investigação e na fase do processo, bem como, a proibição do julgador de proferir sentenças em casos que tenha o conhecimento da existência de prova declarada inadmissível em decorrência da inserção do parágrafo 5º ao artigo 157, do Código de Processo Penal pela lei anticrime.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

2.1 Noções introdutórias

Diante de um contexto geral, os sistemas processuais penais adotados por uma ordem jurídica podem ser identificados de acordo com a rigidez ou flexibilidade das regras adotadas no âmbito penal ou processual. Historicamente, de forma ampla, as discussões recaem sobre dois sistemas: o acusatório e o inquisitório. Porém, segundo Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 39), vão “surgindo contemporaneamente modelos que guardam características de ambos sem que, todavia, possam ser indicados, no que se refere à estrutura, como sistemas mistos”.

Conforme o referido autor, a utilização do termo “misto” é incorreta, pois esse modelo possui características tanto do sistema acusatório quanto inquisitório. Portanto, ele não decorre de um princípio unificador, o qual é responsável por dar significado ao termo “sistema”, assim, classificá-lo como se fosse um terceiro gênero é errôneo.

Jacinto Coutinho (2009, p. 108), baseando-se na doutrina Kantiana, leciona que um conjunto de elementos relacionados a uma ideia única corresponde ao “sistema”. Quanto à ideia, esta funcionaria como um princípio unificador, pautada pela finalidade do conjunto e, como esclarece o autor, todos os sistemas, em qualquer seara, são dotados desse princípio.

Uma importante diferenciação entre os sistemas processuais recai sobre a gestão da prova, pois esta determina o cenário político e social de um grupo e, além disso, permite tirar conclusões acerca da contaminação do processo, no qual o juiz poderá, ou não, ser imparcial.

2.2 Sistema acusatório

Em linhas gerais, apenas para uma melhor apresentação do modelo, destaque-se, de forma sintetizada, que o sistema acusatório teve a sua origem no direito grego em que, havendo uma conduta delitiva considerada de natureza grave, qualquer pessoa estaria apta a realizar a acusação.

O sistema também se fez presente no direito romano, porém, no fim do período republicano e à época do Império, demonstrou ser insuficiente. Essa insuficiência residiu no fato de ser carente de garantias, bem como a persecução criminal não ser revestida de imparcialidade. Diante disso, rompeu-se uma de suas características principais: as funções de acusar e julgar serem exercidas por pessoas distintas.

O referido sistema pauta-se em separar, nitidamente, as atividades de acusar e julgar. Somado a isso, evita a busca pela prova, de ofício, por parte do magistrado e, por conseguinte, reforça a estrutura da argumentação, garantindo a imparcialidade do magistrado.

Hodiernamente, como já mencionado, uma importante distinção entre os sistemas processuais se refere à atividade probatória. O acusatório, por seu turno, traz consigo a necessária diferenciação entre o gestor da prova e o julgador, isto é, para cada função de acusar, defender e julgar existe uma pessoa específica. Assim, observa-se a lição de Alexandre Morais:

A separação das funções do juiz em relação às partes se mostra como exigida pelo 'princípio da acusação', não podendo se confundir as figuras, sob pena de violação da garantia da igualdade de partes e armas. Deve haver paridade entre defesa e acusação, violentada flagrantemente pela aceitação dessa confusão entre acusação e órgão jurisdicional, a saber, é vedada qualquer iniciativa probatória do julgador (ROSA, 2013, p. 40).

Nota-se que um dos objetivos a ser alcançado em face da separação das mencionadas atividades é a imparcialidade do julgador. Dessa forma, o juiz não pode produzir provas que, direta ou indiretamente, irão beneficiar ou prejudicar o réu. Nessa toada, em conformidade com Aury Lopes Jr. (2016, p. 27), é "incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz".

Entretanto, é válido mencionar o sistema processual acusatório não puro, isto é, quando se torna possível a realização de medidas *ex officio* por parte do juiz. Dessa forma, contrariando a pureza do referido sistema, mesmo em se tratando de tarefas que sejam persecutórias ou probatórias, o magistrado poderá exercê-las.

No atual ordenamento jurídico brasileiro, dentre vários dispositivos, temos dois exemplos nítidos de atividades em que o juiz pode buscar materiais probatórios e envolver-se na persecução criminal: a decretação da prisão preventiva e a faculdade dada ao juiz para agir, de ofício, quanto à prova da alegação, previstos respectivamente nos artigos 311 e 156 do Código de Processo Penal.

Em síntese, observa-se que o sistema acusatório (puro) preocupa-se em dividir a tarefa de cada indivíduo, seja ela acusar, defender ou julgar. Portanto, não permite que o próprio julgador seja responsável por realizar atividades invasivas aos campos de atuação da defesa e da acusação. Com isso, a imparcialidade do juiz permanece intacta e o processo não resta contaminado.

2.3 Sistema inquisitório

Presente nos regimes de cunho autoritário e com forte incidência do direito canônico, o sistema inquisitório, como a própria nomenclatura aduz, remota à Inquisição. Dessa maneira, o presente sistema surge como arcabouço repressor das condutas que se demonstrassem antagônicas aos interesses da Igreja Católica.

Nesta esteira, Coutinho[4] destaca que "excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um pecador, logo, detentor de uma 'verdade' a ser

extraída”. Ademais, na lógica processual inquisitorial, o réu era o pecador e a confissão do pecado deveria ser extraída a qualquer custo pelo inquisidor.

Dentro deste contexto, o inquirido se restringe a mero objeto do processo, evidenciando o que Lopes Jr. definiu como “o desamor total pelo contraditório” [5], que é a essência do sistema inquisitório. Não é por outra razão que a “verdade” a ser extraída não é uma prova colhida em contraditório, mas sim em uma confissão do inquirido, que deve ser alcançada por qualquer artifício à disposição do inquisidor, sendo admitida até mesmo a tortura.

Inegavelmente, neste sistema, o juiz é um protagonista parcial que produz e conduz as provas no processo. Por outro lado, o réu é desqualificado da condição de sujeito processual. Portanto, as funções de julgar e acusar estão concentradas nas mãos do inquisidor. Logo, por óbvio, o único meio garantido ao inquirido para alcançar a absolvição seria resistir à confissão. Nesse sentido, inclusive, leciona Lopes Jr. (2014):

O suspeito só tinha “direito” a que somente praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas (LOPES JR., 2014, p.69).

Desse modo, o sistema inquisitório é baseado numa estrutura de pensamento obcecada pela verdade real, abre-se a possibilidade para aquele que decide busque provas para justificar a sua decisão. Nota-se, claramente, à luz do exposto, que o sistema inquisitório é historicamente fruto de uma estrutura processual antidemocrática de supressão de direitos e garantias fundamentais.

2.4 Sistema misto

O presente sistema, tem como base norteadora para estruturação do seu modelo o Código Napoleão de 1808, diploma que previu a cisão do processo em dois momentos: fase investigatória e fase processual. A primeira tipicamente inquisitória e a outra acusatória. No Brasil, alguns doutrinadores, como Guilherme de Sousa Nucci[6], já defenderam ser o sistema misto o adotado pelo Código Processual Penal Brasileiro. Todavia, deve ser ressaltado, que após a lei nº 13.964/98 não há dúvida que o sistema é acusatório, como será desenvolvido adiante.

Noutro giro, é importante pontuar que as características dos sistemas inquisitorial e acusatório podem se misturar, sem necessariamente ocorrer

interferência na gestão da prova. Imperioso destacar que o que define o sistema processual penal adotado é a gestão da prova. Neste sentido, leciona Coutinho[7]:

Ora, faz-se uma opção política quando se dá função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado (COUTINHO, 2009).

Inegavelmente, ante o exposto, a gestão da prova é o princípio unificador que denuncia o sistema processual consagrado pela ordem jurídica. Por óbvio, permitir a produção de provas pelo julgador, é tolerar a imposição de um sistema inquisitorial. Dessa maneira, o sistema misto, é nada mais que, um sistema inquisitorial mesclado com componentes do sistema acusatório, traduzindo o que Coutinho definiu como “fraude à democracia processual”[8].

3 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

3.1 Necessidade de um processo penal democrático

O atual Código de Processo Penal, projetado por Francisco Campos[9], Ministro da Justiça do Estado Novo de Getúlio Vargas, é inspirado no Codice Rocco (Código de Processo Penal Italiano), cuja origem remete à época do fascismo italiano, portanto, inegável a sua matriz de cunho ditatorial. Logo, partindo-se da exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, é sintomática a referência ao processo como um instrumento pensado dentro de um contexto de defesa social, conforme se depreende da supracitada exposição de motivos:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com

pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.[10]

Por óbvio, à luz do que foi dito, é irrefragável o choque ideológico entre o Código de Processo Penal, promulgado em 1941, coincidente com o período do Estado Novo de Getúlio Vargas e a Constituição Democrática de 1988. Dentro desse contexto, é cediço que a redução do processo a um instrumento a serviço da segurança nacional não se coaduna com o projeto democrático delineado pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, não se pode tolerar o processo como instrumento de jurisdição penal de repressão à criminalidade, logo, esta linha de pensamento é incompatível com a concepção de processo penal democrático, que somente é possível dentro de uma instrumentalidade constitucional[11].

Neste sentido, a constitucionalização que reveste o processo funciona como mecanismo limitador dos arbítrios do exercício do poder punitivo estatal, sendo, portanto, o caminho necessário para legitimar a pena imposta. Logo, percebe-se que, necessário se faz, no âmbito do processo penal, realizar uma filtragem constitucional da aplicação dos seus dispositivos verificando se determinada regra foi ou não recepcionada pela atual ordem constitucional. Não por outra razão, Lopes Jr. adverte que:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal) senão que desempenha o papel limitador do poder e garantidor do indivíduo submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. (LOPES JR., 2012, p. 72).

Em assim sendo, o processo penal deve ser um instrumento a serviço da máxima efetividade dos direitos fundamentais, o que não pode ser encarado como sinônimo de impunidade. Acertadamente, Bitencourt pontua que:

[...] o medo coletivo difuso, decorrente da criminalidade de massa, permite a manipulação e o uso de uma política criminal populista, com o objetivo de obter meios e instrumentos de combate a criminalidade, restringindo, quando não ignorando, as garantias de liberdades individuais e os princípios

constitucionais fundamentais, sem apresentar resultados satisfatórios (BITENCOURT, 2014, p. 21).

Assim, o autor previne sobre os riscos decorrentes do clamor social baseado em narrativas norteadas pelo punitivismo e o popularismo, que acabam por legitimando discursos com maior punição e ignorando a vertente constitucional do processo penal, que é um instrumento de proteção do débil[12].

Desse modo, é inegável que o processo penal constitucional atua preservando o contraditório e submetendo tudo às regras do jogo previstas na Constituição Federal. Assim, o controle de constitucionalidade exercido sobre as regras do Código de Processo Penal se estrutura como sustentáculo da ordem constitucional e do Regime Democrático de Direito.

3.2 Processo penal e a verdade real

O processo penal, compreendido como um jogo processual, conforme Alexandre Morais (2013), é uma verdadeira estrutura de conclusões variáveis. Os denominados “subjogos”, que são os “movimentos” realizados pelas partes na fase processual, são os responsáveis pelo resultado obtido ao fim do processo. Dessa forma, assevera o mencionado autor:

A instabilidade de cada rodada do jogo processual exige jogadores atentos ao lance do oponente, bem assim a antecipação da antecipação das possíveis jogadas. A incerteza aqui é inerente ao jogo processual e os cálculos permanentes. A informação é sempre parcial e vindoura. Depende das rodadas (subjogos). Ao final haverá a oportunidade de alegações finais, claro, mas isso não impede a existência de surpresas. Aliás, a surpresa, o benefício do terreno (conhecer o lugar e o julgador onde a partida se desenrola) e o ataque convergente (focado nos tipos penais objeto da ação penal) se constituem como elementos necessários à compreensão do fenômeno processual. Antecipam, por assim dizer, as jogadas possíveis com o objetivo de vitória e a capacidade de compreensão do julgador. Esse desenrolar se dará pela “informação” incluída no jogo processual (ROSA, 2013, p. 26).

Nessa toada, podemos complementar com as lições de Lopes Jr. (2017) acerca dos riscos e da epistemologia da incerteza. Segundo o autor, essas são características intrínsecas ao processo (civil ou penal). Assim, compreende-se que, embora o direito material possa ser nítido aos olhos da lei, é a atividade processual que irá determinar, ou não, o seu acolhimento.

Nesse diapasão, salta aos olhos o cenário incerto e instável em que o processo penal se encontra. Portanto, nota-se a impossibilidade de se reproduzir perfeitamente os acontecimentos que deram origem ao litígio. Dessa forma, entende-se que, através das provas colhidas na fase processual, há apenas uma aproximação da realidade, com isso, não se pode oferecer ao juiz uma certeza, de fato, absoluta. Assim, leciona Renato Brasileiro:

Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade. Enfim, a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível (LIMA, 2019, p. 70).

O mito da verdade real (ou material) está relacionado com a forma do sistema inquisitório e com os sistemas políticos autoritários. Assim, verifica-se que a mencionada verdade funcionou como uma justificativa para a adoção de medidas inquisitivas pelo magistrado.

Ademais, embasados no discurso da verdade real, os órgãos responsáveis pela persecução penal adotaram uma cultura inquisitiva, como afirma Lopes Jr. (2016, p. 208). Nessa situação, o juiz poderia perseguir a verdade material, podendo agir de forma arbitrária e suprimindo direitos, ou seja, a todo custo, em nome da “ambição pela verdade”.

Dessa maneira, em face do mencionado ânimo persecutório do juiz, ele não só exerce a função de julgador, como também investiga. Observa-se, portanto, uma quebra das características de um sistema penal democrático, pois a imparcialidade do magistrado é atingida em virtude da não separação das atividades de acusar e julgar.

É sabido que existe uma verdade material no âmbito processual penal, contudo, não se pode afastar as garantias processuais para a sua obtenção. Nesse sentido, conforme Muriel e Sander (2018, p. 171), o julgador não pode avocar para si o discurso da verdade real, no intuito de que suas atividades inquisitoriais sejam legitimadas, transformando o indivíduo em um instrumento do processo.

Hodiernamente, pode-se afirmar que o artigo 156 do Código de Processo Penal é um resquício da inquisitorialidade e o pilar do princípio da verdade real. Entretanto, com o surgimento da lei nº 13.964/2019, o artigo supracitado encontra-se incompatível com as novas disposições.

Portanto, em virtude do afrontamento resultante do advento da lei anticrime, é possível se falar em revogação tácita do dispositivo mencionado. Isso porque a gestão da prova *ex officio* por parte do juiz, notoriamente inquisitiva, vai de encontro à estrutura acusatória estabelecida pela nova lei.

3.3 A produção de provas *ex officio* e a mitigação do princípio *in dubio pro reo*

Inicialmente, far-se-á mister avocar as lições de Deltan Dallagnol (2015), defendendo que a condenação do réu precisa da elevada probabilidade da hipótese que afirma sua culpa. Nota-se, diante do exposto, uma acentuada preocupação do autor na facilitação da acusação do réu quando o material probatório for ínfimo. Logo, por óbvio, é inegável que, não se podendo aferir e verificar a prevalência da alta densidade da hipótese que evidência a culpa do réu e, por conseguinte, legitime a sentença condenatória, a mesma não poderá prosperar.

Acertadamente, seguindo a mesma esteira, Alexandre Morais da Rosa e Salah Khaled Jr. (2014, p. 19), lecionam que: “em uma estrutura de contenção do poder punitivo, a dúvida deve gerar absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio do *in dubio pro reo*”. Porém, o processo penal idealizado por Francisco Campos é fundado em um raciocínio diverso, que configura um verdadeiro *in dubio pro hell*.

Entretanto, esta concepção, que é fruto de uma matriz autoritária, é indubitavelmente revestida de um viés inquisitório. Logo, a verdade deve ser perseguida até se chegar ao resultado almejado, que é a condenação. Assim, resultando aquilo que Salah Khaled Jr. denominou de processo penal do inimigo[13]. Desse modo, mesmo com dúvidas acerca da culpa do réu, o magistrado embarca em uma aventura jurídica, a fim de buscar provas que justifique a sua decisão condenatória.

Notoriamente, este protagonismo do magistrado, impulsionado por uma busca desenfreada da verdade no processo penal gera arbitrariedades, aumentam as chances de serem proferidas sentenças injustas, portanto, mitigando as garantias fundamentais e negando a vertente constitucional ao processo. Desta forma, alimenta os riscos da condenação de inocentes. Não é por outra razão que Penido Christian Tombini, acertadamente, remete-nos às lições de Zaffaroni[14], que há muito adverte que “é preciso um direito penal crítico e de luta, mas não de guerra, porque não se pode negar a condição de pessoa a ninguém.”

Diante das questões expostas, embora o princípio *in dubio pro reo* tenha expressa previsão de sua aplicabilidade na redação no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, é nítido que a produção de provas de ofício pelo julgador mitiga a sua efetividade, além de violar a sistemática processual acusatória consagrada pela

Constituição Federal de 1988. Logo, o que se resta configurada é uma nítida violação da dignidade humana, que é a matriz de todos os direitos fundamentais. Uma vez que, a imposição das vontades arbitrárias dos magistrados norteadas pelo fetiche na condenação se sobrepõem à absolvição do acusado.

4 A POSIÇÃO DE UM JUIZ EM UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Entende-se por um processo penal democrático aquele que decorre de um sistema que permite, ao juiz, apenas o exercício da função de julgar. Portanto, em conformidade com Lopes Jr. (2017, p. 156), “Se a imparcialidade é o Princípio Supremo, deve ser compreendido que somente um processo penal acusatório, que mantenha o juiz afastado da iniciativa e gestão da prova, cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial”.

Com isso, compreende-se que apenas depois da instauração de uma democracia no âmbito processual, torna-se possível abordar a imparcialidade do julgador. Sendo impossível, entretanto, falar-se em juiz imparcial em um modelo processual inquisitório, pois este não comporta uma definida separação de funções.

No ordenamento jurídico brasileiro, temos as hipóteses de impedimento e suspeição, as quais procuram resguardar a imparcialidade do magistrado. Somado a isso, tem-se as disposições do artigo 95 da Constituição Federal vigente, o qual estabelece as garantias e vedações aos juízes, também com o intuito de estabelecer um juiz imparcial.

Para que se alcance a figura de um juiz dotado de imparcialidade, é preciso que este seja, necessariamente, um terceiro estranho ao processo (mesmo sendo um sujeito da relação). Em outros dizeres, as atividades cabíveis às demais partes da lide não poderão ser realizadas, em qualquer hipótese, pelo julgador.

Embora diante da visão do juiz como sujeito do processo, conforme nos ensina Alexandre Morais (2013, p. 61), “a função do julgador não pode ser confundida com a dos jogadores”. O juiz será responsável por exercer sua atividade jurisdicional somente ao fim do processo, após as atividades probatórias e persecutórias desenvolvidas pelos interessados.

É imperioso ressaltar que não se pode falar em neutralidade do juiz, tendo em vista as experiências, crenças e ideologias ao longo de sua vida. Entretanto, é possível abordar a figura de um magistrado dotado de independência, o qual é responsável por não se submeter a manipulações. Nessa toada, leciona Aury Lopes Jr.:

Não que com isso estejamos querendo o impossível – um juiz neutro – senão um juiz independente; alguém que realmente

possua condições de formar sua livre convicção. Essa liberdade é em relação a fatores externos, ou seja, não está obrigado a decidir conforme queira a maioria ou tampouco deve ceder a pressões políticas (LOPES JR., 2016, p. 36).

Vale dizer que a mencionada independência não estabelece o surgimento de um indivíduo que delibera arbitrariamente. Na verdade, o juiz não detém uma total liberdade em suas decisões, estas devem ser tomadas em face das provas produzidas pelas respectivas partes do processo, atentando, por óbvio, às garantias fundamentais. Fazendo surgir, assim, a figura de um juiz garantidor.

Dessa forma, percebe-se que a posição do magistrado reflete, diretamente, uma legitimidade constitucional, "e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial", de acordo com Aury Lopes Jr. (2016, p. 36).

Portanto, em se tratando da necessidade de garantir os direitos fundamentais, o juiz só poderá deliberar baseando-se naquilo que consta no processo, com observância às regras legais. Ademais, segundo Fernando Capez:

O juiz situa-se na relação processual entre as partes e acima delas (caráter substitutivo), fato que, aliado à circunstância de que ele não vai ao processo em nome próprio, nem em conflito de interesses com as partes, torna essencial a imparcialidade do julgador. Trata-se da capacidade subjetiva do órgão jurisdicional, um dos pressupostos para a constituição de uma relação processual válida (CAPEZ, 2016, p. 96).

Em suma, "a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal", conforme Aury Lopes Jr. (2016). Diante disso, entende-se pela necessidade de a posição do juiz ser afastada da iniciativa probatória e da gestão da prova, de modo a assegurar a sua imparcialidade.

4.1 Quadros mentais paranoicos

Nota-se que há muito a literatura faz-se presente no Direito e vice-versa. Quando se discute acerca dos quadros mentais paranoicos, o exemplo literário que melhor define o seu conceito é a obra de 1899 escrita por Machado de Assis, Dom Casmurro. Não por outro motivo costuma-se denominar o quadro mental como "Síndrome de Dom Casmurro".

De forma sucinta, a obra nos traz o protagonista Bentinho, que acredita piamente que fora traído por sua mulher, Capitu. Ao longo da trama, torna-se possível interpretar que essa hipótese criada pelo personagem principal é tida como “verdade” para ele. Dessa forma, Bentinho não mais procura por provas que venham a desmentir a sua desconfiança, mas que corroborem com ela.

Assim, a paranoia do personagem faz com que ele, primariamente, escolha em que acreditar, para que, posteriormente, busque evidências para comprovar a sua versão. Dessa maneira, no âmbito jurídico, o quadro mental paranoico é concretizado quando o juiz primeiro decide (em virtude do recolhimento de prova), para só então buscar indícios que comprovem a sua decisão.

Como assevera Coutinho (2009, p. 112), a colocação das hipóteses acima dos fatos não é uma característica própria dos juízes, mas de todos os seres humanos, em virtude do modo de pensar. Portanto, o magistrado, ao entrar em contato com o material probatório, forma os seus “pré-conceitos”, assim, já tem ciência do caminho a ser percorrido para a produção de provas que compactuem com o seu julgamento antecipado.

Ainda de acordo com o autor, a “solução” para os quadros mentais paranoicos seria o homem deixar de pensar, o que é impossível. Nesse caso, conclui-se que o remédio para o problema se encontra em outro lugar. Dessa forma, retoma-se a discussão sobre o sistema acusatório.

Renato Brasileiro (2019, p. 43), por seu turno, leciona que, na fase de investigação no referido sistema, o juiz intervirá apenas quando houver provocação e quando existir a necessidade de intervenção judicial. Quanto ao momento instrutório do processo, o autor compactua com a ideia de o magistrado ser dotado de iniciativa probatória, o que permite a determinação de provas de ofício.

Noutro vértice, diante da nítida separação de funções no sistema acusatório, Cleber Masson e Vinícius Marçal (2018, p. 294) corroboram com o entendimento que o juiz não deve atuar ativamente na primeira fase da persecução criminal. Isto porque o acusado restaria prejudicado, pois a investigação seria direcionada pelo próprio mediador, o qual teria como base a sua avaliação primária.

Lopes Jr. (2016, p. 195), no entanto, afirma que o juiz, possuidor de poderes instrutórios, em qualquer fase, gera o quadro mental paranoico. Portanto, o julgador, mesmo que de forma inconsciente, buscaria fatos que dessem legitimidade à sua decisão, a qual fora tomada desde o início. Também nesse sentido, Melchior adverte:

Impedir que o julgador tome parte deste quadro mental paranóico, ou pelo menos, evitar ao máximo que isto ocorra é

o ponto central do sistema. O princípio acusatório tem na gestão da prova o seu mais fundamental elemento de estrutura porque não pode conviver com a possibilidade, qualquer que seja, de que o julgador percorra o caminho da instrução probatória no desejo de justificar uma decisão que já tomou. Um perigo abstrato já é mais do que suficiente (MELCHIOR, 2011, p. 155).

Ex positis, compreende-se que o julgador deve desconfiar de suas próprias decisões prévias, pois em face do quadro mental paranoico ter como alicerce uma característica humana, elas estão sujeitas às falhas. Nesse entendimento, a imparcialidade do magistrado estaria conservada e a contaminação processual minimizada.

4.2 Os reflexos da lei nº 13.964/2019 na produção de prova *ex officio*

Acertadamente, Giacomolli (2015, p. 159) leciona que as várias “tentativas de situar o processo penal brasileiro no plano constitucional e humanitário fracassaram de forma olímpica”. Deste modo, apesar do Brasil acumular um flagrante conjunto de insucessos^[15], no que concerne às tentativas de inserir o processo penal num prisma constitucional. A lei nº 13.964/ 2019^[16], embora configure um avanço tímido, pode-se afirmar que é uma conquista. Dentro desta realidade, que é histórica, mister se faz avocar as lições de Choukr:

O Brasil se coloca tardiamente na rota das reformas globais empreendidas pela imensa maioria dos países latino-americanos que reconstruíram suas bases político jurídicas no estado de direito, bem como em relação a alguns países paradigmáticos para a cultura processual brasileira, como Itália e Portugal, os quais, com maior ou menor velocidade, adaptaram por completo sua estrutura processual às bases constitucionais condizentes com a reforma política, assim como com os textos internacionais diretamente aplicáveis ao tema, e buscaram dar, assim, vida prática – e não meramente retórica – à clássica concepção de ser o processo penal “o sismógrafo da constituição (CHOUKR, 2017, p. 26)

Portanto, lamentavelmente, o que se pode perceber é que a justiça criminal brasileira é resistente em reconhecer os valores democraticamente traçados pela Carta Magna de 1988. Ora, a estrutura acusatória já era prevista no artigo 129, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988^[17]. Neste sentido, compete

ao Ministério Público promover a ação penal pública. Por óbvio, conseqüentemente o protagonismo do magistrado deveria ser afastado desta atividade.

Entretanto, com o advento da lei nº 13.964/2019, que inseriu o artigo 3-A ao Código Processo Penal, busca-se uma redução dos danos penais com a expressa adoção da estrutura acusatória pelo processo penal brasileiro. Desta forma, revela-se uma perfeita harmonia da lei ordinária com o que se preconiza o texto constitucional. Obviamente, atualmente, em razão da certeza quanto ao sistema acusatório, é vedado ao magistrado praticar atos de parte.

Por outro lado, é oportuno enfatizar que, além da adoção do sistema acusatório com o advento da lei nº13.964/2019, foi instaurado o instituto do juiz das garantias, que tem previsão no artigo 3-B, do Código de Processo Penal. Deste modo, cria-se um mecanismo que atua no controle da legalidade da instrução criminal e na proteção de direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, imperioso se torna avocar as lições de Rogério Sanches Cunha (2020, p. 70) que leciona:

Observa-se, contudo, que no sistema acusatório, mesmo o juiz das garantias não deve imiscuir-se na fase investigatória, senão quando necessária a sua intervenção, sempre que provocada pelos órgãos que atuam na investigação. O juiz das garantias não é um juiz investigador. Nesse sistema, a inércia do juiz em relação a persecução penal deve ser absoluta, não sendo possível a adoção de medidas que promovam ou incentivem a decisão de acusar, sob pena de quebra do princípio da imparcialidade objetiva. (CUNHA, 2020, p.70)

Inegavelmente, percebe-se que a criação da figura do juiz das garantias revela uma preocupação em afastar o juiz de forma plena da persecução criminal. Assim, são impedidas as práticas do magistrado que o aproximem da atividade acusatória, a fim de assegurar a imparcialidade objetiva daquele que julga.

Dessa maneira, deixa-se claro que o juiz não deverá ter contato com as provas na fase de investigação, além de estabelecer uma nítida separação das funções do juiz na fase de investigação e do processo. Logo, por óbvio, o que se busca com a previsão deste instituto é a preservação da estrutura acusatória do processo e assegurar o afastamento do julgador da iniciativa probatória na fase de investigação, bem como, impedir a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Dentro deste contexto, no que concerne aos mecanismos que visam a efetivação da imparcialidade do julgador, far-se-á mister destacar um dos reflexos da lei nº13.964/2019 que incluiu o §5º ao artigo 157, ao Código de Processo Penal. Assim, não poderá proferir a sentença o magistrado que teve acesso ao conteúdo

probatório que violou uma norma de direito material ou processual, uma vez que obteve contato com a prova considerada ilícita.

Conforme, supramencionado, o juiz uma vez conhecendo o teor da prova ilegal não poderá proferir sentença ou acórdão. Desta forma, percebe-se a busca do ordenamento jurídico pela imparcialidade do juiz, seja ela subjetiva e objetiva. Assim o magistrado não deve ter relação nenhuma com as partes (subjetiva) nem tão pouco dever ter relação íntima com a produção de provas ou com provas ilegais (objetiva) que ele irá apreciar e formar seu futuro convencimento.

Acertadamente, a lei anticrime protege a imparcialidade daquele que julgará o caso, pois aquele que teve contato com as provas ilícitas também está contaminado, já que em seu subconsciente, está a ciência de que se trata de um material probatório ilícito.

Ante o exposto, é irrefragável os reflexos positivos da lei anticrime na proteção da imparcialidade do magistrado. Ademais, pode-se dizer que é uma conquista processual que minimiza os danos decorrentes dos resquícios inquisitórias, além de preservar as garantias fundamentais do acusado, portanto, aproxima-se de um processo penal mais democrático. Desse modo, afasta-se o magistrado da formação de um quadro mental paranoico e da busca da verdade real no processo penal, que é conduzida pelo fetiche na condenação.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo permitiu uma análise dos sistemas processuais penais, tanto em um contexto geral, como no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, restou claro a impossibilidade de se ter, no sistema inquisitório, a imparcialidade do julgador. Diferentemente do que se percebeu no sistema acusatório (puro), em que o magistrado é imparcial em virtude da necessária separação de funções de acusar e julgar.

Somado a isso, ficou nítido que o processo não pode ser visualizado como um instrumento responsável pela repressão aos crimes. Deve, no entanto, ser reconhecido como o caminho necessário para o resguardo dos direitos fundamentais, bem como para evitar arbitrariedades no exercício do poder punitivo estatal. Portanto, observou-se que o processo penal é o mecanismo utilizado para que a pena imposta tenha legitimidade.

Além disso, diante das abordagens acerca da busca pela verdade real e da mitigação do princípio *in dubio pro reo*, viu-se que a atuação de um juiz que pratica ato de parte é, por excelência, antidemocrática. Dessa forma, constatou-se que ainda perdura a continuidade da epistemologia inquisitória nas práticas contemporâneas.

Revelando, portanto, a resistência em se compatibilizar as regras do Código de Processo penal com o que se preconiza a matriz democrática traçada pela Constituição Federal de 1988.

Nessa toada, ao ter sido discutida a posição de um juiz em um processo penal democrático, verificou-se que o ponto principal dessa questão se refere à imparcialidade do julgador. Dessa maneira, restou compreendido que a figura de um juiz imparcial somente será possível se, obrigatoriamente, o magistrado for um estranho ao processo, o que só poderá ocorrer face a um sistema acusatório, dada a separação de funções já explicitada.

Ademais, em virtude da colocação das hipóteses acima dos fatos, verificou-se que o juiz dotado de poderes instrutórios, independentemente da fase em que se encontrar, acaba por gerar o quadro mental paranoico, mesmo que de forma inconsciente. Com isso, estabeleceu-se que o magistrado deve sempre suspeitar de suas decisões tomadas previamente, pois assim estaria mantendo a sua imparcialidade intacta.

Por fim, no tocante ao advento da lei nº 13.964/2019, observou-se a busca pela adequação do Código de Processo Penal ao texto constitucional. Assim, consagrou-se, de forma expressa, o sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, objetivando o afastamento do juiz da atividade persecutória. Além disso, constatou-se que a adoção do instituto do juiz das garantias, o qual determinou que aquele julga não deve ter contato com as provas produzidas na fase investigatória, reforçou a ideia da separação das funções do magistrado na fase da investigação e do processo.

Em suma, compreende-se que, diante das problemáticas que podem ser ocasionadas no processo em virtude de um juiz não imparcial, com o advento da lei nº 13.964/2019 esses problemas tendem a ser minimizados. Isso porque a supracitada norma trouxe consigo regras que objetivam a imparcialidade do julgador, de tal forma que o seu livre convencimento deverá ser formado sem o contato íntimo com as partes e com a produção de provas, objetivando, de fato, a instauração de um processo penal democrático no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei 12.850/2013. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Planalto. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm.
Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A Reforma Global Do Código De Processo Penal: Uma Refundação Garantista. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**. Goiás, n. 34, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: 04 mar. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP**. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das Provas no Processo. Prova direta, indícios e presunções**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoria Del Garantismo Penal**. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, v. 1. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

JACOB, Muriel Amaral; FERREIRA, Sander Silva. A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL. **Revista Liberdades**. 26. ed. julho/dezembro de 2018.

KHALED JR., Salah H. **A Ambicao de Verdade e a Permanencia do Autoritarismo Processual Penal**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340 – 355, jan. – fev. 2015.

_____, Salah Hassan; ROSA; Alexandre Morais da. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. Salvador: JusPodvim, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. _____. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. _____. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. _____. **Fundamentos do Processo Penal Introdução Crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

MELCHIOR, Antonio Pedro. **GESTÃO DA PROVA E O LUGAR DO DISCURSO DO JULGADOR - O sintoma político do Processo Penal democrático**. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/3109/antonio-pedro-2011.pdf>. Acesso em: 06 maio 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIOS, Lucas P. Carapiá; NEVES, Luiz Gabriel Batista; ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Estudos Temáticos sobre o “Pacote Anticrime”**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

TOMBINI, Christian Penido et al. **A prova necessária e suficiente para a decisão de pronúncia ante a constituição federal**. Porto Alegre: PUCRS, 2019. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8885>. Acesso em: 03 maio 2020.

NOTAS:

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. *E-mail*: deboraravena17@gmail.com

[2] Orientador, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul- PUCRS. *E-mail*: rogerioxerezadv@hotmail.com.

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, 14 de junho de 2020.

[4] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: 04 mar. 2020.

6 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[6] Segundo Guilherme de Souza Nucci (**Manual de processo penal e execução penal**, 12ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015): “O Sistema adotado no Brasil é o misto. Na constituição Federal de 1998, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indica um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal.”

[7] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: 06 mar. 2020.

[8] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: 10 mar. 2020.

[9] De acordo com RIOS, Lucas P. Carapiá; NEVES, Luiz Gabriel Batista; ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Estudos Temáticos sobre o “Pacote Anticrime”**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. A manifestação do Ministro da Justiça, à época da edição do CPP de 1941, era própria de regime político e jurídico de exceção, cujo governo era ditado por um presidente não eleito pelo povo (Getúlio Vargas), o qual, a partir da normatividade de uma Constituição (1937) de conteúdo autocrático, outorgada pelo ditador-presidente, dava-lhe a concentração dos poderes necessários à atuação ilimitada.

[10] Examinar a exposição do Código de Processo Penal (1941), item II. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/dica-amr-a-ratio-da-exposicao-de-motivos-francisco-campos-do-novo-cpp>. Acesso em: 20 maio 2020.

[11] Para Lopes Jr. (2013. p.84) “o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade dos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa etc.”

[12] FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. **Teoria Del Garantismo Penal**. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997, p. 335.

[13] Para Salah Khaled Jr., consiste na obtenção da condenação a qualquer custo. O fetiche pela legislação infraconstitucional ainda seduz a imaginação persecutória de muitos magistrados: nosso Código de Processo Penal (de 1941) é tido como livro sagrado, continuamente apto a potencializar práticas visivelmente inquisitórias e antidemocráticas.

[14] TOMBINI, Christian Penido et al. **A prova necessária e suficiente para a decisão de pronúncia ante a constituição federal**. Porto Alegre: PUCRS, 2019. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8885>. Acesso em: 03 maio 2020.

[15] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, v. 1. 1. ed. Florianópolis: Tirant LoBlanch, 2018, p.441.

[16] Sancionada em 24, de dezembro de 2019, pelo então presidente, Jair Messias Bolsonaro.

[17] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 abr. 2020.

A RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS

CAROLINA EICHEMBERGER RIUS: Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestranda em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

RESUMO: Tem a presente monografia o objetivo de analisar o instituto da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, abordando como a responsabilização civil é aplicada entre cônjuges e companheiros. Para tanto, é abordado o contexto histórico do instituto da sociedade conjugal, bem como a transformação legislativa deste no ordenamento jurídico nacional. Considerando que o instituto da sociedade conjugal é tão antigo quanto a própria humanidade e que esse, apesar de ter se alterado ao longo dos séculos, nunca deixou de existir, é importante estabelecer e analisar seus contornos atuais para dimensionar as possibilidades das condutas entre cônjuges e companheiros, passíveis de gerarem dano e, conseqüentemente, indenização.

PALAVRAS-CHAVE: Cônjuges – Companheiros - Responsabilidade civil - Indenização.

ABSTRACT: The purpose of this monograph is to analyze the civil liability institute within the scope of Family Law, addressing how civil liability is applied between spouses and partners. For that, the historical context of the conjugal society institute is approached, as well as its legislative transformation in the national legal system. Considering that the institute of conjugal society is as old as humanity itself and that, despite having changed over the centuries, has never ceased to exist, it is important to establish and analyze its current outlines to measure the possibilities of conduct between spouses and companions, liable to generate damage and, consequently, indemnity.

KEYWORDS: Spouses - Partners - Civil liability - Indemnification.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito de família, origem da sociedade conjugal e seus avanços – 2.1. Germanos – 2.2. Gregos – 2.3. Romanos – 2.4. Século XVI a XIX – 3. O histórico normativo no Brasil – 4. Casamento: natureza e deveres – 5. União Estável: natureza e deveres – 6. Responsabilidade Civil no casamento e na união estável – 6.1. Frustração de promessa de casamento – 6.2. Infidelidade – 6.3. Abandono do lar conjugal – 6.4. Agressão física e moral – 6.5. Contaminação pelo vírus HIV – 6.6. Omissão de paternidade biológica – 7. Conclusão – 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema central a análise da aplicação do instituto da responsabilidade civil em decorrência da violação dos deveres conjugais contidos no art. 1.566 do Código Civil e da prática de outras condutas danosas.

No primeiro momento, o trabalho abordará o conceito de família ao longo do tempo, através da análise da origem da sociedade conjugal e seus avanços. A premissa inicial é o conceito de que a família é formada a partir do casamento, que tem como fundamento a monogamia. Para tanto, são utilizadas como base dos estudos as sociedades dos antigos germanos, gregos e romanos, cada qual com sua particularidade e contribuição para os conceitos atuais.

Importante pontuar a relação da família e do casamento com a Igreja e o Estado a partir do Século XVI, quando o instituto era tutelado exclusivamente pela Igreja, ao Século XIX, tendo o Século XVII sido marcante pelas ideias do Iluminismo, que trouxe a noção de sentimento e afeto para o casamento.

Após o contorno do tema pela história, o estudo abordará o histórico normativo do Brasil desde o início do século XX, com o Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916) e a noção de indissolubilidade do casamento trazida por esse, até a popularmente conhecida como PEC do Divórcio (Emenda Constitucional 66/2010), quando foi regulamentada a possibilidade de realização do divórcio direto, sem os estágios da separação judicial ou de fato trazida pela Constituição Federal de 1988 e repetida no Código Civil de 2002.

Já inserido o tema no contexto legislativo atual, necessários pontuar o conceito de casamento, as correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica desse instituto e a discussão a respeito da culpa como causa de dissolução do vínculo matrimonial.

Também importante debruçar sobre o conceito de união estável e os requisitos exigidos para o seu reconhecimento, bem como o entendimento da doutrina acerca da natureza jurídica da união estável.

Após a análise acerca da natureza jurídica dos institutos a serem estudados, o casamento e união estável, expõe a temática da responsabilidade civil, com o objetivo de pontuar como essa pode ser aplicada aos conflitos entre cônjuges e companheiros: de forma subjetiva ou objetiva, contratual ou extracontratual.

Exploradas as três correntes doutrinárias específicas sobre a responsabilidade civil entre cônjuges e companheiros, quais sejam, a denegatória, a amplamente permissiva e a restritiva, passa-se ao estudo dos danos morais específicos existentes entre cônjuges ou companheiros.

Após a ampla análise e o entendimento jurisprudencial são feitas considerações sobre a possibilidade de determinadas condutas praticadas entre os cônjuges ensejarem abalo moral indenizável: a frustração de promessa de casamento; a infidelidade; o abandono do lar conjugal; agressão física e moral; exposição ao vírus HIV e omissão de paternidade biológica.

A partir de todos esses pontos mencionados, se pretende com este estudo analisar a aplicação da responsabilidade civil às condutas lesivas praticadas entre os cônjuges e companheiros, afastando o dever de indenização pelo mero descumprimento dos deveres do casamento previstas na Lei Civil, e aproximando as possibilidades de indenização do contexto geral da responsabilidade, a partir da existência de conduta dolosa ou culposa que gere dano, provoque lesão, ao outro.

2. CONCEITO DE FAMÍLIA, ORIGEM DA SOCIEDADE CONJUGAL E SEUS AVANÇOS

A família e casamento são tidas como as instituições mais primitivas e resistentes às atualizações da sociedade, mas não de forma inalterável. Tais institutos, apesar de alterarem-se constantemente, se mantém até hoje como uma das bases da sociedade.

De todas as instituições criadas pelo espírito humano, a família e o casamento foram as únicas que resistiram, de forma contínua e indestrutível, a marcha inexorável da humanidade.[1]

A origem de família bem como segmento homem-mulher-prole sempre existiu, ainda que não tivesse o título de casamento e a condição de família ao conjunto de seres.

Primeiramente, nota-se a existência da família como mera união com a finalidade de procriação.

A união entre homem e mulher tem como fundamento a monogamia. Essa foi vislumbrada de forma embrionária na barbárie, onde já assume sua principal característica – a coabitação por casais isolados.

Já na fase patriarcal vislumbra-se o predomínio do homem, subordinação da mulher, hierarquia masculina indiscutível resguardada pela total fidelidade feminina e direito hereditário estabelecido pela paternidade.

Daí então, a monogamia, no sentido de não poder contrair outro casamento, baseia-se no poder do homem, com a finalidade precípua de procriar filhos de paternidade incontestada.

Têm-se as famílias dos antigos germanos, gregas e romanas como exemplos típicos.

2.1 GERMANOS

Apesar de pouco mencionada, a família dos germanos era fundada na monogamia: com exceção de alguns nobres, os homens possuíam 1 (uma) só esposa.

Duas eram as formas de casamento realizadas pelos germanos: por raptó (*raubehe*) e por compra (*kaufehe*)[2].

O casamento *por raptó*, como o próprio nome indica, era contraído a partir da captura de uma mulher em outro grupo familiar. Importante ressaltar a preocupação dos germanos com a exogamia: união de indivíduos com um membro de grupo estranho àquele a que pertence.

O casamento por compra tratava-se do acordo entre dois chefes de família, mediante o pagamento do preço. Não havia necessidade do consentimento da noiva e, por vezes sequer do noivo.

Ressalta-se também que os germanos adotavam a possibilidade de divórcio em razão do repúdio da mulher pelo marido, sendo vedado o repúdio do marido pela mulher sob pena de morte.[3]

2.2 GREGOS

Os gregos tinham no casamento a finalidade específica da procriação. Tal necessidade era imposta pelos seus deveres para com os deuses, Estado e antepassados. Para eles, o campo do prazer estaria fora da relação conjugal.

A família grega era monogâmica desde os tempos homéricos até o auge do período clássico.

A monogamia tinha como base a exigência de castidade da mulher pelo marido e pela sociedade, sendo imposta por meio de reclusão.

Em Atenas, a mulher era encarcerada em seus aposentos, adstrita por leis à uma disciplina severa e fiscalizada por magistrados especiais.

As mulheres permaneciam associadas a menores de idade – incapazes – durante toda sua existência, dependendo de tutor, que poderia ser: o genitor, marido, herdeiro do marido e até mesmo o Estado.

De outra sorte, os homens não se submetiam a nenhuma castidade. Muito pelo contrário, viviam em total “infidelidade conjugal”.

Para os gregos, a monogamia tinha como finalidades essenciais garantir a preponderância do homem na família e a procriação de filhos com a certeza da paternidade, os quais eram destinados a se tornarem seus herdeiros.

2.3 ROMANOS

Segundo os romanos, a base da família natural seria o casamento, que existia onde havia convivência do homem e da mulher com a intenção de ser esposo e esposa.

O elemento biológico social do casamento seria a procriação, enquanto o elemento social seria o *affectio maritalis* ou *animus uxoris*. Inclusive por isso, conforme se verá mais a frente, os romanos reconheciam como situação de fato, determinadas pela mera convivência e duração da vida em comum.

Também na sociedade romana, a mulher púbere se submetia a uma tutela perpétua, ou por seu genitor ou seu marido, em oposição aos impúberes, que se submetiam a uma tutela temporária – atrelada à idade.

Conhecidas duas espécies de casamento: *cum manu* e *sine manu*. Em ambas a esposa estaria subordinada à autoridade do marido.

No casamento *cum manu*, a mulher deixava a família paterna e integrava a família do marido:

Em qualquer das formas citadas de casamento *cum manu*, a mulher ‘se desligava da família paterna e vinha integrar totalmente a família do marido, na situação jurídica de filha (*loco-filiae*), e os bens que trouxesse, se fosse *sui juris*, incorporavam-se ao patrimônio do marido, sobre o qual só este exercia poderes absolutos’. No casamento *cum manu*, a mulher ficava subordinada ao férreo poder do marido, à *manus maritalis* (mão do marido) e ao *pater-familias* dele’. [4]

O casamento *cum manu* poderia ser estabelecido de três formas: *confarreatio*, *coemptio* e *usus*.

A *confarreatio* tratava-se de cerimônia religiosa própria dos sacerdotes, realizada na presença de dez testemunhas.

A *coemptio* também era cerimônia religiosa, mas destinada aos plebeus. Baseava-se em um modo de aquisição de propriedade simulando uma compra e venda.

Nota-se que os casamentos eram formalizados por cerimônias religiosas, que tinham por objetivo permitir a fixação de data inicial para produção de efeitos perante a sociedade e jurídicos, como presunção de paternidade.

A *usus*, por sua vez, tratava-se de modalidade *sui generis* que reconhecia o casamento a partir da sociedade de fato.

Se houvesse coabitação ininterrupta durante um ano, sem interrupções, seria considerado um casamento *cum manu*. A ausência da mulher por 3 (três) noites consecutivas de seu lar conjugal, primitivamente, impedia o casamento e em um segundo momento, ocasionaria o casamento *sine manu*.

Usus, essa forma de matrimônio se configurava de la misma manera que la obtención de la propiedad de objetos domésticos u objetos muebles. Siendo una cohabitación continuada durante un año, por ambas partes. Tras el transcurso de año la mujer queda bajo la manus del esposo a no ser que se hubiera interrumpido el año por tres noches consecutivas.[5]

Em virtude da *conventio in manu* a mulher não ocupava uma posição jurídica própria no lar romano. Os Romanos deixavam clara a posição hierárquica inferior da mulher: somente através do homem ela teria reconhecimento jurídico, na família e posição também, no grupo social.

Se a tradição romana sempre cuidou de afastar mulheres da vida pública, Ulpiano formalizou a tendência reinante através de legislação discriminatória, afirmando como argumento que 'elas ignoravam as coisas do Fórum'.

Na antiga Roma – onde as estruturas familiares e políticas estavam intimamente ligadas – esta é, sem dúvida, a razão mais tangível da incapacidade feminina.

É vã a tentativa procurar desvendar a causa do efeito ou censurar as inferioridades de ordem física ou intelectual. Na base da forte coesão da família romana, encontra-se autoridade do *pater familias*, e a mãe de família (a mulher), ocupa sempre lugar secundário.

É perfeitamente determinável a razão de tal disritmia nas relações homem/mulher. A incapacidade da mulher é decorrência direta de sua confrontação com outro sexo. Para a manutenção da supremacia masculina é fundamental rebaixar a posição da mulher.

Da subordinação se uns mantém-se a supremacia dos outros. No momento em que se atenuam as hierarquias familiares, a subordinação e a consequente distinção entre sexos tendem a desaparecer.[6]

A outra espécie de casamento era a *sine manu*, surgida apenas após a formação do Império Romano. Tal modalidade não possui nenhuma formalidade, garantia à mulher, tendo em vista que não integrava à família do marido.

A dissolução dos casamentos era possível, primeiramente, apenas se houvesse repúdio da mulher pelo marido:

No período da Realeza romana (de 754 a 510 a.C.), Plutarco, narrando a biografia de Rômulo, refere-se a uma lei criada pelo fundador de Roma, que permitia o repúdio da mulher, pelo homem, em quatro casos: 1) tentativa de envenenamento; 2) utilização de chaves falsas; 3) parto simulado; 4) adultério.[7]

Os Romanos também possuíam mecanismos para dissolução do casamento de forma voluntária. Para os casamentos *cum manu* celebrados através do *confarreatio*, a dissolução de dava por meio do *diffarreatio* uma cerimônia destinada a dissolver o vínculo; se celebrados através do *coemptio* e pelo *usus*, necessária a realização da *remancipatio*, uma venda simulada da esposa, que simbolizava o retorno ao *status quo*.[8]

Por sua vez, o casamento *sine manu* poderia ser dissolvido pelo *divorcium* – por consentimento mútuo – ou *repudium* – manifestação unilateral de vontade:

En Roma Imperial el Divorcio se denominaba “divortium” o “repudium” el primero de ellos por voluntad y el segundo controvertido; el procedimiento inicialmente para divorciarse

voluntariamente no ameritaba formalidades especiales siendo suficiente que los conyugues declaren públicamente ante sus parientes y amigos que es su voluntad separarse sin embargo, esto cambio al adquirir nuevas formalidades envés de parientes y amigos la declaración debían hacerlo ante autoridades y testigos finalizando dicho acto con la suscripción de una acta que declaraba la terminación del matrimonio. En el divorcio controvertido era necesario ver sobre cuál de los conyugues recaía la culpabilidad y la justa causa, misma que eran diferentes para cada uno de ellos entre ellas tenemos: Justa Causa para el Marido. 1. El adulterio de la Mujer 2. La concurrencia de la mujer a baños, espectáculos públicos, banquetes en compañía de extraños sin el permiso del marido. 3. El sostener conversaciones fuera del domicilio con extraños. Justa Causa para la Mujer. 1. Si el marido hubiera intentado prostituirla. 2. El tener concubina. 3. Si el marido hubiere acusado de adulterio falsamente a su mujer. Justas Causas para Ambos. 1. Atentado contra la vida. 2. Injuria Grave. 3. Sevicia. 4. El cometimiento de un crimen.[9]

No fim da República e início do Alto Império, a prática pelos maridos ficou tão comum e abusiva, que fora estendida a possibilidade de repúdio dos maridos pelas mulheres também se o casamento ocorresse pela espécie *sine manu*.

As possibilidades fizeram com que ocorresse uma epidemia de dissoluções conjugais e, para frear os abusos, o Imperador Augusto promulgou leis de proteção ao casamento e combate aos repúdios.

Para dificultar o repúdio, criou-se a necessidade da presença de 7 (sete) testemunhas e deste ser por escrito – documento chamado libelo de repúdio. Para “proteger o casamento”, fora proibido o repúdio unilateral do marido pela mulher, condicionando esse ao consentimento do marido, e a consequência da mulher conseguir o repúdio: ficar separada de fato e impedida de contrair novas núpcias.

De maneira mais concreta no sentido de reagir contra os abusos do divórcio e repúdio foi a interferência cristã a partir do Baixo Império (d.C. 284).

Não fora impossibilitada a ruptura do casamento – que era tida como um fato lógico e natural para os romanos - mas sim fora reprimido o adultério, regulamentada a restituição do dote e sancionados os repúdios injustificados, restringindo o acesso à dissolução do casamento.

O repúdio deveria ser escrito (*libelo*), devendo o autor do repúdio remetê-lo ao cônjuge, tendo esse a finalidade de ser meio de prova assegurador da validade do repúdio.

Em 331 d.C, imperador Constantino classificou as causas do repúdio, também com a finalidade de taxar as possibilidades de dissolução do vínculo conjugal.

A mulher poderia ter repúdio em relação ao marido se ele se utilizasse de veneno, fosse assassino ou violador de túmulos; e o homem poderia repudiar a mulher se ela fosse adúltera, utilizasse veneno ou fosse alcoviteira.

Como consequência da causa ao repúdio, fora prevista a sanção da perda do dote para a mulher repudiada e restituição integral do dote para o marido repudiado, sendo esta previsão um primeiro passo para a indenização decorrente da extinção do vínculo conjugal.

Justiniano retomou a luta contra a dissolução do casamento, abolindo a possibilidade de divórcio por mútuo consentimento.

O divórcio justificado ou por falta grave demandariam a justificação por causas legítimas. Além de ser admitido quando ocorria adultério, foram elencados novos motivos autorizadores: impotência, tentativa de assassinato de um cônjuge a outro e lepra.

2.4. Século XVI a XIX

Até o Século XVI, a jurisdição da Igreja sobre o casamento era exclusiva e o casamento era tido como um sacramento.

A partir da reforma protestante do século XVII, ocasião na qual fora rompida a unidade da Igreja Católica na Europa, há a proposta de um casamento civil, desvinculando o civil do sacramental, um sob os cuidados do Estado e outro da Igreja.

Os casamentos são próprios da sociedade tradicional própria da monarquia absoluta, sendo os vínculos relacionados à propriedade e classe social, inexistindo relação de afeto e com a submissão da mulher e filhos aos maridos.

A partir do século XVIII, marcado pelo Iluminismo, pela Revolução Francesa e marcados pelas ideias de Montesquieu, Voltaire e Rousseau, há um distanciamento do poder da Igreja, retirando o caráter religioso da família, e são retomadas as noções de felicidade individual e igualdade.

O casamento toma o contorno de sentimento, afeto e se submete a um regime leigo, liberal e igualitário.

A Constituição Francesa de 1791 separa a lei civil da religiosa e considera o casamento um contrato civil, admitindo o divórcio por mútuo consentimento e direito de solicitar dissolução de casamento por incompatibilidade de gênios.

Por sua vez, o Código Napoleônico (1804) volta a afirmar autoridade do marido e submissão mulher.

3. O histórico normativo no Brasil

Já no Brasil, no início do século XX, foi sancionado o Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916). A lei civil trazia a ideia de indissolubilidade do casamento, gerando o matrimônio uma família legítima – situação que gerava filhos legítimos, os quais tinham efeitos jurídicos diversos dos ditos ilegítimos, pois havidos fora do casamento.

Também dispunha que o marido ocupava a posição de chefe da sociedade conjugal (art. 233[10]) e que a esposa possuía capacidade civil limitada ou relativa, após as núpcias (art. 6º, II[11]).

O pai era o detentor do pátrio poder e o exercia em colaboração com a mãe sobre os filhos (art. 380, *caput* e art. 385[12]).

Previstos nessa ocasião como deveres de ambos os cônjuges: fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos, além da previsão expressa e diversa dos direitos e deveres do marido e da mulher.

A única possibilidade para dissolver a sociedade conjugal era o desquite, o qual tinha como efeitos apenas o fim do regime matrimonial de bens e deveres de coabitação e fidelidade recíprocas.

Não era possível aos desquitados contraírem novo casamento, acarretando o surgimento de uniões à margem da Lei.

O requerimento do desquite poderia ser feito se fundado em: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal, durante 2 (dois) anos contínuos.

O adultério deixa de ser motivo para desquite se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse e se o cônjuge inocente, lhe houver perdoado, ocorrendo o perdão presumindo se o cônjuge inocente, conhecendo a infidelidade, coabitar com o culpado.

Se o casal fosse casado há mais de 2 (dois) anos, existia a possibilidade de requerer o desquite por mútuo consentimento dos cônjuges.

O Código Civil previa a figura do dote, o qual deveria ser restituído pelo marido à mulher, ou aos seus herdeiros, no mês após a dissolução da sociedade conjugal – por meio do desquite, conforme o art. 300 do referido dispositivo legal:

Art. 300. O dote deve ser restituído pelo marido à mulher, ou aos seus herdeiros, dentro no mês que se seguir á dissolução da sociedade conjugal, se não o puder ser imediatamente.

Já no meio do século XX, em 1962, sobreveio o Estatuto jurídico da mulher casada (Lei 4.121/1962), com a inovação de retirar do mundo jurídico a incapacidade da mulher casada, excluindo-a do rol do art. 6º da Lei Civil.

Procurou igualar direitos e obrigações resultantes do matrimônio entre marido e esposa e instituiu bens reservados à mulher casada, todas essas medidas como mecanismo de ajuste no tratamento desigual entre homem e mulher.

Inaugurando a possibilidade de dissolução de casamentos foi aprovada a Emenda Constitucional 9/1977 de 28.06.1977.

A referida emenda foi responsável pela alteração do parágrafo primeiro do art. 175 da Constituição de 1967, que previa "o casamento é indissolúvel", o qual passou a vigorar da seguinte forma: "O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos".

No artigo segundo da Emenda, restou prevista a possibilidade de dissolução do casamento se o casal estivesse separado de fato há mais de 5 (cinco) anos, se devidamente comprovado em Juízo e se anterior à data da Emenda.

No mesmo ano, em 26 de dezembro, foi sancionada a popularmente conhecida como Lei do Divórcio. Como notável avanço para as liberdades individuais, esta Lei determinou os efeitos da separação judicial e seu procedimento.

A Lei 6.515/1977, estabeleceu o divórcio como possibilidade de dissolução do casamento – além da morte de um dos cônjuges.

Nesse momento, o divórcio se apresenta como um momento secundário, devendo primeiramente se dar a separação judicial ou de fato.

Após 3 (três) anos da separação judicial, o ex-casal poderia se divorciar, sendo essa modalidade conhecida como divórcio-conversão. Para casais separados de fato há mais de 5 (cinco) anos, poderia ser realizado o divórcio direto.

Nota-se que os prazos da Emenda Constitucional 9/1977 foram mantidos.

Onze anos depois, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição Federal ainda vigente. Quanto aos institutos da família e ao casamento, importantes foram as previsões nela contidas.

Em seu art. 226, *caput*, a Carta Maior elevou a família como base da sociedade, extinguindo o qualitativo legítima e ilegítima para a família. Nos parágrafos desse mesmo artigo, foram reduzidos os prazos para a possibilidade de solicitar o divórcio (§6º), podendo o divórcio ser requerido após 1 (um) ano da separação judicial e após 2 (dois) anos da separação de fato.

Após 14 (quatorze) anos, sobreveio o Código Civil de 2002, lei onde foram inseridas as disposições recentes sobre a separação judicial e o divórcio.

O Código institui como deveres de ambos os cônjuges os de fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; e respeito e considerações mútuos.

Também se preocupou o legislador em fixar as causas que caracterizariam a impossibilidade da comunhão de vida, quais sejam: o adultério; tentativa de morte; sevícia (maus tratos) ou injúria grave; abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; condenação por crime infamante; e conduta desonrosa. Além de outros atos que podem ser considerados pelo juiz.

Nestes casos, seria possível o pedido de separação judicial, com a finalidade de dissolver o vínculo conjugal existente entre casal, apesar de manter o vínculo matrimonial, sendo o divórcio o único instituto capaz de romper a sociedade conjugal.

Foram repetidas as modalidades de separação judicial previstas na Lei do Divórcio, mas com os prazos menores, conforme dispõe a Constituição Federal ainda vigente, quais sejam:

a) Separação com sanção: a qual exigia a culpa de um dos cônjuges. A separação judicial litigiosa pode ser requerida por qualquer um dos cônjuges, imputando um ao outro qualquer ato que importe grave violação aos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum (art. 1.572, *caput*);

b) Separação-falência: com o requisito da ruptura da vida em comum; separação de fato; por mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição (art. 1.572, §1º);

c) Separação-remédio: decorrente de doença mental grave de cura improvável que acomete um dos cônjuges, manifestada após o casamento e que tornasse impossível a vida em comum e perdurasse há mais de dois anos se houvesse reconhecida a improbabilidade da cura (art. 1.572, §2º).

d) Separação judicial consensual: mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele homologada.

Na primeira das modalidades citadas – separação-sanção – era perseguida a culpa de um dos cônjuges pela separação e ao cônjuge tido como culpado eram aplicadas consequências, como, por exemplo, a perda do direito do uso do sobrenome do outro cônjuge caso expressamente requerido pelo cônjuge inocente e nos termos do art. 1.578 do CC, bem como a perda do direito aos alimentos se prestados pelo cônjuge inocente.

Destacam-se após o Código Civil de 2002, a Lei 11.441/2007 e a Emenda Constitucional 66 de 2010.

A primeira (Lei 11.441/2007) possibilitou a realização extrajudicial do divórcio e a separação consensuais, através de escritura pública perante os Tabelionatos. Assim, afastou-se a necessidade de recorrer à justiça para tanto.

Para que o divórcio ou separação judicial fossem realizadas perante Tabelionatos, o casal deveria concordar com a separação (não ser litigioso) e não poderiam possuir filhos menores de idade ou incapazes, situação na qual obrigatória a análise do divórcio pelo Judiciário para análise dos direitos envolvendo o incapaz.

A popularmente conhecida como “PEC do Divórcio” (Emenda Constitucional nº66 de 2010), conferiu nova redação ao art.266, § 6.º da CF, que passou a vigorar da

seguinte forma: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por dois anos.

Ou seja, neste momento o divórcio passa a ser a etapa única da dissolução de vínculo matrimonial, não havendo necessidade ser realizada separação judicial anterior ou mesmo comprovada separação de fato. O divórcio pode ser realizado a qualquer tempo e sem qualquer requisito, bastando a manifestação de vontade pelo divórcio.

4. Casamento: natureza e deveres

Para Lafayette Rodrigues Pereira, o casamento é o ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente[13] se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão da vida.[14]

Jorge Oscar Perrino, citado por Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, conceitua casamento como “sociedade entre homem e mulher que se unem para perpetuar a sua espécie, para ajudar-se e para socorrer-se mutuamente, para levar o peso da vida e compartilhar os seus destinos”. [15]

Como finalidade do casamento, tem-se que o art. 1.511 do CC estabelece que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres do cônjuge”.

Para Rolf Madaleno:

como cláusula geral, a comunhão plena de vida torna-se condição de validade de todo o casamento, atributo indispensável de sua existência e subsistência, porque seria inconcebível perpetuar no tempo qualquer relação conjugal que se ressentisse de uma plena comunhão de vida, e o mesmo pode ser dito para a união estável.[16]

A natureza jurídica do casamento é discutida na doutrina por três correntes: a contratual, a institucional e a mista.

Para a corrente que tem a natureza jurídica do casamento como contratual, o casamento seria um contrato, pois imprescindível a manifestação de vontade dos nubentes para que o ato seja celebrado. A atuação do Estado é apenas para intervir como “proclamatório”.

Como crítica a esta corrente, a doutrina pontua que o casamento não se desfaz por mera manifestação de vontade dos cônjuges, havendo obrigatoriamente intervenção do Poder Público para referendar a vontade do ex-casal e terminar com a validade jurídica do matrimônio, e se este fosse um contrato, a vontade das partes seria suficiente.

Parte da doutrina que defende a natureza institucional do casamento, o considera uma “instituição social” com caracteres próprios e que nasce de um ato jurídico, justamente pela necessidade da intervenção do Poder Público para a celebração – quando a manifestação de vontade resulta na inexistência do ato jurídico – e para ser desfeito, sendo a vontade das partes um primeiro requisito, mas não essencial para o término. A feição institucional também estaria justificada porque imperaram no casamento normas de ordem pública, ao impor deveres e a reconhecer direitos aos seus membros, o que limita a autonomia privada.

Por sua vez, para a teoria mista ou eclética, o casamento é um negócio jurídico em sua formação e celebração e verdadeira instituição quanto aos efeitos jurídicos, sendo um contrato especial, *sui generis*, pois regido com normas cogentes, regras estritas, iniludíveis por acordo recíproco, assim como seus efeitos. Para essa corrente, o casamento une elemento volitivo ao institucional.

Como visto acima, tanto o Código Civil de 1916 como o de 2002 se debruçaram sobre os direitos e deveres dos cônjuges, ensejando responsabilidades e direitos afetados quando de seu descumprimento.

No Código Civil de 2002, inclusive, uma das modalidades de separação era a que apurava a culpa de um dos cônjuges para que houvesse responsabilização, também estando previstas consequências dentro do direito de família para tanto.

No entanto, após o advento da Emenda Constitucional 66/2010, reformou o texto da Carta Magna para excluir os prazos exigidos para o divórcio, a necessidade de separação judicial anterior e, por consequência, suprimiu a necessidade de se discutir a culpa pelo fim do casamento.

Como o divórcio passou a ser possível diretamente, sem a necessidade de separação judicial ou de fato anterior, não há nem praticidade nem necessidade de se discutir a culpa ou vincular a dissolução do fim do casamento ao descumprimento dos deveres conjugais, apesar de ainda possível.

Ocorre que, mesmo possível, em razão da dissolução do vínculo conjugal não estar atrelada a necessidade de comprovação de culpa, a ação de divórcio que busca discuti-la, se limitaria a um âmbito da responsabilidade civil, conforme se verá

adiante, e não mais atrelada propriamente a viabilidade do divórcio – o qual será realizado independentemente de haver infração aos deveres do casamento.

5. União Estável: natureza e deveres

Trata-se a união estável de sociedade afetiva de fato, que possui como requisitos para sua configuração a inexistência de impedimento matrimonial, a vida em comum, notoriedade e fidelidade, convivência *more uxório* e *affectio maritalis*.

Para Rodrigo da Cunha Pereira a união estável é “a relação afetivo-amorosa entre duas pessoas, não adúltera e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem vínculo do casamento civil”.

Para definir a natureza jurídica do instituto a doutrina se posiciona em duas correntes: a contratual, que entende bastar o elemento da vontade dos envolvidos para existir a união estável, e a de ser fato jurídico em sentido estrito.

Os doutrinadores que entendem ter a união estável natureza jurídica de fato jurídico em sentido estrito expõe que se trata de um fato que possui consequências no mundo jurídico, não sendo um contrato, pois não se exige formalização de qualquer ajuste prévio, apenas acontece.

Até porque, impossível a instituição de união estável por cláusula contratual, sendo que os efeitos só se projetam se o fato jurídico se realizar – se a união estável realmente existir e preencher os requisitos legais. Neste caso, o contrato de convivência é subordinado à união estável, mas o instituto prescinde qualquer formalismo ou solenidade.

Previstos no Código Civil de 2002 como deveres entre os companheiros os de lealdade, respeito e assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos. Entretanto, ao contrário do casamento, não estão previstas consequências para a inobservância desses direitos, ou mesmo a necessidade de discutir a culpa para a dissolução.

6. Responsabilidade Civil no casamento e na união estável

Primeiramente, importante salientar qual seria o tipo de responsabilidade civil entre cônjuges e companheiros.

Considerando o fato gerador que a enseja, a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual:

A responsabilidade civil, segundo nomenclatura adotada pelos doutrinadores pátrios, pode ser contratual ou extracontratual. No primeiro caso ela decorre de um descumprimento de obrigação estabelecida contratualmente, em que um dos contratantes causa dano a outrem, sem que exista entre o ofensor e a vítima qualquer relação anterior.[17]

Trata-se a responsabilidade contratual da resultante do inadimplemento de uma obrigação preexistente. Pressupõe um contrato válido, concluído entre o responsável e a vítima. Para que seja verificada, devem ser reunidos os seguintes elementos: existência de contrato, validade deste, estipulação de obrigação e responsável e o inadimplemento.

A extracontratual, por sua vez, é baseada em atos ilícitos e nos arts. 186 e 187 do Código Civil, os quais dispõem que:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Art. 187. 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.

Nessa modalidade, não há vínculo preexistente entre as partes, existindo um ato ilícito praticado por um, que causa prejuízo a outrem:

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana, também conhecida como delitual, está disposta no art. 186, que estabelece a prática de ato ilícito para aquele que causa dano a outrem mediante ação ou omissão voluntária, assim como o art. 927 do mesmo *codex*, que impõe o dever de reparar o prejuízo causado.

Na responsabilidade civil decorrente do descumprimento de uma avença existe, diante do pacto celebrado, uma ligação direta entre credor e devedor, enquanto na responsabilidade aquiliana inexistente esse vínculo entre aquele que causa o dano e o ofendido. Esse liame somente será estabelecido no momento em que a vítima reclamar do ofensor uma indenização.[18]

Assim, partindo do acolhimento da doutrina majoritária pela natureza jurídica mista/eclética do casamento, tem-se como responsabilidade civil que se opera entre

os cônjuges a extracontratual, que pode surgir a partir cometimento de uma lesão a outrem.

Na união estável, partindo do pressuposto que a natureza jurídica é de fato jurídico, e não contrato, evidente também que impera a responsabilidade civil extracontratual.

A responsabilidade civil também pode ser classificada em objetiva ou subjetiva. Quando subjetiva, tem-se a necessidade de provar a culpa ou dolo do agente e o efetivo dano da vítima. A responsabilidade civil objetiva, por sua vez, é a que independe de culpa para se concretizar, sendo esta prescindível para o dever de indenizar, bastando o nexo de causalidade entre a ação e o dano para que seja atribuída a responsabilidade ao agente causador.

Com relação a responsabilidade civil entre cônjuges e companheiros, tendo em vista a natureza e a necessidade de ser investigado o dolo ou culpa do cônjuge/companheiro causador do dano e a comprovação de efetivo dano pela vítima, tem-se a responsabilidade civil subjetiva.

Especificamente sobre a responsabilidade civil entre cônjuges e companheiros, tem-se três correntes doutrinárias: a denegatória/contrária, a amplamente permissiva e a restritiva.

Para a corrente denegatória/contrária, não haveria previsão legal no Direito de Família que autorizasse a aplicação de danos morais. O Direito de Família regularia os efeitos jurídicos expressos pela ruptura dos deveres do casamento ou união estável, como perda dos direitos aos alimentos ou obrigação de pagá-los, perda do sobrenome de casado, condenação às custas processuais. Cessado o amor, a única consequência era a dissolução do vínculo.

A corrente amplamente permissiva se posiciona no sentido da ampla caracterização da ilicitude nas relações familiares. Para esta corrente, seriam indenizáveis os casos gerais de ilicitude (abuso de direito e causar dano a outrem) e também os casos específicos, como o descumprimento dos deveres conjugais em concreto, como a infidelidade e cessação da vida em comum. O dever de indenizar, sob este aspecto, decorreria da simples violação aos deveres impostos pela lei, sendo a violação dos deveres do casamento, por si só, suficiente para ensejar a reparação civil.

Toda e qualquer separação geraria o direito moral de reparação. Adotando os critérios da culpa na relação conjugal – quebra dos deveres do casamento ou realização das causas que impossibilitariam a vida em comum – mas não como parâmetros para a decretação ou dissolução do casamento ou união estável, mas sim

por violar normas e sanções morais e sociais, geraria a imputação própria da responsabilidade civil.

Por último, a majoritária corrente restritiva defende que não há o que se indenizar se não houver a caracterização do conceito geral de ilicitude, não sendo a violação pura e simples de um dos deveres do casamento suficiente para caracterizar o dever de indenizar.

A responsabilidade civil dos cônjuges e companheiros entre si está, então, relacionada com a prática de ato ilícito, nos moldes dos artigos 186, 187 e 927 do CC, pois as peculiaridades próprias do vínculo familiar não admitem a incidência pura e simples das regras da responsabilidade civil, exigindo uma filtragem, sob pena de desvirtuar a natureza peculiar e existencial do Direito de Família.

O dano moral, assim como em qualquer outra esfera, tem como causa o fato da exposição pública causada pelo outro cônjuge, por ato que causou lesão ao consorte ofendido, não tendo como elo o casamento em si.

O que conta e deve ser levado em consideração é o princípio pelo qual todos tem o dever de não lesar a outrem (*neminem laedere*), nascendo a obrigação de indenizar de um dano diverso à violação dos deveres do matrimônio. Ou seja, a infração que autoriza a reparação civil é um ato ilícito distinto e alheio ao descumprimento pessoal do casamento.

No que tange aos deveres conjugais previstos no art.1.566 do Código Civil, a sua consequência é gerar a separação judicial (conforme art. 1.572 do Código Civil), sem gerar direito à reparação de danos materiais ou morais por si só.

Assim, adotando a teoria restritiva, majoritária e aplicada pelos Tribunais pátrios, passa-se a analisar os danos morais específicos existentes entre cônjuges e companheiros: a frustração de promessa de casamento; a infidelidade; o abandono do lar conjugal; agressão física e moral; exposição ao vírus HIV e omissão de paternidade biológica.

6.1. Frustração de promessa de casamento

Expõe-se o caso de rompimento de noivado quando próximo o casamento, já marcado, onde tem-se a expectativa muito grande de uma das partes e, ante o rompimento, a frustração inclusive de um plano de vida.

Quanto ao tema, o doutrinador Marcelo Truzzi Otero pontua que:

na quebra dos esponsais, é evidente ser passível o ressarcimento pela dor infligida ao noivo

abandonado, entretanto mister a presença de todos os pressupostos relativos à ação de indenização, além da potencialidade do dano. O simples rompimento do noivado não acarreta, por si só, o dever de indenizar.[19]

Também neste sentido, Luís Felipe Haddad citado por Rui Stocco:

o casamento é um ato jurídico que não comporta começo de execução por qualquer forma de 'promessa'. O compromisso amoroso entre homem e mulher é, por natureza, eivado de risco, pois a ruptura se insere em fatores de extremo subjetivismo, próprios da complexidade existencial da pessoa humana.[20]

Em princípio, tão somente a ruptura do noivado por qualquer dos noivos ou o não cumprimento da promessa de casamento não enseja reparação ao outro, tendo em vista que cabe a cada um dos nubentes, livremente, escolher o que deseja para a sua vida, não havendo lei alguma que obrigue ninguém a permanecer com ninguém.

Neste sentido, a filósofa Ayn Rand[21] define que:

O direito à busca da felicidade significa o direito do homem a viver para si, para escolher o que constitui a sua própria felicidade individual, pessoal, privada e trabalhar para a sua realização, desde que ele respeite o mesmo direito em outros. Isso significa que o homem não pode ser forçado a dedicar sua vida à felicidade de um outro homem, nem de qualquer número de outros homens. Isso significa que o coletivo não pode decidir o que deve ser o propósito da existência de um homem, nem prescrever sua escolha de felicidade.[22]

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ (STF, ADPF Nº 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 03/11/2014, 2014), fixou que a busca pela felicidade advém do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 6º da Constituição Federal), sendo um direito fundamental.

Neste sentido foram julgadas as Apelações Cíveis: de 0000594-77.2015.8.26.0296 no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Relatoria da

Desembargador Daise Fajardo Nogueira Jacot, integrante da 27ª Câmara de Direito Privado, em 28 de agosto do presente ano (2019)[23] e de nº 70079770764, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de Relatoria do Desembargador Ricardo Moreira Lins, em 04 de abril de 2019 (relacionado a união estável).[24]

6.2 Infidelidade

Prevista como primeiro dever do casamento, a palavra fidelidade tem origem no latim e provem de *fides*, que significa fé, lealdade, sinceridade.

Entretanto, a simples prática do adultério não por si ato ilícito apto a ensejar abalo moral indenizável. No entanto, se houver comprovação de grave dano ao cônjuge lesado, grave abalo psíquico, dano a honra, e sofrimento que extrapole o natural aos rompimentos, possível a fixação de indenização.

Expõe trecho de julgado proferido no Tribunal do Distrito Federal e Territórios que bem ilustra a posição adotada majoritariamente:

“É natural que o rompimento de relações afetivas cause transtornos de ordem psíquica, especialmente para quem considerou desfeitos sonhos inerentes à felicidade projetada em companhia do cônjuge. Todavia, é assente o entendimento jurisprudencial de que o descumprimento dos deveres matrimoniais inerentes à lealdade e fidelidade, por si só, não é apto a ensejar violação aos direitos de personalidade do cônjuge ofendido, exceto quando sua exposição é demasiada, impondo-lhe situação de extrema dor íntima, vexame social e humilhação que extrapolem os limites toleráveis e minimamente previsíveis para uma relação conjugal rompida.”[25]

Em julgado de Apelação Cível no Tribunal do Estado de São Paulo, de 1016143-74.2015.8.26.0405 e Relatoria do Desembargador Rômulo Russo, que tramitou perante a 7ª Câmara de Direito Privado, fora acolhida a pretensão à reparação moral decorrente de infidelidade da esposa para com o marido.

No caso, o marido sofreu abalo psíquico e sofrimento que extrapolou a frustração própria do término da vida conjugal, tendo necessitado de ajuda psicológica intensa, pensado em suicídio. Além disso, restou comprovada a mácula à honra externa do cônjuge traído perante a vizinhança onde o ex-casal possuía casa de veraneio. A indenização foi fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A fim de sustentar sua posição pela condenação da indenização, o Desembargador Relator assim consignou:

Releva sopesar, ainda, que, para efeito de verificação do dano moral indenizável em casos como o presente, não é o adultério em si que é fonte do teórico, mas sim se dele resultou para o outro uma situação vexatória ou grave o suficiente para ultrapassar os limites do desgosto pessoal pela conduta do outro cônjuge.[26]

6.3 Abandono do lar conjugal

O simples abandono do lar conjugal não é apto a ensejar por si só a responsabilidade civil do cônjuge. Entretanto, nas situações em que o abandono se opera de forma vexatória e ridicularizada, a fim de macular a honra do outro cônjuge, e tal objetivo é alcançado, a responsabilização de faz imprescindível.

Neste sentido o julgamento das Apelações Cíveis, ambas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 9095251-14.2008.8.26.0000, voto de Relatoria do Desembargador Luiz Antonio de Godoy, integrante da 1ª Câmara de Direito Privado e de nº 1013171-81.2017.8.26.0011, voto de relatoria do Desembargador J. L. de Mônaco da Silva, integrante da 5ª Câmara de Direito Privado.

6.4 Agressão física e moral

A agressão física ou moral praticada pelo cônjuge ou companheiro, assim como em qualquer situação, é apta a ensejar a responsabilização civil haja vista a violação à integridade física e aos atributos da personalidade da vítima.

Mais uma vez nota-se que o elo casamento não tem qualquer insurgência para o reconhecimento da responsabilidade, mas sim a conduta ilícita que resulta em dano para outrem, nesta situação, praticada por ex-cônjuge ou companheiro.

Quanto a ofensa moral, importante ressaltar que a ofensa recíproca enseja a inoccorrência de dano moral. Neste sentido o Acórdão nº 1137353 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios[27].

6.5 Contaminação pelo vírus HIV

Situação gravíssima e inclusive resguardada pelo Direito Penal, a responsabilização de cônjuge e companheiro pela exposição ao vírus HIV é modalidade *in re ipsa*, ou seja, só a contaminação é suficiente para o dever de indenizar, não havendo que se falar em demonstração de prejuízo.

Tem-se o dano *in re ipsa* quando o prejuízo resulta naturalmente do ato ilícito praticado. Uma vez comprovada a prática do ato danoso, fica dispensada a prova do prejuízo concreto para fins de indenização.

Ilustra-se a condenação e discussão a respeito através dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo das Apelações Cíveis de n.º 004160-33.2006.8.26.0269[28] e 0109881-10.2003.8.26.0000 e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo julgamento da Apelação Cível de n.º 70076516830.

No entanto, em que pese a situação seja de extrema gravidade e dano notório, as indenizações fixadas são desproporcionais ao sofrimento causado. Em um dos julgados apontados como exemplos, a indenização foi fixada em R\$ 10.000,00 e em outro, quantia já bem maior, mas ainda assim não suficiente, R\$ 46.850,00.

6.6 Omissão de paternidade biológica

A indenização por dano moral decorrente da omissão de paternidade biológica está intimamente ligada a perda de uma chance.

A indenização da chance perdida é caracterizada pela subtração da oportunidade futura de obtenção de benefício ou de evitar prejuízo. Embora incerta, porque futura, deve apresentar contornos razoáveis de efetivação.

Quando presentes os elementos da responsabilidade civil (conduta, culpa, dano e nexos causal), a perda da chance real pode ser indenizada independente de um resultado final.

A omissão de paternidade representa conduta que implica em subtrair oportunidade futura e concreta de ser pai, frustrando a convivência paterno-filial e todos os efeitos dela decorrentes, sendo possível a condenação da genitora em indenizar o pai pela perda de uma chance.

Outra situação é a omissão de negativa de paternidade biológica pelo pai “de criação”. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Recurso Especial de n.º 742.137 do Rio de Janeiro[29], teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema e reconheceu que o desconhecimento do fato de não ser pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, razão pela qual o voto da Relatora Ministra Nancy Andrighi determinou a reparação pelos danos morais suportados pelo cônjuge “enganado”.

7. CONCLUSÃO

Conclui-se, então, que a responsabilidade civil aplicada aos conflitos entre cônjuges e companheiros está relacionada com a caracterização do conceito geral

de ilicitude, verificando a existência do dano moral no fato da exposição pública vexatória e humilhante, lesão à personalidade do cônjuge ofendido, como em qualquer outra situação, tal como pontua a corrente restritiva, que é majoritária e aplicada pelos Tribunais Pátrios.

O resultado danoso deve ser provado pelo cônjuge que pleiteia seu reconhecimento e ressarcimento, tal como a conduta do cônjuge “culpado” e o nexo causal desta com o dano, razão pela qual trata-se de responsabilidade civil subjetiva.

Adotando como natureza jurídica do casamento a teoria mista ou eclética, que define o instituto como um contrato especial, *sui generis*, que une elementos volitivos e institucionais, a responsabilidade por danos oriundos desta relação tem de ser extracontratual.

Nestes aspectos, tem-se como indenizáveis os danos causados por condutas ilícitas ou que sejam abusivas ao direito praticadas por cônjuge ou companheiro, tendo a obrigação de indenizar nascedouro diverso do que tão somente os deveres do casamento fixados pelo Código Civil.

8. BIBLIOGRAFIA

AGUIRRE, M. (2010). Divorcio Contencioso. Editorial Juridica.

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 30 jan 2020.

BRASIL. Lei nº 4.121/1962, de 27 de agosto de 1962. Disponível em Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm. Acesso em 25 jan 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. Disponível em Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc_09-77.htm. Acesso em: 10 fev 2020.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm. Acesso em: 1º fev 2020.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
Acesso em: 30 jan 2020.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 fev 2020.

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação (12ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CASABONA, M. B. Responsabilidade civil no direito de família. (R. F. Donnini, & R. d. Nery, Eds.) Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana(9ª), 2009.

DONNINI, Rogério Ferraz. Responsabilidade Civil na pós-modernidade : felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2015.

DONNINI, Rogério Ferraz. Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2004.

EXOAMIA. In Dicio, Dicionário online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/exogamia/>. Acesso em 29 de fev de 2020.

FARIAS, Christiano Chaves., ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias (7ª ed., Vol. 6). São Paulo: Atlas, 2015.

HADDAD, Luis Fernando. Reparação do dano moral no direito brasileiro. Livro de Estudos Jurídicos, 2, 128.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

MADALENO, Rolf. Direito de Família (10ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em <https://grupogen.vitalsource.com/books/9788530987954>. Acesso em: 05 fev 2020.

MAIRÍN, S. R. (15 de enero de 2018). Matrimonio Divórcio y Filiación. Disponível em Biblioteca Digital Universidad de Alcalá: <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/33262/MATRIMONIO%2c%20DIVORCIO%20Y%20FILIACION.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 fev 2020.

NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 1 - Teoria geral. São Paulo: RT, 2010.

NETO, Inácio de Carvalho. Responsabilidade Civil no direito de família (4ª ed.). Curitiba: Juruá, 2011.

OTERO, Marcelo Truzzi. A quebra dos esposais e o dever de indenizar. Dano material e moral. RT 766/102, 1999.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direitos da Família. Campinas: Russel, 2003.

PERRINO, J. O. Derecho de familia. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

RAD, Ayn. The Ayn Rad Lexicon: objectivism from A to Z. Em P. Dias, O princípio constitucional da busca da felicidade e due process of law na formação familiar. Jus., 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52173/o-principio-constitucional-da-busca-da-felicidade-e-due-processo-of-law-na-formacao-familiar>. Acesso em: 06 fev 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil (8ª ed.). Rio de Janeiro: Forense. Disponível em <https://grupogen.vitalsource.com/books/9788530986070>, 2019. Acesso em: 1º fev 2020.

STF. Súmula 380, RE 158.700, DJ 12/05/1964. Fonte: Superior Tribunal de Justiça. Acesso em: 20 fev 2020.

STF. ADPF Nº 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 03/11/2014.

STJ. REsp 742137/RJ, Relator: Ministra Nancy Andrighi, DJ: 21/08/2017. Fonte: Superior Tribunal de Justiça.

STOCCO, Ruy. Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência (8ª ed.). São Paulo: RT, 2011.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil : direito de família (14ª ed., Vol. V). Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://grupogen.vitalsource.com/books/9788530983963>. Acesso em: 10 fev 2020.

TJDFT. Apelação Cível nº 07453453520178070016, Relator: Desembargadora Gabriela Jardon Guimaraes de Faria, DJ: 21/11/2018. Fonte: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

TJMG. Apelação Cível nº 1.0209.08.083009-1/001, Relator: Desembargador Evandro Lopes da Costa Teixeira, DJ 11/06/2014. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

TJRS. Acórdão nº 1047202, Relatora: Juíza Soníria Rocha Campos D'Assunção, DJ: 15/09/2017. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

TJRS. Apelação Cível nº 70070569215, Relator: Desembargador Alexandre Kreutz, DJ 19/10/2017 . Fonte: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

TJRS. Apelação Cível nº 70076516830, Relator: Desembargador Eduardo Kraemer, DJ: 26/06/2018. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

TJRS. Apelação Cível nº 70078570116, Relator: Desembargador Eduardo Kraemer, DJ: 24/10/2018. Fonte: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

TJRS. Apelação Cível nº 70079770764, Relator: Desembargador Moreira Lins Pastl, DJ: 04/04/2019. Fonte: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

TJSP. Apelação Cível nº 0109881-10.2003.8.26.0000, Relator: Desembargador Helio Faria, DJ: 09/08/2011. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

TJSP. Apelação Cível nº 9095251-14.2008.8.26.0000, Relator: Desembargador Luiz Antonio de Godoy, DJ: 03/04/2012. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

TJSP. Apelação Cível nº 0003125-96.2009.8.26.0539, Relator: Desembargador Carlos Alberto Garbi, DJ: 05/11/2013. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

TJSP. Apelação Cível nº 9129143-39.2009.8.26.0000, Relator: Desembargador Cláudio Godoy, DJ: 18/06/2013. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

JSP. Apelação Cível nº 0004160-33.2006.8.26.0269, Relator: Desembargador Alexandre Lazzarini, DJ: 04/11/2014. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

TJSP. Apelação Cível nº 4002510-33.2013.8.26.0269, Relator: Desembargador Eduardo Sá Pinto Sandeville, DJ: 28/04/2015. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

TJSP. Apelação cível nº 4001796-22.2013.8.26.0286, Relator: Desembargador Rômolo Russo, DJ: 08/07/2016. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

TJSP. Apelação Cível nº 1017629-24.2015.8.26.0008, Relator: Desembargador Grava Brasil, DJ: 18/04/2017. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

TJSP. Apelação Cível nº 1016143-74.2015.8.26.0405, Relator: Desembargador Rômolo Russo, DJ: 08/06/2018. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

TJSP. Apelação Cível nº 0000594-77.2015.8.26.0296, Relator: Desembargadora Daise Fajardo Nogueira Jacot, DJ: 28/08/2019. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

TJSP. Apelação Cível nº 0059348-20.2008.8.26.0114, Relator: Desembargadora Mônica de Carvalho, DJ: 29/03/2019. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

TJSP. Apelação Cível nº 1013171-81.2017.8.26.0011, Relator: Desembargador J.L. Mônico da Silva, DJ: 03/09/2019. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil : família (18ª ed.). São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <https://grupogen.vitalsource.com/books/9788597014853>. Acesso em 16 fev 2020.

NOTAS:

[1] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 3.

[2] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 42.

[3] EXOGAMIA. In Dicio, *Dicionário online de Português*. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/exogamia/>. Acesso em 29 de fev de 2020.

[4] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 47.

[5] Mairín, S. R. (15 de enero de 2018). *Matrimonio Divorcio y Filiación*. Disponível em Biblioteca Digital Universidad de Alcalá: <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/33262/MATRIMONIO%2c%20DIVORCIO%20Y%20FILIACION.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 fev 2020.

[6] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 47.

[7] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 96.

[8] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 96.

[9] Aguirre, M. *Divorcio Contencioso*. Editorial Juridica, 2010, p. 23.

[10] "Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311). III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV). IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III). V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277." (BRASIL, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, 1916)

[11] "Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal." (BRASIL, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, 1916).

[12] "Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher." "Art. 385. O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225." (BRASIL, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, 1916)

[13] Salienta-se que para a atualidade a conceituação do casamento como união entre homem e mulher é ultrapassada, tendo em vista a possibilidade plena de ser realizado por casais homoafetivos.

[14] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos da Família*. Campinas: Russel, 2003, p. 29.

[15] Perrino, 2006 *apud* CASSETARI; ROSENVALD, 2015.

[16] Madaleno, R. (2020). *Direito de Família* (10ª ed.). Rio de Janeiro: Forense. Versão online. Disponível em: <https://grupogen.vitalsource.com/books/9788530987954> Acesso em 15 fev 2020

[17] Donnini, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20.

[18] Donnini, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.

[19] Otero, Marcelo Truzzi. A quebra dos esposais e o dever de indenizar. Dano material e moral. *RT 766/102*, 1999.

[20] HADDAD, Luis Felipe *apud* Stocco, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência* (8ª ed.). São Paulo: RT, 2011, p. 1007.

[21] RAND, Ayn. *The Romantic Manifesto: A Philosophy of Literature* is a collection of essays regarding the nature of art by the philosopher Ayn Rand. Primeira publicação em 1969.

[22] Rad, A. (2016). *The Ayn Rad Lexicon: objectivism from A to Z*. Em P. Dias, *O princípio constitucional da busca da felicidade e due processo of law na formação familiar*. Jus. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/52173/o-principio-constitucional-da-busca-da-felicidade-e-due-processo-of-law-na-formacao-familiar>. Acesso em 7 de fevereiro de 2020.

[23] TJSP - *Apelação Cível nº 0000594-77.2015.8.26.0296*, Relator: Desembargadora Daise Fajardo Nogueira Jacot, DJ: 28/08/2019. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

[24] TJRS - *Apelação Cível nº 70079770764*, Relator: Desembargador Moreira Lins Pastl, DJ: 04/04/2019. Fonte: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

[25] TJRS - *Acórdão nº 1047202*, Relatora: Juíza Soníria Rocha Campos D'Assunção, DJ: 15/09/2017. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

[26] TJSP - *Apelação Cível nº 1016143-74.2015.8.26.0405*, Relator: Desembargador Rômulo Russo, DJ: 08/06/2018. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

[27] TJDF - *Apelação Cível nº 07453453520178070016*, Relator: Desembargadora Gabriela Jardon Guimaraes de Faria, DJ: 21/11/2018. Fonte: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

[28] TJSP - *Apelação Cível nº 0004160-33.2006.8.26.0269*, Relator: Desembargador Alexandre Lazzarini, DJ: 04/11/2014. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

[29] STJ. (2017). REsp 742137/RJ, Relator: Ministra Nancy Andrighi, DJ: 21/08/2017. Fonte: Superior Tribunal de Justiça.

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A LIBERDADE DE CONTRATAR

EVERARDO GUIMARÃES MOURA FÉ:

Escrevendo no conteúdo jurídico desde:
18/05/2020

TUANNY MARIA SOUSA RÊGO

(coautora)

GILBERTO ANTÔNIONEVES PEREIRA DA SILVA

(Orientador) ^{III}

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo geral analisar a função social dos contratos bancários com base na atual doutrina, legislação e jurisprudência. Tem como objetivos específicos descrever o histórico e acepções dos contratos; discutir a nova realidade das relações contratuais e a função social do contrato; refletir sobre a importância da aplicação deste princípio e sua relação com a liberdade de contratar. Para sua viabilização, adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica com abordagem de natureza qualitativa. Desse modo, procurou-se responder ao seguinte questionamento: o que diz a doutrina, legislação brasileira e a jurisprudência sobre a função social dos contratos bancários? O estudo conclui que atualmente a doutrina apresenta, em relação ao sugerido na legislação e jurisprudência, uma harmônica relação entre a aplicação da função social dos contratos com o princípio da liberdade de contratar, buscando reduzir a ocorrência de casos com contratos exorbitantes, evitando assim diretamente contratações injustas. Sugere que as instituições bancárias procurem manter contratos pautados na sua função social, não incluindo por isso, cláusulas abusivas que promovam desproporção e injustiça de ordem financeira, uma vez que é notória a reclamação das pessoas diante dos contratos bancários de adesão e sua insatisfação com a onerosidade excessiva, cobrada nas taxas de juros.

Palavras-chave: Contrato, Função Social, Liberdade de Contratar.

ABSTRACT: The study objective is to analyze the social function of bank contracts based on current doctrine, in the legislation and jurisprudence. The specific objectives aim to describe the history and meanings of the contracts; discuss the new scenario of contractual relations and the social function of the contract; consider the importance of applying this principle and its relationship with the freedom to contract. The methodology used was bibliographic research, with a qualitative approach. Thus, the intention was to answer the following question: what does Brazilian doctrine, legislation and jurisprudence discuss about the social function of bank contracts? The conclusion shows that currently the doctrine presents, in relation to what the legislation and jurisprudence suggests, a harmonious correlation

between the application of the social function of contracts with the principle of freedom to contract, aiming to reduce the occurrence of exorbitant contracts, thus avoiding directly hiring unfair. the study also warns that banking institutions should try to maintain contracts based on their social function, thus avoiding abusive clauses that promote disproportion and injustice of a financial nature, since it is notorious that people complain about bank membership contracts and their dissatisfaction with the excessive burden, charged in interest rates

Keywords: Contract. Social role. Freedom to Hire.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Histórico e acepções do contrato. 2.1. Evolução Histórica do Contrato. 2.2. Conceituação de Contrato. 2.3. Delimitação conceitual dos princípios contratuais. 2.3.1. Princípios gerais ou clássicos que regem o direito contratual. 3. A nova realidade das relações contratuais. 4. Os novos princípios do direito contratual. 4.1. A Boa-fé Como Princípio Jurídico 4.2. Princípio da Equivalência Material, 4.3. Princípio da Função Social. 5. A função social do contrato bancário. 6. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O sistema normativo jurídico no Brasil evolui constantemente para acompanhar a demanda de questões e fatos concretos inseridos na sociedade, presentes em suas relações, entre elas, as econômicas, como no caso das contratações bancárias por pessoas físicas e jurídicas. Assim, deve-se dizer que é tarefa árdua discutir a temática da função social dos contratos, expressa no Código Civil, sobretudo do contrato bancário porque quando se trata da relação contratual desse tipo de instituto observa-se que há uma insatisfação generalizada da sociedade, devido à prática de cobrança de taxa de juros bastante elevadas, e mesmo abusivas.

Não há qualquer dúvida que esse tipo de prática contraria a função social do contrato, especialmente, do contrato de empréstimo, pois embora o fornecimento do crédito tenha objetivo de sanar problema financeiro imediato daquele que o contrata, a sua função social ultrapassa e supera os interesses dos contratantes. Por isso, os contratos bancários não podem ser executados de modo a sacrificar, lesar ou comprometer de forma alguma, interesses coletivos

Insta-se ressaltar um aspecto bastante relevante, no entendimento jurídico brasileiro, que reconhece na natureza dos contratos bancários os mesmos princípios passíveis dos contratos cíveis, o que delega amplamente direitos e deveres. Assim, estas transações, operações contratadas entre banco e cliente, seja este pessoa física ou jurídica, são entendidas como negócio jurídico bilateral, fato comprovado facilmente se considerado que um alto percentual dos contratos entre banco e

clientes são feitos sob análise de adesão, modalidade onde não há a participação dos clientes na elaboração ou discussão das cláusulas contratuais.

Desse modo, percebe-se que os contratos bancários possuem peculiaridades que são justificadas através de uma disciplina diferente dos demais contratos. Por isso, que os referidos contratos exigem legislação específica, a fim de resguardar, por um lado às partes contratantes, por outro a política econômica do país.

Tendo em vista essa observação, o presente estudo tem como objetivo geral analisar a função social dos contratos bancários com base na atual doutrina, legislação e jurisprudência. Tem como objetivos específicos descrever o histórico e aceções dos contratos; discutir a nova realidade das relações contratuais e a função social do contrato; refletir sobre a importância de se aplicar, nas relações fomentadas pelos contratos bancários, o princípio da função social em harmonia com o princípio que prescreve a liberdade de contratar.

A metodologia selecionada para viabilização do estudo foi a pesquisa bibliográfica com, abordagem de natureza qualitativa. Desse modo procurou-se responder ao seguinte questionamento: o que diz a doutrina, legislação brasileira e a jurisprudência sobre a função social dos contratos bancários?

O interesse pela temática surgiu a partir da observação dos pesquisadores de que há uma insatisfação geral no que tange aos contratos bancários, como os de empréstimos, que além de serem abusivos contrariam sua função social, uma vez que o fornecimento de crédito trata-se de um serviço essencial ao desenvolvimento econômico e social. Acredita-se que a relevância do presente estudo sustenta-se na intenção de evidenciar a importância da aplicação do princípio da função social dos contratos bancários em harmonia com o princípio da liberdade de contratar.

2 HISTÓRICO E ACEPÇÕES DO CONTRATO

A sociedade contemporânea tem como ponto marcante a divisão do trabalho, a qual permite que cada indivíduo possa trabalhar e se organizar economicamente. Se consideramos como isto promove o acesso a meios e recursos, fica claro a importância das relações geradas neste contexto econômico-social. Para obter os meios indispensáveis para suprimir as necessidades decorrentes da vida social, as pessoas físicas e jurídicas recorrem à prática dos contratos, não apenas para atender suas necessidades mais básicas, como comprar alimentos, mas para tornar suas vidas mais agradáveis, como comprar um veículo ou aparelhos eletrônicos sofisticados (NADER, 2018).

Contudo, o acesso a tais objetos só se faz mediante a celebração de contratos, os quais já existem há bastante tempo no transcurso da história da humanidade. Bem por isso, a necessidade de um estudo da sua evolução histórica.

2.1 Evolução Histórica do Contrato

O contrato é um dos poucos institutos jurídicos que vem sobrevivendo ao longo dos séculos. A despeito de discussões sobre a sua verdadeira origem, têm-se notícias de que ele já era executado na Mesopotâmia, há cerca de 4.000 anos antes de Cristo, e o exemplo que se dá de sua prática é o de uma espécie de transação contratual realizada nesse período, narrada pelo estudioso Eileen Byrne-Halczyn.

Esse pesquisador explica que na Mesopotâmia quando um comerciante dava ao seu Grão Secretário, lã, óleo, ou alguma outra mercadoria para vender, exigia que o funcionário desse um rigoroso relato e entregasse o dinheiro ao comerciante e, este por sua vez deveria dar ao funcionário um recibo comprovando pagamento feito a ele (SIGABINAZZE, 2016).

Conforme o relato pode-se deduzir que o contrato foi o primeiro instituto normativo na Antiguidade e ocorreu em primeiro lugar na Mesopotâmia, todavia não há nada de concreto sobre o assunto. É certo interpretar que possui origem ainda na Antiguidade (4.000 a.C. a 3.500 a.C.), mas é precisamente no direito romano clássico, que se vai encontrar sua normatização (MARTINS-COSTA, 2000).

Essa primeira referência da presunção do Direito, em relação ao contrato, confere-lhe o benefício de ampará-lo pelo rigor formal da lei, mesmo que não tivesse o objetivo precípuo de regular qualquer tipo de operação econômica, pois estas já se instavam previstas legalmente, justamente para que o contrato obtivesse a tutela do Estado. E o mero acordo de vontade não era o suficiente para instituir obrigações (ALMEIDA, 2012).

Nesses termos, é certo dizer que o contrato no direito romano clássico era visto muito mais como um vínculo objetivo, servindo assim, como apontado por Martins e Costa "mais propriamente para designar as consequências do acordo, vale dizer, a vinculação obrigacional daí decorrente, e não como a manifestação de vontades opostas e convergentes ou a expressão da liberdade e autodeterminação individual" (MARTINS-COSTA, 2000, p. 154).

Assim para o direito romano antigo, o contrato tinha muito mais a feição de uma convenção, Naves esclarece mais esta distinção ao interpretar que:

A convenção era gênero e as espécies eram o contrato e o pacto. Contratos eram convenções normatizadas e por isso

protegidas pela via da *actio*. Três eram as espécies contratuais: a) *litteris*, que exigia inscrição no livro do credor (denominado de *codex*); b) *re*, que se fazia pela tradição efetiva da coisa; e c) *verbis*, que se celebrava pela troca de expressões orais, como em um ritual religioso. Esses contratos tinham proteção judicial prevista pelo *ius civile*, podendo reclamar via *actio* sua execução. [...] o pacto era um acordo não previsto em lei. Não exigia forma especial, nem era protegido pela *actio* (NAVES, 2007, p. 231 e 232).

Vale notar, que esses são os primeiros momentos em que o contrato vai ser afirmado na legislação romana, pois “[...] a partir do direito Justiniano, o foco da doutrina contratual deslocou-se excessivamente da formalidade até então exigida para o elemento subjetivo dos acordos de vontades” (SIGABINAZZE, 2016, p. 1).

Na idade Média, do século V ao século X, o instituto do contrato, que é decorrente do direito romano, também vai estar presente mediante a exigência de uma documentação, para a confirmação da relação jurídica e de seu cumprimento, pois já nesse período:

As práticas medievais evoluem para transformar a *stipulatio* romana na *traditio cartae*, o que indica a entrega de um documento. A forma escrita passa, então, a ter predominância. A influência da Igreja e o renascimento dos estudos romanos na Idade Média vêm enfatizar o sentido obrigatório do contrato. Os costumes mercantis dinamizam as relações e tendem a simplificar as formas contratuais. Com a escola do direito natural, assimilam-se os pactos convenções aos contratos (VENOSA, 2013, p. 383).

Sem dúvida, pode-se constatar que na Idade Média o contrato ganha seu novo formato jurídico, quando neste passa a se exigir um documento que requeira o cumprimento da responsabilidade entre as partes. Um cenário onde o contrato adquire um diferente formato, por conta do período feudal, das influências da Igreja e das novas relações jurídicas que surgiam.

Deve-se destacar que a Idade média foi fortemente marcada pelo sincretismo do direito romano e germânico e do direito canônico. Toda essa influência foi decisiva para a formação dos contratos, que no feudalismo se caracterizava mediante a vassalagem, o qual fazia pacto entre as partes, surgir o poder do senhor sobre o vassalo, que lhe exigia fidelidade, em troca de proteção e sobrevivência (SANTOS; SIMIONI; SOUZA, 2016).

Quanto ao contrato na Idade Moderna (séc. XV-XVIII), cabe argumentar que a circulação de riquezas exercida pelo capitalismo incorreu na formulação de um novo formato de relação contratual, que passou inclusive a exercer papel ideológico, estimulado neste período por um discurso que: “Era necessário que não houvesse impedimentos para a circulação de riquezas, assim a dogmática contratual da época desenvolveu algumas teorias para fundamentar a ideologia perquirida” (ALMEIDA, 2012, p. 1).

Essa nova concepção abre precedentes para a formação de novos formatos de contratos onde a principal ideia deveria ser a da liberdade de contratar. A própria teoria do direito moderno comportava-se como ideológica no sentido de que o capital deveria estar como marco das relações contratuais, de modo que foram assentados quatro dogmas:

1º) oposição entre o indivíduo e o Estado, que era um mal necessário, devendo ser reduzido; 2º) princípio moral da autonomia da vontade: a vontade é o elemento essencial na organização do Estado, na assunção de obrigações etc.; 3º) princípio da liberdade econômica; 4º) concepção formalista de liberdade e igualdade, ou seja, a preocupação era a de que a liberdade e a igualdade estivessem, genericamente, garantidas em lei. Não importava muito garantir que elas se efetivassem na prática (FIUZA, 2007, p. 260).

É revestido desse entendimento que os contratos chegam à contemporaneidade, mas também sofrem diferentes inovações, daí porque se faz essencial um estudo do conceito de contrato, para se compreender melhor a sua evolução ao longo do tempo.

2.2 Conceituação de Contrato

De modo direto pode-se definir a expressão contrato como a jurídica relação existente entre as partes realizando um negócio jurídico. Pode-se também defini-lo como “[...] o acordo de vontade entre duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar, transferir ou extinguir direitos” (MIRANDA, 2008, p. 2).

Vale destacar, que o termo contrato possui origem etimológica no verbo *contrahere* que conduz a *contractus*, isto é, a ajuste pacto ou convenção, originando um acordo de vontades de criar direitos e obrigações entre as partes. Nesse passo, pode ser interpretado como uma convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas com vistas criar, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial (FIGUEIREDO; GIANCOLI, 2011).

Nesse diapasão, deve-se compreender que o contrato constitui uma espécie de negócio jurídico que envolve acordo entre partes. Observe-se que “[...] negócio jurídico é o instrumento próprio de circulação dos direitos, isto é, de modificação intencional das relações jurídicas” (WERNER, 2014, p. 6). É por meio do negócio jurídico que pessoas físicas e jurídicas movimentam seus direitos fazendo e desfazendo contratos. Desse modo, tem-se que o contrato é:

[...] modalidade de fato jurídico, mais especificamente, de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, pelo qual duas ou mais vontades se harmonizam a fim de produzirem resultados jurídicos obrigacionais, de acordo com o permissivo e limites da lei. É fato jurídico lato sensu porque gera, modifica, conserva ou extingue uma relação de conteúdo patrimonial. É negócio jurídico uma vez que se constitui por declaração de vontade das partes (NADER, 2018, p. 37).

Como se verifica é um negócio jurídico realizado entre duas partes contratantes, e depende da vontade para sua formação e instituição. Além disso, possui o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial (DINIZ, 2017).

Mas não é só isso porque, como o contrato se trata de uma convenção estabelecida entre as partes contratantes, deve-se considerar que seu centro gravitacional é o elemento volitivo, isto é, a vontade recíproca de contratar e que para isso deve-se a requisitos de validade, os quais são:

Os requisitos objetivos: dizem respeito ao objeto do contrato, que deve ser lícito, possível e determinável ou determinado, conforme trata o inciso II do art. 104 do Código Civil de 2002. Trata-se de possibilidade jurídica do objeto do contrato, que não pode atentar contra a lei e humanamente possível. Os requisitos subjetivos são: a capacidade das partes contratantes de agir e de praticar os atos da vida civil, sendo que inobservados os artigos 3º e 4º do diploma civil brasileiro o negócio será nulo ou anulável, a aptidão específica para contratar, o consentimento, que deve ser livre e espontâneo, e a pluralidade das partes, vez que são necessárias pelo menos duas pessoas físicas ou jurídicas para que o contrato exista. Já os requisitos forais tratam da observação da forma exigida pela lei, podendo a declaração da vontade, de acordo com o artigo 107 do já mencionado diploma legal, ser livre quando a lei não

expressamente exigir e desde que não seja defesa em lei e que tenha forma prescrita (NAKAMORI, 2018, p. 1).

Como acentuado na citação supra, o contrato cumpre requisitos objetivos, subjetivos e formais. Todos esses formam os requisitos de validade do contrato que em síntese podem ser descritos como sendo: "Acordo de vontades; agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei; ausência de defeitos que podem ser causadores de sua nulidade ou anulabilidade" (FIGUEIREDO; GIANCOLI, 2011, p. 132).

Nos casos em que não forem cumpridos os requisitos exigidos por lei, eles serão considerados inválidos. Como exemplo cita-se o caso do contrato de compra e venda de imóvel de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, o qual exige a escritura pública, para sua validade, conforme explicita o art. 108 do Código Civil.

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País (BRASIL, 2002, p. 1).

Pelo que se observa da citação supracitada, a validade do contrato se dá pelo cumprimento dos requisitos legais que lhe compreendem. Desse modo, é possível frisar que o contrato é um acordo de vontades, deve ser lícito, cujo objetivo é o de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial, respeitando as formalidades apontadas pela legislação.

Sendo assim, é certo dizer que o contrato é resultado "[...] da conjunção da vontade declarada e da lei. Esta fixa as condições essenciais à formação, bem como alguns dos efeitos jurídicos que produz; a declaração de vontade personaliza a aplicação do instituto jurídico, individuando o seu objeto e os deveres das partes" (NADER, 2018, p. 38).

Anote-se por essencial que o contrato possui ponto de partida e que se dá no momento em que as partes consentem em contratar. Ele nasce pela vontade das partes, configura-se como um acordo de vontades. Sua origem então é a proposta aceita. Dessa forma resulta que "[...] situações de sondagens, conversas prévias, debates e até minutas, projeções, simulações e orçamentos não vinculam partes" (FIGUEIREDO; GIANCOLI, 2011, p. 134).

Por outro lado, se a proposta é feita de modo firme com dados suficientes, pode obrigar o proponente, mas desde que não seja contrária à norma, como explicita o art. 428, da Lei nº. 10.406/2002, que institui o Código Civil:

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente (BRASI, 2002, p. 1).

Como se vê a proposta contratual possui obrigatoriedade, desde que não contrarie a norma jurídica. Em vista disso percebe-se que a formação do contrato se dá em virtude de momentos específicos, como a fases das tratativas ou negociações preliminares, onde as partes refletem sobre a possibilidade de fazer o contrato ou não. Em seguida evolui-se para a fase da proposta, oferta, policitação ou oblação, que segundo o art. 427 do Código Civil brasileiro de 2002 “[...] obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso” (BRASIL, 2002, p. 1).

Mas não basta mencionar como surge a formação do contrato, também é necessário salientar que ele possui classificações, e que sua classificação correta é muito útil, por isso, deve-se classificar os contratos da seguinte forma:

Bilaterais e Unilaterais: o primeiro cria obrigações para ambos os contratantes, que tornam-se mutuamente credores e devedores. (art. 1092 CC/arts. 476, 477 do NCC (aqui há sinalagma); o segundo cria obrigações para só um dos contratantes.**Onerosos e Gratuitos:** No primeiro as duas partes têm vantagens e desvantagens, arcando cada uma delas com obrigações, uma em benefício da outra (ex.: compra e venda). No segundo, somente um goza das vantagens, enquanto uma das partes apenas suporta os encargos (BEZERRA, 2015, p. 1).

Além desses tipos, há ainda os contratos comutativos: onde cada uma das partes recebe, ou crê que recebe uma contraprestação mais ou menos de igual valor, como por exemplo, compra e venda; contratos aleatórios: em que as partes se arriscam a uma contraprestação incerta, nele o risco integra a sua forma; contratos

de execução imediata, diferida ou sucessiva: no primeiro, a execução se dá no ato, por ambas as partes; o segundo refere-se a contrato de prazo único; o terceiro, como seu nome denota, sua execução é cumprida por etapas periódicas; formais ou não formais: aqui o primeiro possui forma prescrita na lei, o segundo possui forma livre (FÜHRER, 2010).

O rol acima exemplificado não se exaure aí porque há ainda os contratos típicos, em que as regras estão explícitas na legislação, sendo suas regras de natureza supletiva (art. 1.122 a 1504 do CC / 481 a 853 do NCC). Os contratos atípicos, que se originam da volição das partes, discordando dos métodos legais, e formulando negócios que se adéquam as suas necessidades e que se mantém distante dos projetos da lei. O contrato misto, espécie de híbrido que une tipicidade e atipicidade, apesar do seu caráter legal se distancia um pouco do esquema padrão (BEZERRA, 2015).

Conforme vai se verificando há um número grande de tipos de contratos, e a intenção não é exaurir seu rol exemplificativo, mas trazer a luz alguns dos mais praticados, até porque o Código Civil não traça uma classificação, sendo esta realizada pela doutrina. Por isso, se acrescenta abaixo mais alguns tipos de contratos, como forma de abranger o maior número deles:

Consensual: todo o contrato é consensual, respeitado o princípio da autonomia da vontade, pois parte de um acordo inter partes. Nesta classificação, bastaria o consenso para dar validade e eficácia plena para o acordo. Real: ligado aos modos de aquisição de propriedade, res, coisa, é o repasse da posse direta do bem, e ligado aos bens de maior valor econômico e importância social. Adesão ou de massa, não há o período de formação dos contratos, pois já estão prontos, cabendo à outra parte aceitá-lo do jeito em que se encontra ou não, sem a possibilidade de discutir o seu conteúdo. Prazo determinado: têm sua validade e eficácia garantidas pelo tempo que o contrato estabelecer, como no contrato de locação de seis meses. Prazo indeterminado: Se, por exemplo, termine o prazo de seis meses, e tacitamente ou expressamente o locador continua locando para o locatário sem determinar prazo, torna-se um contrato de prazo indeterminado (BARBOSA, 2009, p. 1).

Como é possível constatar acima há um grande número de tipos de contratos mencionados pela doutrina e recepcionados pelo Direito Civil Brasileiro. Dentre eles estão os contratos bancários, para os quais tem-se a definição “[...] que somente podem ser praticados com um banco, ou seja, aqueles que configurariam infração à

lei caso fossem praticados com pessoa física ou jurídica não autorizada a funcionar como instituição financeira” (COELHO, 2011, p. 493).

Convergindo com o exposto acima, ainda aparece a definição de contrato bancário como sendo “[...] negócio jurídico concluído por um Banco no desenvolvimento de sua atividade profissional e para a consecução de seus próprios fins econômicos” (PEREIRA; ARDENGUI, 2014, p.273).

Sendo que para sua existência exige-se que uma das partes seja uma instituição financeira, a qual tem função econômica diretamente vinculada à atividade bancária. Por isso, esse tipo de contrato ser usado somente por instituições financeiras, as quais são definidas pela Lei nº 4.595/64, art. 17:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual (BRASIL, 1964, p. 1).

Assim, deve-se destacar que os efeitos dos contratos sejam eles bancários ou não, se dão quando válidos porque estabelecem vínculo jurídico entre as partes e em princípio são irrevogáveis e inalteráveis unilateralmente, pois prevalece o *pacta sunt servanda*, brocardo jurídico que traduzido sinteticamente diz que os pactos, isto é, os contratos, devem ser cumpridos.

Em termo mais técnico tem-se que: “Ao se vincularem por um contrato, as partes assumem obrigações, podendo uma exigir da outra a prestação prometida. Em outros termos, a ninguém é possível liberar-se, por sua própria e exclusiva vontade, de uma obrigação assumida em contrato” (COELHO, 2011, p. 463). Desse modo, compreende-se o contrato faz lei entre as partes, e que se houverem causas extintivas de obrigação, como a prescrição, confusão, resilição e a compensação, poderá haver sua desconstituição. Bem por isso, se estudar a delimitação conceitual dos princípios contratuais.

2.3 Delimitação Conceitual dos Princípios Contratuais

Já se disse mais de uma vez que os contratos vinculam as partes e que para sua formação exige-se a volição dos contratantes e a licitude do negócio jurídico.

Nesses termos, deve-se saber que incidem sobre o contrato três princípios básicos gerais, que são extremamente essenciais para a observação da sua formação e manutenção. Estes são conhecidos no ordenamento jurídico como princípios gerais ou clássicos.

2.3.1 Princípios gerais ou clássicos que regem o direito contratual

O primeiro princípio contratual clássico ou geral é o da autonomia da vontade, significando a liberdade das partes na estipulação do que lhes convier. De forma mais técnica pode-se frisar que é “[...] o princípio que afirma o poder às partes de dispor de seus próprios interesses mediante acordos. A vontade dos contratantes tem eficácia jurídica, devendo ser respeitada” (PEREIRA, 2016, p. 1). Pode-se dizer que a autonomia da vontade é o princípio mais importante do direito contratual.

O segundo princípio é o da supremacia da ordem pública, e significa que a autonomia da vontade possui limitação, ou seja, é relativa porque se encontra sujeita tanto à lei quanto aos princípios da moral e da ordem pública. Esse princípio faz com que “[...] o Estado intervenha nas relações contratuais colocando freios aos desmandos dos particulares” (FIGUEIREDO; GIANCOLI, 2011, p.127). Ele limita a autonomia da vontade. Já o terceiro princípio geral é a obrigatoriedade do contrato, o qual expressa que o contrato faz lei entre as partes, devendo ser considerado inarredável, porque promove maior segurança jurídica (FÜHRER, 2010).

Fala-se também no princípio da relatividade dos efeitos do contrato, mas o Código Civil de 2002 destituiu essa concepção, superando-a haja vistas que não concebe mais o contrato somente como instrumento de satisfação de interesses pessoais do contratante, mas conferi-lhe função social. A relatividade nele decorre do princípio da autonomia da vontade, já que somente aqueles que a manifestam ficam vinculados ao contrato, pois a declaração de vontade alheia não afeta terceiros ou seus patrimônios (PEREIRA, 2016, p. 1).

Assim, quando se falar em contratos, sobretudo em contratos bancários, deve-se saber que eles também possuem princípios norteadores. Os quais servem de fundamento de valoração social e normativa para consolidar a formação dos contratos em esteio jurídico sólido praticável entre as partes porque confiáveis. Anote-se, por importante, que por princípios jurídicos se deve entender aquelas:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovida e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (CASTRO, 2012, p. 1).

Claro está que um princípio jurídico possui fim teleológico, e que este busca nortear o percurso da execução da norma até que ela produza seus efeitos. Sendo assim, resulta frisar que um princípio jurídico busca essencialmente alcançar o efeito social e valorativo da norma e sua atuação prática. É nesses termos, que se procura enfocar a nova realidade das relações contratuais.

3 A NOVA REALIDADE DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Já se disse alhures que os negócios jurídicos bilaterais que dependem do consentimento das partes chamam-se contratos. Observe-se que dentro da teoria dos negócios jurídicos é tradição fazer a distinção entre os atos unilaterais e os bilaterais, os contratos. Por isso se dizer que os primeiros se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de uma das partes, enquanto os segundos dependem da anuência de dois ou mais contratantes (GONÇALVES, 2010).

Como o contrato é um instrumento de extrema importância para firmar negócio jurídico entre partes, porque faz incorrer a lei entre elas, é certo que seus modelos se adequem à nova realidade socioeconômica vigente. Para isso se faz necessária uma configuração dos contratos diferente de seu modelo clássico, que já não mais acompanha as mudanças pós-modernas (ORTOLAN, 2018).

Aprofundando-se no assunto, cabe argumentar que as relações contratuais passam por uma inovação, que tem como causa a nova realidade das relações humanas nos âmbitos sociais e políticos, os quais servem de padrão para o modelo econômico pós-moderno que faz com que empresas sofram grandes transformações em suas atividades, para se adequar às novas formas de contratar, e atender também à nova lei de contratar, denominada Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, que objetiva reduzir a burocracia nas atividades econômicas, como se vê insculpido no art. 1º, §§ 1º 2º, transcritos abaixo:

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal. § 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção

ao meio ambiente. § 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas (BRASIL, 2019, p. 1).

Segundo se verifica a referida lei faz menção aos contratos e prevê a boa fé e o respeito a eles, denotando importância de mudanças no formato das contratações. Não há dúvida que essa lei inova, ao defender que o legislador procure acompanhar os passos da pós-modernidade, e isso exige de fato que o ordenamento jurídico brasileiro se adapte ao novo cenário. Para Rapone (2019), essa concepção deve-se ao cenário atual, onde as novas relações de negócios são construídas agora a partir de perspectivas coletivas, e não individuais, com traços multilaterais e cooperativamente, trazendo consigo a necessidade de se refazer o conceito de contrato (RAPONE, 2019). Nesse passo, convém chamar a atenção para o fato de que:

[...] o contrato, na concepção clássica, baseava-se no individualismo, já que a atividade privada limitava-se à esfera patrimonial e pessoal das partes e com isso, o contrato era inatingível e elevava as disposições contratuais ao mais alto nível, dotadas de obrigatoriedade. Fundamentava-se na idéia que a obtenção da justiça contratual somente se viabilizava por meio da liberdade contratual individual. Opondo-se a esta base, cuja perspectiva individualista só proporcionou mais desigualdade entre as partes, nasce uma nova concepção social do contrato, baseada em princípios e valores fundamentais para se estabelecer uma relação contratual equilibrada, fundada na dignidade da pessoa humana, como meio de se promover justiça social (ORTOLAN, 2018, p. 2812).

Como se verifica, existe uma diferença entre os contratos ditos clássicos e os que agora se conformam na contemporaneidade, e que também possuem novos princípios a lhes nortear. Neste diapasão, a lei da liberdade econômica mencionada anteriormente, traz a inclusão do novo art. 421-A no Código Civil de 2002, com uma tentativa de limitar a revisão dos contratos valorizando a autonomia privada, a intervenção mínima e a excepcionalidade na revisão contratual, que devem ser ponderados e mitigados frente a outros regramentos.

É nesse contexto da nova realidade das relações contratuais que se pretende abordar os novos princípios do direito contratual, como a boa-fé, equivalência da materialidade, buscando-se o eventual equilíbrio contratual e a vedação dos abusos e excessos negociais, tão comuns em nosso país.

4 OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DO DIREITO CONTRATUAL

Para enfrentar a nova realidade globalizada o ordenamento jurídico brasileiro tem buscado fazer diferentes adaptações, inclusive no âmbito dos contratos, compreendendo que “[...] deve haver uma correspondência entre Direito positivo e o sentir ou querer da comunidade, de onde partem as valorações que atribuem sentido à experiência jurídica” (ORTOLAN, 2018, p. 2813). É nesse sentido que passou-se a buscar o norteamentos em princípios como o da boa-fé para a formação do contrato.

4.1 A Boa-fé Como Princípio Jurídico

O princípio da boa-fé é importante para a realização de contratos, e “[...] deve ser observado ante, durante e depois da efetiva formação e execução dos contratos” (FIGUEIREDO; GIANCOLI, 2011, p. 129). Esse princípio traz uma alteração abrangente no campo das obrigações e se encontra enunciado nos arts. 113 e 422 do Código Civil de 2002, como verificado:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...]

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (BRASIL, 2002, p. 1).

Pelo que se infere do princípio acima mencionado, a boa-fé é dispositivo legal para a efetivação dos contratos e deve ser guardado pelos contratantes. Por isso, deve-se saber que a boa-fé contratual possui dimensão subjetiva e objetiva. A boa-fé subjetiva está pautada na virtude de se dizer aquilo que se acredita e acreditar no que diz. Sua relevância é reconhecida no direito das coisas onde se pode qualificar a posse das coisas, mas se tratando de contratos, não possui operacionalidade (ASD, 2017).

Por sua vez, a boa-fé objetiva se demonstra pelo respeito que tem as partes contratantes dos direitos existentes gerados pela relação contratual. Esta, de fato, é essencial para a realização contratual porque independe de subjetividade, mas da objetividade que possui o negócio jurídico (NADER, 2018). Note-se que o art. 422 do Código Civil de 2002 é uma cláusula geral de aplicação da boa-fé, sendo mesmo um vetor da boa-fé objetiva.

Ressalta-se ainda que a boa-fé objetiva diz respeito à eticidade, honestidade, lealdade e probidade, elementos que devem ser constante entre os contratantes, inclusive nos contratos bancários, em que a instituição financeira possui função econômica vinculada à atividade bancária.

4.2 Princípio da Equivalência Material

Além do princípio da boa-fé que norteia os contratos, também existe o princípio da equivalência material, que se caracteriza pela sua “[...] manifestação da busca da efetiva igualdade entre as partes na relação contratual” (GOMES, 2006, p. 1). Esse princípio busca relativizar o entendimento legal de que o contrato faz lei entre as partes.

Verifique-se que o legislador atuou bem, quando erigiu o princípio da equivalência material no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que se deu pela constatação do “[...] desequilíbrio contratual ditado pela formação deficiente da vontade do consumidor face à pressão das necessidades – nos negócios de consumo e da exigência próprias, que se pôde chegar a um regime eficaz de defesa do consumidor” (MADRIGAL, 2017, p. 1).

Como se constata, o princípio da equivalência material tem por objetivo manter o equilíbrio de direitos e deveres na relação contratual. Nesse caso, é essencial antes, durante e após a execução do contrato ajustar os interesses desse negócio jurídico. Desse modo, evita-se tanto o abuso do poder econômico quanto a tirania, que podem vir a existir nos contratos, como os de adesão empregados pelos bancos (RIBEIRO 2020). Dito isso, evolui-se para o princípio da função social, que também faz parte do elenco de princípios que norteiam os contratos.

4.3 Princípio da Função Social

A dinâmica da contemporaneidade trouxe mudanças para a forma de contratar. Seus princípios inovadores encontram-se elencados no Código Civil de 2002 e um deles é o princípio da função social, consignado no art. 421 do referido código, o qual impera que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função do contrato” (BRASIL, 2002).

Nesses termos, convém inferir que o contrato também é um instrumento de desenvolvimento social. Assim, deve-se interpretar que a sua função social possui ao menos dois aspectos:

Função social intrínseca: a função social pode ser vista como princípio entre as partes, e neste caso, visa afastar a possibilidade de uma contratação injusta, ou seja, a relação contratual deverá ser equilibrada entre as partes para que se evite que um dos contratantes venha a submeter o outro [...].
Função social extrínseca: a função social pode ser analisada do ponto de vista da sociedade, e, neste caso, devemos atentar para o fato de que o contrato não poderá, ainda que justo entre

as partes e equilibrado, prejudicar a coletividade (FIGUEIREDO; GIANCOLI, 2011, p.129).

Tendo em vista a citação supra, há de se concordar que o princípio da função social busca equilibrar a relação contratual, de modo que não haja contratação injusta para nenhum dos contratantes, tão pouco prejudique a coletividade. Percebe-se então que não há outra função para a contratação que nulidade do contrato e a indenização dos prejudicados, se esse não observar o referido princípio. Para melhor entendimento, cabe destacar que:

Cumpra sua função social o contrato que não sacrifica, compromete ou lesa interesses metaindividuais (públicos, difusos ou coletivos) acerca dos quais não têm os contratantes a disponibilidade. O contrato que descumpra a função social, prejudicando interesses dessa ordem, é nulo (COELHO, 2011, p. 52).

Nesse contexto, deve-se ressaltar que a nulidade imposta pelo princípio da função é amparada por lei e visa reprimir ofensa contra a norma pública. A observação parece genérica e direcionada a todos os contratos, mas como já se disse alhures os contratos bancários trazem peculiaridades em relação aos demais contratos, assim não é demais buscar saber qual sua função social.

5 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO BANCÁRIO

É certo dizer que a atividade bancária é caracterizada pelo “[...] exercício das funções básicas das entidades que compõem o Sistema Financeiro Nacional [...]. É a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros em moeda nacional ou estrangeira” (COELHO, 2011, p. 492).

Deve-se consignar aqui que a principal função de um banco é disponibilizar o crédito para pessoas físicas ou jurídicas. Essa função é alcançada através de diferentes operações, como o empréstimo, depósito, redesconto, abertura de crédito, além de outras atividades contratuais como:

[...] certos tipos de investimentos: o arrendamento mercantil (ou *leasing*), a cobrança de crédito de terceiros, o repasse de valores, o depósito de bens. Além dessas, há as operações acessórias, que visam facilitar a vida da clientela bancárias, tais como a custódia de valores e o aluguel de cofres (PEREIRA; ARDENGHI, 2014, p. 271).

Em vista disso, deve-se salientar que não é possível realizar atividade bancária sem a autorização do Governo Federal. O órgão competente que expede a autorização é o Banco Central do Brasil, que é uma autarquia da União, e integrante do Sistema Financeiro Nacional (COELHO, 2010). Sendo assim, cabe acrescentar que as operações bancárias podem ser classificadas em típicas e atípicas:

Típicas: relacionadas às atividades bancárias definidas em Lei, podendo as operações ser consideradas passivas, quando há a captações de recursos pelo banco, onde este se coloca na posição de devedor, ou ativas quando ele fornece recursos monetários, e, assim, se coloca na posição de credor. Atípicas: relacionadas às atividades correlatas, as quais não estão definidas em Lei e podem ser exercidas por qualquer sociedade empresária (recebimento de contas, guarda de bens não monetários) (RIOS, 2016, p. 1).

Conforme se verifica acima existem as funções típicas e atípicas que são exercidas pelos bancos. Por isso deve-se saber, que as atividades monetárias empregadas por eles, com o fim de movimentação monetária, chamam-se contratos. Além disso, cabe lembrar que aquele que fizer essa modalidade de atividade sem autorização do Governo estará incorrendo em ilegalidade.

Aqui não será demais adicionar outros exemplos de contratos bancários, como o mútuo, a conta corrente, antecipação bancária (financiamento), cartas de crédito, cartões de crédito, operações de câmbio, custódia de títulos e valores, cofres de segurança, cobrança e aceitação de títulos, convenções de correspondência (FÜHRER, 2010).

Como se verifica existem vários tipos de contratos bancários, tanto eles quanto os de tipo comum devem se manter incólumes e inalteráveis em seus conteúdos, mesmo que suas disposições sejam estipuladas de modo unilateral. Por isso, desde há muito, o tradicional *pacta sunt servanda*, fica entendido que as partes interessadas além do direito a liberdade para contratar devem também respeitar a autonomia da vontade dos contratantes.

É certo que com a dinamicidade e evolução da sociedade contemporânea e dos sistemas bancários, os próprios contratos sofreram mudanças e adquiriram novas formulações em que o antigo *pacta sunt servanda*, já não impõe sua rigidez devido a novas concepções contratuais que exigem flexibilizações específicas. No entanto, mesmo que tenha havido tais mudanças exige-se a função social dos contratos bancários deve estar em harmonia com a liberdade de contratar.

Isso é assim, porque a instituição da função social dos contratos põe fim às diferenças entre liberdade contratual e a liberdade de contratar, já que a primeira, que equivale à função social do contrato, é limitada objetivamente pela ordem pública e pela maior valia dos direitos e interesses coletivos sobre os eminentemente individuais, e, a liberdade de contratar é prerrogativa subjetiva, que cada contratante possui, de arbitrar sobre a viabilidade ou não de formalizar determinada contratação (TALAVERA, 2002). Dito isso, sobreleva importante destacar que:

[...] a natureza jurídica da função social do contrato deve ser compreendida sob a premissa de que o contrato não pode trazer onerosidade excessiva, desproporção e injustiça social, bem como, não pode violar interesses individuais que abranjam a proteção da dignidade humana (BASSO, 2008, p. 46).

Bem se vê que a natureza jurídica da função social visa reprimir medidas abusivas contratuais que tragam onerosidade excessiva ou injustiça social e viole direitos como a dignidade da pessoa humana. É investido dessa concepção que se chama a atenção para o fato de que os contratos bancários também possuem função social, a qual deve estar em consonância com o princípio da liberdade de contratar, que diz respeito ao direito do indivíduo de poder celebrar contrato. Revele indubitosa matéria que:

[...] que a função social do contrato tem o dever de limitar a autonomia contratual, com a finalidade, também, de evitar que a liberdade contratual seja exercida de maneira abusiva, garantindo, dessa forma, o equilíbrio entre os contratantes e que o contrato atinja aos interesses sociais, sem prejudicar a coletividade (PAIM, 2014, p. 1).

Não há qualquer dúvida que os contratos possuem a previsão da função social, que objetiva limitar a autonomia contratual evitando abusos na contratação por uma das partes. A título de exemplo, menciona-se decisão jurisprudencial exarada pelo Superior Tribunal de Justiça em agravo interno, no agravo em recurso especial, que se refere à função social dos contratos:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. Decisão agravada e considerada, na medida em que o apelo nobre não encontra óbice na Súmula

283/STF, passando-se a novo exame do recurso especial. 2. O Tribunal de origem, à luz das provas dos autos, concluiu que não foi demonstrado nenhum acontecimento extraordinário a ponto de tornar-se a prestação excessivamente onerosa a ensejar a aplicação da teoria da imprevisão ao caso. A pretensão de rever tal entendimento demandaria o envolvimento do suporte fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso especial, conforme dispõe a Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno provido para reconsiderar a decisão agravada e, em novo exame do feito, não conhecer do recurso especial. AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.297.951 - SP (2018/0121735-9). Min. Rel. Raul Araújo (STJ, 2018, p. 1).

Como se infere da decisão acima do Superior Tribunal de Justiça (STJ), frente agravo interno no agravo em recurso especial, o Ministro Relator Raul Araújo deu provimento ao agravo interno para reconsiderar a decisão agravada pelo tribunal de origem onde a agravante alega “[...] que crise financeira não é suficiente para justificar o inadimplemento e afastar a obrigação da ré, não sendo possível invocar a função social do contrato para desobrigar a agravante do cumprimento dos termos ajustados” (STJ, 2018, p. 1).

A decisão para a reconsideração exarada pelo Ministro Relator Raul Araújo baseada nos arts. 478, 478, 480 do Código Civil brasileiro de 2002, visa projetar a função social do contrato, senão veja-se o que diz os referidos artigos:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida,, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva (BRASIL, 2002, p. 1).

Observe-se que os artigos acima mencionam a questão da onerosidade excessiva e extravagante nos contratos, sendo elas óbices para continuar a contração, podendo o devedor pedir a resolução do contrato, pois:

[...] suponha-se que a moeda americana tenha sofrido uma enorme valorização em razão de um plano do governo imprevisível e extraordinário, causando excessiva onerosidade para uma das partes e extrema vantagem para a outra. Nesse caso, a única solução a ser adotada pelo magistrado em eventual ação judicial proposta pelo devedor seria a rescisão contratual, obrigando o devedor a devolver o bem e o credor a restituir as parcelas pagas até o momento, abatendo-se a quantia necessária para ressarcir o tempo de uso do carro pelo devedor (MATO, 2006, p. 1).

Não há dúvida que esse é um motivo de resolução contratual. Por outro lado, entende-se que essa não seria a solução mais acertada, porque pode, a parte da ré, oferecer modificação equitativa das condições do contrato, como institui o art. 479 do Código Civil de 2001.

Nesses termos, deve-se ter em tela que ao se balizar nos arts. 478, 479 e 480 do CC/2002, o Ministro Relator Raul Araújo evoca, no agravo interno acima já mencionado, a função social do contrato, e conta com o apoio do art. 421 do referido diploma legal cujo texto impera que: "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual" (BRASIL, 2002, p. 1).

Claro está que a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o Agravo interno no agravo em recurso especial, processual civil, questiona dentre outros direitos o cumprimento da função social dos contratos, abrange a boa-fé objetiva, o princípio da liberdade de contratar consonância com a função social do contrato expondo que esta última é uma proteção legal contra possíveis abusos em contratos sejam eles bancários ou não.

O que leva a crer que a aplicação da função social dos contratos, em harmonia com o princípio da liberdade de contratar, é uma exigência legal já previsto no ordenamento jurídico brasileiro e tem em vista se opor ao individualismo, estando muito mais voltado ao interesse coletivo.

Já existe jurisprudência com decisões favoráveis a reformulação de cláusula contratual por conta do princípio da função social como exarado pelo Tribunal de Justiça de Londrina:

RECURSO INOMINADO DO BANCO. BANCÁRIO. CONSUMIDOR. CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO COM DESCONTO EM RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL (RMC).

DESCONTO MÍNIMO MENSAL EM FATURA. PREVISÃO LEGAL. VENDA CASADA, REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS AUSENTES. DEFEITO NO NEGÓCIO JURÍDICO QUANDO DA EXECUÇÃO. DÍVIDA CONTÍNUA, SEM TERMO CERTO. ABUSO DE DIREITO CONFIGURADO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. ONEROSIDADE EXCESSIVA. REVISÃO DO CONTRATO PARA RESTAURAÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL. NULIDADE DE CLAUSULA CONTRATUAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 2ª Turma Recursal - 0000113-65.2017.8.16.0121 - Nova Londrina - Rel.: Juiz Marcel Luis Hoffmann - J. 11.04.2018) (TJ-PR - RI: 00001136520178160121 PR 0000113-65.2017.8.16.0121 (Acórdão), Relator: Juiz Marcel Luis Hoffmann, Data de Julgamento: 11/04/2018, 2ª Turma Recursal, Data de Publicação: 12/04/2018)

Como se verifica do recurso inominado acima o Tribunal de Justiça de Londrina exarou decisão favorável à modificação de cláusula contratual considerando a relevância do princípio da função social. O relator considerou procedente o pedido, fato que denota sua importância frente a lides voltada para o reconhecimento legal de tal princípio frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

6 CONCLUSÃO

Considera-se que o objetivo proposto nesta pesquisa bibliográfica foi alcançado, pois identificou-se que o contrato é um dos poucos institutos jurídicos que tem atravessado os séculos e que a origem de sua normatização remonta ao direito romano clássico ainda na Antiguidade. Constatou-se na literatura pesquisada que o contrato é negócio jurídico que depende do acordo de vontade das partes, sendo sua finalidade adquirir, resguardar, modificar, transferir ou extinguir direitos.

Percebeu-se na revisão da bibliografia que o novo modelo das relações socioeconômicas da contemporaneidade demandou uma nova realidade das relações contratuais, onde os contratos bancários, assim como os demais contratos, passaram a se nortear por princípios antes existentes como o da boa-fé e da equivalência material, mas também de novos princípios como o da função social dos contratos. Essa função social é abrangente no sentido de valer os contratos bancários ou não.

Os dados levantados na atual doutrina, legislação e jurisprudência permitiram concluir que a aplicação da função social dos contratos, em harmonia com o princípio da liberdade de contratar, visa reprimir contratos excessivamente onerosos extinguindo a injustiça nas contratações, uma vez que se opõe ao individualismo e se interessa pelo coletivo.

Diante dos resultados encontrados sugere-se às instituições bancárias que procurem manter seus contratos pautados na sua função social não incluindo, por isso, cláusulas abusivas que promovam desproporção e injustiça social, uma vez que é notória a reclamação de pessoas diante dos contratos bancários de adesão, por exemplo, reclamando da onerosidade excessiva cobrada nas taxas de juros.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A evolução histórica do conceito de contrato**: em busca de um modelo democrático de contrato. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-evolucao-historica-do-conceito-de-contrato-em-busca-de-um-modelo-democratico-de-contrato/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

ASD. **Princípio da boa-fé nas relações contratuais**. 2017. Disponível em: <https://advdalfovo.jusbrasil.com.br/artigos/506344065/principio-da-boa-fe-nas-relacoes-contratuais>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BARBOSA, Robson Rodrigues. **Classificação dos contratos civis**. 2009. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/18152/classificacao-dos-contratos-civis>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BASSO, Maurício. **A função social como elemento da teoria geral dos contratos**. 2008. 60f. Monografia [Bacharelado em Direito] – Universidade do Vale do Itajaí, Tijucas, 2008.

BEZERRA, Raphael Lopes Costa. **Classificação dos contratos**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36822/classificacao-dos-contratos>. Acesso em: 24 abr. 2020.

BRASIL. STJ. **ACÓRDÃO Recurso nº 0003850-08.2017.8.16.0079** — Rel. Juiz Marcel Luis Hoffmann. 2ª Turma Recursal Curitiba/PB; Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000007513031/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0003850-08.2017.8.16.0079;jsessionid=9bcc8b823814e9b2ce2a1df72484> . Acesso em: 17 de maio de 2020.

____.STJ. **AgInt no agravo em recurso especial nº 1.297.951 - SP (2018/0121735-9)**.2018. Disponível em:

https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGINT-ARESP_1297951_0fc71.pdf?Signature=Xg4Fbc3mAMZSRTe%2BSAM%2B%2FLSb56k%3D&Expires=1588161645&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-ash=f905099bd57c335a762b1e591282d3b3. Acesso em: 24 abr. 2020.

____. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019:** institui a declaração de direitos de liberdade econômica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 11 maio, 2020.

____. **Lei nº 10.406, de janeiro de 2002:** institui o código civil brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 12 mar. 2020.

____. **Lei nº. 4.595/65:** dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o conselho monetário nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em 22 abr. 2020.

CASTRO, Carem Barbosa de. **Teoria geral dos princípios**. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-104/teoria-geral-dos-principios/>. Acesso em 22 abr. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial:** direito de empresa. 23. ed. São Paulo:Saraiva,2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; GIANCOLI, Bruno, Pandori. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIUZA, César. **Por uma redefinição de contratualidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Resumo de obrigações e contratos:** civis e comerciais. São Paulo: Malheiros, 2010.

GOMES, Daniela Vasconcellos. **A imposição do princípio da equivalência material na teoria contratual contemporânea**. 2006. Disponível em: <https://www.diritto.it/a->

[imposicao-do-principio-da-equivalencia-material-na-teoria-contratual-contemporanea/](#). Acesso em: 14 abr. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MADRIGAL, Alexis Gabriel. **Os contratos de adesão e a legislação contratual brasileira**. 2017. Disponível em: <https://alexismadrigal.jusbrasil.com.br/artigos/451411101/os-contratos-de-adesao-e-a-legislacao-contratual-brasileira?ref=serp>. Acesso em: 14 abr. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p.127-154, 2000.

MATO, Juliana Silva. **A onerosidade excessiva nos contratos do código civil e do cdc**. 2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-jan-28/onerosidade-contratos-codigo-civil-cdc>. Acesso em: 12 maio 2020.

MIRANDA, Maria Bernadete. Teoria geral dos contratos. **Revista Virtual Direito Brasil**, v. 2, n. 2, 2008. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. V. 3.

NAKAMORI, StephanyAkie. **Os elementos dos contratos e os requisitos de sua validade**. 2018. Disponível em: <https://stephanyakie.jusbrasil.com.br/artigos/557989484/os-elementos-dos-contratos-e-os-requisitos-de-sua-validade>. Acesso em: 22 abr. 2020.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Da quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ORTOLAN, Josilene Hernandes. **Os novos paradigmas contratuais e seus reflexos no desenvolvimento econômico**. 2018. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/josilene_hernandes_ortolan.pdf. Acesso em: 25 abr. 2020.

PAIM, ElineLuque Teixeira. **O princípio da função social do contrato**. 2016. Disponível em: <https://elinelt.jusbrasil.com.br/artigos/145335694/o-principio-da-funcao-social-do-contrato>. Acesso em: 25 abr. 2020.

PEREIRA, Sther Seraphim. **Princípios do direito contratual**. 2016. Disponível em: <https://estherpereira.jusbrasil.com.br/artigos/338923793/principios-do-direito-contratual>. Acesso em: 22 abr. 2020.

PEREIRA, Mariah Rausch; ANDERGI, Regis Schneider. **A Flexibilização do pacta Sunt servanda dos contratos bancários diante dos princípios focados no dirigismo contratual**. Revista da Esmesc, Santa Catarina, v. 21, n. 27, 2014. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/103>. Acesso em: 24 abr. 2020.

RIBEIRO, Andrielly. **Contratos do direito civil: princípios**. 2020. Disponível em: <https://andriellyribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/782167379/contratos-do-direito-civil-principios?ref=serp>. Acesso em: 14 abr. 2020.

RIOS. Eduardo Higino. **Contratos bancários**. 2016. Disponível em: Disponível em: <https://eduhrios.jusbrasil.com.br/artigos/324869950/contratos-bancarios>. Acesso em: 25 abr. 2020.

SANTOS, Hantts Eugenio dos; SIMIONI, Tiago José Farias; SOUZA, Jamille Fernanda Ferreira. **Evolução histórica do conceito de contrato e sua relação com os direitos humanos**. 2016. Disponível em: <http://www.site.ajes.edu.br/congre/arquivos/20161204214933.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

SIGABINAZZE, Alexandre. **A Evolução do direito contratual da mesopotâmia à idade média**. 2016. Disponível em: <https://alexandremarcello.jusbrasil.com.br/artigos/385381199/a-evolucao-do-direito-contratual>. Acesso em: 14 abr. 2020.

RAPONE, Simone. **O Desafio das novas relações contratuais**. 2019. Disponível em: <https://alexandremarcello.jusbrasil.com.br/artigos/385381199/a-evolucao-do-direito-contratualhttps://www.federasul.com.br/o-desafio-das-novas-relacoes-contratuais/>. Acesso em: 24 abr. 2020.

TALAVERA, Glauber Moreno. A Função social do contrato no novo código civil. **Revista CEJ**, Brasília, n. 19, p. 94-96, out./dez., 2002.

WERNER; José Guilherme Vasi. **Direito dos contratos**. 2014. Disponível em: [https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/direito dos contratos 2 014-2 0.pdf](https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/direito%20dos%20contratos%20014-2%200.pdf). Acesso em: 14 abr. 2020.

VENOSA, Silvio. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 13. ed. São Paulo : Atlas, 2013.

[i] Professor, Mestre e Orientador deste artigo. Endereço para acessar este CV:

CV: <http://lattes.cnpq.br/7320846621329980>

A REPARAÇÃO DO DANO DECORRENTE DAS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTRO

HÉLIO LÚCIO DANTAS DA SILVA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Procurador da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco e advogado. Residente em Recife.

Resumo: O artigo parte de uma abordagem dos pressupostos da responsabilidade civil para em seguida apresentar a distinção entre responsabilidade objetiva e objetiva subjetiva e a possibilidade de coexistência das duas espécies de responsabilidade notadamente na atuação dos notários e registradores, delegatários do serviço público. A hipótese de pesquisa é que o particular não deve ter como única alternativa para postular indenização por dano sofrido o ajuizamento de ação contra o Estado que conquanto seja fundada na responsabilidade objetiva se submete a um processo, de ordinário, mais longo. A pesquisa é eminentemente bibliográfica. Concluímos que de *lege ferenda* deve ser facultado à vítima do dano o direito de optar por ajuizar diretamente ação contra o notário ou registrador, mormente quando houver uma robusta carga probatória e uma inequívoca capacidade de pagamento do responsável.

Palavras-chave: Responsabilidade, civil, notário, registrador, ação, judicial.

Sumário: Introdução. 1.Responsabilidade civil. 1.1. Conceito e funções. 1.2. Pressupostos da responsabilidade civil. 1.2.1. Previsão legal. 1.2.2. Ato ou conduta humana. 1.2.3. Dano. 1.2.4. Nexo de causalidade. 1.3. Tipos de responsabilidade. 1.3.1. Responsabilidade subjetiva. 1.3.2 Responsabilidade objetiva. 1.4. Excludentes ou atenuantes da responsabilidade. 2. Natureza jurídica das atividades notariais e de registro. 3. Reparação do dano decorrente das atividades notariais e de registro. Conclusão. Referências.

Introdução

A vida em sociedade requer cada vez mais uma atuação do Direito como elemento de pacificação. Com esse propósito, a Constituição Federal disciplinou em seu art. 236 os serviços notarias e de registro asseverando o caráter público da atividade, porém exercido em caráter privado.

A Lei 8.935/94 em seu art.1º aponta como objetivos dos serviços notariais e de registro garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos negócios jurídicos. Desses objetivos destacamos o sobreprincípio da segurança jurídica sobre

o qual Riccardo Guastini ao prefaciá-lo o livro de Humberto Ávila assevera: "o tema da certeza jurídica é uma espécie de *Aleph* (no sentido de Borges), a partir do qual muitos problemas centrais da moderna teoria do direito mostram-se em toda sua evidência"[1].

Não obstante a crescente qualificação da prestação dos serviços notariais e de registro decorrente do recrutamento efetivado por concursos públicos - assim como acontece em toda atividade humana - tais serviços são suscetíveis de falhas que ocasionam danos aos tomadores dos serviços.

Constatado o dano, caberá ao tomador a iniciativa de postular judicialmente a reparação. Surgem algumas questões: a quem demandar? Ao Estado ou ao titular da Serventia? A situação é de responsabilidade civil objetiva ou subjetiva?

As indagações, aparentemente, restariam superadas pela recente tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 842846 julgado em 27/02/2019 que está assim vazada: "O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa".

A presente monografia visa demonstrar que ainda remanescem controvérsias sobre o tema, mormente se aos notários e registradores aplica-se a Teoria da Dupla Garantia.

Para tanto, inicialmente, faremos um quadro geral da responsabilidade civil para enfatizarmos a distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva.

Num segundo momento, apresentaremos natureza jurídica das atividades notariais e de registro e a qualificação do notário/registrator..

O terceiro ponto que abordaremos será o enquadramento do dano decorrente dos serviços notariais e de registro nos tipos de responsabilidade, no caráter primário ou subsidiário, concorrente ou exclusivo.

Remataremos propondo uma interpretação do tema que não se cingirá à mera adoção simplista do entendimento do Supremo Pretório, para possibilitar uma forma mais ampla e célere de reparação do dano.

1. Responsabilidade civil

1.1 Conceito e funções

O princípio *neminem laedere* é o cerne da responsabilidade civil, agir de forma a não lesar, não prejudicar o outro. De Plácido e Silva assim resume:

A ninguém ofender é o que se traduz da locução latina neminem laedere, um dos três juris praecepta, insertos nas Institutas de Justiniano, na expressão alterum non laedere (a outrem não ofender) (...) fundando um dever social, elementar à própria ordem jurídica, impõe, em princípio, que não se deve lesar a ninguém, respeitando os direitos alheios, como os outros devem respeitar os direitos de todos[2]

Na hipótese de ocorrência de dano, surge a responsabilidade civil para desfazê-lo ou indenizá-lo. O fim almejado é a restauração do *status quo ante* ou uma indenização compensatória. Sinteticamente, responsabilidade civil é a obrigação de indenizar um dano injustamente causado quando impossível a reversão ou desfazimento.

A responsabilidade civil tem três funções: reparatória, punitiva e profilática.

A reparatória é a função preponderante da responsabilidade civil e está positivada no art. 927 do Código Civil, assim vazado: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." A reparação tem como objetivo propiciar uma compensação para a vítima do dano, é, na dicção de José Aguiar Dias: "O mecanismo da responsabilidade civil visa, essencialmente, à recomposição do equilíbrio econômico desfeito ou alterado pelo dano"[3].

A função reparatória é aplicável ao dano patrimonial que é, por natureza, quantificável, mensurável. Na seara do dano moral, de caráter extrapatrimonial, não se pode prescindir de outras funções para a responsabilidade civil. A função punitiva, como leciona Judith Martins-Costa, encontra guarida no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil consoante o inciso III do art. 1º da Constituição Federal. Assevera que a simetria entre o dano e a indenização prevista no art. 944 do Código Civil aplica-se apenas ao dano patrimonial, "pois não há como mensurar monetariamente a extensão do dano extrapatrimonial: nesse caso, o que cabe é uma ponderação axiológica, traduzida em valores monetários"[4].

No contexto atual em que danos podem ocorrer em grande escala, a reparação e a punição podem não ter força para dissuadir o ofensor de efetivar certas práticas como ocorre nos danos ambientais e nos danos ao consumidor. Assim, a função profilática ou precaucional é indispensável e de tão relevante já logrou a positivação no Código de Defesa do Consumidor. Aurisvaldo Mello Sampaio aduz:

Melhor dizendo, prevê, a Lei Protetiva, instrumento para salvaguardar a saúde e a segurança do consumidor [...]? A resposta certamente será afirmativa. A ferramenta a ser utilizada é o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor, ou, se preferir, aferrando-se à letra da lei, 'direito básico à efetiva prevenção de danos', previsto em norma de ordem pública e interesse social, o art. 6º, VI, do CDC, in expressis: 'Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: (omissis) VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.[5]

Sem olvidar da existência das funções punitiva e profilática, o nosso estudo concentrar-se-á na reparação do dano, mormente o decorrente das atividades notariais e de registro.

Outro aspecto há se destacar é que trataremos da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, cientes que também existe a responsabilidade contratual.

1.2. Pressupostos da responsabilidade civil

1.2.1. Previsão legal

O escrutínio do art. 927 do Código Civil nos fará extrair os pressupostos da responsabilidade civil, vejamos o dispositivo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

1.2.2. Ato ou conduta humana

O primeiro pressuposto encontrado no *caput* do art. 927 é o Ato ou conduta humana que para Maria Helena Diniz: "vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado"[6].

Mister se ressaltar que o ato tem que ser voluntário , ou seja, o agente tem que estar ciente do que está fazendo, não precisa ter a intenção de acarretar dano que demandaria a análise da culpa que é específica da responsabilidade subjetiva. O

parágrafo único do art. 927 esclarece que haverá, em algumas situações, responsabilidade civil independente de culpa, responsabilidade objetiva. Em todas as situações, indispensável a voluntariedade que é, na expressão de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “ agir de acordo com sua livre capacidade de autodeterminação com consciência subjetiva da ilicitude do ato”[7].

O ato ensejador de responsabilidade civil pode ser lícito ou ilícito e embora normalmente seja próprio, pode ser por ato de terceiro ou por fato de animal e da coisa.

1.2.3. Dano

Clóvis Couto e Silva assim define dano: “lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”[8]. Antonio Jeová dos Santos afirma que o dano deve ser certo e deve existir no momento da propositura da ação[9].

O nosso ordenamento jurídico contempla a reparação para três espécies de dano, conforme se infere do que preceitua o inciso V do art. 5º da Carta Magna: “ V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano **material, moral ou à imagem** ”(grifos nossos).

Dano material ou patrimonial é ,segundo Anderson Schriber, a lesão a um interesse jurídico suscetível de mensuração econômica[10]. Existem duas espécies de dano material: a) os danos emergentes que são os prejuízos econômicos que importaram numa diminuição do patrimônio da vítima e ; b) os lucros cessantes que se referem aos lucros que a vítima , razoavelmente deixou de ter, como estatui o art. 402 do Código Civil.

Dano moral é a lesão a direito da personalidade. Adriano de Cupis assevera que todos os direitos se destinam a dar conteúdo à personalidade e, por isso, poderiam ser denominados “direitos da personalidade”. Todavia, a designação deve se limitar aos direitos subjetivos que constituem o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Privada desses direitos, a personalidade transformar-se-ia numa susceptibilidade completamente irrealizada e sem valor concreto[11]. O dano moral também será objeto de indenização que deve ser prudentemente arbitrada pelo julgador.

Sebastião Geraldo de Oliveira acrescenta:

Além das indenizações por dano material e moral, pode ser cabível a indenização por dano estético, quando a lesão decorrente do acidente do trabalho compromete ou pelo menos altera a harmonia

física da vítima. Enquadra-se no conceito de dano estético qualquer alteração morfológica do acidentado, como, por exemplo, a perda de algum membro ou mesmo de um dedo, uma cicatriz ou qualquer mudança corporal que cause repulsa, afeamento ou apenas desperte a atenção por ser diferente.[12]

O dano também pode decorrer da perda de uma chance que ocorre quando a vítima, em decorrência da conduta sofrida, perde a oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo. Pode se referir tanto ao campo econômico quanto ao campo moral. Como exemplo de perda de uma chance no campo econômico, a conduta que impede um candidato de comprovar a escolaridade necessária para a admissão num determinado emprego. Perda de uma chance no campo moral, *verbi gratia*, se configura quando uma criança por falha médica não consegue armazenar células embrionárias que poderiam ser utilizadas em tratamento de doença já constatada em ultrassonografia pré-natal[13].

1.2.4. Nexo de causalidade

O terceiro pressuposto da responsabilidade interliga os dois anteriores. Sérgio Cavalieri Filho aduz: "O conceito de nexo causal, não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado"[14].

Malgrado existam diversas teorias com o fito de delimitar as hipóteses nas quais se configurará o nexo de causalidade, a questão termina sendo definida no exame do caso concreto pelo julgador, ainda que o julgamento seja efetivado na instância administrativa.

A determinação do nexo de causalidade não envereda no exame da culpa que tem índole subjetiva, o estudo dessa matéria se dará nos tipos de responsabilidade.

1.3. Tipos de responsabilidade

1.3.1. Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade será subjetiva quando decorrer da vontade do agente consubstanciada na expressão culpa em sentido amplo. A culpa *lato sensu* abrange o dolo e a culpa *strictu sensu*. Essas figuras foram previstas pelo Código Civil que em seu art. 186, assim preceitua: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

A partir da norma civil podemos inferir que haverá ato ilícito quando houver culpa em sentido lato. Existirá dolo quando houver uma ação intencional com o propósito de prejudicar alguém. A culpa em sentido estrito, na dicção de Chironi é um desrespeito a um dever preexistente, sem o objetivo de violar o dever jurídico[15]. O art 18 do Código Penal é mais abrangente que o supracitado dispositivo do Código Civil vez que apresenta as três figuras da culpa *strictu sensu*, quais sejam: a) imprudência – falta de cuidado + ação. Exemplo: dirigir em alta velocidade; b) negligência – falta de cuidado + omissão *Verbi gratia*: empresa que funciona sem conferir o prazo de validade dos extintores de incêndio; c) imperícia – falta de qualificação ou treinamento para desempenhar uma determinada função. Não consta no art. 186, mas está no art. 951 do Código Civil para os profissionais da área de saúde. Exemplo: Médico que realiza cirurgia sem ter se habilitado para tal atividade[16].

No Direito Civil a diferença entre dolo e culpa em sentido estrito não tem a relevância atribuída na esfera penal vez que haverá a mesma consequência que é dever de indenizar. O fundamental é que só haverá responsabilidade subjetiva se ocorrer dolo ou culpa em sentido estrito.

1.3.2 Responsabilidade objetiva

No exame da responsabilidade subjetiva precisam estar presentes os três pressupostos da responsabilidade civil: conduta; dano e; nexó de causalidade e também a culpa em sentido amplo. A prova da culpa num processo em que se busca a reparação de um dano é, muitas vezes, tão difícil que se chega a utilizar a expressão prova diabólica.

A tormentosa prova da culpa e até a impossibilidade dessa prova, mormente em situações de massificação do consumo com a ocorrência de acidentes passaram a exigir do Judiciário uma atuação que superasse os lindes da responsabilidade subjetiva com a comprovação da culpa. Josserrand assevera:

Como o viajante que, no curso de um trajeto efetuado em estrada de ferro, caiu sobre a via, pode provar que os empregados tinham negligenciado o fechamento da porta, logo depois da última estação? [17].

Nesse contexto surge a responsabilidade objetiva que não é responsabilidade sem culpa, é responsabilidade em que o dever de reparar prescinde da perquirição sobre a existência de culpa, presente em grande medida, mas irrelevante. Privilegia-se a busca de reparação da vítima corolário da dignidade da pessoa humana.

A responsabilidade objetiva que aparece no nosso ordenamento em diplomas especiais, como a Lei de Estradas de Ferro (Decreto n. 2.681/12) e a Lei n. 6.453/77 relativa às atividades nucleares. A Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 trazem inúmeras hipóteses de responsabilidade objetiva.

O Código Civil estipulou situações de responsabilidade por fato de terceiro e por fato de animais e no parágrafo único do art. 927 estipulou o que se denominou cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco[18] cujo dispositivo está assim vazado:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Merece destaque pela importância para o presente opúsculo a responsabilidade objetiva do Estado consagrada no §6º do art. 37 da Carta Magna que diz:

§ 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.

Na responsabilidade civil do Estado nós temos a responsabilidade objetiva do Ente público ou do privado prestador de serviço público e a responsabilidade subjetiva do agente. Caberá ao Poder Público se responsabilizado com culpa do seu agente ingressar com ação regressiva para reaver o valor despendido com a indenização da vítima sem prejuízo de eventuais sanções administrativas.

1.4. Excludentes ou atenuantes da responsabilidade

Em três situações a responsabilidade civil será afastada, senão vejamos: força maior; culpa de terceiro e culpa exclusiva da vítima. Uma vez provada a ocorrência dessas hipóteses, excluída estará a responsabilidade.

No que concerne à culpa da vítima e se provada que há culpa concorrente a responsabilidade será atenuada e fixada num montante a ser arbitrado que será menor que o estipulado se a vítima não tivesse culpa.

Mister esclarecer que em sede de responsabilidade civil do Estado há casos em que se adotou a Teoria do Risco Integral em que a responsabilização acontece

sem a admissão de excludente ou atenuante como no dano nuclear e no dano ambiental.

2. Natureza jurídica das atividades notariais e de registro

O escrutínio dos preceitos constitucionais e legais nos permitirá vislumbrar a complexa natureza jurídica das atividades em epígrafe. A Constituição Federal prescreve:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º – Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º – Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º – O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

O *caput* do artigo 236 qualifica os serviços notariais e de registro como serviços públicos que serão exercidos em caráter privado, cuja prestação será deferida aos particulares por meio de delegação. Mantém o Poder Público a titularidade do serviço razão pela qual ele poderá retomá-lo desde que respeito o devido processo legal.

O §1º transfere para a lei, ou seja, para norma infraconstitucional, a disciplina das responsabilidades civil e criminal dos notários e oficiais de registro e seus prepostos. Acrescenta ainda que os atos serão fiscalizados pelo Poder Judiciário. O dispositivo deixa claro que a definição da responsabilidade civil é a determinada na norma subconstitucional, qual seja a erigida pela Lei n. 8.935/94. A fiscalização pelo Poder Judiciário em função administrativa mostra o caráter híbrido das atividades.

O §2º do indigitado artigo ao mencionar o regramento legal dos emolumentos, remuneração percebida pelos notários e oficiais de registro, aponta para o caráter tributário do pagamento, remunerado por meio de taxa.

O §3º aduz que o provimento se dará por meio de concurso público de provas e títulos. Não obstante seja exercida em caráter privado, por sua conta, a

seleção por certame público é uma forma de recrutar os delegatários do serviço público igual a que é utilizada para o ingresso dos servidores públicos. Por essa razão a perda da delegação prevista na Lei 8.935/94 não é ato discricionário, depende de um regular procedimento administrativo ou judicial.

A conclusão inarredável é que *ex vi* do *caput* do art. 236 da Constituição Federal as atividades notariais e de registro são serviços públicos exercidos em caráter privado por pessoas físicas.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello os notários e oficiais de registro são agentes públicos qualificados como particulares em colaboração com a Administração, sem vínculo de subordinação que é próprio dos servidores públicos[19].

3.Reparação do dano decorrente das atividades notariais e de registro

Havendo a Constituição Federal deferido à norma infraconstitucional o regramento das atividades notariais e de registro, foi editada a Lei n.8935/94 da qual pinçamos alguns dispositivos para um exame mais acurado, senão vejamos:

Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016).

Podemos inferir dos dispositivos legais que os notários e registradores são profissionais do direito com fé pública que exercem atividade que confere publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos.

O art.22 ao disciplinar a responsabilidade civil menciona os casos de culpa e dolo, assim de acordo com a Lei n. 8935/94 com a redação conferida pela Lei n.13.286/2016, a responsabilidade dos notários e registradores é subjetiva.

A matéria não está totalmente resolvida porque não podemos olvidar que o §6º do art. 37 da Constituição Federal traz o seguinte texto:

§ 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.

A norma supracitada estabelece a responsabilidade objetiva do Estado gerando dúvidas sobre a aplicação aos notários e registradores e ainda se a responsabilidade do Estado para reparar dano decorrente das atividades notariais e de registro seria primária ou subsidiária e se haveria solidariedade entre o Estado e o delegatário.

O Supremo Tribunal Federal em julgamento sob o rito da repercussão geral apreciou o Recurso Extraordinário nº 842.846 entendeu que o Estado tem responsabilidade objetiva e ação reparatória deve ser intentada contra ele ao qual caberá ingressar com ação de regresso contra o delegatário em caso de culpa e dolo do notário ou do oficial de registro.

O Excelso Pretório aplica aos notários e oficiais de registro a teoria da dupla garantia que é adotada para os servidores públicos, não devendo o particular prejudicado acionar diretamente o servidor ou o delegatário.

Leonardo Brandelli antes desse pronunciamento do STF defendia a responsabilidade primária e direta do delegatário que se comprovada a culpa em sentido lato deveria indenizar o particular, pois exercia a atividade por sua conta e risco. Asseverava também que o registrador e o notário não se enquadrariam no regramento do §6º do art. 37 da Constituição porque são pessoas físicas e não pessoas jurídicas [20].

4. Conclusão

A atividade notarial e a de registro como toda a atividade pode gerar danos. Presentes os três pressupostos para a responsabilidade, qual seja, a conduta, o dano e o nexo de causalidade haverá a responsabilidade civil. O particular prejudicado poderá ingressar com ação reparatória para ser indenizado pelo dano sofrido, ainda que exclusivamente moral.

Adotando o entendimento do STF esposado no indigitado recurso extraordinário temos a responsabilidade primária objetiva do Estado com direito de regresso contra o delegatário. Destarte, a vítima só teria a alternativa de ingressar contra o Estado que, malgrado se prescindir da análise de culpa e prazo prescricional de 5 anos, tem prerrogativas processuais como prazos maiores e pagamento por precatório.

Não afastamos a responsabilidade objetiva do Estado, mas entendemos que o particular poderia, validamente, no prazo prescricional de 3 anos, ingressar diretamente contra o notário ou registrador, que se provada a culpa, responderia pessoalmente pela indenização, sendo que o cumprimento da sentença (execução) seguiria o rito comum, normalmente mais célere.

Imaginemos um caso de um portentoso Cartório de Notas em que o tabelião dolosamente prejudica um particular na elaboração de uma escritura gerando provas robustas da ação culposa do delegatário. Impor à vítima o ingresso contra o Estado pode atentar de uma só vez contra o interesse do particular e contra o interesse público, vez que o Estado arcará com um encargo que não deveria suportar.

A responsabilidade objetiva do Estado é um meio que, por prescindir da análise da culpa, almeja tornar menos tormentosa a reparação do dano sofrido, não pode ser transformada em óbice ao livre exercício do direito da vítima contra um particular que, conquanto preste um serviço público delegado, deve responder por seus atos culposos.

Referências

- AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil. Tomo II.** Rio de Janeiro. Forense, 1956.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRANDELLI, Leonardo. **USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA.** São Paulo. Saraiva. 2016.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil,** 6ed. São Paulo: Malheiros.
- CHIRONI, G.P. **La colpa nel diritto civile odierna. Colpa contrattuale.** 2.ed. Torino: Fatelli Bocca, 1925.
- COUTO E SILVA, Clóvis. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade.** Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** 3. vol. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JOSSERAND, Louis, **Evolução da responsabilidade civil,** in Revista Forense, Rio de Janeiro, 1941, v LXXXVI.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro**. Revista CEJ Justiça e Educação, Brasília. n. 28, p. 22, jan/mar. 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 6ªed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**, 6ª ed., 2011, São Paulo, LTR.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 49, p.130-163, jan. 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico v. III**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SCHREIBER, Anderson . **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 2ª ed, São Paulo, Saraiva.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 9.ed. São Paulo: Editora Método, 2019, p. 439.

NOTAS:

[1] ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.26.

[2] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico v. III**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p 240.

[3] AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil. Tomo II**. Rio de Janeiro. Forense, 1956, p.357.

[4] MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro**. Revista CEJ Justiça e Educação, Brasília. n. 28, p. 22, jan/mar. 2005.

[5] SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 49, p.130-163, jan. 2004.

[6] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.56.

[7] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3. vol. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.74

[8] COUTO E SILVA, Clóvis. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.218-219.

[9] SANTOS, Antonio Jeová. Dano Moral Indenizável. 6ªed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 43.

[10] SCHREIBER, Anderson . **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 2ª ed, São Paulo, Saraiva, p 648.

[11]CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p.23-24.

[12] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**, 6ª ed., 2011, São Paulo, LTR p. 243 e 244.

[13] SCHREIBER, Anderson . **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 2ª ed, São Paulo, Saraiva, p 650-652.

[14] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 6ed. São Paulo: Malheiros, p.70.

[15] CHIRONI, G.P. **La colpa nel diritto civile odierna. Colpa contrattuale**. 2.ed. Torino: Fatelli Bocca, 1925, p.5.

[16] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 9.ed. São Paulo: Editora Método, 2019, p. 439.

[17] JOSSERAND, Louis, **Evolução da responsabilidade civil**, in Revista Forense, Rio de Janeiro, 1941, v LXXXVI, p.551.

[18] SCHREIBER, Anderson . **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 2ª ed, São Paulo, Saraiva, p 645.

[19] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 232/233.

[20] BRANDELLI, Leonardo. **USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA**. São Paulo. Saraiva. 2016, p.126-133.

ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ENQUANTO VIOLADOR DO TEXTO CONSTITUCIONAL POR SER PRINCÍPIO UNIFICADOR DO SISTEMA INQUISITORIAL

MILLA NADI RIBEIRO SOARES:

Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

MARCOS PAULO DA SILVA MOITA ^[1]

(coautor)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL ^[2]

(Orientador)

RESUMO: A escolha do presente tema foi determinada na medida em que o art. 156 do Código de processo penal é violador do texto constitucional por ser princípio unificador do sistema inquisitorial frente à Constituição Federal de 1988. Para tanto analisam-se os princípios e garantias constitucionais que tange o sistema inquisitorial, a gestão da prova na mão do juiz é violadora do sistema acusatório delineado pelo texto constitucional, como também a imparcialidade do juiz e a gestão da prova, ante o quadro mental paranoico, primazia da hipótese sobre o fato. Por fim desenvolve-se uma crítica a iniciativa probatória do juiz no processo penal, trazendo os argumentos acerca da incompatibilidade desta previsão legal com o sistema processual penal adotado pelo atual ordenamento jurídico e com as regras e princípios previstos na carta magna, com a constatação da parcialidade do juiz na instrução probatória que exerce de ofício no processo penal, confrontando modelo processual adotado no Brasil.

Palavras-chave: Sistemas Processuais. Processo Penal. Instrução Probatória.

ABSTRACT: The choice of the present theme was determined to the extent that art. 156 of the Code of Criminal Procedure violates the constitutional text as it is a unifying principle of the inquisitorial system compared to the 1988 Federal Constitution. For that purpose, the constitutional principles and guarantees that pertain to the inquisitorial system are analyzed, the management of the evidence in the hand of the judge violates the accusatory system outlined by the constitutional text, as well as the judge's impartiality and the management of the evidence, before the mental framework paranoid, primacy of the hypothesis over the fact. Finally, a criticism is developed of the judge's evidentiary initiative in the criminal process, bringing the arguments about the incompatibility of this legal provision with the criminal procedural system adopted by the current legal system and with the rules

and principles provided for in the Constitution, with the confirmation of partiality of the judge in the probative instruction that he exercises in the criminal proceedings, confronting the procedural model adopted in Brazil.

Keywords: Process Systems. Criminal Proceedings. Evidence Instruction.

Sumário: 1 Introdução. 2 Sistemas processuais penais: gestão da prova e a busca da verdade no processo penal: 2.1 Sistema processual Acusatório; 2.2 Sistema processual inquisitório; 2.3 Da inexistência de um sistema misto. 3 A instrumentalidade do processo penal: 3.1 Máxima eficácia de direitos e garantias fundamentais; 3.2 Natureza jurídica e a base principiológica processual penal. 4 Da inconstitucionalidade do art. 156 do código de processo penal: 4.1 A iniciativa instrutória do juiz perante o sistema constitucional acusatório; 4.2 Quebra da imparcialidade. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata acerca da análise do art. 156 do Código de Processo Penal - CPP (1941) enquanto violador do texto constitucional por ser princípio unificador do sistema inquisitorial. Visto que, a função originária do juiz não condiz com a citada conduta, o que pode tornar-se arbitrária e causar dúvidas quanto o respeito aos princípios constitucionais.

Diante disso, é evidente que os artigos que compõem o Código de Processo Penal devem identificar-se com os ideais democráticos da Constituição Federal (1988), isto é, por ser norma superior, hierarquicamente, as demais devem obedecer as prerrogativas descritas. Entretanto, é factual que apesar dos avanços da norma jurídica, ainda se registram retrocessos diante do respeito à Carta Magna.

Ademais, quando há abertura no Código de processo penal quanto à possibilidade de produção de provas de ofício pelo o juiz e este age de forma imparcial durante o processo, o modelo adotado pela Constituição Federal (1988) é frontalmente colidido. Sendo assim, culmina na adoção de um modelo processual diferente do adotado no Brasil. Como veremos, são resquícios de um processo inquisitório predominante na maioria dos sistemas processuais da antiguidade, ou seja, um retrocesso dentro do processo penal brasileiro, onde viola normas constitucionais incorporadas no seu texto.

Busca-se então, com o presente estudo, analisar a concepção que foi ampliada com a inovação na legislação, considerando se é ou não adequada à diretriz Constitucional. Tem-se como objetivo, avaliar as posições doutrinárias pertinentes no tocante à constitucionalidade das mudanças ocorridas. Além disso, perscrutar se

há violação na presunção de inocência, como no sistema acusatório que vigora atualmente no ordenamento pátrio.

Portanto, o sistema acusatório utilizado pelo Estado brasileiro não pode sofrer tamanha afronta, devendo repelir normas editadas nos princípios constitucionais. Pois a segurança jurídica deve ser um pressuposto inarredável na garantia de um devido processo legal, sendo, a dialética processual, um direito inafastável das partes, na instrução e no processo.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: GESTÃO DA PROVA E A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Justifica-se o presente estudo, mesmo diante do *sensu comum teórico* (STRECK, 2001) ^[3], porque segundo Silva (2011, p. 17) ^[4]: “Muito daquilo que, para os operadores de uma disciplina jurídica é tido como ponto pacífico pode ser (...) um completo despropósito”. E, para tanto, necessário se torna analisar os sistemas processuais penais.

Dessa maneira, o que se buscará, nas linhas que se seguem, será a tentativa, quase impossível, segundo Coutinho (2012, p. 41) ^[5], “de compatibilizar a Constituição Federal de 1988, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália” ^[6]. Aliás, neste cenário de um verdadeiro choque ideológico entre a Constituição Federal de 1988, de nítida matriz democrática (FERRAJOLI, 2014) ^[7], e o Código de Processo Penal de 1941, claramente fascista, policialesco, ditatorial e autoritário, não se pode perder de vista que, nos dizeres de Novais (2006) ^[8], inspirando-se em Dworkin, ter um direito fundamental é ter um trunfo contra o Estado ou contra a maioria ^[9].

De plano, não se almeja realizar uma historiografia dos sistemas processuais, mas “uma pequena construção dos sistemas processuais é necessária” (GLOECKNER, 2013, p.134) [10] para sedimentar as noções elementares a fim de se analisar a possibilidade de se poder ou não fazer uso, na busca da captura psíquica dos jurados, dos atos de investigação na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, bem como o *double jeopardy*, por exemplo, dentre tantos outros reflexos e previsões a nível infraconstitucional.

Inicialmente, poder-se-ia conceituar, sistema processual penal como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” ^[11].

Lopes Jr. (2012) ^[12] adverte que na história do Direito, alternaram-se momentos de amplas liberdades e duras opressões, sendo que os sistemas acusatórios e inquisitivos^[13] refletem as exigências do Direito e do Estado da época. Nesse sentido, Goldschmidt (1935, p. 67) ^[14] leciona que "*los principios de la politica procesal de una nación no son outra cosa que segmentos de su política estatal em general*", destacando Zaffaroni (2004, p. 27-28) ^[15] que "*todo discurso penal autoritário (y totalitário) es una reiteración del discurso inquisitorial*".

Logo, nossa construção legislativa processual penal infraconstitucional está apoiada na "busca da verdade real", inclusive, nos pontos que já foram objeto de reforma, como por exemplo, se infere das alterações trazidas no rito do júri em 2008 e no malfadado e inconstitucional artigo 156 do Código de Processo Penal (1941), com redação dada pela Lei 11.690, de 09 de junho de 2008.

Além da patente inconstitucionalidade do artigo 156 do Código de Processo Penal (1941), que de há muito já deveria ter sido reconhecida pelos Tribunais, parece-nos agora que em razão do chamado Pacote anticrime, teria se operado a sua revogação, ainda que tácita.

O art. 3º-A. do Código de Processo Penal (1941) ^[16], inserido pela lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, prevê que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Desse modo, não haveria mais a possibilidade de determinação de produção de prova de ofício pelo juiz na fase investigativa ou durante a instrução processual.

Cumprе ressalvar que, acertadamente, Carnelutti (1965) [17], com apoio em Heidegger, adverte que a verdade está no todo e não nas partes, sendo que o todo é demais pra nós, o que evidencia ser a "verdade real" um mito.

Contudo, se a busca da verdade real é uma utopia, no processo penal, de acordo com Ávila (2013, p. 35) ^[18] "é impossível negar por completo a verdade. É um 'erro' negar a verdade no processo penal, pois seria pretender construir uma 'verdade que é falsa na sua essência". Ensina ainda o referido autor que "a verdade processual não pretende ser, como a 'real', a verdade. É condicionada em si mesma pelo respeito ao sistema de garantias e não obtida mediante indagações inquisitivas 'alheias ao objeto processual'" (AVILA, 2013, p. 35).

Dessa maneira, o processo penal é uma tentativa sempre aproximada de reconstrução do passado, respeitando-se as regras do jogo. Nesse sentido, Lopes Jr. (2012, p. 568) ^[19]:

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva, senão porque constitui um gravíssimo erro falar em 'real', quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade.

O que se precisa entender, a partir de Khaled Jr. (2013) [20], é que a verdade no processo penal não é algo a ser buscada, por ser impossível de ser encontrada, já que o crime é sempre um fato histórico. Mas, sim, que a verdade, através dos rastros de passividade [21], é construída no processo, assemelhando-se o trabalho do magistrado ao do historiador, sendo ela, inclusive, analógica ao fato criminoso (ROSA; KHALED JR, 2014).

Considerar a passividade como elemento crucial do referencial cognitivo processual nos leva a considerar que os historiadores não estudam os eventos enquanto acontecem, mas sim as condutas dos homens, ou seja, os eventos protagonizados por eles em um tempo já passado, em um tempo escoado. Da mesma forma, os juízes tomam decisões com base na formação de sua convicção sobre a ocorrência de condutas que foram protagonizadas por pessoas, através de um meio muito peculiar que é o processo (KHALED JR, 2013, p.335) [22].

Dessa forma, a verdade no processo penal acusatório é sempre contingente, não podendo ser fundante do sistema processual. O processo penal democrático, portanto, não pode ter por finalidade principal a impossível "busca da verdade real", que serviu apenas para fundar a construção de processos penais utilitaristas e autoritários, que por evidente é incompatível com o atual paradigma constitucional.

2.1 Sistema processual Acusatório

O sistema acusatório assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantido o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.

Aponta, ainda, Lopes Jr. (2012, p. 118-119) [23], as seguintes notas características do sistema acusatório, na atualidade:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Lopes Jr. (2012) ^[24] destaca ainda que, o sistema acusatório predominou até o Século XII, quando passou a sofrer a crítica de que a inércia do juiz, no campo da gestão da prova, fazia com que o julgador tivesse que decidir com base em um material probatório defeituoso, fruto de uma atividade incompleta das partes. Assim, ao longo do Século XII até o XIV, o sistema acusatório vai sendo substituído pelo inquisitório, em razão “dos defeitos” da inatividade das partes na produção das provas, levando o Estado a assumir a gestão da prova, a fim de não se deixar apenas nas mãos dos particulares essa função, pois isso comprometeria a eficácia do combate à criminalidade.

Aliás, a gestão da prova é o núcleo fundante dos sistemas processuais. Dessa forma, a mera separação das funções de acusar e julgar no processo penal não é o que realmente define e diferencia o sistema inquisitório do acusatório (LOPES JR., 2012) ^[25].

Com acerto, Goldschmidt (1935) ^[26] ensina que no sistema acusatório, a produção da prova, ou seja, a apresentação de requerimentos e o recolhimento do material probatório compete às partes, cabendo ao juiz tão-somente decidir.

2.2 Sistema processual inquisitório

À luz do que se expôs, percebe-se nitidamente que o sistema inquisitório, fundado no princípio inquisitivo (gestão das provas nas mãos do juiz) é construído a partir de um conjunto de falaciosos conceitos, especialmente o da busca da “verdade

real0" (CAPEZ, 2011) ^[27] e "se este é o seu fim esta é seu definitivo mote, se está autorizado a encontrá-la a qualquer preço: doa a quem doer, custe o que custar, até tratar o réu como objeto onde se encontra a verdade" (CARVALHO, 2013, p. 145) ^[28]. Inclusive, cumpre ressaltar que, foi essa busca desenfreada pela "verdade real" que gerou a derrocada do sistema acusatório e o surgimento do nefasto sistema inquisitorial.

O problema é que, como adverte Carvalho (2013, p. 135-136) ^[29] "embora as práticas inquisitoriais sejam fortemente erradicadas no século XIX, quando os Tribunais do Santo Ofício são definitivamente abolidos em Portugal (1821) e Espanha (1834), sua matriz material e ideológica predominará na legislação laica", continuando a orientar "a tessitura dos sistemas penais da modernidade".

E, um claro exemplo disso é o Brasil, já que o malfadado artigo 156 do Código de Processo Penal (1941) reflete a adoção infraconstitucional do princípio inquisitivo, ao prever a possibilidade do julgador produzir provas de ofício, inclusive, na fase de investigação. Nesse sentido, Coutinho (2001, p. 29) ^[30] afirma que "O sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz".

2.3 Da inexistência de um sistema misto

Coutinho (2001, p. 28) ^[31], afirma que "a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador" do sistema processual, apontando que o princípio dispositivo é o núcleo estruturante do sistema acusatório, onde a gestão das provas está nas mãos das partes, sendo o juiz um mero espectador, enquanto no princípio inquisitivo a gestão das provas está nas mãos do julgador, cabendo-lhe a produção de ofício. Alerta, ainda, o referido autor que não existe um princípio misto e, portanto, não haveria um sistema "misto", como sugere parte da doutrina pátria (NUCCI, 2007) ^[32].

Realmente, por não haver um princípio unificador "misto" não se pode sustentar a existência de um sistema "misto", já que a construção de um sistema exige uma viga-mestra. Ademais, os sistemas acusatório e inquisitório, de maneira "pura", são dados históricos, pois hoje o que existe é uma mescla de elementos dos dois sistemas (LOPES JR., 2012) ^[33].

Logo, na atualidade, poderemos ter um sistema nitidamente inquisitorial com adereços do acusatório ou, ao contrário, um sistema predominantemente acusatório com acessórios inquisitoriais. Mas, certamente, na esteira de Coutinho (2001) ^[34], essa simbiose, nos dias de hoje, dos dois sistemas ao longo da *persecutio criminis* não

configuraria a existência de um sistema “misto”, como se existisse essa terceira espécie do gênero sistema processual.

3 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO PENAL

3.1 Máxima eficácia de direitos e garantias fundamentais

À medida que o Estado consegue identificar o perigo que trazia a auto tutela, avoca para si o monopólio da justiça, a partir de então, substitui a necessidade da justiça com as próprias mãos, ou melhor, a vingança privada. Logo a elaboração das penas veio como meio necessário para coibir a prática de delitos, fazendo com que haja o monopólio estatal para assumir a responsabilidade sobre a tutela social e o possível infrator (LOPES JR., 2014).

Dessa maneira, as penas surgem para coibir a prática de delitos e aplicar sanção sobre aqueles que praticarem tal ato, em que estes representam uma transgressão da ordem social. Portanto, leciona Lopes Jr (2014) que ao tomar para si a responsabilidade de manter a paz social, cabe ao Estado utilizar-se de suas prerrogativas legais para interceder contra o autor do delito, denominada *jus puniendi*.

Segundo Greco (2015) se certo indivíduo praticar um fato típico, antijurídico e culpável, nasce para o Estado a prerrogativa de poder-dever punir o autor do delito, por isso, ante a uma violação de um bem juridicamente protegido nasce o direito pela busca da tutela jurisdicional, em que a mesma utilizará o processo judicial cometido de um terceiro imparcial, dotado de poder estatal para solucionar o conflito e atribuir sanção.

Nesse viés, Khaled Jr. (2013, p. 142) [35]afirma que:

"O processo deve ser um limite ao poder; se não fosse esse o seu sentido, sequer precisaria existir. Trata-se de um meio de redução da complexidade que condiciona a manifestação do poder punitivo a um conjunto de requisitos, exigindo que o processo seja o caminho necessário – o único possível – para a imposição da pena".

Nessa linhagem, a atuação do Direito Processual Penal enquadra-se somente como meio legítimo para a aplicação do Direito Penal, até porque que o mesmo não possui autonomia para a efetivação do direito material fora do processo, visando apenas a segurança da sociedade. Entretanto, deve-se compreender que a finalidade do processo não é somente a pretensão acusatória, paralelamente subsiste a função

constitucional do processo, ou seja, o mesmo serve como instrumento para assegurar direitos e garantias fundamentais, configurando assim o estado democrático de direito (LOPES JR., 2014).

Destarte, reconhecendo a legitimidade da atuação estatal-arbitrária, frente a situações delitivas, deve ser levado em consideração o autor do delito, que a *prima facie*, tutelado pelo mesmo Estado e dotado também de prerrogativas constitucionais, ao cometer um crime dificilmente seus direitos e garantias constitucionais são assegurados. Portanto o Processo Penal entra em cena visando não deixar o indivíduo à disposição a uma equivocada atuação do *jus puniendi* estatal, buscando a máxima eficácia de seus direitos tutelados pela Carta Magna.

Levando em consideração ao contexto histórico e cultural do Código de Processo Penal (1941), deve-se compreender esse viés inquisidor imposto pelo Estado, dessa maneira necessário se faz, no âmbito do processo penal, uma revolução hermenêutica, com a quebra dos paradigmas autoritários de uma ordem legal (CPP) anacrônica, policialesca, fascista, punitivista, fomentadora da violência estatal e de nítida base ditatorial. Na atual quadra da história, mister se faz uma nova ordem processual penal, constitucional e internacionalmente comprometida com a proteção da dignidade da pessoa humana.

Aliás, Coutinho (2010, p. 16-17) ^[36] de há muito sustenta que “não esquecer, porém, antes de tudo, que se não volta atrás nas conquistas democráticas de direitos e garantias constitucionais, sob pena de se perder a própria democracia”.

Nessa seara, acertadamente, Giacomolli (2015, p. 12) ^[37] leciona que “uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário”. Assim, para ele há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário. Dessa maneira, prosseguindo em suas ilações, exalta que a proteção convencional internacional dos direitos é justificada na Comissão Americana de Direitos Humanos – CADH (1969), por serem atributos da pessoa humana, cujo ser humano é reconhecido e integra a normatividade internacional (GIACOMOLLI, 2015).

Portanto o modo de operar o *jus puniendi* não pode ser desproporcional. Visto que o fato gerador da atuação legítima dos órgãos estatais em um Estado Democrático de Direito, encontra-se pautado no respeito a direitos e liberdades individuais que tão caro custaram para serem reconhecidos.

3.2 Natureza jurídica e a base principiológica processual penal

A busca para determinar o vínculo entre as partes envolvidas no processo (Juiz, Acusador e Réu) e a estrutura dessa relação fez emergir vertentes que ao longo do tempo buscaram determinar a natureza jurídica que traz a essência do direito processual penal. Reescrevendo a imprecisa concepção de processo como relação jurídica, Bulow traduz que a relação processual traz direitos e obrigações recíprocas, inter partes e entre as partes e o juiz, portanto o acusado deixa de ser mero objeto do processo e passa a ser um sujeito de direitos e deveres, ou seja, possui os mesmos direitos da acusação; porém essa equivocada concepção de processo parte de uma equivocada noção de igualdade e segurança (LOPES JR., 2014).

Ratificando essa vertente, Lopes Jr. (2014, p.66), leciona que para Bulow “o processo é uma relação jurídica de direito público, autônoma e independente da relação jurídica de direito material”, ou seja, é de direito público, pois a tutela jurisdicional se dá por um ente estatal em que visa assegurar direitos e garantias individuais das partes; por conseguinte, a forma contínua que se dá essa tutela jurisdicional é resultado de atos sucessivos já delineados para as partes.

A partir de Beck (2011) ^[38] é inegável que vivemos numa sociedade de risco, onde os riscos estão em tudo e em todos os lugares, evidenciando que estamos inseridos num Estado Insegurança. Logo, por óbvio, que o processo penal não está fora desse contexto, ao contrário, também está inserido na mais completa epistemologia da incerteza, já que a sentença judicial nunca pode ser prevista com segurança, coexistindo em igualdade de condições a possibilidade de serem prolatadas no processo sentenças justas e injustas (LOPES JR., 2012) ^[39].

Logo, a melhor representação do processo se dá na concepção de Goldschmidt (1935), que reflete a verdadeira essência processual, retratando o mesmo como uma situação de guerra, envolto numa epistemologia da incerteza, dotado de dinamicidade, em que o mais habilidoso sairá vencedor, para isso deverá aproveitar as chances processuais, formando a sua base persuasiva recheada de elementos probatórios para levar ao convencimento do juiz.

Dessa maneira, destaca Calamandrei (1999, p. 224) ^[40]: “Afortunada coincidência é a que se verifica quando entre dois litigantes o mais justo seja também o mais habilidoso”, sendo que para ele o processo “vem a ser nada mais que um jogo no qual há que vencer”.

O processo como uma situação jurídica, retrata um conjunto de rel(ações) processuais que as partes dispõem de situações para obter uma sentença ao seu favor, dessa forma fica estabelecido as regras do jogo. Portanto, com luz no explanado por Lopes Jr (2014) a ideia de continuidade (de Bulow) é superada pelo ideal de dinamicidade e pautada pelo risco da incerteza, visto que a sucessão de atos

delineia a definição positiva no curso processual para o lado que melhor aproveitar as cargas processuais e as chances que trazem o processo e que se não aproveitadas incorrerá no risco de obter uma sentença desfavorável.

Logo, o processo penal como único meio de aplicação da norma penal e instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais, quanto a sua aplicação, deve ter como base a Constituição Federal de 1988 dotada de princípios (explícitos e implícitos) que também possuem força normativa fornecendo uma ampla interpretação e integração objetivando assegurar uma equidade na relação processual, dando amparo significativo ao polo passivo no processo (indivíduo).

A supremacia constitucional sobre todo o sistema normativo retrata a ligação ao processo de criação da Lei Fundamental, encabeçado pela vontade do povo, como dita o artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988: “todo o poder emana do povo”, este, detentor do poder constituinte originário. Por esse ângulo, nenhuma norma infraconstitucional pode sobrepor, impor paradigmas conflitantes com a Constituição, respeitando sempre a supremacia da Carga Magna.

Porém, conforme Pacelli (2017), o Código de Processo Penal (1941) refletido na legislação processual penal italiana que fora produzida na década de 30, durante o regime fascista, traduz todo o autoritarismo da época, manchado de um viés inquisitório, trazendo consigo a preocupação com a segurança pública, como se tal código fosse uma solução para tal. Em contra partida, a Constituição Federal (1988) tomou o caminho oposto, assegurando a eficácia de um sistema acusatório, pauta pelo amparo pela máxima eficácia de direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 estrutura-se pela conjugação do Direito Interno e o Direito Internacional, portanto as normas internacionais que tratam de Direitos Humanos o Brasil incorpora em sua Carta Magna. Dessa forma, a Presunção de Inocência encontra-se assegurada na Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) assinada em 1969 no seu artigo 8 que trata das garantias judiciais do acusado, assim como também assevera o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), complementando que todo ato desmedido para a punição do acusado deverá ser reprimido por lei.

Todo indivíduo em seu estado natural deve ser considerado inocente até que se prove o contrário diante de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, assim determina o art.5º, LVII, da Constituição Federal (1988), descrevendo então a Presunção de Inocência, ou da não culpabilidade, como um princípio basilar para eficácia do processo brasileiro e uma das maiores garantias constitucionais contra o (ab)uso Estatal. Assim como defende Bulow, processo enquanto relação jurídica, ao passo que o acusado passa a ser um sujeito de direitos e deveres em face

de um estado dotado de prerrogativas maquiadas pelo autoritarismo (LOPES, JR., 2014).

Outros princípios reitores do processo, contraditório e ampla defesa, constitucionalmente assegurados no art.5º, LV, Constituição Federal de 1988, estão relacionados a própria essência do sistema processual vigente, pois na falta de qualquer um desses poderá representar um mero procedimento inquisitorial. Não se deve negar que ambos são indissolúvelmente ligados, mas não se confundem, porquanto o contraditório trata-se de uma garantia essencial, até mesmo imprescindível para a instrução ao passo que o mesmo dispõe da garantia das partes de obterem informações sobre o processo e apresentarem, diante de um terceiro imparcial que representa o Estado, provas do fato assim como também de contraporem a carga probatória liberada (LOPES JR., 2014).

Nesse viés deve-se ressaltar o equilíbrio entre a acusação e a defesa, visto que não adianta dar direito a uma resposta à parte contrária, se não lhe são outorgados meios necessários e condizentes para tal. Assevera Coutinho (1998) que o contraditório é um processo no qual o julgador deve estar equidistante de ambas as partes no exercício de sua função jurisdicional, exaltando a sistemática acusatória disposta na Constituição Federal (1988), dessa forma incumbe ao magistrado apenas o julgamento das provas produzidas pelas partes, do contrário, resta-se cristalino a parcialidade.

Visando o contraditório como o direito de se manter informado de todos os atos *inter*procedimentais e a conseqüente participação, desponta a ampla defesa como os métodos utilizados para melhor formar o convencimento do magistrado, como esclarece Lopes Jr. (2014), a distinção não adentra na realidade processual, pois a fusão retrata a garantia de um sistema acusatório efetivo.

O princípio em tela dispõe da utilização de todos os mecanismos de provas admitidos em direito, sendo elas: prova testemunhal, documental, perícia, acareações, dentre outros, assim como também a utilização de todos os recursos admitidos no Código de Processo Penal (1941) para formar o convencimento do magistrado visando uma sentença favorável, devendo ser lembrado das regras do jogo, de Goldschmidt (1935), enquanto que as partes tem que aproveitar as chances e dispor de todas as armas no processo diante da epistemologia da incerteza.

4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O art. 156 do Código de Processo Penal (1941), trazido pela lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, onde menciona o posicionamento do juiz em relação a prova de ofício, redação do art. *in verbis*:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

É de grande valia, para entender-se o art. mencionado relaciona-lo ao período em que o Código de Processo Penal brasileiro foi elaborado, em 1941, por força da influência ditatorial da época. Nessa perspectiva, em diversos momentos, ao decorrer de seu texto, exterioriza os ideais inquisitórios e repressivos que fundamentavam o processo penal do tempo. A título de exemplo, apresentar o acusado como mero objeto da acusação concedendo liberdade de atuação às autoridades policial e judiciária.

Verifica-se, no entanto, uma clara e evidente contradição entre o Processo Penal e a atual Constituição Federal. Diante desse cenário, fazer uma análise a respeito da constitucionalidade das regras infraconstitucionais é de suma importância, visto que há uma incompatibilidade com o princípio acusatório previsto na Constituição Federal (1988).

No que tange a prerrogativa probatória, se houver dúvida ante o necessário para a condenação do acusado, ou seja, na apresentação das provas pela parte, isso é suficiente para absolver o réu. Como expõe Nucci (2011), no princípio *in dubio pro reo*, nasce a presunção de inocência. Nesse viés, não cabe ao juiz continuar a instrução para encontrar fundamento condenatório em detrimento da verdade meramente formal dos fatos. Quanto a isso, para a produção antecipada de provas, deve-se demonstrar a relevância e a urgência, porém, o ônus de requerer provas deve ser da acusação.

De acordo com o entendimento de Pacelli (2017), o ônus da prova judiciária tem um objetivo: reconstruir os fatos investigados no processo buscando a maior equiparação possível com a realidade histórica. Em outros termos, buscar desvelar o ocorrido com efetividade no espaço e no tempo. Sendo assim, esse é um ato de difícil abrangência, quando não impossível, pois trata-se da reconstrução da verdade.

Com efeito, acerca da noção inabalável que gira em torno da verdade no processo e que a mesma está ao alcance do Estado, a verdade real, tinha a função de

legitimar possíveis desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada em excesso ao juiz de direito. Nesse mesmo sentido, vale mencionar que “o sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz” (COUTINHO, 2001, p. 29).

Em virtude do supradito, fica aparente que a real intenção do legislador é a iniciativa probatória do juiz basicamente fundamentada na busca da verdade real, baseando-se meramente nos fatos. Entretanto, observa-se, na intencionalidade mencionada, resquícios nítidos do sistema inquisitivo, uma vez que o magistrado vai em busca de uma verdade supostamente correta, mesmo que, no caso, não seja manifestada pelas partes.

4.1 A iniciativa instrutória do juiz perante o sistema constitucional acusatório

No sistema acusatório, o juiz tem a função de garantir que as regras do jogo estão sendo respeitadas, assegurar os direitos e garantias constitucionais. Dessa forma, a produção de provas concerne, particularmente, às partes. Portanto, ao juiz compete tão somente decidir diante do caso concreto. De mesmo modo, Goldsmith (1935) confirma o exposto ao afirmar que no sistema acusatório, a produção da prova, em outros termos, a apresentação de requerimentos e o recolhimento do material probatório são funções inerentes às partes, cabendo ao juiz somente decidir.

Conforme bem aponta Nucci (2011), o ônus da prova deve permanecer, exclusivamente, com a parte da acusação no intuito de não comprometer a imparcialidade do magistrado diante do caso. No que se refere à acusação, cabe-lhe provar o ônus da prova. Então, deve-se demonstrar, por meio de provas lícitas, que o acusado é autor de fato típico, antijurídico e culpável. Em casos de dúvidas, deve-se imperar a absolvição do acusado.

Outrossim, o magistrado, ao tomar para si o ônus da prova no processo julga e atribui sentido válido, apenas às manifestações que corroborem seu entendimento preexistente, desprezando provas e evidências em sentido contrário ao seu. Conforme esclarece Lopes Jr (2014), se existir alguma dúvida no julgamento, o único desfecho admissível seria a absolvição do acusado, com base no *in dubio pro reo*.

Por outro lado, no campo probatório, onde desenvolvem-se disputas entre partes, deve-se prevalecer condições de igualdade. Nessa perspectiva, à dúvida do magistrado compete apenas as provas produzidas pela parte e não a insuficiência ou a ausência da atividade persecutória. O juiz a agir em nome próprio, na produção de provas, deixa a condição de juiz imparcial no processo e passa a ocupar e desempenhar o papel que seria das partes.

Nesse sentido, Khaled Jr. (2013) aponta que na configuração acusatória, o juiz encarregado da jurisdição penal deve-se limitar às solicitações interpostas e ao material produzido pelas partes. Assim, por meio da disputa entre as partes, considera-se que o melhor meio para averiguar a verdade e a justiça é deixar à invocação do juiz e no que compete ao material processual das partes do processo mantendo sua imparcialidade.

Desse modo, ao juiz deve ser estabelecido limites à atividade instrutória, no âmbito do processo penal, respeitando o disposto na Constituição Federal, onde visa a preservação da imparcialidade e a conformidade constitucional. Nesse mesmo sentido, acrescenta Lopes Jr. (2018), que ao atribuir poderes instrutórios ao juiz, em qualquer fase, opera a prevalência da hipótese sobre o fato, já que o mesmo decide primeiro ir atrás das provas, que justificam sua decisão já tomada. Nessa conjuntura, parece incoerente o juiz tomar sua decisão sobre provas que ele mesmo anexou no processo.

4.2 Quebra da imparcialidade

Decerto, a parcialidade do magistrado é de suma importância para a primazia da justiça no processo. Nessa seara, com o ônus da prova nas mãos do juiz, como aquele que deve ser o terceiro imparcial resta, sem dúvidas, prejuízo a constitucionalidade do art. 156 do Código de Processo Penal (1941). Sendo assim, dificilmente irá ter imparcialidade na condução das provas. Além de que, o juiz carrega consigo uma grande carga de subjetividade que vincula-o sempre ao processo.

Consoante o disposto na Constituição Federal (1988) o juiz não pode atuar como parte, ou seja, não pode produzir provas, visto que seu papel no processo é decisório e não acusatório. Partindo do pressuposto, o juiz, agindo de ofício na produção de provas compromete toda sua imparcialidade no processo. Nesse mesmo sentido, é entendimento de Nucci (2011) que deve-se compreender o ônus da prova como a responsabilidade da parte e somente dela. Como também, buscar preservar a sua imparcialidade e necessária equidistância, prevendo distintamente as figuras do investigador, acusador e julgador.

Evidentemente, a imparcialidade é virtude exigida de todo e qualquer magistrado, o mesmo deve-se manter afastado da atividade probatória. Nesse viés, coletando provas, não resta dúvidas, que o juiz será influenciado pelas suas próprias convicções, e por conta disso, não haja com a imparcialidade necessária ao caso. Portanto, deve tomar sua decisão de acordo com as provas produzidas pela parte. Nessa concepção, o juiz estará sujeito ao comprometimento psicológico com a tese

acusatória, tão comum às partes, colidindo frontalmente com diversas normas constitucionais.

No mesmo sentido, Lopes Jr (2020, p. 90) afirma:

“A iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo”.

Difícilmente, a subjetividade do juiz não transparecerá nas suas decisões proferidas a partir de provas colhidas de ofício. Sendo assim, não pode a garantia do contraditório ser utilizada como forma de controle da iniciativa probatória do juiz. Em outras palavras, o juiz deve atuar com base em seus princípios, mas não de forma que interfira na sua neutralidade. Nessa lógica, pontua Lopes Jr. (2020) que a parcialidade no processo gera incerteza e insegurança na comunidade e em suas instituições. Não basta estar teoricamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial.

Portanto, entende-se que nem mesmo a motivação das decisões judiciais se prestaria efetivamente a esse fim. Isso porque, o juiz, ao expor as razões pelas quais está determinando a produção de uma prova de ofício, acabará mostrando o seu envolvimento com uma das versões, mesmo que de forma implícita. Logo, isso afeta, negativamente, a confiabilidade atribuída aos tribunais de uma sociedade democrática.

No entanto, fica manifesto que a parcialidade do magistrado traz um grande perigo para a democracia, permitindo que o juiz primeiro decida para depois ir atrás da prova (primazia da hipótese sobre o fato), onde o mesmo deixa a condição de juiz imparcial passa a desempenhar o papel das partes, ou seja, não cabe as partes julgar, a tarefa de decidir o caso penal deve ser realizada respeitando às regras do jogo, e de modo imparcial pelo juiz.

Como bem esclarece Lopes Jr. (2013) se houver dúvida no julgamento do caso, o único desfecho aceitável seria a absolvição do réu, e não ativismo judicial, desse modo pode gerar provas desfavoráveis ao réu, que deveria ter sido produzida pela parte da acusação, o réu no caso não tem chance processual, dessa forma, gera um “quadro mental paranoico”, onde não há espaço para contraditório e ampla defesa.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, cumpre ressaltar a importância deste trabalho que é dar uma contribuição ao estudo do tema proposto, cujo objetivo maior é analisar art. 156 do código de processo penal de 1941 enquanto violador do texto constitucional por ser princípio unificador do sistema inquisitorial, buscando consolidar nossa cultura sobre a legitimação das leis e dos seus atos normativos, de maneira a fortalecer ainda mais o comprometimento social feito em torno da Constituição Federal de 1988 e dos princípios que a norteiam.

Para se conseguir expor o acima citado, buscou-se definir e classificar os sistemas acusatório, inquisitório e a inexistência de um sistema misto, trazendo as características dos mesmos e a seu avanço no tempo, como também a instrumentalidade constitucional do processo penal.

Quanto ao sistema acusatório uma de suas características se dá pela separação das funções de acusar e julgar, ou seja, atribuindo a órgãos distintos o desempenho de tais funções. Já o sistema inquisitório, traz como principal característica a possibilidade de o juiz investigar e acusar ao mesmo tempo, já que a gestão das provas está nas suas mãos. Ademais, desse sistema consistem na não publicação dos atos processuais não existindo o direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que o acusado é mero objeto de investigação. Sendo assim, não há compatibilidade com as garantias constitucionais como visto no sistema acusatório.

Então, vemos que com essa atitude estará o juiz a usurpar a função de acusador outorgada constitucionalmente as partes, pois, estes como titulares da ação penal, deve buscar os elementos de prova no transcurso do processo. Assim, entendemos está sendo violados muitos princípios garantidos constitucionalmente pela Carta Magna.

Entretanto, sobre a imparcialidade do juiz, sabe-se que todo julgamento é composto de uma carga muito grande de subjetividade, tanto na sentença, quanto na verificação das provas, principalmente quando o órgão que acusa é o mesmo que julga e que fará a análise valorativa do conjunto probatório trazido ao processo. À vista disso, um processo instruído com provas escolhida pelo juiz, será um processo, duvidoso, pois o juiz, dificilmente, não estará vinculado, ao menos subjetivamente, às provas que, por si só, produzir.

O processo é um direito do cidadão, uma conquista, uma garantia prevista na Constituição Federal de 1988, assegurado pelo Estado de Direito. Portanto, se faz necessário que o controle de constitucionalidade possa avaliar os efeitos normativos contraditórios dentro do sistema constitucional, atacando severamente, normas que contém elementos de institutos estranhos a Lei Maior, e ao mesmo tempo, expelir do sistema tais normas.

De outro modo, estar-se-ia e instaurar-se um processo de natureza eminentemente inquisitiva com resquícios claros de autoritarismo, transformando o juiz em um inquisidor, de modo a tornar o processo uma via suscetível a arbitrariedades e insegura para se exercer a cidadania com todas as garantias a ela inerentes.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, G. N. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BADARÓ, G. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2014.

BECK, U. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2019.

BRASIL. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Assembléia Nacional Constituinte, 1789.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. LEI Nº 11.690, DE 9 DE JUNHO DE 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Brasília, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 21 mai. 2020.

CALAMANDREI, P. **Direito Processual Civil**. v. 3. Campinas: Bookseller, 1999.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, F. Verità, Dubbio e Certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, v. XX, (II série), 1965.

CARVALHO, A. B. **Direito Penal a Marteladas (Algo sobre Nietzsche e o Direito)**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013.

CARVALHO, S. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

COSTA RICA. **Convenção Americana sobre direitos humanos**. San José, 22 de novembro de 1969.

COUTINHO, J. N. M. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, J. N. M. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Paraná, v.30, 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>. Acesso em: 10 mai. 2020.

COUTINHO, J. N. M. **Temas de direito penal e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, J. N. M. In: LOPES JR, A. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, L. **Poderes Selvagens**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GIACOMOLLI, N. J. **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2015.

GLOECKNER, R. J. **Nulidades no processo penal**. Bahia: Editora Juspodivm, 2013.

GOLDSCHMIDT, J. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetrus, 2015.

KHALED JR, S. H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

LOPES JR, A. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, A. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

LOPES JR., A. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NOVAIS, J. R. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUCCI, G. S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: RT, 2007.

NUCCI, G. S. **Provas no Processo Penal – O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, E. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROSA, A. M. Decisão no processo penal como Bricolage de Significantes. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, **Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, 2004. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0%20-%202004%20Alexandre%20Rosa%204.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 mai. 2020.

ROSA, A. M.; KHALED JR, S. H. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

SILVA, V. A. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 3. tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011.

STRECK, L. L. **Tribunal do Júri: símbolos & rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZAFFARONI, E. R. **Origem y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2004.

NOTAS:

[1] Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: millanadi@live.com.

[2] Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. *E-mail*: julianoleonel@hotmail.com.

[3] A expressão, segundo STRECK, é de WARAT. STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos & rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

[4] SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed. 3ª tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 17.

[5] COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda apud LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

[6]LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 41.

[7]De acordo com FERRAJOLI, "Segundo o senso comum a democracia vem frequentemente concebida, de acordo com o significado etimológico da palavra, como o poder do povo de assumir, diretamente ou por intermédio de representantes, as decisões públicas. Esta noção de democracia pode ser chamada de formal ou procedimental, pois identifica a democracia unicamente com fundamento nas formas ou nos procedimentos idôneos a legitimar as decisões como expressão, direta ou indireta, da vontade popular: porque a identifica, em outras palavras, com fundamento no quem (o povo ou os seus representantes) e no como (o sufrágio universal e a regra da maioria) das decisões, independentemente de seus conteúdos, isto é, daquilo que venha a ser decidido. É esta, assim, a tese compartilhada pela maior parte dos teóricos da democracia". No entanto, no presente artigo trabalhar-se-á a chamada dimensão substancial da democracia, pois segundo o referido autor a dimensão formal "não é suficiente para explicar as democracias constitucionais atuais, as quais não entrariam, com fundamento em tal definição, no conceito de democracia, considerando que neste a legitimação popular não é mais suficiente para legitimar qualquer tipo de decisão. Tal definição, portanto, carece de valor empírico e de capacidade explicativa. De fato, por força da mutação de paradigma gerada pelo constitucionalismo rígido na estrutura das democracias, inclusive o poder legislativo e o poder de governar são juridicamente limitados e vinculados não somente às formas, mas também à substância do seu exercício. Estes limites e vínculos são impostos a tais poderes pelos direitos constitucionalmente estabelecidos, os quais identificam aquela que podemos chamar de esfera do indecível: a esfera daquilo que não é decidível, ou que não pode ser objeto de deliberação, desenhada pelos direitos de liberdade, os quais têm o poder de tornar inválidas as decisões com eles contrastantes (...)".FERRAJOLI, Luigi. Poderes Selvagens. Trad. Alexander Araújo de Sousa. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 17-19.

[8]NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 34.

[9] Em relação ao Estado, o "trunfo" é de que o indivíduo tem uma posição juridicamente garantida contra o poder político. No que diz respeito aos particulares, é ter um direito que o Estado está obrigado a proteger contra ameaças ou lesões de terceiros.

[10]GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no processo penal. Bahia: Editora Juspodivm, 2013, p. 134.

[11]RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 46.

[12] LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

[13] Segundo GLOECKNER: "Em síntese, percebe-se que a nomeação de um sistema como acusatório ou inquisitório somente ganha sentido (e este encadeamento de significantes como prenúncia Jakobson) na existência de outro modelo a lhe dar aparência. (...) reconhece-se plenamente que o sistema acusatório e o inquisitório podem ser encontrados em determinado momento histórico. Todavia, deve-se reconhecer que os sistemas não são "fatos naturais" e que são produtos culturais". GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no processo penal. Bahia: Editora Juspodivm, 2013, p. 140.

[14] GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal. Barcelona: Bosch, 1935, p. 67.

[15] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Orígenes y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar, 2004, p. 27-28.

[16] Até o fechamento da presente edição, por decisão do Min. Fux, encontra-se com a eficácia suspensa *sine die* por força da medida cautelar na ADI n. 6.299/DF.

[17] CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. Rivista di Diritto Processuale, v. XX, (II série), p. 4-9, 1965.

[18] ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 35.

[19] LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 568.

[20] KHALED JR, Salah H. A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo, Editora Atlas, 2013.

[21] Para KHALED JR, "a partir dessa perspectiva, a passeidade é um aspecto a destacar e não a desconsiderar, uma vez que nela reside um elemento fundamental para sustentar uma concepção de processo que deve ter como elemento central as regras do jogo: a verdade correspondente – mesmo aproximativa ou relativa – está para além das forças dos homens, motivo pelo qual a possibilidade de produção de danos é imensa, já que as eventuais condenações jamais poderão ser tidas como a expressão de uma verdade correspondente ao que foi. Reconhecemos que essa argumentação parece ousada, pois aparentemente parece conduzir ao raciocínio contrário, ou seja, de que não há relação alguma entre a sentença narrativamente elaborada pelo juiz e a verdade. Não é o que propomos. Nossa posição está para além da dicotomia entre uma verdade absoluta (a chamada verdade real, material, substancial etc.) e a desconsideração completa da verdade (relativismo radical), sem

tampouco alinhar-se com o falso compromisso entre ambas que é a verdade aproximativa ou relativa, que permanece presa ao ideal de correspondência e, logo, fundamenta poderes de ordem inquisitória". ROSA, A. M.; KHALED JR, S. H. In *dubio pro hell: profanando o sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014, p. 334.

[22] KHALED JR, Salah H.A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 335.

[23] LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 118-119.

[24] LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

[25] "Apontada pela doutrina como fator crucial na distinção dos sistemas, a divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar é uma importante característica do sistema acusatório, mas não é a única e tampouco pode, por si só, ser um critério determinante, quando não vier aliada a outras (como iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades etc.)" LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 131. Em sentido contrário, Badaró leciona que "A essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Para ele, "Em suma, o sistema acusatório, quanto à atividade probatória, deve reconhecer o direito à prova da acusação e da defesa, podendo ainda o juiz ter poderes para, em caráter subsidiário ou suplementar, determinar ex officio a produção de provas que se mostrem necessárias para o acerto do fato imputado". BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2014, p. 48-49.

[26] GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

[27] Para CAPEZ, ainda hoje, o processo penal tem por finalidade a busca da verdade real, sustentando que "É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença". CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 66-67.

[28] BUENO DE CARVALHO, Amilton. *Direito Penal a Marteladas (Algo sobre Nietzsche e o Direito)*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013, p. 145.

[29] CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 135-136.

[30]COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) Crítica à Teoria Geral do Direito Processual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 29.

[31]COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) Crítica à Teoria Geral do Direito Processual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 28.

[32]Nesse sentido, NUCCI afirma que o sistema processual penal brasileiro é misto, pois possui uma fase inquisitiva (inquérito policial” e outra fase acusatória (processo). NUCCI, Guilherme de Sousa. Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo: RT, 2007.

[33]LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

[34]COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) Crítica à Teoria Geral do Direito Processual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[35] KHALED JR, Salah H. A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 142.

[36] COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Temas de direito penal e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 16-17.

[37] GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12.

[38]BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

[39]LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

[40]CALAMANDREI, Pietro. Direito Processual Civil. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3, p. 224.

A PEJOTIZAÇÃO COMO MECANISMO DE INFLUENCIA A FRAUDE E/OU VIOLAÇÃO AS GARANTIAS TRABALHISTAS

RAFAEL DA SILVA VALADARES:

Acadêmico de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins – Palmas – TO.

JANAY GARCIA[1]

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa visa à demonstração da prejudicialidade na aplicação do fenômeno jurídico conhecido como pejotização nas relações empregatícias. Por muitas vezes o empregado se vê obrigado a criar uma personalidade jurídica para poder ser inserido no mercado de trabalho, tal obrigação vem, maioria dos casos, por meio de coação por parte do empregador, que no intento de auferir lucros quer se desvencilhar dos encargos trabalhistas. Tal prática não trouxe benefícios à massa trabalhadora, que se encontra despida de seus direitos, a mercê de condições abusivas nas relações de trabalho.

Palavras chaves: Pejotização; relações empregatícias; garantias trabalhistas;

ABSTRACT: The current research aims to demonstrate the application of penalties known as pejotização[2] in employment relationships. For many times the employee sees itself forced to create a legal personality in order to be inserted in the labor market, such an obligation comes, most the cases, through cooperation by the employer, who has no profits to make, want to divert labor charges. Such practice has not brought benefits to the working mass, which is stripped of its rights at the mercy to abusive conditions in labor relations.

Key words: Pejotização, employment relationships, labor guarantee.

Sumário: Introdução; 1. A pejotização como inovação no mercado de trabalho; 2. A pejotização como fraude e/ou violação as garantias trabalhistas; 3. A prejudicialidade da pejotização frente às garantias trabalhistas; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade, há relatos da organização social em prol do trabalho, seja ele para a própria subsistência, seja para fins comerciais. O homem se organiza de maneira a facilitar o labor na sociedade e assim auferir os propósitos ao qual a coletividade propõe como fator preponderante a todos os indivíduos da comunidade. Ao tocar na nomenclatura trabalho tem uma dimensão da colocação

da força humana em ação e a utilização da mesma para obter alimentos e a finalidade mais utilizada que é conseguir pecúnia.

A sociedade evoluiu e desenvolveu-se com a utilização da mão de obra de terceiros, que antes era algo estritamente familiar. A inserção de terceiros trouxe conflitos trabalhistas para a sociedade, uma vez perdido o poder patriarcal sobre o trabalho, aparece então à figura do empregado (massa trabalhadora) e dos patrões (minoridade empresária).

Com o intuito de solucionar conflitos entre as figuras do empregado e patrão, surgem legislações trabalhistas, com o fito de apaziguar conflitos e orientar as relações empregatícias ora em ascensão. A Revolução Industrial deu origem a um crescimento de relações empregatícias, dando ensejo a uma legislação mais contundente e precisa para interligar os polos do contrato de trabalho.

No Brasil, houve a instituição do Decreto-lei 5.452 de 1º de maio de 1943, conhecido com Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que trouxe a população uma legislação específica no que tange as relações empregatícias. A CLT veio para coibir abusos dos empregadores e trazer uma seguridade a massa trabalhadora, trazendo consigo uma gama de garantias ao empregado, que é o ser hipossuficiente da relação.

Com o avançar dos tempos, as garantias trabalhistas foram se consolidando e enraizando-se na sociedade brasileira, fazendo da relação patrão-empregado algo seguro e recíproco. Contudo, recentemente houve a instituição da Lei 13.467/2017 que fortificou a possibilidade da terceirização da mão de obra trabalhista pela figura do trabalhador autônomo revestido de personalidade jurídica. Esta possibilidade deu origem ao fenômeno doutrinário-jurisprudencial conhecido como "pejotização". Entretanto, é necessário fazer uma análise dos malefícios que este instituto traz para a sociedade, fazendo-se fundamental um estudo acerca do mesmo e sua forma violadora à temporal construção das garantias trabalhistas.

1.A PEJOTIZAÇÃO COMO INOVAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO

A instituição da Lei 13.467/2017 trouxe o que ficou conhecido como "Reforma trabalhista" trazendo a tona uma série de modificações pertinentes ao campo do Direito do Trabalho. Apesar das mudanças ocasionadas, o conceito de empregado e empregador não sofreu alterações, estes conceitos eram encontrados nos artigos 2º e 3º da CLT:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. [...].

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único – Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (BRASIL, 1943).

Com a inalterabilidade destes artigos a hermenêutica jurídica do vínculo empregatício manteve-se intacta. Havendo o nexos causal entre a figura de empregado e empregador, terá sido evidenciado o vínculo empregatício e dele surge a gama de deveres e obrigações advindos do contrato de trabalho.

O fenômeno sociojurídico da relação empregatícia surge desde que reunidos seus cinco elementos fático-jurídicos constitutivos: prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação. (DELGADO, 2017, p.330)

Os elementos fáticos jurídicos trazidos por Delgado alinhados com o Princípio da Primazia da realidade trazido pelo artigo 9º da CLT, que não sofreu alterações com a reforma, faz com que nas mais variadas situações, possa ser configurada como vínculo empregatício. Mesmo sem haver um contrato formal de trabalho. O artigo 9º da CLT preleciona o seguinte: “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Sendo assim, o princípio é aplicado para o que de fato acontece nas relações entre empregador e empregado, e não o que está acordado via contrato, formal ou tácito. “No Direito do Trabalho valem mais os fatos do que o constante de documentos” (MARTINS, 2019, p. 65).

Contudo, mesmo com esses preceitos e entendimentos anteriores a instituição da lei 13.467/2017, o legislador inovou e trouxe à possibilidade da empresa contratar a figura de um trabalhador autônomo, afastando do contratado a figura de empregado, mesmo sendo preenchidos todos os requisitos básicos da relação empregatícia. Esta inovação foi observada com o artigo 442-B que traz o seguinte: “A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.” Dando ensejo a partir de então ao fenômeno jurídico jurisprudencial que ficou conhecido como “pejotização”.

Ainda não há um conceito claro do que a termo venha significar, dificultando assim uma denominação coerente e costumeira. Cada doutrinador traz um elemento inovador do que seria este instituto em formação. Contudo, pode entender o termo

pejotização como oriundo da sigla utilizada para designar a pessoa jurídica, isto é, PJ, utilizando o neologismo para indicar uma transformação do empregado (sempre pessoa física) em uma PJ (pessoa jurídica). Diante disso, a relação jurídica passa a ser respaldado pelo Direito Civil, especificamente, pelos artigos 593 a 609, e não pela CLT, ainda que esteja constituída a relação de emprego, presente os elementos fático-jurídicos constitutivos atrelados ao princípio da primazia da realidade. (OLIVEIRA, 2013).

As relações para a realização das atividades-fim da empresa, que antes era regida pelo elo entre empregador e funcionário, agora toma rumos diferentes e passa a poder ser trilhado entre empresa e empresa, ou ainda, entre empresa e prestador de serviços. Fazendo uma interpretação sistemática do artigo 442-B da CLT, é perceptível a mudança provocada pelo dispositivo. Vindo a compreender que o empregador não mais necessita da figura do empregado, uma vez que para a satisfação de suas necessidades oriundas de sua atividade, ele passará a contar com a figura do prestador de serviços autônomo. Podendo este ser até mesmo exclusivo à empresa tomadora de serviços.

Entretanto é necessário observar o conceito de trabalhador autônomo, podendo ser mais bem categorizado na seguinte concepção: "O trabalhador autônomo é, portanto, a pessoa física que presta serviços habitualmente por conta própria a uma pessoa ou mais de uma pessoa, assumindo os riscos da sua atividade econômica." (MARTINS, 2019, p. 95)

Para Maurício Godinho Delgado (2016), a mais bem clara distinção entre o empregado e o prestador é a falta essencialmente de subordinação, e em alguns momentos podendo ser caracterizado pela dispensa da pessoalidade. Mas em uma relação exclusiva de prestador de serviços para com uma empresa em que visa a realização da atividade-fim, é manifesta a situação de subordinação, uma vez que o prestador de serviços não possui autonomia para realizar as atividades que foi contratado com liberalidade e autossuficiência, devendo sempre se reportar ao empregador e dele receber ordens de como deverá ser feita a atividade posta em contrato.

Mas é necessário ter um olhar mais categórico no que consta a modernização das relações trabalhistas. A mencionada modernização alcançou os moldes vigentes através da crescente onda de renovação tecnológica dos setores econômicos, a globalização mais uma vez é tida como culposa nos novos contornos que os contratos de trabalho vêm tomando. Há o que pode ser tido como flexibilização das relações empregatícias, a doutrina utiliza-se costumeiramente desta terminologia para tratar situações adversas e atípicas daquelas dispostas no contrato de trabalho conhecido.

Assim, a terceirização assume centralidade na estratégia patronal, já que suas diversas modalidades (tais como cooperativas, *pejotização*, organização não governamentais, além de redes de subcontratação) concretizam “contrato”, ou forma de compra e venda de força de trabalho, em que as relações de trabalho sociais entre capital e trabalho são disfarçadas e travestidas de relações Interempresas/instituições, além de estabelecer contratos por tempo determinado, flexíveis, de acordo com ritmos produtivos das empresas contratantes e as quase sempre imprevisíveis oscilações de mercado que desestruturam o trabalho, seu tempo e até mesmo sua sobrevivência. (ANTUNES; DRUCK, 2014, p.17)

Entretanto, estes processos de flexibilização são utilizados como pretextos para mascarar sua verdadeira natureza, dando razão para a não utilização de elementos tidos como essenciais na relação empregatícia. A flexibilização em seu íntimo “escondem-se significados hermenêuticos, donde procede a tarefa de compreender não apenas as manifestações concretas da flexibilidade como, inclusive, os pressupostos sobre os quais ela se firma” (ROSSO, 2017, p.12).

Há por muitas vezes, um dismantelo da máquina trabalhista e um desnivelamento de condições necessárias ao fiel cumprimento do que pressupõe as garantias trabalhistas previstas tanto na Constituição Federal de 1988, como advindas da Consolidação das Leis do Trabalho. No que concerne à utilização da *pejotização* como flexibilização do contrato de trabalho.

Sob o pretexto da modernização da relações de trabalho é que se insere uma das novas modalidades de flexibilização, que resulta na descaracterização do vínculo de emprego e que constitui na contratação de sociedades (PJ) para substituir o contrato de emprego. São as empresas do “eu sozinho” ou “PJs” ou “*pejotização*” como comumente vem sendo denominadas (CARVALHO, 2010, p.62)

Para a aplicação da *pejotização*, o sistema vem se utilizando da artimanha da empresa do “eu sozinho” como é costumeiramente utilizado e atribuído aos mercados capitalista. A empresa do “eu sozinho” é o mecanismo utilizado para designar a figura do Micro Empreendedor Individual – MEI.

A definição e papel do MEI são regidos pela Lei Complementar nº 123, de 2006 (LC 123/2006), também costumeiramente denominada de Estatuto Nacional da

Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP). No escopo legislativo pode ser destacado o artigo 18-A, cumulado com o artigo 966 do Código Civil de 2002, pode ser definida o que vem a ser o “microempreendedor individual” ou o corriqueiramente denotado de MEI:

§1º. Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual que se enquadre na definição do art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), que seja optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.

[...]

§ 4º Não poderá optar pela sistemática de recolhimento prevista no caput deste artigo o MEI:

I - cuja atividade seja tributada na forma dos Anexos V ou VI desta Lei Complementar, salvo autorização relativa a exercício de atividade isolada na forma regulamentada pelo CGSN;

II - que possua mais de um estabelecimento;

III - que participe de outra empresa como titular, sócio ou administrador;

[...]

(BRASIL, 2006)

Nesse sentido, microempreendedor individual (MEI) é o empresário que não ultrapasse a renda anual de R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais) e esteja registrado como pequeno empresário. Vale ressaltar que o mencionado registro é realizado em site do Governo, o Portal do Empreendedor. Fazendo valer de todas as disposições e medidas facilitadoras para a atividade do microempreendedor. Prevista esta segmentação os empresários tem se apoderado da figura do MEI para contratá-los como prestadores de serviços, para assegurar a realização de sua atividade-fim. Entretanto, os MEIs vêm exercendo as atividades como se fossem trabalhadores comuns, com todos os requisitos necessários para o vínculo empregatício.

Ao exercer as funções como empresa, a pessoa, atribuindo ao que preleciona a doutrina no que tange a denominação de empresa do “eu sozinho”, ele mesmo na figura de empresário exerce todas as funções e atribuições que lhe foram conferidas pelo contratante, vindo apenas como mera maquiagem da relação empregatícia. Ocasionalmente lesões ao trabalhador que se sujeita a prática para ficar dentro da economia de mercado, uma vez que pelo procedimento adequado de contrato de trabalho e assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) não encontraria meios de subsistência.

2.A PEJOTIZAÇÃO COMO FRAUDE E/OU VIOLAÇÃO AS GARANTIAS TRABALHISTAS

Nos ditames legais em que implica o vínculo empregatício e a real formalidade dos contratos de trabalhos, entra-se na dicotomia do que venha a ser legal e ilegal. Para Delgado entende-se como contrato de trabalho “o acordo tácito ou expresso mediante o qual ajustam as partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas” (2016, p.543). Nesse contexto, observa-se com clareza que não é preciso haver formalidades para que seja imperado o contrato de trabalho, frente o acordo entre partes. Portanto ao formalizar um contrato interempresas com fulcro na não contratação de um empregador formal, nela observa-se a conduta de burlar o sistema trabalhista vigente.

Esse mecanismo é tido como violador das garantias trabalhistas, em vista que as regras trabalhistas que ora seriam imposta na relação fique inobservante na relação do caso em concreto. Mas é necessário deixar com limpidez que a contratação de pessoas jurídicas é válida no que diz respeito a atividades consideradas triviais para o objeto de negócios da empresa. Entretanto, empresários e demais categorias após a possibilidade dada pela Lei 13.467/2017, mais especificamente no artigo 442-B, foram atrás de legislação ulterior que permite a terceirização da atividade-fim da empresa. Essa permissão é encontrada na Lei 6.019/1974 que dispõe o seguinte:

Art. 4º- A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a execução. (BRASIL, 1974)

A permissão oriunda desta lei outrora vigente no milênio passado e a premissa trazida pela Reforma Trabalhista culminaram em uma ascensão sem precedentes da pejotização no mercado de trabalho. No entanto, a realidade implicada no mercado

de trabalho vem tomando contornos intangíveis daqueles previstos pelo legislador. Visando a lucratividade e redução de gastos nas empresas, os empresários têm obrigado os trabalhadores a constituir uma personalidade jurídica como requisito básico de sua contratação, podendo ir mais além, ao fazer a rescisão do contrato formal de trabalho de todos os seus funcionários, a famosa demissão, e recontratando-os na condição de pessoas jurídicas, os MEIs.

Contudo, essas práticas estão sendo caracterizadas como fraude e precarização dos vínculos empregatícios, as ações vem sendo combatidas duramente pelos Tribunais Trabalhistas do país. Como medida assecuratória da Segurança Jurídica da nação, o Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, em um de seus julgamentos inovou ao entender que:

VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO. PEJOTIZAÇÃO. Evidenciada a fraude perpetrada pelo empregador ao condicionar a contratação de serviços inerentes à atividade finalística da empresa à constituição de pessoa jurídica pelo trabalhador (pejotização), o reconhecimento do vínculo empregatício é medida que se impõe. (TRT7, ROT – 00013985820165070015, Rel. Francisco José Gomes da Silva, SEGUNDA TURMA, 26/03/2018)

O reconhecimento desta fraude pelos tribunais é algo ímpar para a efetiva segurança jurídica no que tange as relações trabalhistas encartadas em todo o território nacional. Trazer exceções a algo tão bem assegurado pela legislação é trazer a insegurança para todos os níveis de relação empregatícia, podendo gerar o caos nos setores econômicos e expor o país a crises financeiras graves.

Em razões análogas o Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região em julgamento do Recurso Ordinário Trabalhista (ROT) número 0011270-19.2015.5.18.0018 pautou-se também sobre a construção do fenômeno pejotização e o reconhecimento de fraude perante as relações trabalhistas:

VÍNCULO EMPREGATÍCIOXPEJOTIZAÇÃO. RECONHECIMENTO. Quando um empregado, formalmente admitido pelo ente patronal, com as anotações funcionais pertinentes na carteira de trabalho, é dispensado e, simultaneamente, recontratado para prestar os mesmos serviços, via pessoa jurídica, **configura-se o fenômeno conhecido por pejotização**. Para a regularidade dessa nova realidade, é indispensável demonstrar alterações substanciais que afastem, dessa atual relação jurídica, os requisitos empregatícios que permeavam na

atividade até então desenvolvida. **Por outra via, constatada a continuidade da prestação de serviço nos mesmos moldes, reconhecer-se-á a fraude.** Recurso patronal a que se nega provimento. (TRT18, ROT - 0011270-19.2015.5.18.0018, Rel. KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE, TRIBUNAL PLENO, 15/03/2017, grifo nosso)

Vindo o Tribunal Superior do Trabalho, em sede de julgamento do Recurso de Revista n. 2632-58.2020.5.02.0069 em 2018, favoreceu a construção do entendimento da utilização da pejotização de maneira pejorativa as garantias trabalhistas. O Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão em seu voto enfatiza “a existência da chamada “pejotização”, o que caracteriza burla à legislação trabalhista, nos termos do artigo 9º da CLT.” A afirmação do ministro levantou precedentes para combater este tipo de fraude as relações empregatícias no país.

Abstraindo a jurisprudência e os entendimentos formados por juízes singulares e órgãos colegiados é notória a preocupação com a seguridade do vínculo empregatício, por tratar de matéria correlacionada à segurança jurídica em matéria de direito do trabalho. Manter o vínculo empregatício em relações em que o empregador visa explicitamente burlar as garantias trabalhistas de seu empregado, conquistadas ao longo da história, aliado ao intuito de auferir lucros de maneiras fraudulentas, traz a massa trabalhadora uma segurança em busca da justiça e combate a práticas de sujeição a condições degradantes impostas pelo seu empregador.

Abstrai-se que não importa a forma em que os vínculos e os contratos são celebrados, mas sim a sua finalidade. Várias podem ser as formas de vinculação de empregados à empresa, contudo, se a finalidade for para a prestação de serviços da função finalística da empresa, prevalece-a o contrato de trabalho.

É irrelevante para a configuração da relação de emprego a natureza do ato de ingresso do trabalhador na prestação de serviços, pois a existência daquela dependerá objetiva do *modus operandi* da prestação de serviços, e não dos aspectos formais que a revestem. Exatamente na fase de contratação se localiza um dos pontos de maior vulnerabilidade do empregado e da sua autonomia volitiva, sendo, este momento, a porta privilegiada para submissão do empregado a formas dissimuladas de contratação. (SANTOS, 2010, p. 2019)

Portanto, não importa para o direito se foi imposto ou não, se o empregado concordou ou discordou em criar para si uma personalidade jurídica para conseguir

um emprego e dele auferir a sua subsistência. O que vem a tona é a busca exacerbada de lucros que não olha nem sequer para a legislação trabalhista.

A doutrina ainda caminha em passos curtos ao falar desta precarização da relação empregatícia. Sabe-se, contudo, que a não vigência do contrato de trabalho traz grandes retrocessos sociais e legislativos para a sociedade. Direitos constitucionais, supraconstitucionais e costumeiro vem perdendo espaço com o avanço da prática de pejetizar as áreas econômicas. Com a prática supra, os empregados, que são o elo mais fraco da cadeia trabalhista, deixam de ganhar rendimentos, recolher previdência e deixa de gozar de férias, repousos semanais de trabalhos e limite na jornada diária de trabalho.

Para muitos a pejetização é tida como a modernização do setor trabalhista, entretanto é percebida que a modernização vem caracterizada de fraude. Até os dias atuais, trabalhadores dos setores não conhecem seus deveres, direitos e garantias, trazendo uma hipossuficiência a massa trabalhadora do país.

Ao contratar empregados por meio de artifícios fraudulentos ou de contratos que ocultam a relação de emprego, o empregador, além de sonegar os direitos trabalhistas, age em confronto com todo o ordenamento jurídico de proteção social, pois a falta de assinatura na CPTS de verdadeiros empregados, mascarados de pessoa jurídica, acarreta reflexos diretos na arrecadação da Previdência Social; deixasse de recolher o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, o que impossibilita o investimento público em infraestrutura e moradia; precarizam-se as relações de trabalho, pois ao trabalhador não é conferida a proteção das normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho (SANTOS, 2019).

Sendo assim, não há o que se dizer em benefícios como o empregador tanto enfatiza em seus discursos e valoriza nas entrevistas de emprego. Existe o retrocesso e precarização do setor. Não pode resumir a relação empregatícia apenas no aspecto econômico, mas trazer a reciprocidade que há nas relações e interações humanas que o contrato de trabalho traz à sociedade. São garantias benéficas que assegura uma vida digna e saúde decente para o trabalhador. É fazer valer o princípio da dignidade da pessoal humana posta pela Carta Magna.

3. A PREJUDICIALIDADE DA PEJOTIZAÇÃO FRENTE ÀS GARANTIAS TRABALHISTAS

Primeiramente, é necessário abordar um dos pontos controvertidos que a meu ver torna-se uma das maiores desvantagens advinda com a pejetização. Trata-se da burocracia proveniente da constituição até o registro da pessoa jurídica no órgão competente, visto que na condição de empregado nada disso estaria a cargo do trabalhador e sim da empresa que possui apoio especializado para a formação de

cada ato. Ressalto que uma das poucas vantagens encontra-se nas taxas e tarifas para a criação do MEI, tais como de abertura, inscrição e registro são isentas ao Microempreendedor Individual, como é descrito no corpo da Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006:

Ressalvado o disposto nesta Lei Complementar, ficam reduzidos a 0 (zero) todos os custos, inclusive prévios, relativos à abertura, à inscrição, ao registro, ao funcionamento, ao alvará, à licença, ao cadastro, às alterações e procedimentos de baixa e encerramento e aos demais itens relativos ao Microempreendedor Individual, incluindo os valores referentes a taxas, a emolumentos e a demais contribuições relativas aos órgãos de registro, de licenciamento, sindicais, de regulamentação, de anotação de responsabilidade técnica, de vistoria e de fiscalização do exercício de profissões regulamentadas. (BRASIL, 2006)

Apesar destes ônus financeiros, pode ser armadilha que o patrão usa como artimanha para ludibriar o trabalhador, porém o agora recém-empresário passa a arcar sozinho com a resolução de todos os trâmites burocráticos para a constituição de sua empresa. Percebe-se o transtorno e desorientação do empregado ao ser demitido e obrigado a constituir uma personalidade jurídica para ter a sua subsistência garantida. Ressalta-se aqui, que apesar da Lei Complementar 123 ter vindo como um mecanismo facilitador para a constituição de pequenas empresas, para uma pessoa sem os conhecimentos adequados em legislação torna-se um grande embaraço para auferir um labor.

Agora com a constituição da sua microempresa já solidificada, passa-se a pelas dificuldades enfrentadas em questões tributárias. Até então na condição de empregado, o terceirizado não precisava arcar com o pagamento de nenhum tributo, sem os frutos de seu labor intocados pelo fisco, salvo o Imposto de Renda de Pessoa Física (IRRF – Imposto de Renda Retido na Fonte) em casos de perceber quantias tributárias anuais superiores à R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos). Ao se concretizar como empresário o “pejotizado” passa agora a arcar com toda a carga tributária da sua microempresa, sendo ele considerado sujeito passivo de impostos municipais, estaduais e federais correspondente ao tipo de atividade que pratica. Destaca-se que a desvantagem tributária será abordada apenas como menção, pois não faz parte do objeto de estudo principal deste artigo.

No que tange as garantias trabalhistas, pode-se destacar o não recolhimento do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço); a não participação do empregador

no recolhimento da parcela destinada ao pagamento do INSS para fins previdenciários; a ausência do direito ao 13º (décimo terceiro) salário; a inexistência de férias remuneradas; a perda do descanso semanal remunerado; a supressão da garantia do salário mínimo como remuneração mínima a ser percebida; e, ao fim do vínculo da prestação de serviços a ausência do direito ao recebimento do auxílio desemprego. Garantias estas ao qual serão debatidas no decorrer desta sessão, além de esclarecer as lesões sofridas pelo microempresário que se sujeita ao instituto da pejetização.

Sendo assim, “o FGTS é um depósito bancário destinado a formar uma poupança para o trabalhador, que poderá ser sacado nas hipóteses previstas em lei, principalmente quando é dispensado sem justa causa” (MARTINS, 2019, p.202). De modo geral trata-se de uma espécie de garantia financeira ao trabalhador, com previsão legal no artigo sétimo, inciso terceiro da Constituição Federal. Porém esta garantia é inexistente nos contratos interempresas, já que o mesmo é devido ao trabalhador e não a empresa contratada como prestadora de serviços. Sendo este um grande malefício ao possuidor da “empresa do eu sozinho”, pois além da perda da garantia do benefício, o mesmo ao ser dispensado da prestação dos seus serviços não possui nenhum tipo de recurso financeiro a ser sacado, salvo suas economias se existirem.

Já no que diz respeito ao recolhimento da previdência social, destaca-se a participação da empresa nas contribuições previdenciárias do empregado. Como preconiza a Lei 8.212 de 24 de julho de 1991 que no seu artigo 24 afirma que a empresa pagará “I - 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, empresários, trabalhadores avulsos e autônomos que lhe prestem serviços” (BRASIL, 1991). Ressalta-se que a empresa paga esta alíquota a Previdência Social, como no caso do trabalhador pejetizado ele mesmo torna-se a empresa, toda esta alíquota é de encargo dele.

Entretanto caso ele fosse empregado da empresa e não prestador de serviços, esta alíquota seria dividida entre empregado e empregador, já que o empregador realiza o pagamento de 20% (vinte por cento) do salário do empregador a Previdência Social e pode recolher do empregado entre 7,5% (sete e meio por cento) a 14% (quatorze por cento) desta alíquota na remuneração do funcionário, alíquotas estas sendo uma das inovações trazidas pela reforma da Previdência Social ocasionada pela Emenda Constitucional nº 103 de 12 de novembro de 2019. Sendo uma ferida grave à remuneração do prestador de serviços.

No tocante ao benefício do 13º salário, é importante mencionar que esta benesse é garantida na Constituição Federal (artigo 7º, VIII), e nem de longe é aplicada aos

contratos sob o regime de pejetização. Maurício Godinho Delgado conceitua este benefício da seguinte forma:

O 13º salário consiste na parcela contraprestativa paga pelo empregador ao empregado, em caráter de gratificação legal, no importe da remuneração devida em dezembro de cada ano ou no último mês contratual, caso rompido antecipadamente a dezembro o pacto. (DELGADO, 2017, p.863)

Como bem percebido na conceituação, este benefício é pago ao empregado, ou seja, pessoa física cujo contrato de trabalho é regido pela CLT. Ao fazer o contrato cível entre o prestador de serviços e o tomador de serviços, não o que se falar em direito ao recebimento do décimo terceiro salário. Restando assim, mais um direito assegurado ao trabalhador que é dispensado ao está sob a regência do contrato pejetizado.

Faz jus mencionar, que na empresa do “eu sozinho” os descansos são escassos, já que dificilmente o trabalhador possui pessoas que os auxiliem nos serviços prestados, como também não possui direito ao gozo de férias remuneradas. Com previsão legal na Carta Magna brasileira (Artigo 7º, XVII) “as férias são o período de contrato de trabalho em que o empregado não presta serviços, mas auferir remuneração do empregador, após ter adquirido o direito no decurso dos 12 primeiros meses de vigência de seu contrato de trabalho” (MARTINS, 2019, p.258). Possui como intenção maior o descanso do trabalhador, para uma restauração de sua mente e organismo. Porém tal direito é inexistente para com o prestador de serviços, que possui uma jornada de trabalho ininterrupta no decorrer dos anos, já que se não trabalhar o mesmo não auferirá renda para a sua subsistência.

Uma das garantias do direito do trabalho que são inaplicáveis aos trabalhadores “PJs” é o repouso semanal remunerado. Também previsto na Constituição Federal (artigo 7º, XV), onde pode-se explicar que “é assegurado a todo empregado um repouso semanal remunerado de, no mínimo, 24 horas consecutivas, o qual deverá coincidir, preferencialmente, com o domingo” (LEITE, 2019, p.582). Se estiver estabelecido no contrato interempresas que a prestação de serviços deve ser feita de maneira contínua durante a semana o famoso “domingo a domingo” assim deverá de ser cumprido, pois tal descanso foi desconsiderado durante a construção do contrato cível.

Ressalta-se ainda que como não se trata de um vínculo empregatício por muitas vezes as remunerações são inferiores ao salário mínimo vigente e em alguns casos há ausência de remuneração fixa, ao qual o prestador de serviços sujeita-se a receber percentuais fixados a título de comissão pelo tomador de serviços. A previsão de uma

remuneração mínima vem estampada na Constituição Federal (artigo 7º, VII), que nada mais é que “o direito ao recebimento de uma retribuição num padrão mínimo fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família” (MARTINEZ, 2019, p.230). Estando por demasiadas vezes exposto a remunerações vis acordadas por empresários que desrespeitam as normas trabalhistas.

Mas não é apenas durante a regência do contrato entre prestador de serviços e tomador de serviços que é percebida a mácula pela ausência do formalismo empregatício e domínio das legislações trabalhistas. Ao encerrar o contrato cível de prestações de serviços, o trabalhador não possui direito ao seguro desemprego. Pois para obter êxito nesta garantia ele precisa de guias que comprove o vínculo empregatício, como também a comprovação de que foi rompido o seu contrato de trabalho (contrato este que deve ser regido dentro das diretrizes das normas trabalhistas), mas o prestador de serviços não possui tais documentos, pois seu vínculo era um mero contrato interempresas.

Como a doutrina define, o seguro desemprego é “um benefício previdenciário que tem por finalidade promover a assistência financeira temporária do trabalhador desempregado em virtude de ter sido dispensado sem justa causa, inclusive a indireta” (Martins, 2005, p. 137). Sendo assim, se faz necessário o rompimento do contrato de trabalho com a devida baixa na CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social), benefício este ficando inexistente na pejetização, debilitando ainda mais as condições financeiras do prestador de serviços.

Deste modo, são evidentes os malefícios trazidos pela pejetização. Ressalta-se ainda, que a parte mais afetada continua sendo a classe trabalhadora, após anos de luta e construção de seus direitos houve um grande retrocesso em suas garantias, garantias estas constitucionais. É sabido que as vantagens ficaram com a classe dos grandes empresários que utiliza-se deste mecanismo com o simples intento de auferir lucros e enxugamento dos gastos, sem levar em consideração os direitos da massa trabalhadora.

4. CONCLUSÃO

Ao fazer uma análise de forma sistêmica do instituto da Pejetização é possível aferir que a aplicação deste mecanismo no sistema trabalhista brasileiro, fere diretamente o Direito do Trabalho, que é o ramo do direito que visa assegurar os direitos trabalhistas. Mas como foi demonstrado, tal forma burlesca vem sido combatida pelos tribunais trabalhista, pois é nítido que a classe empregadora vem usando este instituto de forma escancarada para burlar as garantias trabalhista da massa trabalhadora.

É possível dizer, que a ascensão na aplicação da pejetização está relacionada com a insatisfação dos empregadores diante dos mais variados encargos trabalhistas, que tira de seus bolsos o dinheiro tido para eles como lucro. Vale ressaltar que estes encargos visa à seguridade do empregado no meio trabalhista, tende a trazer segurança a parte mais hipossuficiente da relação (o empregado).

Como fora demonstrado, este fenômeno, não é nada atrativo aos trabalhadores, pois o mesmo despi a classe de seus direitos, que se vê distante de quaisquer garantias na relação empregatícia. Além de encontrar-se atrelado à burocracia da pessoa jurídica constituída por ele, tudo isso na maioria das vezes fruto da coação existente no mercado de trabalho, coação esta exercida pelos empregadores.

Apesar de não haver a proibição da aplicação deste fenômeno, as normas trabalhistas por si só é capaz de afastá-lo. O princípio da primazia da realidade, já tem o poder suficiente para combater a incidência da pejetização nas relações empregatícias, pois este princípio vai de encontro com o Direito do Trabalho, e, esta junção declara a ilicitude da aplicação da pejetização no mercado de trabalho.

Ressalta-se que basta a comprovação dos requisitos estabelecidos nos artigos 2º e 3º da CLT, para a real comprovação da relação de emprego e o surgimento de todas as garantias de emprego. Pois ao se tratar da aplicação do Direito do Trabalho, torna-se irrelevante a denominação e a formalidade que as partes utilizaram para firmar o negócio jurídico, mais sim a verdade dos fatos.

Deste modo é notório a prejudicialidade da aplicação da pejetização nas relações empregatícias, devendo haver mais práticas que visam coibir a aplicação deste fenômeno. Pois não há benefícios para a massa trabalhadora, apenas o enriquecimento, a meu ver ilícito, dos empregadores, que ao retirar dos trabalhadores os seus direitos, retiram também a dignidade da classe dos empregados.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. A epidemia da terceirização. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil III**. São Paulo: Boitempo, 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 30 out. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123**, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em 30 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.212**, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em 15 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. **Recurso Ordinário Trabalhista n. 0011270-19.2015.5.18.0018**. Relatora Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque. Julg. 2017. Disponível em: <https://sistemas2.trt18.jus.br/solr/pesquisa?q=id:3-6382301>. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. **Recurso Ordinário n. 00013985820165070015**. Relator Francisco José Gomes da Silva. Julg. 2018a. Disponível em: http://www3.trt7.jus.br/consultajurisprudencia/documento.aspx?fv_jidx=371683. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 2632-58.2010.5.02.0069**. Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília: DEJT, 19 de. 2014.

CARVALHO, Maria Amélia Lira de. **Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos de Salvador – Bahia**. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania). Salvador: Universidade Católica de Salvador, UCSAL, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de Direito da Seguridade Social**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Laura Machado. **Pejotização e a precarização das relações de emprego**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 24, n. 291, p. 36 a 46, set. 2013.

ROSSO, Sadi Dal. **O ardil da flexibilidade:** os trabalhadores e a teoria do valor. São Paulo: Boitempo, 2017.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Fraudes nas relações de trabalho:** morfologia e transcendência. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, n. 249, p. 215 a 231, mar. 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho:** a relação de emprego. v. II. São Paulo: LTr, 2008.

NOTAS:

[1] Mestre em Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB – advogada, vice presidente da ordem dos advogados do Brasil no Tocantins, e docente (email: janaygarcia@hotmail.com)

[2] Pejotização is a neology, therefore, has no equivalent meaning in english. It is used to mean that someone is *hiring free of labor rights*, a synonym to "illegal hiring"

O IMPACTO DO COVID-19 E A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

PRISCILLA BRAYNER CALADO DO NASCIMENTO:

Advogada. Pós-graduanda em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco.

Resumo: O presente artigo trata de um importante instituto do direito: das sucessões, no qual avalia e justifica a importância da realização de um planejamento sucessório ocorrido por meio de três hipóteses, a doação, o testamento e a holding familiar. Esta última com mais detalhes, uma vez que no Brasil a grande maioria das empresas são familiares. O artigo busca definir de forma objetiva o que é cada uma dessas hipóteses e a sua repercussão em tempos de Covid-19.

Palavras-chave: Planejamento sucessório. Sucessão. Herança. Testamento. Doação. Holding Familiar. Covid-19.

Abstract: This article deals with an important institution of law, of successions, in which it assesses and justifies the importance of carrying out a succession planning that occurred through three hypotheses, the donation, the will and the family holding company. The latter in more detail, since in Brazil the vast majority of companies are familiar. The article seeks to define in an objective way what each of these hypotheses is and its repercussion in Covid-19 times.

Keywords: Succession planning. Succession. Heritage. Testament. Donation. Family Holding. Covid-19.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO 1.1. Sucessão 2. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E SUAS HIPÓTESES 2.1. Doação 2.2. Testamento 2.2.1. Testamento Público 2.2.2. Testamento Particular 2.3. Holding familiar 3. O IMPACTO DO COVID-19 E A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A única certeza que todos possuem é que um dia irão falecer. Para muitos falar sobre a morte ainda é um tabu, planejar sobre futuro espólio, administração de bens, com a pessoa ainda viva é bastante constrangedor e com isso há o impedimento natural de que pensem sobre como ficarão os bens e como e por quem será exercido a administração deles após a sua morte.

Esse é um assunto que deveria ser discutido em família, em todas as casas, antes mesmo de "reconhecer" a efemeridade da vida, isto é, antes de passar por algum problema de saúde pessoal, familiar ou por divórcio e/ou dissolução de união estável

que são os momentos em que há a repartição do patrimônio. Ressalta-se que a discussão prévia não tem o componente emocional que ocorre durante o momento de crise, tornando, portanto, as decisões mais técnicas.

A pandemia hoje vivenciada está fazendo as pessoas enxergarem de maneira imposta que a vida pode estar ótima, com tudo nos seus “devidos” lugares (assim pensam) e de uma hora para outra tudo mudar, sem que haja qualquer planejamento ou controle. O que estava aqui, por exemplo, amanhã pode não estar mais e é nesse momento, com medo, não diretamente de ser afetado pelo covid-19, mas pela mudança radical e o enfrentamento do isolamento social que faz com todos pensem, além da sua vida pessoal, nos seus patrimônios.

Ora, todas essas evidências levam a tentar, de alguma forma, planejar. A grande maioria sempre foi acostumado a ter um mínimo (para poucos) de planejamento, rotina de trabalho, compras, de final de semana, de noites, de eventos e, de repente, no momento de isolamento social que está sendo vivenciado, apenas o que pode e deve se planejar, além do pós-isolamento, é a própria vida. E a vida compreende tudo aquilo que houve esforço de alguma forma para conseguir, criar, estabelecer, acumular riquezas e proteger.

Em toda família há discussões acerca dos bens que compreendem o patrimônio de cada um ou até mesmo do grupo familiar e por que não pensar sobre como protegê-los e destiná-los de forma coerente e sensata antes mesmo de uma fatalidade? Então, é essa a ideia do planejamento sucessório que determinará a destinação do seu patrimônio, deixando de lado o elemento surpresa do que pode vir a acontecer, tal como a pandemia do Covid-19.

Importante ressaltar que não há um planejamento sucessório padrão, pois é necessário estudar o patrimônio de cada um, bem como seus anseios para visualizar o que melhor se encaixará no caso em questão. Em quaisquer de suas modalidades será necessário verificar o regime de bens adquirido no casamento ou na união estável, podendo também ser alterado, desde que seja em comum acordo. Possuímos, portanto, três formas de planejamento sucessório que são: a doação, o testamento e a holding familiar.

O presente artigo destaca a importância de um planejamento familiar sucessório, bem como traz suas modalidades de um modo geral que devem ser escolhidas caso a caso, atendendo às necessidades de quem anseia.

1. A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

O planejamento sucessório como o próprio nome sugere, consiste no planejamento do patrimônio, dentre bens móveis e imóveis, após a morte. Ou seja, nele fica definido como será a utilização e administração dos bens de quem o deixou.

Por outro lado, não se pode falar em planejamento sucessório sem a efetiva compreensão do que é a sucessão. De forma resumida, pois será destrinchada melhor no tópico abaixo, a sucessão é a matéria que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa física após sua morte, sendo respeitada a ordem de sucessão da herança, bem como os beneficiários legítimos.

Sendo assim, a fim de que possa haver uma organização nos bens do falecido, previamente, ele planeja como deverá ser sua destinação e quem serão os beneficiários, podendo fazê-la por meio da doação, do testamento ou da holding familiar.

Com isso, evita-se brigas e discussões dentro do seio familiar, além do nosso objeto de estudo, que é a preservação do patrimônio construído pelo falecido, muitas vezes, durante toda uma vida e assim tem como objetivo perpetua-se entre gerações.

1.1.Sucessão - Noções gerais

O direito das sucessões, também conhecido como direito hereditário está presente no Código Civil Brasileiro, na sua parte especial, e disciplina acerca da destinação do patrimônio de uma pessoa física *post mortem*.

Na doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, conceitua a sucessão como sendo a ideia de sequência, de continuidade que também está presente no sentido técnico do termo que designa o fenômeno jurídico por meio do qual uma pessoa insere-se "na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de outra pessoa"[1].

Para Clóvis Beviláqua, o "direito hereditário, ou das sucessões, é o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir[2]".

Nesse sentido, a sucessão pode ser classificada em dois grupos, podendo ocorrer por força da morte (*causa mortis*), como também entre os vivos (*inter vivos*) na hipótese de cessão de crédito ou na incorporação de uma companhia por outra[3].

Dessa forma, os bens que são transferidos aos sucessores em decorrência da morte de alguém são chamados de herança, ou seja, tudo aquilo que compreende o patrimônio herdado e em seu plano jurídico formal de representação é chamado de espólio. O espólio não tem personalidade jurídica, pois não se enquadra no rol de pessoas jurídicas definidas pelo Código Civil Brasileiro.

A sucessão pode ser legítima, testamentária e anômala. A primeira, legítima, é direito fundamental garantido pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXX: “é garantido o direito de herança”, ou seja, se dá por força de lei e tem sua forma regulamentada no Código Civil, a partir do art. 1.784, os beneficiários serão os herdeiros legítimos, na ordem da vocação hereditária, descendentes, ascendentes, cônjuge e os colaterais até o quarto grau (arts. 1.8299 c/c 1.839 – Código Civil), cuja divisão de bens independe da vontade do *de cujus*.

A sucessão testamentária, será analisada no ponto específico abaixo, é decorrente de uma manifestação de última vontade realizada por meio de testamento público ou privado, sendo preservado 50% (cinquenta por cento) do patrimônio para seus herdeiros e os demais 50% (cinquenta por cento) poderá dispor livremente. Conforme bem preceitua Anderson Schreiber, trata-se de um negócio jurídico unilateral e gratuito, personalíssimo, revogável a qualquer tempo, pelo qual uma pessoa dispõe seus bens e faz declarações de última vontade[4].

No que concerne à sucessão anômala, a lei estabelece uma forma diferenciada de transmissão de bens do falecido, a depender da natureza dos seus bens e das pessoas habilitadas ao seu recebimento, tendo uma forma irregular de sucessão, por isso chamada de anômala[5].

2. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E SUAS HIPÓTESES

O planejamento sucessório deverá ser construído a partir de uma análise interna no patrimônio obtido, ou seja, deverá haver um diagnóstico familiar e empresarial por meio de uma consultoria jurídica, para que se possa fazê-lo de forma mais coerente e objetiva, atendendo aos anseios do detentor do patrimônio. Deverá ser analisado também a situação da família, como idade, quantidade de herdeiros, regime de bens do casamento e outras particularidades.

É uma maneira de proteger o que foi construído ao longo de uma vida pelo então falecido, evitando, desse modo, que seja administrado ou obtido por quem não tem domínio pela empresa ou negócio, a fim de garantir a sua continuidade.

As hipóteses mais comuns para fazer um planejamento sucessório são: a doação, a qual poderá ser feita em vida e é um meio comumente utilizado para transferir imóveis, por exemplo, mas também utilizada para doar cotas, participações societárias e direitos creditícios sem que haja contrato de compra e venda, porém, ainda assim, também haverá imposto sobre esse ato, o ITCMD – Imposto de Transmissão sobre Causa Mortis e Doação e por se tratar de imposto estadual, a sua alíquota será determinada pelo Estado em que houve a doação.

O testamento, por outro lado, há alguns tipos no ordenamento jurídico brasileiro, porém dois deles são mais utilizados, o testamento particular e o testamento público. Suas definições e vantagens estão descritas no tópico 2.2.

Por fim, a holding familiar como forma de planejamento sucessório, essa modalidade é fundamental para quem possui empresa familiar e quer que haja continuidade das suas atividades pelos seus herdeiros.

2.1. Doação

A doação, é uma espécie de contrato que permite uma pessoa que, por mera liberalidade, transfira bens ou vantagens a outrem sem contraprestação. O art. 538 do Código Civil Brasileiro dispõe acerca da doação e suas possibilidades. Para tanto, é compreendida como contrato jurídico bilateral, pois necessita além da vontade do doador em doar, a vontade do donatário em receber, porque sem sua aceitação haverá apenas a promessa unilateral de doação. Há, ainda, vários tipos de doações que, dentro do caso a ser estudado e da vontade do doador, será visto a melhor forma para fazê-la.

No direito brasileiro, a doação é admitida a incapazes e nascituros, porém é exigido no caso do incapaz a aceitação por parte do seu representante em sendo absolutamente incapaz ou do seu assistente e conjunto com o donatário se for relativamente incapaz. Em sendo nascituro, haverá a necessidade da aceitação pelo seus pais, conforme estipulado no art. 542 do Código Civil: *"A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal"*.

Dessa forma, temos a doação como uma das modalidades de planejamento sucessório, pois é possível fazê-la em vida e destinar a parte disponível que compreende o patrimônio à quem escolher.

2.2. Testamento

No concernente a sucessão testamentária, realizada por meio do testamento, consiste em um negócio jurídico unilateral e gratuito que é personalíssimo e pode ser revogado a qualquer tempo pelo testador. Ou seja, caso faça um testamento e posteriormente queira mudá-lo, acrescentar algo ou alguém, é possível fazê-lo da mesma forma. Nele estarão dispostas as declarações de última vontade do testador e em relação aos seus bens e patrimônio, como com quem deixar a administração ou para quem entregar o bem.

É importante destacar as pessoas que possuem capacidade para testar. O Código Civil Brasileiro regula em seu artigo 1.860 os capazes de serem testadores que são os capazes e os relativamente incapazes maiores de 16 anos e menores de

18 anos. Nesse último caso, diferentemente de outras medidas, não há necessidade de serem assistidos para realização do testamento, isso porque em se tratando de ato personalíssimo, o direito repudia qualquer intervenção alheia na sua realização[6].

No testamento, como é de conhecimento da maioria, é necessário respeitar a parte “legítima” da sucessão, ou seja, aqueles 50% (cinquenta por cento) do patrimônio da pessoa que será herdado pelos herdeiros considerados necessários pelo Código Civil, quais sejam: cônjuge, descendentes e ascendentes. Porém, ainda assim, deve haver prévio estudo em cada caso, pois o regime de bens convencionado no casamento ou na união estável pode interferir na divisão da parte legítima entre os herdeiros necessários.

Abrindo um parêntese na parte da herança, esta não abrangerá apenas cônjuges, descendentes ou ascendentes, pois podem ser herdeiros, caso não haja algum desses, os parentes colaterais que são os irmãos, sobrinhos e tios, obedecendo a ordem sucessória. Porém, a fim de evitar brigas e discussões entre familiares e enfrentar um grande processo de inventário que mesmo havendo a possibilidade de fazê-lo de forma extrajudicial (mais célere se preenchidos todos os requisitos) nem sempre é possível e permanecemos obrigados a enfrentar todas as disputas judicialmente.

Outrossim, caso não haja herdeiros necessários (descendente, cônjuge e ascendente), o testador poderá dispor livremente da totalidade dos seus bens no testamento e fazê-lo de acordo com sua vontade.

No nosso ordenamento jurídico possuímos alguns tipos de testamento dos quais cada um tem a sua peculiaridade, assim como devem preencher uma formalidade específica e determinada por lei para que tenha eficácia jurídica. Os mais comuns são os testamentos particulares e os testamentos públicos. Ambos possuem eficácia, porém devem preencher alguns requisitos para sua validade.

2.2.1. Testamento Público

O testamento público que também é conhecido como testamento autêntico é aquele em que as declarações de última vontade do testador são tomadas pelo oficial público de um registro notarial e colocadas em um livro de notas com a presença de 02 (duas) testemunhas capazes. Ao tabelião compete, uma vez tomada as declarações do testador, ler o testamento, em voz alta, ao testador e às suas duas testemunhas[7].

Desse modo, é o testamento mais utilizado para os que não desejam que haja dúvidas com relação às suas declarações de última vontade, isso porque, em possui

fé pública assinado também pelo tabelião do cartório de notas e para sua execução, necessita apenas de uma ação de abertura, registro e cumprimento de testamento para que se possa, após homologação judicial, fazer cumprir o teor do testamento.

2.2.2. Testamento Particular

O testamento particular, por sua vez, é aquele em que as declarações de última vontade do testador são escritas a próprio punho ou por meio mecânico e lido na presença de 03 (três) testemunhas, as quais também devem assinar. Trata-se de uma forma mais simples de testamento, porém é exigido pelo Código Civil Brasileiro a sua confirmação em juízo que deve citar todos os herdeiros e testemunhas.

Dessa forma, ainda que haja a modalidade particular, é desestimulante sua realização pelas pessoas que desejam ter suas vontades cumpridas, uma vez que as declarações de última vontade do testador irão depender da sobrevivência das testemunhas, a fim de que possam fazer a confirmação dos termos em juízo.

2.3. Holding familiar

A holding familiar, como mais uma hipótese de planejamento sucessório, consiste numa pessoa jurídica que é criada com o objetivo de resguardar a concentração do patrimônio familiar, ou seja, a organização em vida do planejamento sucessório de cada entidade familiar.

São várias as razões que nos fazem escolher a holding familiar para um planejamento sucessório organizado e, claro, deve haver, assim como nas hipóteses acima descritas, um prévio estudo com o detentor do patrimônio, a fim de que se possa esclarecer se esta modalidade será a melhor opção.

Segundo IBGE, no Brasil, mais de 90% (noventa por cento) das empresas são familiares e as pesquisas verificaram também que a cada 100 (cem) empresas desses tipo 70% (setenta por cento) não passam pela geração do seu fundador e apenas 5% (cinco por cento) conseguem chegar à terceira geração[8].

Ora, nesse aspecto, são vários os motivos para criação de holding familiar que tem como objetivo além do planejamento sucessório, segmentar o patrimônio do risco do negócio, de modo a demarcar o que é ativo da empresa e o que é ativo familiar. Ela pode ter uma pluralidade de objetos sociais e ser preparada para o planejamento sucessório ou ter a função tão somente de administradora de bens que consiste numa empresa constituída com a integralização de capital social dos bens imóveis.

Na criação de uma holding familiar, o patrimônio da pessoa física será transferido para a pessoa jurídica, necessitando haver a integralização do capital social, de modo que essa nova empresa passará a ter o controle dos bens transferidos, seja por uma pessoa ou por toda a família e cada um terá a parte que lhe couber na sociedade seja com bens ou participações societárias.

Outrossim, pode haver, logo de início, doação de quotas, por exemplo, para um filho e com reserva de usufruto e gravames, sendo os pais, por exemplo, os usufrutuários com direitos políticos e patrimoniais e o filho sócio e nu-proprietário do bem gravado, ou seja, o bem permanece incomunicável, impenhorável e inalienável por ele. Na holding, o usufrutuário deterá os rendimentos – direito patrimonial, bem como o voto das quotas – direito político – na sociedade.

Ademais, importante destaque para a hipótese de falecimento de um filho, nesse caso, as suas quotas não farão parte da sua linha sucessória, ou seja, o patrimônio retornará ao doador inicial não havendo a possibilidade de adentrar na sociedade o cômputo, por exemplo.

Sendo assim, essa modalidade, moderna e eficaz, vem crescendo atualmente e configura-se com uma excelente opção para o planejamento, isso porque, tendo a maioria das empresas do Brasil como familiares, as pessoas estão com mais consciência para que seja perpetuado o que foi construído durante toda uma vida, além do que traz mais segurança e organização, de modo a evitar as disputas judiciais que dilapidam o patrimônio deixado.

3. O IMPACTO DO COVID-19 E A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

A palavra “morte” ainda é tratada com eufemismo pela maioria das pessoas, porém, em momento de pandemia como este vivenciado, torna-se mais evidente a sua preocupação em ter realizado antecipadamente ou fazer um planejamento sucessório.

Para ser mais eficaz, devido ao tempo que leva para construir um estudo do patrimônio e bens de uma pessoa, o planejamento sucessório deve ser realizado antes mesmo da iminência de algo pior, isso porque, objetivamente, para morrer basta estar vivo. Parece ser uma maneira “fria” para se tratar o assunto, mas é apenas a importância que deve ser dada ao estado de morte.

A atual pandemia provocada pela COVID-19 está fazendo com que as pessoas possam avaliar melhor as suas respectivas vidas pessoais e empresariais. Isso porque, a maioria encontra-se em quarentena, praticando o isolamento social, muitos com suas famílias, e, nessa perspectiva, o falecimento passa a ser um assunto mais

discutido por todos e preocupante para aqueles que detêm um patrimônio e não está devidamente protegido/planejado.

O momento vivenciado não é a melhor fase para se iniciar um planejamento sucessório, mas é o momento perfeito para começar a amadurecer e buscar alternativas para viabilizar um diagnóstico familiar e empresarial com o objetivo de proteção do patrimônio.

CONCLUSÃO

Em tempos difíceis como os que estão todos vivendo, as questões patrimoniais e familiares vêm à tona e é interessante se permitir à organizá-las, ainda que mentalmente, para posteriormente verificar a melhor forma de fazer o planejamento sucessório.

A bem da verdade, não é apenas diante de um momento de crise mundial que devemos pensar na morte, por isso, a importância da realização de um planejamento antes mesmo de qualquer iminência de partida.

Há, portanto, três maneiras de realizar um planejamento sucessório, porém em cada caso deverá ser feito um diagnóstico familiar, empresarial e sucessório. As três opções se destinam a satisfazer as demandas e necessidade do cliente, cabendo ao advogado, nesse caso, indicar o instrumento adequado ao estudo de caso, a fim de que possa obter um resultado satisfatório para o que se almeja.

Importante frisar, que esse tempo de crise apenas se faz lembrar da importância do planejamento sucessório, mas que se destina a qualquer tempo, com ou sem crises, face a pandemia.

O cuidado com o patrimônio e a garantia do futuro dos dependentes ou beneficiários de um testamento, por exemplo, não devem esperar a ocorrência de uma fatalidade ou crise como a vivenciada, isso porque doenças, imprevisto e qualquer tipo de problema não costumam “avisar”, por isso é necessário estar atento e prevenido para qualquer intercorrência.

Para tanto, a necessidade de assessoria técnica e profissional é de extrema importância e, como paralelo devido à prevenção, temos o exemplo prático do torneio de tênis de Wimbledon que foi cancelado e havia feito um seguro para o caso de uma pandemia[9].

Ora, enquanto a maioria dos negócios estão enfrentando uma grande crise econômica e muitos prejuízos, devido à necessidade do isolamento social, vê-se que

o planejamento é a medida mais eficaz para proteger o patrimônio pessoal e empresarial.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 1956, 5ª ed., vol. 1.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de, OLIVEIRA, Sebastião Luiz Amorim, *Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática*, São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, 23. Ed., atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHREIBER, Anderson, *Manual de direito civil contemporâneo*, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 2º tiragem.

https://exame.abril.com.br/negocios/dino_old/empresas-familiares-assumem-lideranca-de-mercado/ - acessado em 13/04/2020.

<https://www.dn.pt/desportos/seguro-permite-a-torneio-de-wimbledon-recuperar-113-milhoes-de-euros-12025614.html> - acessado em 22/04.

NOTAS:

[1] Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, 23. Ed., atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira, Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. VI, p. 1.

[2] *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, 5ª ed., vol. 1.

[3] Anderson Schreiber, *Manual de direito civil contemporâneo*, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 2º tiragem, p. 933.

[4] Anderson Schreiber, *Manual de direito civil contemporâneo*, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 2º tiragem, p. 961.

[5] Euclides Benedito de Oliveira/Sebastião Luiz Amorim Oliveira, *Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática*, São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013, p. 34.

[6] Anderson Schreiber, *Manual de direito civil contemporâneo*, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 2º tiragem, p. 965.

[7] Anderson Schreiber, *Manual de direito civil contemporâneo*, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 2ª tiragem, p. 966.

[8] Disponível em: https://exame.abril.com.br/negocios/dino_old/empresas-familiares-assumem-lideranca-de-mercado/ - acessado em 13/04/2020.

[9] <https://www.dn.pt/desportos/seguro-permite-a-torneio-de-wimbledon-recuperar-113-milhoes-de-euros-12025614.html> - acessado em 22/04.

PACOTE ANTICRIME E O JUIZ DE GARANTIAS

PAULA NAVES BRIGAGÃO: Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado. Aprovada no Concurso Público para o cargo de Notários e Registradores no Estado de Minas Gerais. Mestranda em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de La Empresa. Atuou como Juíza leiga perante o XXIV Juizado Especial Cível da Comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Conciliadora na XXXIII Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Estagiou na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e na Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, aprovada em concurso público. Escritora na área jurídica.

Resumo: O presente trabalho pontua o surgimento do pacote Anticrime como uma forma de minimizar a incidência do crime organizado, seus aspectos peculiares frente ao cenário brasileiro incorporando a figura do juiz de garantias, como forma de resguardar a efetividade das garantias fundamentais do indivíduo frente a sistemática processual penal.

Palavras-Chave: Pacote Anticrime. Juiz de Garantias. Imparcialidade. Efetividade.

Abstract: The present work points out the emergence of the Anticrime package as a way to minimize the incidence of organized crime, its peculiar aspects in the Brazilian scenario, incorporating the figure of the guarantees judge, as a way to safeguard the effectiveness of the individual's fundamental guarantees in view of the procedural system penal.

Sumário: Introdução. 1. 1. Pacote Anticrime e sistema acusatório. 1.2._Reflexos do pacote Anticrime no art. 28 do CPP. 1.3. Outros reflexos do pacote Anticrime. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

O pacote Anticrime encampado pela Lei 13.964/19 foi vetado em alguns artigos, mas foram vetos de menor monta. Logo, a sua essência restou preservada. Registre-se que a Lei 13.964/19 foi sancionada, como “presente” de papai noel, na véspera de Natal, em 24 de dezembro de 2019, e, tido como a grande novidade natalina, entrou em vigor após o lapso temporal de trinta dias, depois de sua publicação oficial. Já está nas ruas, bancos, praças e tribunais brasileiros!

O juiz de garantias, conhecido como juiz imparcial que irá atuar antes da instrução probatória, já era uma realidade discutida pelo ordenamento jurídico em tempos pretéritos. Muito embora seja considerado uma novidade no pacote Anticrime, de novidade pouco se tem. Isso porque o instituto já era previsto no projeto do Código de Processo Penal, já tendo sido aprovado (até a presente data!) no Senado Federal. O tema veio a lume com o projeto do Código de Processo Penal por constituir-se em realidade fática no cenário nacional. Surge para suprir uma demanda e prevenção à parcialidade do magistrado. Não vamos muito longe: Não houve mesas paralelas e o olhar superior do juiz, mas cadeiras laterais entre juízes e promotores de justiça no caso da operação lava jato, em que tais personagens seguiram, trocando, entre si, “figurinhas” dentro e fora do recinto. Para banir tais práticas tornou-se premente a figura do juiz de garantias. Garantidor do quê? Ora, garantidor de um processo adequado, isonômico e justo, presidido por um juiz imparcial.

1.1. Pacote Anticrime e o sistema acusatório.

O nosso sistema processual penal, em função do disposto no art. 129, I da CR, é um sistema acusatório. Sofreu críticas acirradas acerca disso, haja vista que o Código de Processo Penal, fruto da ditadura, do Estado Novo sofreu reformas parciais que afetaram alguns dispositivos, esquecendo-se de outros. O Código de Processo Penal sempre fora visto como um edifício em ruínas, despido de unidade sistêmica. Cobria-se um santo e despia-se outro. Logo, as figuras do impedimento e da suspeição, por si sós, não foram suficientes para se resguardar a total imparcialidade do magistrado, já que o próprio CPP permitia que o órgão julgador buscasse as provas que entendesse necessárias para a instrução da causa.

A visão garantista de Luigi Ferrajoli muito já criticava a produção de provas de ofício pelo magistrado, inculpada no art. 156 do CPP, rotulando, dessa forma, o sistema acusatório de impuro. Falavam em caráter suplementar de produção de provas de ofício, para que tal dispositivo fosse salvo no sistema. Mas o Código, já uma colcha de retalhos, pedia socorro e pouco gente ouvia.

De igual modo criticou-se bastante a sistemática da remessa do inquérito para as mãos do magistrado, com Estados da federação criando a figura das centrais de inquérito, retirando-se, desse modo, das mãos iniciais do juízo os inquéritos que tinham como protagonistas indiciados soltos. O grande problema é que as centrais de inquérito, elaboradas por resoluções, não contavam com a reserva legal, até que inseridas, em momento posterior, na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio Janeiro. A conversa foi a seguinte: Declarada a inconstitucionalidade formal da Lei orgânica do Ministério Público do Rio de Janeiro pelo Supremo Tribunal Federal, quando chamado à apreciar o tema, as centrais de inquérito cariocas foram

copiadas por vários estados brasileiros. Era água de cachoeira após um período de chuva. O barro quase tomando conta da água, na aguçada visão do observador. Muito de barro, mas a força da água pujante!

A fim de resgatar água limpa, o objetivo maior do pacote Anticrimes foi banir a figura do juiz paternalista. Se a parte não produziu a prova, com menos razão deverá produzi-la quem irá julgá-la. Se a prova não chegou aos autos pelas mãos das partes (os protagonistas da cena do crime) compete ao juiz absolver o réu por insuficiência de provas, sob pena de violação a um pressuposto processual de validade do processo, qual seja, a imparcialidade do magistrado.

1.2. Reflexos do pacote Anticrime no art. 28 do CPP.

O artigo “bola da vez” do pacote anticrimes é o art. 28 do CPP, objeto de grandes modificações. Pela sistemática anterior, se o promotor de justiça requeria o arquivamento por falta de justa causa, a título de exemplo, e o juiz não concordasse, haveria a remessa dos autos pelo juiz para que o chefe da instituição (Procurador Geral de Justiça) decidisse sobre o caso, atuando o juiz como fiscal do princípio da obrigatoriedade, função anômala do juiz, por ser uma função administrativa. Essa busca desenfreada pelo interesse na reforma do arquivamento pelo juiz implicava em juízo negativo de arquivamento, internalizado pela mente do magistrado.

O pacote Anticrimes retirou o juízo do papel de fiscal do princípio da obrigatoriedade. Em outras palavras: juiz, não meta o bedelho aonde não foi chamado. Agora a obrigatoriedade do juízo é ficar inerte e deixar que os membros do Ministério Público resolvam o deslinde, no que toca ao arquivamento de inquérito policial. Em vislumbrando a necessidade do arquivamento, o promotor de justiça remeterá os autos ao Conselho Superior do Ministério Público, um colegiado, para que se decida acerca da reanálise da opinio delicti. Um órgão plural reduz as chances de erros, afinal, já nos ensina o ditado popular: “ duas cabeças pensam melhor do que uma!”.

Observe o leitor a nova redação do art. 28 do CPP, com a redação fornecida pelo pacote anticrime:

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do

recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Agora o Ministério Público não requer mais o arquivamento. Ele remete o arquivamento à Instância Revisora, para que o Conselho Superior do Ministério Público ou a Câmara Revisora deliberem sobre o arquivamento.

A título de exemplo, no que concerne ao tipo do art. 28 § 2º vislumbra o leitor o seguinte caso concreto da vida como ela é: Amarildo Barriga, servidor público da prefeitura de Deus me Livre do Oeste foi tido como suspeito do crime de peculato pela subtração de três computadores da prefeitura da cidade. O promotor de justiça local entendeu que não havia o lastro probatório mínimo para a deflagração da ação da ação penal, já que o indiciado possuía alibi e, para tanto, remeteu os autos do inquérito para a chefia da instituição, ao argumento de falta de justa causa para a propositura da ação penal. O prefeito, indignado, foi bater as portas do Conselho Superior do Ministério Público, a fim de que tal arquivamento fosse revisto. Tal proceder do prefeito encontra consonância com o atual artigo 28 do CPP. Isso porque sendo o Município vítima (sujeito passivo) do crime de furto, em não possuindo o município procurador, a representação pelo prefeito se deu de maneira escorreita.

Note o leitor a pedra de toque do art. 28 § 2º do CPP: Agora quem faz as vezes de fiscal do princípio da obrigatoriedade no caso de arquivamento do inquérito policial não é mais o juiz, mas os prefeitos e procuradores dos entes federativos. O juiz cedeu a toga ao prefeito, em verdadeira desjudicialização.

1.3.Outros reflexos do pacote Anticrime.

O pacote Anticrime traz um juízo novo para atuar na fase do inquérito. Uma verdadeira peneira para filtrar a água do barro. O juiz de garantias é o primeiro a ser chamado para decidir sobre as medidas cautelares, não se contaminando o juízo da instrução criminal com medidas cautelares pleiteadas no momento da fase inquisitiva. Assim asseguram-se as garantias fundamentais do cidadão. Por isso, o nome, juiz de garantias.

Outra inovação é que o inquérito não acompanha os autos para fins de ação penal. O inquérito ficará resguardado no cartório do juízo de garantias. Vejamos alguns dispositivos:

Art. 3, A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

O Legislador enviou ao aplicador da lei o seguinte recado: A verdade real não se dá a qualquer preço!

Art. 3, B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XI - decidir sobre os requerimentos de: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) busca e apreensão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

d) acesso a informações sigilosas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XII - julgar o **habeas corpus** impetrado antes do oferecimento da denúncia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

O juiz de garantias vai ser o presidente da audiência de custódia. Tudo aquilo que era feito na fase inquisitorial veio para as mãos do juiz de garantias. O juiz de garantias vai atuar até a fase de apresentação de resposta à acusação. Quem rejeita ou recebe a denúncia é o juiz de garantias, determinando a citação do réu e resposta a acusação, verificando se é o caso de absolvição sumária ou não. É dele e somente dele tal juízo de admissibilidade. Confirmado o recebimento da denúncia, os autos seguem para o juízo de instrução. E lá seguirá o seu curso com a figura de um juízo descontaminado dos elementos informativos obtidos na fase inquisitorial. Agora sim fez sentido a frase bíblica: Dai a César o que é de César!

Conclusão

Se por um lado o pacote Anticrime buscou a aumentar a eficácia de um juiz imparcial na luta contra o crime organizado, por outro lado irá flexibilizar o princípio da verdade real com a figura do juiz de garantias, impondo-se a absolvição do acusado no caso de ausência de provas, ante o impedimento de colheita de provas pelo juízo que irá julgá-las.

Fato é que o princípio da imparcialidade do julgador é a mola propulsora do juiz de garantias. Também não é menos certo de que o juiz da instrução não procura provas. Tal premissa faz jus a assertiva de que antes um bandido nas ruas a um inocente na cadeia.

Isto posto, a verdade a qualquer preço não se coaduna com os Estado Democrático de Direito. Instituiu-se o juiz de garantias para que o sistema processual penal não sucumbisse frente as reformas parciais e cada vez menos eficazes e coerentes. Se isso é bom ou ruim o tempo é quem irá nos dizer. Esperamos que o pacote Anticrime não seja um mero reflexo do direito penal simbólico - e que as garantias fundamentais do indivíduo não façam da Lei Maior mera folha de papel, nas palavras de Lassalle. Que seja eterno enquanto dure! E que dure o suficiente para garantir efetividade ao sistema.

Referências Bibliográficas.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de: Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa: Processo Penal. Vol. 1 a 4. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAJOLI, Luigi: Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

ASSÉDIO MORAL NA SEARA TRABALHISTA

DAIANE SOUZA DA FONSECA OLIVEIRA:

Bacharelada no Curso de Direito da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

Artigo científico apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil como complementação dos créditos necessários para obtenção de título de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof. Janaína Guimarães Mansília e Prof. Marcia Kazume Pereira Sato.

RESUMO: A metodologia utilizada foi a análise bibliográfica das principais doutrinas, legislação e artigos científicos interligados ao tema. O presente artigo versa acerca do assédio moral e a ocorrência, necessariamente, no âmbito trabalhista. Desenvolve-se o conceito de assédio e o contextualiza ao decorrer do tempo, demonstrando o quanto o debate é atual, mas a prática e o estudo da matéria sucedem-se há séculos. Explana quanto ao respaldo legal do assédio moral no ordenamento jurídico pátrio, bem como suas espécies, que se subdivide em assédio vertical descendente, assédio vertical ascendente, assédio horizontal e assédio misto. Ocorrendo ato ilícito, o dever de indenizar é notório, já que, referida conduta abala o íntimo da vítima, devendo o juízo valorar a extensão do dano. Por tratar-se de relação de emprego, a responsabilidade alcançará, de fato, o empregador, por ser este o responsável por seus subordinados. Por fim, é delineado métodos de prevenção, combate e reconhecimento do assédio moral por parte da empresa e de formas de manejo e superação por parte do empregado.

Palavras-chave: Assédio moral; Relação de emprego; Responsabilidade.

ABSTRACT: The methodology used was the bibliographic analysis of the main doctrines, legislation and scientific articles linked to the theme. This article deals with bullying and its occurrence, necessarily, in the labor field. The concept of harassment is developed and contextualized over time, demonstrating how current the debate is, but the practice and study of the subject have been around for centuries. Explains the legal backing of bullying in the homeland legal system, as well as its species, which is subdivided into downward vertical harassment, upward vertical harassment, horizontal harassment and mixed harassment. In the event of unlawful act, the duty to indemnify is notorious, since such conduct undermines the intimate of the victim, and the judgment should value the extent of the damage. Because it is an employment relationship, the responsibility will actually reach the employer, as this is responsible for his subordinates. Finally, it outlines methods for preventing,

combating and recognizing bullying by the company and ways of managing and overcoming it by the employee.

Keywords: Bullying; Employment relationship; Responsibility.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONTEXTO HISTÓRICO. 3. PREVISÃO LEGAL. 4. CARACTERIZAÇÃO. 4.1. Identificação.

4.2. Distinção de assédio sexual. 5. ESPÉCIES. 5.1. Assédio vertical descendente. 5.2. Assédio vertical ascendente. 5.3. Assédio horizontal. 5.4. Assédio misto. 6. IMPACTO LABORAL. 7. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. 8. COMBATE AO ASSÉDIO MORAL. 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de analisar o assédio moral e suas espécies na seara trabalhista, elucidando acerca do impacto laboral na vida profissional e íntima da vítima. A metodologia utilizada foi a análise bibliográfica das principais doutrinas, legislação e artigos científicos interligados ao tema.

O assédio moral consiste em um ou mais atos abusivos e hostis, por ação ou omissão, de forma repetitiva ou meticulosa, do qual, de maneira impetuosa, a vítima tem atingida sua dignidade, integridade, psicológico e saúde física. Nas relações de trabalho, a mais constante ocorrência é a exposição humilhante e vexatória da vítima.

A conduta ameaçadora em face da vítima pode ocasionar anseio quanto à busca por amparo jurídico legal, que teme por sua integridade física e mental.

Para ser configurado, faz-se necessário a comprovação por meio de provas, as quais devem atestar a conduta antiética e desumana do superior hierárquico.

Todavia, importante ressaltar que mera e esporádica desavença no ambiente de trabalho não é caracterizada como assédio moral, já que, é elemento configurador do tipo as condutas reiteradas e o crescente receio desmorteador.

Por outro lado, se durante estas desavenças o empregador ou empregado da mesma linha hierárquica, traz sua imagem ao ridículo, fazendo com que seja degradado, poderão ter cometido assédio moral.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

O assédio moral é resultado do valoroso trabalho científico elaborado por Heinz Leymann e seu grupo, onde, através do diálogo, obtiveram informações acerca

de episódios vivenciados no ambiente de trabalho e seu impacto na saúde do empregado.

Mencionado trabalho visava demonstrar, categoricamente, os reflexos da conduta de assédio à vítima, tendo em vista que esta atinge, de fato, a esfera interior do assediado, gerando imensuráveis consequências.

Klaus Niede, da Universidade de Viena, precedeu os estudos de Heiz Leyemann, bem como Marie France Hirigoryen, Harald Ege e Dieter Zapf, os quais contribuíram para o desenrolar do assédio moral no ambiente de trabalho na Europa.

No Brasil, Ferreira (2004) entende que desde a descoberta do país, em 1.500, até a abolição da escravidão em 1.888, o regime de trabalho adotado foi basicamente o de escravos. Sendo assim, a herança de maus tratos no ambiente de vêm sendo carregada há tempos, todavia, de formas diversas.

3. PREVISÃO LEGAL

Atualmente, a Constituição Federal (CF) de 1.988, quanto à Dignidade da Pessoa Humana, dispõe em seu artigo 1º, incisos III e IV:

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;

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Ainda, expressa o valor do trabalho em seus artigos 170 e 193:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna [...];

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabelece situações de rompimento unilateral de contrato de trabalho quando houver falta grave de uma

das partes e, nos termos do art. 483 desta, aquele que sofrer assédio moral poderá requerer a rescisão do contrato de trabalho. Assim sendo, o empregador terá de pagar todas as importâncias rescisórias como se houvesse demissão sem justa causa.

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

§ 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.

§ 3º - Nas hipóteses das letras d e g, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo.

É notória a preocupação do legislador quanto aos princípios supra e, em decorrência desta, o Plenário da Câmara dos Deputados, em março de 2.019, aprovou o Projeto de Lei nº 4742/2001 e aguarda apreciação do Senado Federal, o qual torna crime o assédio moral no ambiente de trabalho.

Artigo 1º - Art. 1º O Código Penal Brasileiro - Decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 - passa a vigorar acrescido de um artigo 146-A, com a seguinte redação:

Assédio Moral no Trabalho

Art. 146-A. Desqualificar, reiteradamente, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a auto-estima, a segurança ou a imagem do servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico funcional ou laboral. Pena : Detenção de 3 (três) meses a um ano e multa.

4. CARACTERIZAÇÃO

De forma genérica, o assédio moral caracteriza-se pelo comportamento abusivo emanado em desfavor da vítima, ora empregado.

Não necessariamente a conduta se dará de maneira explícita, ou seja, também pode ocorrer de maneira omissiva/ tácita, como é o caso da indiferença e olhares debochados.

Mais evidente são os comportamentos que dizem respeito a determinações ou falas diretas, onde passa a diminuir a vítima perante os colegas.

Um dos elementos caracterizadores da prática é a frequência da conduta degradante, não havendo limite de tempo para que seja reconhecido, conforme entendimento de César Luis Blockner (2004) e acatado em decisão do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) do Espírito Santo (ES):

A humilhação repetitiva e de longa duração interfere na vida do assediado de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou mesmo a morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações e condições de trabalho.

Importante pontuar outras características, entre as quais estão:

a) violência psicológica acentuada, onde haverá intenção de ocasionar dano psíquico moral ao empregado para excluí-lo ao máximo no local de trabalho.

b) isolamento progressivo do colaborador em razão das constantes situações de humilhação, já que, os colegas de trabalho que presenciam a prática, em regra, não

apresentam posição ativa em defesa do humilhado, mas sim se mantem inerte na situação - até mesmo por receio de perder o emprego caso se oponha.

c) fragilização emocional do assediado e surgimento ou aumento de ansiedade.

4.1. Identificação

Conforme demonstrado, o assédio moral incorre na esfera pessoal da vítima e, quando mero aborrecimento único, não caracteriza o presente.

A humilhação intencional pode ser compreendida nos usos de brincadeiras que visem denegrir a imagem da vítima (racista ou sexista, por exemplo), ironia, descaso, desmerecimento da inteligência ou da formação do outro, não delegar trabalho ou delegar em excesso, desvalorização do sofrimento físico ou emocional quando apresentado atestados médicos, punições desproporcionais, tom de voz alto, agressivo e depreciativo, privação de folgas, tratamento desigual e pressão para cumprimento de metas.

De igual modo, são outras maneiras de assédio as críticas em voz alta, atribuir erro àquele que não cometeu, troca de horários injustificados, impedir aproximação dos colegas de trabalho nas refeições, injusta punição, pressionar a se demitir, boatos maldosos, revista vexatória, xingamentos, ameaças e agressão física e/ou verbal quando estiver somente com a vítima.

4.2. Distinção de assédio sexual

Assédio moral e assédio sexual não se confundem. De forma sintetizada podemos diferenciá-los sendo, o primeiro por conduta dentro da relação de trabalho, onde a vítima é submetida a situações vexatórias, enquanto o segundo objetiva-se a obtenção da vantagem sexual através de constrangimento.

O crime de assédio sexual está previsto no art. 216-A, caput, do Código Penal (CP):

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

O constrangimento no crime do art. 216-A caracteriza-se por meios diversos, ainda que não existindo emprego de violência ou grave ameaça, visto que, neste caso, o delito seria o de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal.

A título de exemplo, o assédio sexual decorre de situações como comentários ousados sobre beleza e/ou dotes físicos; convite para ir a locais sem relação com o trabalho; perguntas embaraçosas sobre a vida pessoal do subordinado; toques indesejados (abraços prolongados); solicitação de caráter sexual; exibição ou envio de fotos pornográficas; pedidos para que a trabalhadora se vista de forma provocante ou sensual.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), através de pesquisa, demonstra que cerca de 52% (cinquenta e dois por cento) das mulheres economicamente ativas, já foram vítimas de algum dos tipos de assédio sexual no trabalho.

5. ESPÉCIES

Não existe padrão quanto à prática do assédio moral, mas sim, necessariamente, deve existir a desonra, bem como o abalo da integridade física e/ou mental.

5.1. Assédio vertical descendente

Trata-se da prática cometida por superior hierárquico, o qual abusa do poder condizente ao seu cargo, fazendo com que o temam. É o caso, por exemplo, daquele que omite os meios necessários para o funcionário realizar as tarefas.

Para Ávila (2008) existem são motivações deste a estratégia ou abuso de poder. O mobbing estratégico é aquele “planejado pela empresa para levar o empregado incômodo a pedir demissão, trazendo, com isso, a redução de funcionários, a contenção de custos, sem muitos prejuízos para empresa”. Já o mobbing por abuso de poder, conhecido também como bullying, é aquele pelo qual “o superior hierárquico usa arbitrariamente do seu poder de mando”.

5.2. Assédio vertical ascendente

Este caso é operado por um ou mais subordinados contra o superior hierárquico, ora almejando substituição de chefia, por não condizer com os próprios interesses, ora meramente por não desejarem alguém como superior.

A maior característica desta é a resistência. Ávila (2008) exemplifica que “a violência pode acontecer ainda quando um colega supostamente desqualificado para o cargo de chefia é promovido, ocasionando, assim, revolta dos subordinados”.

5.3. Assédio horizontal

Ocorre na mesma linha horizontal, ou seja, por aqueles de mesmo nível hierárquico.

Destaca-se, entre outras, as seguintes e principais razões:

- a) Fraqueza: objetiva pessoa de perfil frágil com o intuito de, aproveitando-se deste meio, alcançar desígnios próprios.
- b) Diferença da vítima: o fato de a vítima não ser como os assediadores enseja o assédio.
- c) Perturbações psicossomáticas e a monotonia: nesta modalidade, a medicina do trabalho constatou que os assediadores escolhem a vítima aleatoriamente.

O assédio moral, quando atentado nessas condições, atinge a personalidade e a dignidade da vítima. Sendo assim, o aquele que assedia deverá responder por perdas e danos da conduta ilícita, bem como se sujeitar ao poder disciplinador do empregador, podendo ser despedido por justa causa conforme artigo 482, alínea b e j, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

5.4. Assédio misto

Trata-se dos assédios que ocorrem nas relações de hierarquia, bem como entre a mesma linha hierárquica.

6. IMPACTO LABORAL

As vítimas de assédio moral, de modo geral, desenvolvem problemas e distúrbios nas relações de trabalho e em sua vida íntima, ocasionando depressão, ansiedade, melancolia, nervosismo, ataques de pânico, baixa autoestima, apatia, falta de concentração, cansaço excessivo e enxaqueca.

Por outro lado, nas empresas, quanto maior a proporção de assédio, maior será a perda da qualidade produtiva, haveria despesa com indenizações e, ainda, aumentaria a rotatividade de funcionários, o que gera perda do investimento em treinamento pessoal.

O aumento da competitividade, produtividade e lucratividade muitas vezes ensejam o assédio, mas não devem sobrepor-se à dignidade da pessoa humana.

Em decorrência de danos psíquicos e/ou físicos, haverá dano econômico, em vista do valor para tentar restituir sua integridade.

A autora Maria Aparecida Alkimin (2008) explana sobre o tema:

A vítima injustamente atingida em sua dignidade e personalidade de homem e trabalhador suporta significativas perdas, passando a viver no ambiente de trabalho tenso e hostil, em constante estado de incômodo psicofísico, capaz de gerar distúrbios psicossomáticos, refletindo em desmotivação, stress, isolamento e prejuízos emocionais de toda ordem, comprometendo sua vida pessoal, profissional, familiar e social.

O assédio moral gera sofrimento psíquico que se traduz em mal-estar no ambiente de trabalho e humilhação perante os colegas de trabalho, manifestando o assediado sentimento e emoção por ser ofendido, menosprezado, rebaixado, excluído, vexado, cujos sentimentos se apresentam como medo, angústia, mágoa, revolta, tristeza, vergonha, raiva, indignação, inutilidade, desvalorização pessoal e profissional, que conduzem a um quadro de depressão com total perda da identidade e dos próprios valores, com risco de suicídio.

Portanto, resta claro que as consequências do assédio transcendem a esfera laboral e ferem diretamente a saúde da vítima, devendo esta ser restituída do dano sofrido através da valoração e extensão do dano.

A advogada trabalhista, Luciane Adam (2009), alerta:

Em muitas situações, o assédio moral também adocece os empregados. Não é raro termos situações de depressão, ansiedade e pânico como consequência de assédio moral. Também são comuns os afastamentos e até concessões de benefícios previdenciários em razão das doenças ocasionadas pela prática de assédio moral. Mais raros, mas não inexistentes, são os casos de suicídio dos empregados. A conduta assediadora não apenas atinge o empregado: gera um ônus social e financeiro para o Estado.

Quanto ao Estado e seus entes, as consequências dizem respeito aos custos de saúde pública e de investimentos na área de segurança e saúde do trabalhador, além da concessão do benefício previdenciário, em casos mais delicados, a que fizer

jus a vítima, tendo como fonte pagadora o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Na tentativa de minimizar o problema, estão interligados, movimentando a máquina estatal, as Delegacias Regionais do Trabalho, o Ministério do Trabalho e outros.

7. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

O conceito legal de empregador está previsto no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho: “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige pessoal de serviços”. Na forma equiparada para efeitos da relação empregatícia, estão os profissionais liberais, as associações recreativas e outras instituições sem fins lucrativos que possuam trabalhadores como empregados.

Conforme exposto, o assédio moral é constituído pela má conduta do empregador ou de seu ascendente que, de maneira insistente, constrange e humilha seu(s) subordinado(s), gerando consequência(s) imensuráveis na saúde psicoemocional das vítimas, tornando o ambiente de trabalho incômodo e aflitivo.

Os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) realizaram levantamentos sobre o aumento do volume de reclamações trabalhistas por assédio moral, esclarecendo que este está presente em diversas relações hierárquicas.

O dever de indenizar, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, incisos V e X, dispõe que aquele que comete ato ilícito tem o dever de indenizar:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Neste diapasão, a responsabilidade do empregador é a reparação do dano que lhe foi causado a vítima através de indenização fixada pelo juízo, por ser este o responsável por seus prepostos e empregados, no exercício da função ou em razão dela, conforme Teoria do Risco da Atividade.

Os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil (CC) definem o ato ilícito, bem como a obrigação de indenizar:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. 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.

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Com efeito, cuida o Código Civil (CC) acerca da reparação civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

[...]

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

O competente para processar e julgar o crime de assédio na seara trabalhista é a Justiça do Trabalho.

8. COMBATE AO ASSÉDIO MORAL

A prevenção ao assédio moral é fundamental para o desenvolvimento particular de cada qual cumulado com o da empresa, devendo ser prioridade para as instituições públicas e privadas.

Medidas preventivas são umas das formas ao combate, as quais consistem em preparação como um todo, ou seja, de forma coletiva. Essas devem contar com ajuda de profissionais e competência do dirigente para não tornar o ambiente de difícil convivência.

Assim, é de competência da empresa fiscalizar seus empregados e orientá-los quanto à repudia ao assédio moral, pois as atividades são comprometidas de maneira indireta, já que, envolve a saúde mental do(s) empregado(s).

Além de intervenção a título educacional, pode ser estabelecido código de ética na empresa, bem como organizar, junto ao sindicato profissional de cada categoria, cláusulas na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) medidas de prevenção contra a prática assediadora.

Como medida repressiva, é interessante o desenvolver instrumentos de denúncia e de suporte aos funcionários, bem como sejam penalizados aqueles com comportamentos indesejáveis e hostis e, igualmente, seja reeducado para que não haja reincidência onde quer que seja.

Por mais perturbador que seja, a vítima deve estar preparada para enfrentar as situações e adotar uma postura perante as circunstâncias sofridas, enquanto a empresa deverá lhe proporcionar amparo médico e psicológico, assim como emissão de Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT), caso seja necessário, pois é medida de direito.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou consagrado que o assédio moral, embora mais manifesto atualmente, sua existência transcende séculos de estudo acerca da conduta lesiva proferida contra funcionário no ambiente de trabalho. Esta violência é caracterizada pelo comportamento abusivo reiterado que atinge o psicoemocional da vítima.

Embora o ordenamento jurídico nacional ainda não trate explicitamente da matéria, a doutrina e a jurisprudências vêm firmando entendimento sobre não só a existência do assédio moral, mas também sobre todos seus efeitos e prejuízos que dele decorre, arbitrando, após apurada a extensão do dano, indenização à vítima. O empregador, responsável por todos os seus subordinados, é o competente para dispor do pagamento da indenização.

Se faz necessário, de maneira eficaz, o enfrentamento ao assédio moral, pois além de ocasionar prejuízos ao assediado, igualmente acarreta danos à empresa e ao Estado, já que, a produtividade e qualidade da primeira é diretamente afetada e o segundo é quem custeará a saúde pública e, a depender do caso, os benefícios previdenciários que a vítima faz jus.

Por fim, é necessária adequação normativa para que gere segurança jurídica e, para coibir a prática e aniquilar a raiz do problema, seja elaborado planos educacionais acerca do tema, pois a educação é a base de uma nação desenvolvida e de pessoas prósperas.

Ademais, cada empresa, visando a conscientização e redução da prática, poderá institucionalizar códigos de ética e disciplina, assim como disponibilizar abertura e apoio às vítimas para que seja feita devida denúncia e, enfim, tomadas as medidas cabíveis caso a caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVILA, Rosemari Pedrotti de. **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho.** Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067933.pdf>>. Acesso em 18 de novembro de 2.019.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1.988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2.019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1.940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2.019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, Notícias. **Câmara aprova punição para assédio moral no trabalho.** Disponível em <<http://www.assediomoral.org/spip.php?article81>>. Acesso em 18 de novembro de 2.019.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES, Notícias. **Assédio moral é crime, segundo Lei aprovada pela Câmara dos deputados.** Disponível em <<https://www.cut.org.br/noticias/assedio-moral-e-crime-segundo-lei-aprovada-pela-camara-dos-deputados-f42d>>. Acesso em 18 de novembro de 2.019.

CONJUR. **O assédio moral nas relações de trabalho e a responsabilidade do empregador.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-28/reflexoes->

[trabalhistas-assedio-moral-trabalho-responsabilidade-empregador](#)>. Acesso em 18 de novembro de 2.019.

CONTI, Josie. Título: **6 características do assédio moral no trabalho e como reagir**. 2017. Disponível em: <<https://www.contioutra.com/6-caracteristicas-assedio-moral-no-trabalho-e-como-reagir/>>. Acesso em 19 de novembro de 2.019.

DUARTE, Vaneca. Título: **assédio moral no ambiente de trabalho e seus impactos na vida do empregador**. Disponível em <<https://vanessaduararte.jusbrasil.com.br/artigos/487930314/assedio-moral-no-ambiente-de-trabalho-e-seus-impactos-na-vida-do-empregador>>. Acesso em 19 de novembro de 2.019.

GRANADEIRO, Notícias. **Como agir ao ser vítima de assédio moral no trabalho?** Disponível em <<http://www.granadeiro.adv.br/clipping/2019/05/14/como-agir-ao-ser-vitima-de-assedio-moral-no-trabalho>>. Acesso em 18 de novembro de 2.019.

MESQUITA, Alex A. Título: **Assédio moral: impacto sobre a saúde mental e o envolvimento com trabalho em agentes comunitários de saúde**. Rev. Psicol. Saúde vol.9 no.1 Campo Grande abr. 2017. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-093X2017000100001>. Acesso em 19 de novembro de 2.019.

MIKOS, Nádía Regina de Carvalho. BARACAT, Eduardo Milléo. Título: **Assédio moral: características e prevenção**. Âmbito jurídico, 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-90/assedio-moral-caracteristicas-e-prevencao/>>. Acesso em 19 de novembro de 2.019.

A ESTABILIDADE DA GESTANTE NO DIREITO DO TRABALHO

JESSICA LAIS DE SOUZA: Bacharelanda do curso de Direito da Universidade Brasil Campus Fernandópolis – SP.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Brasil Campus Fernandópolis – SP, para obtenção de título de bacharel em Direito. Orientador: Prof^a.Me. Janaína Guimarães Mansília e Prof^a. Me. Marcia Kazume Pereira Sato.

RESUMO: O escopo do presente artigo é abordar acerca da estabilidade gestacional da mulher nos contratos de trabalho, nas questões protetivas à maternidade e no respeito aos direitos e garantias fundamentais da mulher grávida como empregada. Analisando o desenvolvimento histórico dos direitos e garantias no que diz respeito a estabilidade laboral. O tema fora delimitado com base no estudo do ordenamento jurídico pátrio, nas legislações e entendimentos jurisprudenciais criados e difundidos ao longo do tempo. O estudo apresenta como objetivo, portanto, a apresentação dos direitos e garantias fundamentais do direito do trabalho e elucida seu desenvolvimento histórico. Busca elucidar os direitos inerentes às mulheres grávidas quando encontram-se exercendo o contrato de trabalho no momento da gravidez, o qual lhe permitem serem mantidas no emprego e veda a demissão em razão da condição de gestante. A metodologia aplicada foi a de análise bibliográfica nas principais doutrinas, legislações e artigos científicos ligados ao tema. Ademais, busca esclarecer as diversas hipóteses de aquisição da estabilidade laboral, passa, portanto, a demonstrar como ocorre a aquisição deste direito e também quando pode ocorrer a perda do mesmo.

Palavras-Chave: Estabilidade; Direito do Trabalho; Estabilidade Gestacional; Mulher Grávida.

ABSTRACT: The scope of this article is to address the gestational stability of women in employment contracts, issues of maternity protection and respect for the fundamental rights and guarantees of pregnant women as employees. Analyzing the historical development of rights and guarantees with regard to job stability. The theme had been delimited based on the study of the national legal system, the laws and jurisprudential understandings created and disseminated over time. The study therefore aims to present the fundamental rights and guarantees of labor law and elucidates its historical development. It seeks to elucidate the rights inherent to pregnant women when they are exercising the employment contract at the time of

pregnancy, which allow them to be kept in employment and prohibit dismissal due to the condition of pregnant women. The methodology applied was that of bibliographic analysis of the main doctrines, legislation and scientific articles related to the theme. In addition, it seeks to clarify the various hypotheses for the acquisition of labor stability, and therefore goes on to demonstrate how this right is acquired and also when it may be lost.

Key-words: Stability; Labor law; Gestational stability; Pregnant woman.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO. 2. ESTABILIDADE. 2.1. A estabilidade no direito brasileiro do trabalho. 2.2. Conceito. 2.3. Diferenças da estabilidade CLT versus Estatutário. 3. ESPÉCIES DE ESTABILIDADE. 3.1. Dirigente Sindical. 3.2. Empregado membro da CIPA. 3.3. Empregado acidentado. 3.4. Empregado Membro da Comissão de Conciliação Prévia. 3.5. Empregada Gestante. 4. A ESTABILIDADE DA GESTANTE. 4.1. Histórico da estabilidade da gestante. 4.2. Os benefícios da gestante. 4.3. A extinção da estabilidade gestacional. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva a exposição e análise da estabilidade da gestante no direito do trabalho, iniciando pela base do direito trabalhista no que diz respeito a estabilidade, suas referências nos direitos e garantias constitucionais.

Busca elucidar os direitos inerentes às mulheres grávidas quando encontram-se exercendo o contrato de trabalho no momento da gravidez, o qual lhes permitem serem mantidas no emprego e veda a demissão em razão da condição de gestante. A metodologia aplicada foi a de análise bibliográfica nas principais doutrinas, legislações e artigos científicos ligados ao tema.

O estudo inicia pela abordagem aos princípios de direitos e garantias fundamentais, bem como acerca da evolução histórica do direito do trabalho, seu surgimento e o conseqüente surgimento dos direitos inerentes a este ramo jurídico.

Segue por apresentar as diferenças entre a estabilidade do empregado celetista e do empregado estatutário.

Ademais, elenca as espécies de estabilidade encontradas na legislação trabalhista atual, o modo de aquisição e extinção desse direito.

Enfim, retrata os direitos e garantias fundamentais gozados pelas mulheres quando em condições inerentes à maternidade.

Desta forma, apresentará a evolução histórica da estabilidade da mulher gestante, a conceituação do referido direito pelas empregadas gestantes, tanto

urbanas, quanto rurais e domésticas, os benefícios e a forma de extinção desta estabilidade.

2. ESTABILIDADE

2.1. A estabilidade no direito brasileiro do trabalho

Como é sabido, o Direito do Trabalho é maneado por princípios específicos, entre eles o princípio da continuidade.

É a partir deste princípio que surgiu a estabilidade do vínculo empregatício, proporcionando segurança jurídica ao trabalhador no sentido da manutenção de seu emprego, ressalvada a justa causa.

O antigo art. 478 da CLT, que não foi revogado expressamente, mas que não recepcionado pela atual Constituição, dispõe que, em caso de dispensa sem justa causa do empregado que tivesse mais de um ano de serviço, o empregador deveria pagar uma indenização relativa a um mês de remuneração por ano efetivo de trabalho, ou proporcionalmente se igual ou superior a seis meses.

Outrossim, o art. 492 da CLT prescrevia a denominada estabilidade decenal, onde o empregado trabalhasse por dez anos na empresa não poderia ser dispensado, exceto por justa causa, provada através de inquérito judicial.

Este sistema aproximava a legislação trabalhista do espírito que originou o princípio da continuidade da relação de emprego. Entretanto, foi desassistido pelo legislador.

Em um primeiro momento surgiu, em 1966, o FGTS, facultativo na época, com vistas a substituir o regime da indenização.

Disciplina Mauricio Godinho Delgado (2016):

Enquanto a indenização celetista criava óbice econômico significativo e crescente às dispensas sem justa causa, a estabilidade adquirida aos dez anos aprofundava esse obstáculo, transmutando-o de seu estrito caráter econômico para outro, essencialmente jurídico. A partir desse instante, a dispensa do empregado seria possível apenas por meio de inquérito judicial para apuração de falta grave do obreiro.

Assim sendo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que tornou obrigatório o FGTS e, desta forma, extinguiu o regime celetista da indenização e da estabilidade decenal, exceto para aqueles que já haviam adquirido o direito.

2.2. Conceito

Define Godinho a estabilidade sendo uma:

Vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador.

Portanto, é a prerrogativa jurídica de natureza infindável concedida ao trabalhador em qualidade de um cenário caracterizado de caráter total, de modo a proporcionar a continuidade inconstante no tempo do elo empregatício, livremente da escolha do empregador.

2.3. Diferenças da estabilidade CLT versus Estatutário

Os empregados admitidos por meio da CLT possuem carteira de trabalho e acesso ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), que se trata de uma espécie de poupança aberta pela empresa em nome do trabalhador, de modo a proporcionar ao empregado uma proteção, uma forma de garantia caso seja demitido por justa causa.

De acordo com a Lei 8.112/90, o regime jurídico estatutário define-se pelo vínculo empregatício através de um cargo público, com prerrogativas extraordinárias. Portanto, este regime foi criado com o intuito de regulamentar as relações de direito administrativo entre o Estado e prestadores de cargos públicos através da regência de um estatuto, instituído por lei.

O principal benefício do regime estatutário é a possibilidade de estabilidade após três anos de serviços prestados, chamado estágio probatório, de acordo com a CF/88, isto é, o servidor público só poderá ser demitido, após esse período, em casos de crime contra a administração pública, através de Processo Administrativo Disciplinar.

Ademais, enfatiza José Afonso da Silva (p. 679-680) "Antes aplicava-se a qualquer servidor nomeado em virtude de concurso público: para cargo ou emprego, nos termos do art. 37. Agora só se aplica a servidor nomeado em virtude de concurso para cargo de provimento efetivo. Adquiria-se a estabilidade, antes, após dois anos de efetivo exercício; agora, após três anos".

3. ESPÉCIES DE ESTABILIDADE

Dentro do ordenamento jurídico pátrio, na legislação trabalhista, trata-se dos mais variados tipos e classes de empregados, e existem algumas situações ou condições externas ao contrato de trabalho que proporcionam estabilidade ao trabalhador, chamada estabilidade provisória, sinalizando que aquele empregado não pode em hipótese alguma ser demitido sem a justa causa.

3.1. Dirigente Sindical

É o trabalhador ocupante de cargo eletivo de representação ou direção de sindicato da categoria ou associação profissional, passando a gozar da estabilidade desde o momento do registro da sua candidatura até 1 (um) ano após término de seu mandato, mesmo que seja suplente.

Trata o art. 543, §3º da CLT:

§3º - Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação. (Redação dada pela Lei nº 7.543, de 2.10.1986)

O sistema jurídico pátrio determina no artigo, 8º, VIII, da Constituição Federal, in verbis:

é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Atesta o Professor Paulo Sergio João "Portanto, a representação sindical de que trata o texto constitucional deve guardar o mínimo de legitimidade no cargo e, ainda, não deve revelar simples modalidade de garantia de emprego".

Disciplina Mauricio Godinho Delgado (2016), que;

A garantia sindical abrange também a inamovibilidade do dirigente e seu suplente; a par disso, assegura ainda o

franqueamento de condições para o livre exercício das funções sindicais, embora, obviamente, exercício respeitoso.

Destarte, estipula a CLT que tal líder “não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais” (art. 543, caput, in fine, CLT).

Consoante manifesta previsão legal (artigo 543, §5º da CLT) a instituição sindical deve comunicar por escrito à empresa, dentro de 24 horas, o dia e hora do registro da candidatura do seu empregado e, em igual prazo, sua eleição e posse, concedendo ao empregado seu comprovante.

A Súmula nº 369 do Tribunal Superior do Trabalho considera a comunicação do registro da candidatura ao empregador indispensável.

Se o registro da candidatura do empregado ocorrer durante o aviso prévio, mesmo que indenizado, não terá direito a estabilidade provisória (Súmula nº 369, V, do TST).

Enfim, a garantia de emprego não subsiste a extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato (Súmula 369, IV, do TST), destituição da função de dirigente, transferência solicitada pelo empregado ou voluntariamente aceita por ele (art. 543, §, da CLT), pedido de demissão com assistência do sindicato de classe ou através de inquérito judicial e dispensa por falta grave mediante apuração em inquérito judicial.

O inquérito judicial para apuração de falta grave é essencial para a dispensa, cujo procedimento está previsto no artigo 853, da CLT, sob pena de nulidade, consoante a Súmula 379 do TST.

3.2. Empregado membro da CIPA

O objetivo desta garantia é que o trabalhador exerça suas funções de fiscalizar o ambiente de trabalho sem perseguições e receio de dispensa por iniciativa do empregador, vez que estará discutindo melhorias das condições de trabalho.

À vista disso, o direito é concedido somente aos membros da direção que representam os empregados, vez que são eleitos, ao contrário dos representantes dos empregadores, que são indicados.

O art. 10, II, “a”, do ADCT atribui estabilidade provisória ao “empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato”.

O art. 165, da CLT proíbe a dispensa arbitrária dos representantes dos empregados nas CIPA's, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, sendo exigido no parágrafo único, em caso de reclamação trabalhista proposta pelo empregado, que fique comprovado pelo empregador a existência de qualquer dos motivos reportados no caput do artigo, sob pena de ser sentenciado a reintegrá-lo.

Ademais, é entendimento pacificado pelo TST por meio da Súmula 339 de que o suplente da CIPA usufrui da mesma garantia de emprego prevista no artigo 10, II, "a" do ADCT.

Disciplina a Súmula 339 do TST, que a estabilidade cessa com a extinção do estabelecimento empresarial, com o pedido de demissão, a dispensa não arbitrária, desde que comprovada pelo empregador e a dispensa por justa causa, na qual não se faz necessária a apuração através de inquérito judicial.

3.3. Empregado acidentado

O artigo 118, da Lei nº 8.213/91 prescreve a estabilidade do empregado acidentado "o segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção de seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente da percepção do auxílio doença."

Não obstante, a Súmula 378 do TST esclarece que são requisitos: o afastamento superior a 15 dias e a percepção do auxílio doença acidentário, salvo se constatada após a dispensa, doença proporcional que tenha relação com a execução do trabalho.

Equiparam-se também, ao acidente de trabalho as doenças ocupacionais e os acidentes de trajeto, ocorridos durante o caminho de casa ao emprego e no seu retorno.

Na ocorrência de doenças ocupacionais, é possível que as suas consequências não sejam constatadas imediatamente e que o empregado não receba o auxílio-doença. Entretanto, isso não exclui a garantia concedida ao empregado caso posteriormente se verifique que a doença possui relação com alguma lesão que venha a apresentar, mesmo que não tenha ocorrido o afastamento por mais de 15 (quinze) dias. Neste cenário, o trabalhador poderá ter o seu emprego garantido por 12 (doze) meses.

Por fim, destaca-se que esse direito se estende ao empregado cujo contrato de trabalho tem o tempo de vigência determinado, até mesmo o contrato de experiência, conforme a já mencionada Súmula nº378 do TST.

3.4. Empregado Membro da Comissão de Conciliação Prévia

Neste caso, a estabilidade atende apenas aos representantes dos empregados, compreendendo os titulares e seus suplentes, desde o momento do registro de sua candidatura até 1 ano após o término do seu mandato.

Para esclarecimento, expõe o art. 625-B, §1º da CLT:

Art. 625-B. A Comissão instituída no âmbito da empresa será composta de, no mínimo, dois e, no máximo, dez membros, e observará as seguintes normas:

I - a metade de seus membros será indicada pelo empregador e a outra metade eleita pelos empregados, em escrutínio secreto, fiscalizado pelo sindicato da categoria profissional;

II - haverá na Comissão tantos suplentes quantos forem os representantes titulares;

III - o mandato dos seus membros, titulares e suplentes, é de um ano, permitida uma recondução.

1º. É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei.

2º. O representante dos empregados desenvolverá seu trabalho normal na empresa, afastando-se de suas atividades apenas quando convocado para atuar como conciliador, sendo computado como tempo de trabalho efetivo o despendido nessa atividade.

Vale ressaltar que, o cometimento de uma dessas hipóteses já acarreta a demissão por justa causa, não sendo necessária a abertura do inquérito para apuração de falta grave.

3.5. Empregada Gestante

A estabilidade da gestante é justificada pela discriminação que a mulher sofre no período de gestação e até mesmo após o parto, momento em que a probabilidade de recolocação no mercado de trabalho demonstra-se difícil e pouco provável, proporcionando também proteção ao nascituro, para que desta forma a parturiente zeie pela sua saúde e obtenha meios financeiros de prover seu sustento nos primeiros meses de vida de seu filho.

O legislador preocupou-se com a fragilidade da gestante, deste modo, no artigo 10, II, "b", do ADCT da Constituição Federal, vedou a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, iniciando-se com a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto, assentada também na Convenção da Organização do Trabalho nº 103, de 1952.

Ademais, essa modalidade de estabilidade será tratada mais especificamente no próximo capítulo.

4. A ESTABILIDADE DA GESTANTE

4.1. Histórico da estabilidade da gestante

As normas no direito brasileiro eram muito arreadas na certificação do direito da gestante à estabilidade, tanto que a Súmula nº 244 do TST, anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, fruía sobre tal benefício, contido no art. 392 da CLT, nos seguintes termos:

GESTANTE – GARANTIA DE EMPREGO (Redação original – Res. 15/85, DJ 05, 06 e 09.12.85). A garantia de emprego à gestante autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos.

Foi a partir de 1988, com a inserção do direito à estabilidade da gestante no ADCT e, em meados de 1999, com a modificação do § 4º do art. 392 da CLT, que o referido direito passou a ser reconhecido também como uma garantia de reintegração, por conclusão lógica do princípio da proteção à mulher e ao nascituro, assim como por difusão do princípio da continuidade do emprego. Com o seguinte teor:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.04.02) (...)

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: (Redação dada pela Lei nº 9.799, de 26.05.99).

A Corte Superior Trabalhista, então, impulsionada pela alteração do preceito normativo, revisou o conteúdo da Súmula nº 244 do TST, aludindo o direito à reintegração nos seguintes termos:

GESTANTE. GARANTIA DE EMPREGO (Súmula alterada – Res. 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.03). A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

Verifica-se, pois, que a Súmula nº 244 do TST, esquadrinhando o alcance e o sentido da garantia constitucional presente no ADCT, elucidou que o direito ali previsto era atinente ao período de estabilidade, e não autorizava a ilação de uma reintegração compulsória da gestante fora do prazo estabilitário, embora fosse possível sua postulação em juízo após o prazo de vigência da estabilidade, desde que observado o prazo contido no art. 7º, XXIX10, da CF, hipótese na qual o direito à reintegração se converteria automaticamente em indenização substitutiva da estabilidade não usufruída. Por meio da seguinte redação:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

Conforme esse conceito de indenização substitutiva, o direito aos salários, às vantagens e aos reflexos advindos do período de estabilidade era estabelecido tanto nos casos em que o empregador não tinha o interesse de reintegrar a empregada, quanto nos casos em que o pedido de reintegração ocorresse fora do período estabilitário, como ainda, nos casos em que o retorno ao emprego estivesse prejudicado por forte incompatibilidade gerada pelo evento. Sobrevém ainda que, o direito em pauta estava premido por uma série de limitações normativas, dentre as quais se destacavam a OJ nº 19611 da Sessão de Dissídios Individuais-1 do Tribunal Superior do Trabalho e as próprias previsões de normas coletivas que condicionavam a sua fruição a pressupostos como a prévia comunicação do estado gravídico ao empregador.

Foi exatamente nesse ponto que o precedente efetuou uma profunda mudança paradigmática de conceitos, formando uma interpretação constitucional a favorecer o pleno gozo do direito social em questão, e, por conseguinte, podendo o excesso de liberalidade da norma coletiva que pretendia tangenciar a sua fruição pela empregada gestante.

De tal modo que atualmente, apesar da tardia conversão da OJ nº 196 da SDI-1 no item III da Súmula nº 244 do TST, no ano de 2005, o verbete foi cancelado e a jurisprudência firmou-se em sentido contrário, privilegiando o direito da gestante e do nascituro, “mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”, como deixa de forma esclarecida a atual redação da súmula supra citada.

Resultou em melhor paridade, já que essa garantia de estabilidade à gestante, pela sua própria vocação constitucional de direito social mínimo atinente à saúde e à proteção da dignidade da mulher e do nascituro, é, como foi visto, uma questão humanitária, e não apenas um mero benefício jurídico-econômico.

4.2. Os benefícios da gestante

Cabe ressaltar, ainda, que outros são os direitos dirigidos à trabalhadora gestante, como, por exemplo, aquele previsto no §4º, inciso I, do art. 392 da CLT, segundo o qual, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos, é assegurada a transferência de função quando as suas condições de saúde o exigirem, assegurando-se o seu retorno à função anteriormente ocupada. Pode-se mencionar, outrossim, aquele previsto no inciso II do mesmo dispositivo, que garante à gestante a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário à realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares, sem prejuízo do salário e demais direitos.

A estabilidade gestacional provisória é também garantida à trabalhadora grávida ainda que o empregador não saiba de sua situação. Caso haja dispensa injusta dessa, caberá ao empregador arcar com o pagamento do período correspondente à licença, mesmo que desconheça o estado de gestação de sua funcionária.

Entretanto, se à época da dispensa a empregada não possuía conhecimento de seu estado, entende-se que não lhe assiste razão à estabilidade provisória, exceto se houver norma coletiva mais favorável. Caso seja confirmada a dispensa arbitrária, ou seja, sem motivo disciplinar, econômico ou financeiro, no período de estabilidade provisória, a empregada tem direito a ser reintegrada ao emprego.

Na impossibilidade de reintegrá-la, serão devidos os salários e demais direitos equivalentes ao respectivo período entre a data da dispensa e o fim da estabilidade. A licença-maternidade, de acordo com Alice Monteiro de Barros, é considerada hipótese de suspensão do contrato de trabalho, em razão de não haver o recebimento de salário. No decorrer deste período ocorre o pagamento do benefício salário-maternidade pela Previdência Social e não pelo empregador.

Por outro lado, alguns doutrinadores posicionaram-se de forma divergente, considerando que trata-se de hipótese de interrupção do contrato de trabalho, visto que, embora durante a licença-maternidade não ocorra o pagamento de verba de natureza salarial, o contrato de trabalho segue gerando de modo parcial os seus efeitos próprios, como por exemplo, a obrigatoriedade de efetuação de depósitos do FGTS, a contagem do tempo de serviço para fins de férias e para efeitos previdenciários. Logo, a manutenção parcial dos efeitos do contrato de trabalho seria o motivo para caracterização de uma hipótese de interrupção, e não suspensão contratual.

4.3. A extinção da estabilidade gestacional

A empregada gestante apenas perderá o direito a esta estabilidade, caso cometa alguma falta grave, que torne possível a demissão por justa causa. É precípua frisar que para aplicação desta, deverá estar amplamente caracterizada uma das hipóteses previstas no artigo 482, da CLT, assim como indisciplina, comportamentos inadequados, desonestidade, como roubo, furto ou alterações de documentos, faltas sucessivas sem justificativa e agressão, entre outros.

5. CONCLUSÃO

Foi analisada a estabilidade da gestante no direito do trabalho, iniciando-se pela base do direito trabalhista no que diz respeito a estabilidade.

Os estudos apontados iniciaram-se pela abordagem aos princípios de direitos e garantias fundamentais, inclusive a evolução histórica.

Apresentou as diferenças entre a estabilidade do empregado celetista e do empregado estatutário.

Outrossim, elencou as espécies de estabilidade encontradas na legislação trabalhista atual, o modo de aquisição e extinção desse direito.

Retratou os direitos e garantias fundamentais gozados pelas mulheres quando em condições inerentes à maternidade.

Por fim, salientou a evolução histórica da estabilidade da mulher gestante, conceituando o referido direito das empregadas gestantes, urbanas, rurais e domésticas, os benefícios e a forma de extinção desta estabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 18 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 set. 2019.

CARRION, Valentin. **Comentários á Consolidação das Leis do Trabalho** / Valentin Carrion – 38. Ed. res. e atual. por Eduardo Carrion. – São Paulo : Saraiva, 2013.

Delgado, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho** / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl.— São Paulo : LTr, 2017.

FREDIANI, Yoni. **Licença-maternidade à mãe adotante**. São Paulo: LTr, 2004.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho : relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho** / Luciano Martinez. - 10. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 232.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações coletivas e individuais de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 142/143.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 679-680;

A EXISTÊNCIA DA VIOLAÇÃO EXPOSITIVA DA IMAGEM DA MULHER NAS REDES SOCIAIS E A CORRELAÇÃO AO CRIME DE ESTUPRO VIRTUAL

LUANA CARDOSO DE FREITAS:

Bacharelanda em Direito pelo Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins ¹

FLÁVIA MALACHIAS SANTOS SCHADONG ²

(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo mostrará a relação da exposição da imagem feminina com a incidência de crimes no âmbito virtual, em ênfase, o estupro. Para este, foi utilizado pesquisa descritiva-analítica, pesquisa bibliográfica, teórica e jurisprudencial, aonde se abordam assuntos como hierarquização cultural, conteúdo midiático, imagem feminina, segmentação de crimes, violência contra a mulher e proteção judicial. Através da abordagem qualitativa, a contextualização do objeto ocorre entre o meio objetivo e subjetivo, diretamente relacionado a dinâmica do ambiente que está sendo estudado. A pesquisa proporcionará ao público o entendimento da incidência de crimes no meio virtual tendo em vista do impulso que o acesso à liberdade por direito das mulheres se sucedeu.

Palavras-chave: Crimes no âmbito virtual; Estupro; Imagem feminina; Proteção judicial; Violência contra a mulher.

ABSTRACT: This study will show the relationship between the exposure of the female image and the incidence of crimes in the virtual sphere, in particular, rape. For this, descriptive-analytical research, bibliographical, theoretical and jurisprudential research was used, where subjects such as cultural hierarchy, media content, female image, segmentation of crimes, violence against women and judicial protection are addressed. Through the qualitative approach, the contextualization of the object occurs between the objective and subjective environment, directly related to the dynamics of the environment being studied. The research will provide the public with an understanding of the incidence of crimes in the virtual environment in view of the impulse that access to freedom by women's rights has taken place.

¹ Acadêmica do 9º (nono) período do curso de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins. m

² Especialista em Direito Previdenciário, Direito e Processo do Trabalho. Professora de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogada. E-mail: flavia.schadong@p.catolica-to.edu.br.

Keywords: Crimes in the virtual sphere; Rape; Female image; Judicial protection; Violence against women.

Sumário: 1. Introdução. 2. Objetificação Sexual Feminina. 2.1. Origem histórica. 2.2. Contexto atual. 3. A Mulher na Era Sociovirtual. 3.1. Violência sexual nas redes sociais. 4. O Crime de Estupro. 4.1. O estupro virtual e a aplicação da Lei nº 12.015/2009. 4.2. Efeitos. 5. Propagação Indevida da Imagem Feminina. 5.1. Formas de propagação. 5.2. Consequências. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo traz uma abordagem geral referente aos avanços tecnológicos presentes na contemporaneidade os quais abrangem inúmeras formas de interação social, as chamadas redes sociais. Contudo, diante desses fatores, a população feminina inserida nesse meio social globalizado tornou-se vulnerável diante do mau uso da internet, pelo fato de se tornarem as principais vítimas do surgimento de crimes na esfera virtual e sua devasta propagação, como o estupro.

Seguindo essa linha de raciocínio, questiona-se de que forma a exposição e violação da imagem feminina se configura em crime de estupro no âmbito virtual. Em função desse problema, é possível abordar o assunto em torno de um objetivo geral de relacionar a exposição e violação da imagem feminina com o crime de estupro no âmbito virtual, juntamente com alguns demais objetivos específicos, sendo, discutir a imagem da mulher como objeto de sedução, relacionar a cultura do estupro com o avanço das redes sociais digitais, correlacionar o estupro virtual com a exposição da imagem feminina nas redes sociais digitais e identificar as formas de violação da imagem feminina nas redes sociais digitais.

A metodologia utilizada possibilita direcionar os caminhos a serem traçados para obtenção do projeto de pesquisa e diante disso, buscar a investigação de indivíduos, classes, fenômenos ou fatos, tendo em vista ressaltar as diferenças e semelhanças entre elas no contexto em que se apresenta. Trata-se de uma pesquisa descritivo-analítica, a adoção deste método será trabalhada na perspectiva da abordagem qualitativa, tendo em vista que o objeto a ser pesquisado se manifesta entre o mundo objetivo e subjetivo, numa relação dinâmica e indissociável.

Como instrumento de coleta de dados, será aplicada a revisão de literatura específica. Serão utilizados recursos bibliográficos, composto por obras, doutrinas, jurisprudência e artigos, também, conteúdo moderno disposto na internet, que atuará com o assunto já publicado, em conjunto o tema abordado em discussão, acerca de todas as informações disponíveis, e, é a partir da revisão de literatura que se situa o trabalho, contextualizando-o, dentro da área de pesquisa que a abrange.

Portanto, a discussão a partir da violação expositiva da imagem da mulher nas redes sociais e a correlação ao crime do estupro virtual será estruturado por quatro tópicos principais e seus subtópicos, sob os quais serão apresentadas as concepções históricas de gênero e imagem feminina, mídia e sua repercussão no mundo contemporâneo, ligado diretamente com a inserção das redes sociais em que se remete os malefícios causados pela presença de crimes virtuais através da internet para com a mulher, nesse sentido, o poder de direito possui plena relevância diante o contexto apresentado, uma vez que a tutela jurisdicional não irá pressupor a consumação do delito apenas na forma física, mas agora também principalmente na esfera sociovirtual.

2. OBJETIFICAÇÃO SEXUAL FEMININA

No decorrer do século XXI a população feminina emerge às lutas pelos direitos fundamentais das mulheres a fim de se multiplicar em inúmeros campos da sociedade e tornar cada vez mais relevante a difusão de pleitear pela igualdade sexual, de acordo com Araújo (2020), ao longo da trajetória histórica, as mulheres conquistaram alguns direitos resultantes dos movimentos feministas, como o direito a educação, ao voto, sua autonomia, proteção em casos de violência doméstica e direito de escolha para a reprodução.

Posições sociais essas que até os dias atuais se veem conturbadas pelo resultado da extensa propagação de valores históricos/culturais, os quais foram engessados pela opressão e sobrecarga da era colonial patriarca, alega Alves (1991): "Atualmente, o feminismo é um movimento social que defende igualdade de direitos e status entre homens e mulheres em todos os campos." Em virtude disso, a luta feminina, mais conhecida pelos movimentos feministas, são o reflexo das reivindicações dos seus direitos que ainda acontecem e se intensificam cada vez mais, visto que a busca pela igualdade de espaço e status social diante de todo o contexto tornou-se incessante.

Assente aos fatos, revigora que hoje a mulher é sinônimo de representatividade e assim é constantemente abordada pela mídia de variadas formas. No entanto, o conjunto de técnicas utilizadas para a disseminação do conteúdo da imagem feminina é realizada a partir setor midiático e produz cada vez mais a construção de uma simbologia ilusionista, direcionada a criação do estereótipo feminino cada vez mais sensual, prevalecente de características carnis e alusão ao corpo esteticamente perfeito, que de acordo com Swain (2001, p.80):

As tecnologias da mídia [...] elaboram, em torno do aparelho genital, os contornos e limites de um corpo sexuado impregnado de valores, crenças, atualizando e reafirmando

representações que passam a existir nas práticas que as elaboram. Assim, o corpo construído em feminino exprime as modalidades culturais que o confinam a um gênero que se torna inteligível.

O intuito de ocultar as falhas e manter um padrão intacto das mesmas, é crescente, uma vez que com o auge da publicidade atual, a imagem da mulher é vista como objeto de cunho sexual pelos telespectadores, em ênfase, o masculino.

A propagação da imagem feminina na mídia tem como um dos principais meios de veiculação, a propaganda, visto que “[...] um dos aspectos do poder da mídia relaciona-se ao seu papel econômico, cultural e comercial de promover o consumo, o desejo por bens, e de ser parte central da sociedade e da cultura de consumo” (ALMEIDA, 2007, p.178), meio este, parte de um processo decorrente das formas de comunicação em massa que surgiu na sociedade moderna, a *mass media*. A partir de intensas dinâmicas publicitárias, pesquisas apontadas pelo Data Popular e o Instituto Patrícia Galvão em relação da percepção sobre a mulher na TV, divulgado pelo Portal de notícias da Globo (G1), apresentam-se os dados na figura 1:

Pesquisa perguntou o que as propagandas na TV mostram, em %			
	Concorda	Discorda	Não concorda nem discorda
A mulher da vida real	25	56	19
Padrão de beleza muito distante da realidade	65	17	18
Usam o corpo da mulher para promover venda de produtos e serviços	84	4	12

Figura 1: Tabela com dados da pesquisa realizada pelo Data Popular e o Instituto Patrícia Galvão sobre a percepção sobre a mulher na TV.

Fonte: Portal de notícias da Globo (G1).

Os dados apontam que as propagandas buscam expor uma imagem feminina irreal, voltada à objetificação. O valor que se é dado da inserção da mulher no mercado de trabalho ao ser uma profissional bem-sucedida é de 51%, comparado aos demais fatores minoritários. Isso relata que 46% são vistas como mulheres bonitas e inteligentes; 20% são donas de casa e 16% mãe e esposa carinhosa.

A partir dessa análise, o que se visa principalmente é obter o lucro, equiparando o valor da mulher a um objeto, ou seja, busca tornar a exposição dos traços ligados ao corpo feminino para promover a venda de produtos e serviços, relatam 84% dos entrevistados. Para um público de 70%, as propagandas mostram a imagem da mulher de forma ofensiva e deveriam ser punidos os responsáveis.

Entende-se por esse modo, que a representação feminina hoje é dada pelo uso de uma simbologia refletida através do conjunto de fatores históricos e culturais sustentados no poder majoritariamente masculino, que de fato, utiliza-se de forma ofensiva do erotismo e da sexualidade corporal da mulher como forma de estratégia ao se tornar essencialmente capaz de atrair o público principal.

2.1. Origem histórica

Desde os primórdios a mulher sustenta a figura da inferioridade de gênero, que provém da construção de uma bagagem histórico-cultural cujo o estereótipo feminino era visto como hierarquicamente secundário, subordinado e vulnerável diante uma sociedade predominante dos valores patriarcais presente no Brasil a partir do século XVI, como afirma Grisci (1994): "Nesta sociedade patriarcal, alicerçada na propriedade privada, a família e a superioridade masculina, além da natureza feminina que possibilita a reprodução, transformaram as mulheres em elementos de exploração e opressão.", subentende-se então como sendo uma forma de poder, um conjunto de preceitos engessados na tradição da obediência à figura autoritária masculina.

Contudo, o domínio do patriarcado sucedeu-se a decadência no final do século XIX, uma vez que a mulher gradativamente procurou obter seu avanço na sociedade pré-urbanizada, com isso, o surgimento dos movimentos feministas que se alastrou mundialmente, estes que lutavam pela equidade política e social de gênero, as quais perduram até hoje, especialmente no Brasil.

Ciente desse contexto, de acordo Castells (2003), o movimento feminista transforma a sociedade e desafia o patriarcalismo que simultaneamente, consegue expor a diversidade de suas lutas e seu dinamismo cultural. Dessa forma, as constantes lutas pela igualdade buscam fazer jus ao seu real significado no meio social do que se constrói até os dias atuais como definição de gênero, abrange a discussão do historiador Laqueur (2001) como sendo gênero um complexo de características, condutas e papéis tradicionalmente instituídos para homens e mulheres na estrutura social, abrangendo uma quantidade significativa de variações conceituais e teóricas, que de modo geral, busca compreender como o indivíduo através de sua perspectiva se relaciona na esfera social, considerando assim, que o

gênero é relevante para moldar a identidade pessoal mediante regras estabelecidas pelo meio.

Assim, durante muito tempo, a mulher era considerada incapaz, diminuída, e devia manter seu papel reservado ao cuidado da família e do lar, percebendo assim, que as características naturais eram o que determinava a relevância do indivíduo na sociedade, “[...] a diferença anteriormente expressa com relação ao gênero passou a ser expressa com relação ao sexo, a biologia” (LAQUEAUR, 2001, p.192), ou seja, quem possuía fisionomia do ser masculino era visto como relevante no status social, que com o tempo, passou a ser inserido também a anatomia sexual que se diferia no contexto econômico, cultural e erótico dentro da sociedade contemporânea.

2.2. Contexto atual

Dessa forma, com todo o processo de avanço social, tecnológico e cultural que se manifestam, o valor que se é dado a mulher diante de sua imagem, essencialmente através de conteúdo apresentado pela esfera publicitária midiática, principalmente por meio das redes sociais, ainda é atribuído de um caráter prevalecente erótico e sexual, aonde as mesmas são vistas como objeto de mera sedução e atração aos telespectadores.

Foca as correntes de poder, destrutivas ou produtivas, que simultaneamente sustentam sistemas opressivos ao neutralizar e punir a resistência e produzir novos e ávidos participantes nas relações sociais caracterizadas por dominação, exploração e coerção. (MOREIRA; SLOAN, 2002, p.87)

Assim, salienta-se como o setor da mídia contribui em seu aspecto constitutivo e formador de identidades socioculturais da categoria feminina, que de acordo com a doutrinadora Lessa (2006) a mulher ora é vista como consumidora e por outro, lado vista como o próprio produto. Portanto, observa-se hoje que com o nível do senso crítico desenvolvido diante a dinâmica das manifestações sociais pelas populações femininas, as mesmas continuam lutando pela forma que são introduzidas na mídia e no mundo do consumo.

No entanto, é possível compreender por gênero feminino moldado em uma construção social, visto que com a contextualização recente, obtém variação, basicamente definindo-se como uma elaboração cultural de corpo e lugar numa sociedade atual. Dentro dessa perspectiva, a mulher era vista como “masculino”, um homem imperfeito, que a característica se dava pela diferença das particularidades biológicas dos gêneros e não no corpo em si.

Problemático e instável, uma versão ou um corpo totalmente diferente do corpo masculino geralmente sem problemas e estável. Como as acadêmicas feministas tornaram absolutamente claro, é *sempre* a sexualidade da mulher que está sendo constituída; a mulher é a categoria vazia. Só a mulher parece ter “gênero”, pois a própria categoria é definida como o aspecto de relações sociais baseado na diferença entre os sexos, onde o padrão sempre foi o homem [...]. Provavelmente não é possível escrever a história do corpo do homem e seus prazeres porque o registro histórico foi criado em uma tradição cultural onde essa história não era necessária. (LAQUEAUR, 2001, p.32-33).

Portanto, de acordo com os padrões de comportamentos corporais subjetivos, prevalecem em meio ainda características conservadoras impostas pelo meio alienado à cultura do machismo e os reflexos dessa desestruturação.

3. A MULHER NA ERA SOCIOVIRTUAL

As redes sociais integram as tecnologias da informação e comunicação, que, segundo Kotler (2000), estão ligadas a atuação de fácil acesso das pessoas diante as informações fornecidas através do campo virtual, resultante da maior liberdade de expressão que a sociedade passou a adquirir. Conforme levantamento da “Digital 2019: Brazil” pela “Hootsuite” e “We are social”, na “Data Reportal”, em janeiro de 2019:

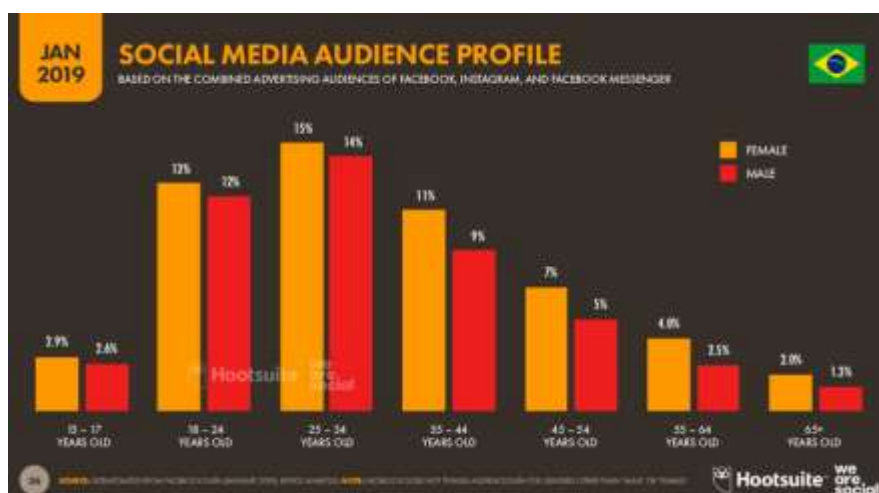


Figura 2: Faixa etária da audiência combinada de Facebook, Instagram e Facebook Messenger.

Fonte: Data Reportal (2019)

Afirma que, a média entre o uso das redes aparenta manter um equilíbrio, porém, a predominância é feminina, sendo o gráfico amarelo representado pelas mulheres ultrapassar o gráfico vermelho em todas as faixas etárias, referente ao público masculino, o que deve ser considerado ao público de cada veículo a estratégia de comunicação social apresentada.

Uma vez que, o crescimento do poder de ir e vir da mulher vem sendo instalado na internet, ligado à toda sua forma de expressão e exposição que ela busca nos dias contemporâneos, afirma:

É fato que os aspectos da vida privada variam de acordo com a categoria social de cada indivíduo, pois existem aqueles que preservam e ampliam os fatores relativos à privacidade, mas há também outros que se expõem e se envaidecem com a publicidade de sua privacidade. Contudo, ainda assim, é direito de cada indivíduo escolher o que deve ser mostrado e o que tem de ser privado do conhecimento social. (SANTOS, 2009, p.7)

Com isso, a exposição da mulher no meio atual, nos diversos campos da internet, é caracterizada através das transformações que subjetivaram seu corpo, decorrentes de um longo percurso histórico e por isso, para alcançar seu espaço desejado, depende de uma aprovação dentro de um patamar esteticamente social.

Diante dos fatos, a reconfiguração da imagem da mulher dentro do campo midiático ainda pode ser gradativamente realizada pela dinâmica das relações interpessoais que se inserem na internet, tendo em vista a frequência com que as mesmas passam a utilizar os demais aplicativos, assim, as redes sociais nunca puderam se tornar tão relevantes ao público feminino.

Na pesquisa de *"Hootsuite"* e *"We Are Social"*, para o Data Reportal (2019), dentre algumas redes sociais mais conhecidas pelos internautas, 130 milhões dos usuários utilizam o Facebook, sendo 53% composto pelo público feminino. No Instagram, dos 69 milhões de usuários, 59% são mulheres e o Snapchat com 9,9 milhões de usuários, 71% é composto pelo público feminino. Ademais, a internet de fato proporciona mundialmente a interação social e seus benefícios inúmeros, principalmente, no que tange ao público feminino, uma vez que de acordo com os dados expostos, as mulheres interagem majoritariamente por meio das mídias sociais.

As redes de interação que hoje contribuem não só para compartilhar momentos do dia-a-dia, mas também deram abertura ao campo do debate, da curiosidade e principalmente também do trabalho, como afirma o relatório *"Women"*

in cybersecurity” da *Cybersecurity Workforce Report*: **“As mulheres em cargos de alto nível promoverão mais inclusão e inspirarão as mulheres jovens a se unirem à indústria, e certamente há muitas oportunidades interessantes disponíveis para aqueles que buscam inspirar um mundo cibernético seguro e protegido. A diversidade só nos torna mais fortes.”**. Contudo, ao depender da forma de como as mulheres usam deste meio, a versão virtual pode vir a se tornar uma grande ferramenta de opressão.

Por isso, muito se mostra nos dias atuais a respeito dos malefícios que as redes sociais podem vir a trazer a partir de alguns relatos de mulheres coletados por Martins, a respeito de como a interação com os mais diferentes tipos de vida puderam trazer problemas internos, pois além de todos os fatores positivos, o público feminino pode vir a se tornar prisioneiro dos paradigmas que circulam pela internet e a sobreposição de conteúdo à vida real, ligados a superexposição irreal de vida, mente e corpo.

3.1. Violência sexual nas redes sociais

A mídia contemporânea é local de livre acesso a todo tipo de público e informações, e a partir dela que a sociedade moderna se encaixa no meio de interação junto ao surgimento da cultura de exposição por meio das redes sociais. Para Morais (2014), a necessidade por exposição nas redes sociais está ligada pela busca da notoriedade, ou seja, a pessoas que usufruem do meio virtual querem a todo custo obter reconhecimento, o que visa por eles alta influencia diante os demais internautas.

Mesmo assim, presente toda essa globalização que busca conectar uma ampla sociedade a fim de diminuir distancias e proporcionar benefícios, o acesso a informação e comunicação trouxe à tona problemas que violam a ordem legal e a personalidade dos usuários, com isso, o mau uso da internet tornou a privacidade questão relativa, pois, para cada um o direito de explanar informações é individual. De acordo Marques (2017) ao se confundir a liberdade nas mídias sociais e seus limites, a superexposição pode ser prejudicial.

A população de maior atividade na esfera sociovirtual é a feminina, portanto, ao ser interligado com o alto índice de circulação da mídia e o culto ao exibicionismo, traz para a mulher consequências podendo ferir o poder de liberdade e apropriação de sua intimidade.

Em todos os casos, informação precisa deve ser colhida de cada clique no website. [...]. Contudo, o problema passa ser, então, a troca de dados pelo privilégio de acesso a websites. A maioria das pessoas abre mão de seus direitos à privacidade para ter

condições de usar a Internet. Uma vez que se renunciou a esse direito à proteção da privacidade, os dados pessoais tornam-se propriedade legítima das firmas de Internet e de seus clientes. (CASTELLS, 2003, p.142).

Por esse entendimento, a partir do momento em que o público posta, por exemplo, no *Instagram* ou *Twitter* seu local atual, ou de moradia, de trabalho, e principalmente fotos ou vídeos, está sujeito a ser alvo dos inúmeros crimes que atualmente coagem diante das redes sociais, que por isso, o usuário tende a perder o pleno controle de suas informações dispostas mundialmente.

Diante disso, o resultado dos inúmeros avanços nas áreas da comunicação e informação tecnológica interligados a subjetividade feminina também trouxeram consequências ao ensinar a prática de infinitos crimes na esfera sociovirtual.

A comercialização da mídia altera o seu caráter profundamente: o que antes era um fórum exemplar de debate crítico-relacional torna-se apenas um domínio de consumo cultural, e a esfera pública burguesa esvazia-se num mundo fictício de imagens e opiniões. (THOMPSON, 2014, p.109).

Portanto, nota-se que o uso da internet não está isento de riscos, o que mostra a partir da sociedade atual como o mau uso da mesma pode acarretar ao emprego da violência sexual dentro das redes sociais, que de acordo com o relatório da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) (2019), através do projeto *CARE*, rede de apoio especializado a crianças e jovens vítimas de violência sexual, alerta sobre o envio de conteúdo sexual por meio de vídeos, imagens, texto conhecido como a prática criminosa de "sexting" e a coação perante as vítimas ao possuir conteúdo íntimo das mesmas, conhecido como "sextortion".

Junto as eles, o Código Penal apresenta a tipificação de outro crime de suma relevância dentro dos parâmetros qualificadores semelhantes aos demais crimes virtuais, o estupro, o qual se tornou um crime amplo e vulnerável, pois, essa tipicidade ilícita também já produz efeito na sua forma virtual.

4. O CRIME DE ESTUPRO

Este crime, é configurado como ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, aduz o artigo 213 do Código Penal (BRASIL, 1940).

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), um crime hediondo, mesmo sem morte ou grave lesão da vítima. Abrange pena de 6 a 10 anos de reclusão; e se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 ou maior de 14 anos: pena de reclusão de 8 a 12 anos; se da conduta resulta morte: pena de reclusão de 12 a 30 anos de acordo com o Código Penal.

A Organização das Nações Unidas que garantem os direitos humanos das mulheres no Brasil e no mundo, a ONU mulheres (2016), alega que de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança, divulgado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública registrou no ano de 2015, 45.460 casos de estupro no país, aproximadamente 125 vítimas por dia, no caso, 5 mulheres por hora que sofrem dessa violência. Foram registrados um aumento de 147% desde o ano de 2015 até o ano de 2016 por pessoas que relataram ter sofrido estupro, sendo assim, 13 relatos feitos por dia através do serviço “Ligue 180”.

No Brasil, cerca de 527 mil indivíduos sofreram tentativa de estupro ou foram estupradas, sendo registrado como ocorrência apenas 10% desses casos, uma vez que, ao esclarecer a discrepância da ocorrência dos casos em municípios que possuem e os que não possuem centro de saúde, aduz que no ano de 2011 em 3.901 municípios brasileiros com menos de 20 mil habitantes, que de forma provável não ofereciam serviço de saúde, a proporção cai para um quarto da população.

Nos municípios que possuem o serviço especializado, a proporção sobe para três quartos, quase 75%, diz o relatório produzido por Cerqueira e Coelho (2014) para o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Alegam Cerqueira; Coelho (2014) que a grande maioria dos agressores são pessoas do sexo masculino, em um índice de 96% nos casos de jovens e adultos, também, o número de agressores é maior nos casos com vítimas adolescentes, aonde 15% dos estupros registrados no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), do Ministério da Saúde, os atos ilícitos foram praticados por dois ou mais agressores. A Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, já apresentava uma devida proteção para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, porém, ainda assim, o estupro era considerado apenas como crime contra os costumes.

Contudo, pouco ainda se faz diante os casos de superexposição virtual no Brasil e no que tange seu ordenamento legal diante do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, pois, o Estado ainda se encontra ineficiente na criação de leis, tratados e programas de conscientização social, que visam buscar uma devida sustentação funcional, bem como nesses casos, aplica-se basicamente a lei civil de indenizações contra a honra e a moral.

O Estado democrático de Direito, fundado na Carta Magna, traça objetivos e limites que orientam a atuação política e a criação das legislações infraconstitucionais. Os direitos humanos – que irrigam toda a Constituição brasileira – são frutos de longas reflexões, lutas e debates, e conquistam, incontestavelmente, notório espaço no equilíbrio piramidal do sistema jurídico brasileiro. (SARLET, 2007, p.75).

O âmbito jurídico é um campo repleto de transformações sujeito à constante evolução, portanto, ao surgir a necessidade de se criar novos métodos de proteção à vítima, estas se tornam leis a fim de sustentar a segurança que a sociedade aguarda obter, com isso, a Lei Nº 12.015/2009 trouxe alterações no Código Penal no que tange aos crimes sexuais, em especial agora o estupro virtual.

4.1. O estupro virtual e a aplicação da Lei nº 12.015/2009

Desse modo, ao adentrar no contexto do fato criminoso, o agente enxerga a privacidade da mulher como forma atrativa e com o intuito de conduzi-la por diversas formas de coação, a fim de consumir o crime de estupro. Segundo Oliveira (2019), a partir do momento em que esse fato se tornou um caráter de risco social, a população busca contar com o devido amparo legal brasileiro previsto no artigo 5º da Constituição da República que protegem os direitos fundamentais e dignos da pessoa humana.

Por isso, a ordem legal procura obter o alcance da devida proteção jurídica aos direitos e deveres das vítimas, muitas vezes pelo crime mencionado ser desconhecido ou omissivo ao surgir em uma nova esfera, prejudicando a comunicação, interação, informação e principalmente a liberdade de expressão ao propagar-se constantemente em uma era dependente da tecnologia.

A respeito do contexto em que se insere a prática do estupro, Monara (2019) por seu artigo apresenta que o estupro no âmbito virtual se configura em crime uma vez que, sem o contato físico, o agente exige que por meio de mecanismos de reprodução de imagens e vídeos ao vivo, como por exemplo a webcam, que a vítima pratique atos sexuais/libidinosos por meio de coação, sob ameaça de divulgar a imagem íntima da mesma.

Países como a Europa, Inglaterra e Estados Unidos já possuem meios de punição aos agentes que praticam a exposição de conteúdo íntimo sem consentimento, e o Brasil, assinou a Convenção de Budapeste, que compromete na criação de leis específicas para crimes dessa espécie, expõem Lucchesi e Hernandez (2018) em sua pesquisa.

Existem práticas criminosas que se conectam ao ensejo do ato do estupro, pois instiga o criminoso por meio da coação a obter vantagem sexual mesmo sem nenhum propósito financeiro ou outrem diverso, e advém muitas vezes de agentes conhecidos pelas próprias vítimas, uma vez que podem ser na maioria qualificados por motivos de mera vingança pessoal, praticas essas denominadas de “*revenge porn*”.

As mulheres estão sendo ensinadas a fazer gênero por meio da prática de publicizar seu corpo de maneiras sexualmente explícitas, enquanto os homens são ensinados a fazer gênero por meio do consumo desse material. Além disso compartilhar fotos sexualmente explícitas de mulheres pode ser uma forma de demonstrar o exercício de controle sexual e do ‘fazer gênero’ para os homens. (Branch et al. 2017, p.131)

Logo, mediante a grande incidência de crimes sexuais praticados no âmbito virtual, foi necessário dar-se maior abrangência protetiva através de alterações pela lei Federal, assim, a Lei 12.015/2009 criada em agosto realizou alterações no Código Penal a fim de atender melhor às necessidades da mulher em relação ao crime configurado de estupro virtual. A Lei federal brasileira Nº 12.015 entrou em vigor no dia 07 de agosto de 2009 e revogou o artigo 214 e acrescentou o artigo 213, ambos do Código Penal.

Por isso, com o artigo 214 agora revogado, dizia: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal” junto ao artigo 213, passaram a ser uma só tipificação legal, o próprio estupro, decorrente das alterações mencionadas pela lei anterior, porquanto, enquadra-se como um crime virtual, que aduzem Fiorillo e Conte (2016): crimes virtuais são quaisquer condutas humanas típica, contra a lei e culpável, aonde os computadores serviram de meio, contribuíram ou facilitaram para a pratica de conduta delituosa.

Através da vigência dessa lei, a definição abrangida pelo artigo 213 enquadra o estupro virtual nos seguintes trechos “constranger alguém mediante grave ameaça” e “a praticar outro ato libidinoso” da Lei Nº 12.015/2009, assim, a partir de suas reformulações o estupro vem a possuir características de ações múltiplas e conteúdo diverso.

4.2. Efeitos

As criações de algumas leis foram ensejadas pela necessidade de proteção imediata da vítima, de tal forma que, ao ser exposta uma única vez ela busca rapidamente adquirir seus direitos e deveres, além das providências legais que

deverão ser tomadas, como por exemplo, a Lei Nº 12.737/2012, quando a atriz Carolina Dieckman teve suas imagens violadas de seu computador e expostas por diversos sites, pelo fato de não ceder às chantagens impostas pelo criminoso.

Acrescentou-se ao Código Penal os artigos 154-A e 154-B, situado dentro dos crimes contra a liberdade individual, seção referente aos crimes inviolabilidade dos segredos profissionais, entretanto, as novas tipificações são colocadas como delito e não como crime[...]. (PESSINA, 2006, p.10)

O crime se apodera dessa liberdade de forma indevida e violadora, ciente que “[...]com isso, surgem danos emocionais e psicológicos, além dos danos materiais, sendo necessário que o Estado proteja os usuários deste mundo virtual.” Lucchesi e Hernandez (2018), uma vez que, o criminoso utiliza do conteúdo das mesmas para a propagação da ofensa, opressão e principalmente o constrangimento da afetada.

Portanto, em via das informações apresentadas, a mulher ainda é a maior vítima de estupro na sociedade e em decorrência dos processos transformadores, as novas mídias sociais que proporcionam ao público feminino conteúdos que propulsionam variadas formas da mulher representar sua liberdade e autenticidade sexual.

5. PROPAGAÇÃO INDEVIDA DA IMAGEM FEMININA

A mídia é uma das maiores responsáveis pela quantidade de informações bombardeadas no cotidiano, como visto, visam educar as mentes da sociedade atual a fim de impor os padrões fixados pelo mundo irreal da internet, por meio das redes sociais. As redes sociais virtuais agrupam um conjunto de informações que são transmitidas por meio dos aplicativos de comunicação interpessoal, aonde seu alcance envolve todo tipo de gênero, cultura e idade.

De acordo com os dados, a presença do público feminino e a liberdade de imagem pelas mesmas neste meio já ocorre em massa, cultura esta que idealiza a mulher de forma errônea com alvo de preconceito na sociedade ainda nos dias de hoje. Afirma Featherstone (1991) que a imagem está associada a cultura do consumo e depende do cultivo em massa de imagens transmitidas, que por esse exercício de expor o corpo traz para si a sensação de um “eu mais vendável”. Reflexos do que ainda prevalece diante da cultura machista nos casos de exposição, uma vez que a maioria dos internautas são mulheres jovens.

Com isso, a liberdade de exposição sexual feminina tornou-se vulnerável, o que gera inúmeras consequências pelo receio do modo como as mulheres enxergam o desenvolvimento da tecnologia, uma forma de autonomia diante de suas ações,

pensamentos e, sobretudo, de livre expressão corporal, aonde para o gênero masculino, de acordo com os dados, é agente de maior número na prática dos crimes virtuais, provenientes dos valores acrescidos por uma sociedade machista que ao planejar a exposição de conteúdo feminino sem consentimento, visa as satisfações pessoais masculinas.

Alegam, Branch e colaboradores (2017) que por meio da publicidade de seus corpos de forma sexual e explícita, as mulheres aprendem a fazer gênero, já os homens fazem o gênero através do consumo de conteúdo sexual, e é por meio da divulgação do material disposto que os homens fazem a busca desse "gênero", como uma forma de demonstrar controle.

5.1. Formas de propagação

A violação de imagens íntimas não consentidas da mulher, propaga-se pelo amplo desenvolvimento dos mecanismos de comunicação instantânea, os aplicativos. Como forma de violência nos dias atuais, esta prática se divulga principalmente por meio das mídias sociais, nesse contexto denominado pelo termo "cybercrime", que são os crimes cometidos no campo virtual, com isso, o Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas apresentam a pesquisa sobre o vazamento de imagens íntimas no Brasil, levantados pelo Projeto Vazou (2018), dispõe por quais aplicativos procede o vazamento de arquivos: dentre eles estão 70% presentes no WhatsApp; 26% no Facebook; 7% no Instagram; 5% no Snapchat; 19% vai e-mails, e outros, sendo o conteúdo divulgado por 87% de fotos e 35% de vídeos.



FIGURA 3: PERCENTUAL DE APLICATIVOS QUE ARQUIVOS SÃO VAZADOS.

Fonte: Projeto Vazou (Licença *Creative Commons CCO*, via *Pixabay*).

Além do crime de estupro virtual, destaca-se também termos como “*sextorsion*” em seu sentido literal, extorsão sexual, ou recentemente a expressão utilizada como “*sexting*”, é junção de palavras americanas dada ao contexto da troca de mensagens de caráter coativo sexual, que hoje também faz parte da zona de compartilhamentos entre os internautas, a fim de mandar ou receber imagens sexualmente explícitas, como os chamados “nudes”.

Observa-se a analogia diante do termo mencionado anteriormente devido às características presentes também na prática do estupro virtual, uma vez que o agressor se apropria da intimidade da vítima a fim de obter relações de cunho sexual com a mesma. Aduzem Sydow e Castro (2017) que a obtenção de vantagem sexual pelo agressor é contemplada pelo poder que ele tem, sendo um neologismo que o Brasil ainda pouco conhece e é potencializado recentemente pelo uso em massa da capacidade tecnológica.

5.2. Consequências

As consequências patológicas provêm de traumas que os crimes virtuais impactam na mulher ao longo do tempo, com isso, a vítima desencadeia uma série de transtornos psíquicos e emocionais:

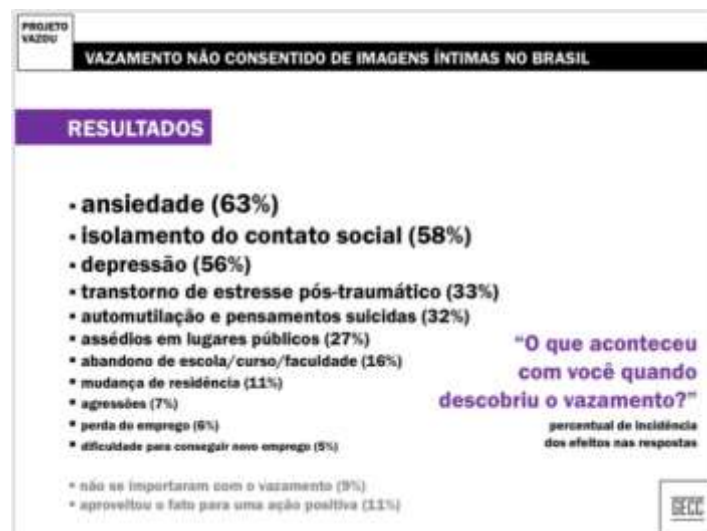


FIGURA 4: PERCENTUAL DE INCIDÊNCIA DOS EFEITOS NAS RESPOSTAS.

Fonte: Projeto Vazou (Licença *Creative Commons CCO*, via *Pixabay*).

Nota-se que a ansiedade, com 63%, o isolamento do contato social com 58% e a depressão com 56% são maiores nos resultados que as vítimas produzem ao

passar pelo constrangimento da exposição, consequências estas que desenvolvem no afetado a necessidade de maior tutela e proteção do Estado e da sociedade abrangente.

Por meio disso, o que pode ser dito sobre a criminalização da violência virtual perante a mulher? Pois bem, de acordo com as informações dispostas no Projeto Vazei (2018) e a legislação federativa, o Brasil ainda recorria aos tipos criminais previstos já existentes para a exposição indevida, como: difamação (art.139), injúria (art.140), ameaça (art.147) e também o estupro (art. 213), entre outros, ambos do Código Penal, a legislação recorreu as modificações necessárias como à lei do Estupro e outras leis como a Lei Nº 12.737/2012, conhecida como lei “Carolina Dieckman” e a Lei Nº 12.965 de 23 de Abril de 2014 o “Marco Civil da Internet”, que se enquadram diante dos crimes praticados nesse contexto de acordo com dados da República Federativa do Brasil.

Contudo, a lei ainda se encontra ineficiente diante dos encaixes específicos para crimes de pornografia e vingança, a partir disso, sugere a pesquisa da Organização Não Governamental (ONG) *SaferNet* Brasil (2019), atuantes na defesa dos Direitos Humanos em ambientes virtuais, algumas formas de como se assegurar diante das plataformas digitais, como no *Facebook* e *Twitter*, para ajudar a identificar a prática da sextorsão e se proteger diante de ameaças, seguindo as orientações e diretrizes dos aplicativos, por isso, é de suma importância que as plataformas virtuais busquem atualmente propor maiores medidas restaurativas.

Hoje, existem projetos, como a “Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos”, única na América Latina e no Caribe que reúnem pelo menos 22 países e visam amparar as vítimas ao receber denúncias de crimes realizados pelo mau uso da internet, além de medidas de conscientização sexual e mecanismos de prevenção, uma vez que sem eles, os meios judiciais esgotam o sistema e não há a dissolução plena dos conflitos a fim de atender as vítimas de forma adequada,” A justiça restaurativa prioriza a reparação do dano e não só a punição do culpado [...].”, diz a reportagem por Alessandra (2017), para a Câmara dos Deputados, que pleitearam pela inclusão dessas medidas a presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Ministra Carmen Lucia do Supremo Tribunal Federal (STF).

Diante dos fatos, busca-se mostrar de que forma a mulher dentro do parâmetro histórico consegue se inserir na sociedade a partir do processo de desenvolvimento social, tecnológico e cultural que se alastra pela internet, em essencial dentro dos aplicativos sociais e, ao adquirir o direito de liberdade de imagem, torna-se vulnerável diante da exposição não consentida, destacada em tese pela cultura ilícita do estupro nas redes sociovirtuais instigado a correlação dos demais crimes que o amparo jurisdicional busca, a partir de todos esses fatores,

proporcionar adequadamente os direitos e deveres da vítima, de fato que, a ilegalidade contemporânea presente propicia cada vez mais a violência do conteúdo pessoal e digno-sexual da mulher.

6. CONCLUSÃO

Findo os estudos abordados no que tange a temática presente neste artigo, foram discutidos assuntos como a abordagem da imagem feminina diante das mídias sociais desde a era colonial até como são remetidas nos dias atuais. Relacionadas diretamente a cultura do estupro, prática tipicamente ilícita que não se caracteriza apenas na forma física, mas também relevantemente na forma virtual, decorrente do mau uso acelerado que a mídia proporcionou através da grande inserção tecnológica e os avanços das redes sociovirtuais.

Correlacionados á isso, discorre a respeito da liberdade de imagem que a mulher adquiriu no decorrer do tempo por meio de lutas ideológicas em busca de igualdade social, uma vez que a cultura do machismo e submissão ainda permanecem ao restringir os inúmeros campos sociais, principalmente as redes de interação social, fato que traz à tona os crimes praticados na internet pela imensurável quantidade de agentes do sexo masculino visando obter vantagem explicitamente sexual da vítima mulher.

Com isso, foram trazidas algumas formas de exposição e violação da imagem feminina, são elas as redes sociais mais utilizadas nos dias atuais, com isso, a problemática exposta busca retratar que a partir do momento em que a imagem feminina na internet em sua liberdade íntima e pessoal é utilizada incorretamente por demais pessoas a fim de obter vantagem sexual indevida e explícita sob ameaças, é configurado neste sentido o crime de estupro no âmbito virtual, expondo neste estudo as consequências que sobrecarregam o psicológico da vítima e os devidos amparos legais que as mesmas devem vir a buscar.

REFERÊNCIAS

ALESSANDRA, Karla. Especialistas criticam uso da justiça restaurativa em casos de violência doméstica contra a mulher. **Câmara dos Deputados**, 2017. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/523960-especialistas-criticam-uso-da-justica-restaurativa-em-casos-de-violencia-domestica-contramulher/>>. Acesso em: 05 de maio de 2020

ALMEIDA, Heloísa Buarque de. Consumidoras e heroínas: gênero na telenovela. **Revista Estudos Feministas**, n.15: 177-192, 2007.

ALVES, Branca Moreira & PITANGUY, Jacqueline. O que é feminismo. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991.

ARAUJO, Ana Paula de; Finanças Femininas; **5 conquistas do movimento feminista para comemorarmos**; 27 de fev. 2020. Disponível em: <
<https://financasfemininas.com.br/5-conquistas-do-movimento-feminista-para-comemorarmos/>

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE APOIO À VITIMA. Projeto CARE. **Rede de apoio especializado a crianças e jovens vítimas de violência sexual**. 2º Ed. Portugal, 2019. Disponível em: < <https://apav.pt/care/index.php/manual-care>>. Acesso em: 16/05/2020

BRANCH, Kathryn; HILINSKI-ROSICK, Carly M.; JOHNSON, Emily; SOLANO, Gabriela. **“Revenge Porn Victimization of College Students in the United States: An Exploratory Analysis”**, International Journal of Cyber Criminology, v. 11, n. 1, 2017, p. 128-142.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 de novembro de 2019

BRASIL. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Dispõe sobre o crime de violência doméstica. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2019

BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Dispõe sobre alterações sobre crimes hediondos. Disponível em:
<<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/818585/lei-12015-09>>. Acesso em: 6 de novembro de 2019

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 7 de novembro de 2019

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 593. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Diário da Justiça: seção 3, Brasília, DF, 25 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Inicio>> Acesso em: 7 de novembro de 2019

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. **Estupro no Brasil**: uma radiografia segundo os dados da Saúde1 (versão preliminar). IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014.

CYBERSECURITY WORKFORCE REPORT. **Women in cybersecurity (2019)**.

Disponível em: < [https://www.isc2.org/-/media/ISC2/Research/ISC2-Women-in-Cybersecurity-](https://www.isc2.org/-/media/ISC2/Research/ISC2-Women-in-Cybersecurity-Report.ashx?la=en&hash=4C3B33AABFBEAFDDA211856CB274EBDDF9DBEB38)

[Report.ashx?la=en&hash=4C3B33AABFBEAFDDA211856CB274EBDDF9DBEB38](https://www.isc2.org/-/media/ISC2/Research/ISC2-Women-in-Cybersecurity-Report.ashx?la=en&hash=4C3B33AABFBEAFDDA211856CB274EBDDF9DBEB38)>.

Acesso em: 17 de abril de 2020

DATA REPORTAL. **Digital 2019: Brazil (2019)**. Disponível em: <

<https://datareportal.com/reports/digital-2019-brazil>>. Acesso em: 17 de abril de 2020

FEATHERSTONE, Mike. (1991). Consumer culture and Postmodernism. Londres: Sage.

FIORILLO, Celso Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

FRANÇA, Leandro Ayres; QUEVEDO, Jéssica Veleda. Projeto Vazou. **Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas**, 2016. Disponível em: <

<https://www.crimlab.com/sobre>>. Acesso em: 05 de maio de 2020

G1 Globo. **58% veem mulher retratada como objeto em anúncios de TV, diz estudo**. São Paulo, 23 de set. 2013. Disponível em: <

<http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2013/09/58-diz-que-mulher-e-retratada-como-objeto-em-anuncio-de-tv-diz-estudo.html>>. Acesso em:

4 de novembro de 2019

GRISCI, Carmem. Ser mãe, produção dele, reprodução dela. In: **É uma mulher...** Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

LAQUEUR, Thomas. **Inventando o sexo**: Corpo e gênero dos gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

LESSA, Patrícia. Consumo e desejo na construção de imagens femininas. **Estudos Feministas** 14(3): 819-841, 2006.

LUCCHESI, Ângela Tereza; HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino. Crimes: *ciberbullying, revenge porn, sextortion*, estupro virtual. **Revista Officium: estudos de direito** – v.1, n.1, 2, 2018

MARQUES, José Roberto. Os Riscos da Superexposição nas Redes Sociais. **Jrmcoaching**, 2017. Disponível em: <<https://www.jrmcoaching.com.br/blog/os-riscos-da-superexposicao-nas-redes-sociais/>>. Acesso em: 13 de novembro de 2019

MONARA, Thaís. Entenda a diferença entre sextorsão, vingança pornográfica e estupro virtual. **Canal Ciências Criminais**, 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/diferenca-sextorsao-vinganca-pornografica-e-estupro-virtual/>> Acesso em: 14 de novembro de 2019

MORAIS, Samy Araújo de. **A exposição dos jovens no ciberespaço**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Comunicação Social). Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande - PB, 2014.

MOREIRA, Virgínia; SLOAN, Tod. **Personalidade, ideologia e psicopatologia crítica**. São Paulo: Escuta, 2002.

OLIVEIRA, Adriana D'ávila. As redes sociais e o direito à privacidade. **Gazeta do povo**, 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/as-redes-sociais-e-o-direito-a-privacidade-2zbku3s7jzfn95kxgyt5dd07i/>>. Acesso em: 13 de novembro de 2019

ONU mulheres. **Campanha quer combater pequenas atitudes que levam à violência contra a mulher**. 25 de nov. 2016. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/campanha-quer-combater-pequenas-attitudes-que-levam-a-violencia-contr-a-mulher/>>. Acesso em: 13 de novembro de 2019

PESSINA, Enrico. **Teoria do Delito e da Pena**. 1ª Ed. São Paulo: Rideel, 2006.

PROJETO VAZOU. **Pesquisa sobre o vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil (2018)**. Disponível em: <<https://www.crimlab.com/projetovazou/resultado.pdf>>. Acesso em: 7 de novembro de 2019

SAFERNET BRASIL. **Sextorsão: o que especialistas de segurança online querem que você saiba? (2019)**. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/sextors%C3%A3o-o-que-especialistas-de-seguran%C3%A7a-online-querem-que-voc%C3%AA-saiba>>

SANTOS, Salomão Habib. **Sociedade de Controle: a perda da privacidade a partir dos avanços tecnológicos**. XXXII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Curitiba, PR – 4 a 7 de setembro de 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, André Luiz Rodrigues da; MORAES, Mariana. Crimes virtuais, dores reais. **Ufgrs. Humanista**, 2019. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/humanista/2019/01/31/crimes-virtuais-dores-reais/>. Acesso em: 16 de novembro de 2019

SWAIN, Tania. Feminismo e recortes do tempo presente. Mulheres em revistas ‘femininas’’. **São Paulo em Perspectiva**, v. 15, n.3: 67/81, 2001.

SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Exposição pornográfica não consentida: da pornografia de vingança ao lucro**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. Tradução Wagner de Oliveira Brandão. 15ª. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NOS CASOS DE CONFIGURAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO INVERSO

JULIANA CURCINO ALMEIDA:

Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário Católica do Tocantins

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA^{III}

(Orientadora)

RESUMO: A pesquisa teve como objeto de estudo o abandono afetivo inverso e a possibilidade de responsabilidade civil. O abandono afetivo é assunto recente no ordenamento jurídico, de igual forma é o abandono afetivo inverso, que pressupõe o abandono moral, afetivo e sentimental por parte dos filhos para com os genitores idosos. Assim, busca-se responder a seguinte problemática: É possível haver a responsabilização civil por abandono afetivo inverso, usando como analogia os fundamentos do abandono afetivo convencional? O objetivo geral consiste em discutir a possibilidade jurídica da responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo inverso e o entendimento doutrinário a respeito do tema. Os objetivos específicos consistem em identificar o posicionamento doutrinário a respeito do abandono afetivo inverso, avaliar decisão recente sobre a temática de abandono afetivo e analisar o instituído do abandono afetivo inverso sob o aspecto da responsabilidade civil. A justificativa para a abordagem do tema se refere a necessidade de aprofundamento teórico sobre o abandono afetivo inverso, de forma a contribuir para a comunidade acadêmica e a sociedade. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo e a metodologia de pesquisa foi a bibliográfica.

Palavra-chave: Abandono Afetivo Inverso; Efeitos; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This article aims to study the reverse affective abandonment and the possibility of civil liability. Affective abandonment is a recent issue in the legal system, as is the reverse affective abandonment, which presupposes the moral, affective and sentimental abandonment by the children towards the elderly parents. Thus, we seek to answer the following problem: How has the Brazilian Judiciary Power dealt with civil liability in cases of reverse affective abandonment? The general objective is to verify and analyze the legal possibility of civil liability arising from reverse affective abandonment and the doctrinal understanding on the subject. The specific objectives are to identify the doctrinal position regarding the reverse affective abandonment, to evaluate a recent decision on the theme of affective abandonment and to analyze the instituted of reverse affective abandonment. The justification for approaching the theme refers to the need for theoretical deepening on the reverse affective abandonment, in order to contribute to the academic community and society. The

research method used was the deductive and the research methodology was the bibliographic.

Keyword: Affective abandonment; Inverse; Doctrine; Jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução; 2. Abandono afetivo inverso; 3. Responsabilidade Civil; 4. Abandono afetivo inverso: interpretação analógica; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A família é base da sociedade, e um de seus princípios norteadores é o afeto. Neste vértice, a Constituição Federal reconheceu o afeto como principal elemento do núcleo familiar.

O abandono afetivo ocorre quando existe o abandono por parte do descendente ou ascendente para com o outro. Esse abandono é afetivo, e diz respeito a carinho e sentimento, por exemplo. O dever moral de afeto se relaciona com o dever de cuidado e se difere da obrigação material que é imposta por lei, e se refere ao sustento do indivíduo.

Recentemente o judiciário se deparou com processos cujo pedido era a indenização por responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo. Existem julgados que condenaram o genitor ao pagamento de indenização ao filho abandonado afetivamente.

No abandono afetivo inverso, ainda não há um entendimento firmado no STJ a respeito da responsabilização civil do filho que abandona o genitor, mas utiliza-se da analogia, e os argumentos de decisões favoráveis ao abandono afetivo podem ser utilizados para fundamentar o abandono afetivo inverso.

Em primeiro momento foi realizado um estudo a respeito do abandono afetivo, de forma a compreender o abandono afetivo inverso e as suas consequências para os genitores idosos. Abordando, ainda, os direitos direcionados aos idosos no ordenamento jurídico.

Em momento seguinte foi tratado a respeito da responsabilidade civil, seu conceito, pressupostos e características. Por fim, será apresentado os principais argumentos a respeito da responsabilização, utilizando doutrina e jurisprudência.

O critério de escolha do presente tema é a necessidade de aprofundamento de ideia dentro do assunto em tela. O estudo a respeito do abandono afetivo é comum, mas a sociedade e a comunidade acadêmica carecem de um estudo a respeito do abandono afetivo inverso.

No que se refere a metodologia, a abordagem será qualitativa, o tipo de pesquisa será bibliográfica, o método utilizado será o dedutivo e a pesquisa será explicativa.

2. ABANDONO AFETIVO INVERSO

As questões atinentes ao abandono afetivo inverso são novas no ordenamento jurídico brasileiro. Comumente se trata sobre o abandono afetivo filial, que é aquele praticado dos ascendentes contra os descendentes. Mas com fundamento no princípio da afetividade aplicado às entidades familiares, o tema vem sendo discutido amplamente no meio jurídico.

O envelhecimento populacional é fato incontestável, que deve vir acompanhado com a garantia de direitos mínimos às pessoas idosas. Com o fundamento da dignidade da pessoa humana, afirma-se que a todos é garantido o envelhecimento saudável e cercado de afeto.

Em 2003, a lei de número 10.741 denominada Estatuto do Idoso, estabeleceu que considera-se idoso a pessoa que tem mais de sessenta anos de idade. Essa disposição também encontra-se firmada na lei de número 8.842/94, responsável por instituir sobre a Política Nacional do Idoso.

Todo idoso tem direitos personalíssimos, sendo assim, possuem a capacidade de decidir sua própria vida, não devendo ser privados dos direitos que, em tese, são intransmissíveis e irrenunciáveis. Nos termos do artigo 11 do CC/2002: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária." (BRASIL, 2002).

Há a exigência do respeito desses direitos por parte da família do idoso e da sociedade, de forma geral. Juntamente com os direitos da personalidade, o idoso carece de maiores cuidados de cunho subjetivo, com foco em aspectos sentimentais e morais.

A violação do direito de cuidado para com os genitores idosos constitui o abandono afetivo inverso. Nota-se que esse abandono não é só o material, tendo em vista que o genitor idoso não precisa somente prover a sua subsistência, além disso, precisa manter sua saúde psicológica, que é garantida com o oferecimento de afeto por parte dos seus filhos, a convivência familiar, a dignidade, educação, cultura, dentre outros estabelecidos no artigo 3º do Estatuto do Idoso.

Nesse vértice, o dever jurídico de afetividade começa a ser abordado no âmbito jurídico, mesmo não havendo uma norma expressa mandamental, exigindo que o afeto seja prestado.

Não resta dúvidas de que eventual falta de afeição possa ocorrer, entretanto o respeito recíproco é um dever:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda de autoridade parental. [...] Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência” (LOBO, 2011, p. 56).

Os filhos possuem deveres para com os seus genitores, e esses deveres encontram-se consubstanciados no Texto Constitucional, mais precisamente em seu artigo 229 que além de estabelecer a necessária assistência dos genitores para com os seus filhos menores e incapazes, estabelece, ainda, que é dever dos filhos o amparo e assistência para com os pais idosos, carentes ou enfermos. Essa regra se baseia na reciprocidade de cuidado (material e imaterial) que deve existir entre os membros de uma família.

O Estatuto do Idoso reforça a obrigação de cuidado em seu artigo 3º:

Art. 3º: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2003).

Os filhos se posicionam em posição de proteção, sob o poder familiar, ao passo que aos pais é direcionada a obrigação de prover o sustento de seu filho. Quando o filho passar a ser maior de idade, e o genitor que precisa de amparo, o

direito à assistência material se fundamenta sob outra perspectiva: o dever de amparo recíproco que a lei impõe para os pais e filho.

Desta feita, o abandono material é regulado por lei e deve ser obrigatoriamente observado. Caso o genitor idoso não consiga, com seus próprios meios, garantir a sua subsistência, essa obrigação é direcionada aos seus filhos, e na falta destes, aos demais parentes.

O amparo material tem relação com a dignidade da pessoa humana, visto que ele se relaciona aos direitos básicos do ser humano, e notadamente da pessoa idosa, como alimentação, vestuário, remédios, dentre outros, por isso é necessário que, em sua ausência, o poder judiciário seja acionado para garantir a dignidade humana do idoso. No entanto, não é só de base material que constrói uma relação, é necessário o afeto, o respeito, a integração.

Assim, a família não se sustenta unicamente sobre o alicerce material, mas também sob o alicerce afetivo, que se relaciona intimamente com a dignidade, o respeito e a convivência familiar. Assim, tem-se que o afeto deve estar presente em toda relação familiar, não devendo o genitor idoso carecer desses cuidados sentimentais. Nesse sentido dispõe Pereira:

De fato, uma família não deve estar sustentada em razões de dependência econômica mútua, mas, exclusivamente, por se constituir um núcleo afetivo, que se justifica, principalmente, pela solidariedade mútua. [...] o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental. (PEREIRA, 2006, p. 35)

A violação do direito de cuidado para com os genitores idosos constitui o abandono afetivo inverso. Nota-se que esse abandono não é só o material, tendo em vista que o genitor idoso não precisa somente prover a sua subsistência, além disso, precisa manter sua saúde psicológica, que é garantida com o oferecimento de afeto, que consiste em um dever moral, por parte dos seus filhos.

A palavra afeto, não se acha dentro do contexto constitucional, porém é um aspecto essencial nas relações familiares atuais (SILVA, 2008). Tem-se ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana compreendido por parte da doutrina como princípio que tem a possibilidade de redução à hierarquia familiar e estabelecer características diferenciadas, sendo essas relações no sentido de união familiar ligada ao afeto entre os membros.

Para Lobo (2011, p. 70), o afeto “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

O abandono afetivo inverso é juridicamente possível, e merece total atenção por parte do judiciário brasileiro, nesse sentido:

O ordenamento jurídico delinea uma rede de solidariedade e responsabilidade que constituem uma via de mão dupla, e não poderia ser diferente. O raciocínio é o mesmo: a omissão no dever de cuidado dos filhos em relação aos pais idosos também constitui ilícito civil, gerando o dever de indenizar (SILVA PEREIRA, 2017, p.619).

Entretanto, mesmo tendo sido erigido à categoria de princípio basilar do direito de família, o texto constitucional não faz menção expressa ao princípio da afetividade. O que não impede de verificar a sua presença nele, de forma implícita, em diversas passagens suas. Conforme demonstrado por Paulo Lôbo (2011, p. 48):

Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução da família brasileira, além dos referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227). (LÔBO, 2011, p. 48)

O conceito de abandono afetivo é uma criação essencialmente doutrinária, que passou a ser adotada pelos tribunais brasileiros. Na sociedade moderna, as relações familiares passaram a ser identificadas pelo vínculo de afetividade entre seus membros, conforme estudado anteriormente.

Fala-se muito a respeito do abandono afetivo com relação aos genitores para com os filhos. Nesse sentido, Madaleno disserta:

Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os

sentidos da paternidade, respeitante a interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado. (MADALENO, 2017, p. 398)

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2016), o abandono afetivo inverso, nada mais é do que o descumprimento dos deveres de cuidado e afeto dos filhos com relação a seus genitores, violando o que está disposto no artigo 229 da Constituição Federal, em que os filhos devem amparar seus pais quando os mesmos ficarem idosos.

Wladimir Novaes Martinez (2005) entende que os idosos que normalmente são vítimas do desrespeito por parte da sociedade e do seu núcleo familiar, por advento do Estatuto do Idoso passam a possuir regras destinadas a resguardar os seus direitos.

O abandono que não se relaciona com materialismo, já está disposto no Estatuto do Idoso, o que vem ocorrendo em diversos tribunais ao entorno do país. Essa responsabilização apenas é reflexo de uma lei que visa a proteção de tais direitos, e mais um mecanismo de defesa para os idosos, que veem na Indenização pecuniária uma forma de prevenção para tal abuso e abandono, onde mesmo que não haja o direito de se cobrar o amor de alguém, que ao menos se assegure o dever de cuidado.

A lei do Estatuto do Idoso surgiu para garantir maior concretude à Constituição Federal onde se tutela os direitos da pessoa idosa, e assim evita que a falta de norma esvaziasse seu conteúdo.

Ressalta-se que o abandono afetivo é responsável por gerar no idoso um sentimento de tristeza e solidão, ferindo os seus sentimentos, agravando doenças físicas ou psicológicas, levando ao isolamento social e até mesmo à perda do interesse pela vida. Os danos causados aos idosos, decorrentes do abandono afetivo, são muito severos e atingem muitos de seus direitos da personalidade e a sua própria saúde.

No que se refere ao tratamento asilar que é o meio principal para a ocorrência do abandono afetivo do idoso, Ritt e Ritt (2008, p. 131) esclarecem que:

Assim, o asilamento para o idoso acaba sendo sinônimo de perda de seus laços diretos com seu contexto histórico, com suas referências pessoais e, principalmente, com suas relações familiares. Tal perda faz com que o idoso sinta a saída do lar como a quebra das relações com os seus familiares mais próximos, com suas experiências vividas e com seus papéis. Ocorrem mudanças progressivas nas crenças que tem a seu respeito, como também a respeito dos outros que lhe são significativos. Todas estas perdas influenciam diretamente no acreditar em si próprio e nas condições que ainda tem de enfrentar para se sentir e se manter vivo.

Ana Carolina Barreira Candia, em sua dissertação de mestrado, apresenta uma entrevista realizada com alguns idosos, cita a autora que ao perguntar a um idoso de 70 anos sobre o abandono afetivo o mesmo relatou “É a falta de conversar, né. Dialogar. Como diz o outro não dá a mínima por aqueles mais velhos, né? O que acontece mais? É a falta de compreensão mesmo, né, dos filhos”. Outra idosa, de 80 anos relatou o seguinte: “Solidão também é maltratar (...) Eu passei foi muita solidão, sentia muito sozinha (...).” (CÂNDIA, 2017, p. 129)

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

Caio Mário da Silva Pereira, ao realizar um estudo a respeito da conceituação de responsabilidade civil, destaca que a doutrina, de uma forma geral, não alcançou um consenso ao buscar a sua definição. Assim, define com suas palavras de forma ampla:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia com o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa ou se é independente desta. Em qualquer circunstância onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil. (PEREIRA, 2001, p. 8)

José de Aguiar Dias (2012, p. 89), por sua vez, assevera que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar seu verdadeiro conceito, que varia tanto quanto os aspectos que pode abranger”.

Assim, a partir de uma verificação etimológica, “responsabilidade” se origina no latim com a palavra *respondere*, que imprime a ideia de restituição ou compensação – de responsabilizar o lesante por seus atos danosos.

Preceitua o art. 186 do Código Civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”

A Constituição Federal de 1988, em seus arts. 5º V e X elevou a reparação por dano moral ao patamar de direito fundamental, encerrando qualquer dúvida que pudesse existir acerca da sua previsão, in verbis:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinções 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 a propriedade, nos seguintes termos: (...) V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X : são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A responsabilidade por abandono afetivo é extrapatrimonial que na lição de Sérgio Severo (1996, p. 45), onde preleciona que “(...) é a lesão de interesse sem expressão econômica.”

Almeida, Jarbas Junior e Dick (2013, p. 171) afirma que: “O ordenamento jurídico reserva ao Ministério Público a possibilidade de demandar em juízo em defesa dos direitos fundamentais da pessoa idosa, sejam eles, individuais ou coletivos, por meio da ação civil pública outros instrumentos processuais”.

Extraí-se do entendimento anterior, que é possível ingressar no judiciário com ação visando a reparação do dano provocado ao idoso. É sabido que a reparação do dano material é um dever jurídico e encontra-se previsto expressamente na legislação brasileira, como no Código Civil e no Estatuto do Idoso. Há, portanto, o dever jurídico originário de cumprir a lei, e o dever jurídico secundário ou sucessivo, de reparar o dano.

Nesse vértice, o abandono imaterial é algo que veio juntamente com a elevação do afeto como princípio familiar, a sua reparação é discussão recente na doutrina. Por esse motivo não há um mandamento legal impondo o dever de

oferecer afeto ao idoso por parte do filho, mas pode haver o dever secundário sucessivo de reparação do dano.

Nesse sentido, nas palavras de Bastos, deve haver a responsabilização dos familiares que detém o poder familiar:

Os preceitos da Constituição Federal e do Código Civil referentes a atos praticados, em geral, às relações civis, passam a constar também nas relações familiares, de maneira especial, às parentais como forma de respeitar a probabilidade natural de responsabilização daqueles que, investidos do poder familiar, exercem posição de responsabilidade. (BASTOS, 2008, p. 65)

É consensual, portanto, o entendimento doutrinário no sentido de que é possível a responsabilização civil por danos morais nas relações familiares, notadamente, por abandono afetivo, seja ele filial ou inverso.

4. ABANDONO AFETIVO INVERSO: INTERPRETAÇÃO POR ANALOGIA

A regulamentação da reponsabilidade civil dentro do direito de família é necessária para que haja a devida proteção aos casos que vem surgindo nos tribunais, como é o caso do abandono afetivo e do abandono afetivo inverso. Nesse sentido aduz Calderón:

Ou seja, tanto o Direito de Família como a responsabilidade civil são objeto de releituras contemporâneas, que se adaptam para melhor corresponder aos desafios da atualidade. Ao mesmo tempo, esses dois ramos do Direito Civil se aproximam e passam a se conectar intensamente, de forma inovadora. Essa percepção é vital para melhor compreensão dos julgados sobre abandono afetivo, que nos mostram que o encontro entre searas do Direito Civil em evidentes processos de mutação certamente não é tranquilo, embora possa ser promissor. (CALDEIRÓN, 2017, p. 262)

Em sentido contrário compreende Madaleno (2017), para o autor, a responsabilidade civil não deve ser tratada de forma distinta, fazendo surgir novas hipóteses de responsabilidade civil por avento dos mais variados casos.

Para o autor, a responsabilidade civil deve ser limitada aos casos de extrema gravidade. Por essa razão, segundo o autor, não deve haver a regulamentação da responsabilidade civil no direito de família, o que não significa que não haverá a

responsabilização nessa área, mas que tal responsabilização será fundada em grande necessidade. (MADALENO, 2017)

A respeito do abandono afetivo inverso do idoso, cabe destacar o seguinte entendimento:

[...] Dessa forma, a efetiva proteção jurídica de idosos abandonados afetivamente, também, contribui para uma visão constitucional do processo como uma ferramenta para a efetivação dos direitos fundamentais. Assim, a tutela ressarcitória do dano moral, sem prejuízo de outras formas de assegurar o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5.º, XXXV, da CF (LGL\1988\3)), é um importante meio processual aplicável à tutela do abandono afetivo dos idosos. (CAMBI, 2013, p. 350)

Nas palavras de Viegas e Barros, a indenização é perfeitamente possível, mesmo sendo difícil de ser alcançada:

Idosos abandonados afetivamente pelos seus próprios filhos, teriam direito à reparação por danos morais. Embora o fato seja considerado, por muitos, como impossível de ser exigido, tem sido objeto de responsabilização civil pelo não cumprimento do dever de cuidado. (VIEGAS; VIEGAS BARROS, 2016, p. 169)

Ainda, de acordo com os autores, o abandono imaterial é considerado um crime de desamor, ou seja, ausência de amor/afeto, que se caracteriza pela omissão injustificada na assistência familiar, no que se refere ao afeto. (VIEGAS; VIEGAS BARROS, 2016)

No Estatuto do Idoso, Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003 em seu artigo 3º encontra-se prevista a obrigação da família, da sociedade e do poder público, de garantir ao idoso a efetivação do direito ao bem maior, que se refere a saúde, educação, ao esporte, ao lazer, a cultura, ao trabalho, a cidadania, a liberdade, a dignidade, ao respeito e a convivência familiar e comunitária.

Enfim, trata-se de dever decorrente de lei, que exige cuidados específicos para com o idoso, que devido a avançada idade, carece de maior atenção. Esses cuidados referidos na lei, se inobservados, gera uma conduta lesiva ao idoso, o que enseja responsabilização civil.

Muito embora o dever de cuidado material das famílias para com os idosos se encontre previsto em lei, como é o caso do artigo 98 da Lei 10.741, há o dever

determinado pelo respeito e pelo afeto dos laços familiares, é um dever essencialmente moral.

Esse dever deveria independer de jurisdição para garantir que seja cumprido, mas a partir do momento em que não há o seu cumprimento, afetando, assim, o bem estar do idoso em toda a sua amplitude (saúde psicológica e emocional), o judiciário deve ser acionado, com o objetivo de garantir ao idoso o afeto, respeito e demais direitos subjetivos necessários.

De acordo com Flávio Tartuce (2017, p. 21) A questão do abandono afetivo é uma das mais controvertidas do Direito de Família Contemporâneo. O argumento favorável à indenização está amparado na dignidade humana.

Existem alguns projetos de lei atualmente em trâmite, com a tratativa do abandono afetivo inverso. O projeto de lei nº 4562 de 2016 trata do abandono afetivo inverso, no relatório do projeto em questão encontra-se a seguinte exposição de motivos:

Encontra-se no âmbito desta Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa o Projeto de Lei no 4.562, de 2016, de iniciativa do Deputado Francisco Floriano, que trata de modificar a Lei n o 10.741, de 1 o de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para caracterizar o abandono afetivo de idoso por familiar (também conhecido por abandono afetivo inverso) como ilícito civil, sujeitando o autor desse comportamento à reparação civil de danos. Nesse sentido, é proposto no âmbito da proposição em epígrafe, o acréscimo de um parágrafo (§ 4 o) ao art. 10 da referida lei que trataria de dispor expressamente que "O abandono afetivo do idoso por seus familiares implicará na responsabilização civil". (PROJETO DE LEI No 4.562, DE 2016)

Há, ainda, o projeto de lei nº 4229, de 2019, o mais recente sobre o tema, cuja explicação da ementa é a seguinte: "Prevê a responsabilização civil subjetiva dos filhos no caso de descumprimento do dever de cuidado, amparo e proteção do idoso pelo dano gerado a ele (sentimento de isolamento, de solidão, quadros depressivos, entre outros)."

Monteiro e Silva (2016, p. 446) complementa aduzindo que "A proposta é de que o descumprimento do dever de zelar pelo bem-estar dos filhos menores ou dos pais idosos, denominado abandono afetivo no projeto, tenha previsão legal expressa de indenização", o que, manifestamente, acabaria com qualquer discussão acerca da possibilidade ou não de reparação patrimonial nestes casos

Ao reconhecer o instituto do abandono afetivo inverso, o judiciário está valorizando a família como um todo:

Neste momento em que o Sistema Jurídico se propõe a valorizar a convivência familiar, a presença dos avós no âmbito da família deve representar para os filhos e netos um aprendizado contínuo quanto às rotinas diárias, alimentação etc., bem como, um efetivo exemplo de experiência e de hábitos de vida. A troca de conhecimentos e experiências propiciada entre gerações pode ser um referencial para aqueles que se encontram em fase peculiar de desenvolvimento, incentivando a construção de uma cultura solidária (SILVA PEREIRA, 2016-2017, p. 615)

Um dos julgados mais importantes no que se refere ao abandono afetivo e a sua possível indenização é o REsp nº1.159.242 - SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Esse julgamento é considerado um marco, tendo em vista que foi a primeira vez que a indenização foi vista como uma possibilidade. Ademais, esse julgamento pode ser invocado quando do abandono afetivo inverso, tendo em vista os argumentos relativos à afetividade, dignidade da pessoa humana e responsabilidade familiar:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO.COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições

para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

Na jurisprudência existem diversos entendimentos sobre o dever de indenizar nos casos de abandono afetivo. O principal argumento da corrente que se posiciona contrária a essa indenização, é que ninguém tem a obrigação de amar ninguém, ao contrário da assistência material, a assistência afetiva não pode ensejar indenização. Ademais, na decisão anteriormente citada, Fátima Nancy Andrichi afirmou que “Amar é faculdade, cuidar é dever”.

Portanto, buscando resolver a problemática apresentada, qual seja: É possível a responsabilização por abandono afetivo inverso usando-se como analogia os fundamentos do abandono afetivo convencional?

Nos sistemas jurídicos codificados, embora a pleora de leis e a incessante atividade legiferante, é comum constatarem-se lacunas normativas, com a falta de contemplação de casos práticos determinados. Isso se deve ao fato de que o legislador nem sempre acompanha a evolução social.

Assim, por mais eficiente que seja o legislador, não é possível prever todos os tipos de acontecimentos e de ações que mais tarde irão reclamar solução jurídica, como é o caso do abandono afetivo filial ou abandono afetivo inverso, que são conceitos recentes da doutrina brasileira.

De acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, constatada a lacuna, o aplicador deverá recorrer à analogia e, na falta desta, sucessivamente aos costumes e princípios gerais de Direito.

Assim, de acordo com Gonçalves:

Para o emprego da analogia requer-se a presença de três requisitos: a) inexistência de dispositivo legal prevendo e disciplinando a hipótese do caso concreto; b) semelhança entre a relação não contemplada e outra regulada na lei; c) identidade de fundamentos lógicos e jurídicos no ponto comum às duas situações. (GONÇALVES, 2017, p. 687)

Logo, em um caso concreto de abandono afetivo inverso, deve ser aplicada a norma atinente ao abandono afetivo filial, tendo em vista a ausência de regramento específico sobre o abandono afetivo inverso, a semelhança entre as situações e a identidade de fundamentos lógicos e jurídicos.

Verifica-se, portanto, que não há um caso concreto julgado pelo STJ, com o fim de trazer uma ementa e fundamentar os seus argumentos. No entanto, é perfeitamente possível que o abandono afetivo inverso se fundamente nos julgados de abandono afetivo, pois os argumentos são perfeitos para a situação, conforme visto no decorrer do texto.

Assim, os tribunais verificam o caso concreto, e a partir dos fatos apresentados no processo, responsabiliza ou não o filho que abandonou afetivamente o genitor, e arbitra um valor justo para a indenização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, foram apresentados os principais argumentos doutrinários a respeito do tema, ainda, foram apresentados julgado a respeito do abandono afetivo genérico, com a explicação da existência de possibilidade da utilização dos argumentos do julgado no caso do abandono afetivo inverso.

Conforme foi visto no decorrer do presente estudo, o abandono afetivo inverso ocorre quando o filho abandona afetivamente o genitor idoso. A responsabilidade civil por abandono material é pacificada, tendo em vista que decorre de lei. No entanto, o abandono afetivo não é regulado, e depende de entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Não há, até o momento, decisão no STJ que trate do abandono afetivo inverso. Até mesmo o abandono afetivo do pai para com o filho, é uma inovação legislativa, e os julgados serão realizados com o passar do tempo.

Assim, conforme visto pelo entendimento de alguns autores, o abandono afetivo inverso é passível de indenização, e os argumentos utilizados podem ser os argumentos direcionados ao abandono afetivo, tendo em vista que o afeto é princípio norteador das relações familiares.

Para a responsabilização do abandono afetivo inverso, utiliza-se dos mesmos argumentos do abandono afetivo filial, com fundamento na analogia, que é utilizado no caso de lacunas legislativas.

Portanto, o poder judiciário tem se mostrado receptivo aos casos de abandono afetivo, as inovações legislativas e casos jurídicos novos devem ser

tratados com maior atenção, e os valores da indenização devem ser arbitrados a partir de uma análise concreta de cada caso.

Não se buscou esgotar o assunto do abandono afetivo inverso, mas dar margens para novas pesquisas. Futuramente o assunto terá fundamentos jurídicos mais sólidos, e até esse momento chegar, faz-se necessário o estudo de suas possibilidades.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra; JUNIOR, Jarbas Soares; DICK, Maria Elmira Evangelina do Amaral. **Direitos das Pessoas com Deficiência e dos Idosos**, 2013.

BASTOS, Eliene Ferreira. **A responsabilidade civil pelo vazio do abandono**. In: BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, A. F. (Org.). *Família e Jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 65.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 21 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 abr. 2020.

BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em 21 abr. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 8.842, DE 4 DE JANEIRO DE 1994**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>. Acesso em 21 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Família. Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral**. Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) 3ª turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. SP, 10 de maio de 2012.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de família**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAMBI, Eduardo; COSSI, Nathália Pessini. **Tutela do abandono afetivo do idoso**. Revista dos Tribunais. Revista de Direito Privado | vol. 56/2013 | p. 345 - 358 | Out - Dez / 2013 | DTR\2013\11667.

CÂNDIA, Ana Carolina Nilce Barreira. **Responsabilidade civil por abandono imaterial (ou afetivo) direto e inverso**. 2017. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7.ed. Rev. Atual. e Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. 2 ed. São Paulo: DLTR. 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito civil: direito de família**. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PROJETO DE LEI N 4229 DE 2010. Disponível em:
< <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137919>>. Acesso em 29 jan. 2019.

PROJETO DE LEI No 4.562, DE 2016. Disponível em:
< https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514087&filename=PRL+2+CIDOSO+%3D%3E+PL+4562/2016>. Acesso em 29 jan. 2019.

RITT, Caroline Fockink; RITT, Eduardo. **O estatuto do idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA PEREIRA, Tânia da Silva. **Cuidado e afetividade na velhice: A importância da convivência familiar e social para o idoso.** Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editora, 30ª ed., 2008.

TARTUCE, Flávio. **Lei de introdução e parte geral.** 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; VIEGAS BARROS, Marília Ferreira de. **Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole.** Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS, Porto Alegre, v. 11. N. 3, p. 168-201, 2016.

NOTA:

^[1] Doutora em Ciências pela USP, mestre em direito pela UNIMAR, professora do curso de direito do Centro Universitário Católica do Tocantins – UNICATÓLICA, e-mail karine.mota@catolica-to.edu.br

A IMPORTÂNCIA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

IZABELA RIBEIRO FERREIRA: Bacharelanda no curso de Direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis - SP.

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Ademir Gasques Sanches e Prof. Mestre Erica Cristina Molina dos Santos.

RESUMO: O objetivo do vigente trabalho de conclusão de curso é explanar a importância e os efeitos da inclusão do feminicídio como qualificadora no crime de homicídio expresso no Código Penal Brasileiro. A lei Nº 13.104, de 9 de março de 2015 que alterou o artigo 121 desse código, surge com o intuito de punir o homicídio motivado pelo ódio contra as mulheres, caracterizado por circunstâncias específicas em que o pertencimento da mulher ao sexo feminino é essencial na prática do delito. O feminicídio é a demonstração fatal das inúmeras violências que podem atingir as mulheres em sociedades marcadas pela desigualdade de poder entre os gêneros masculino e feminino e por construções históricas, econômicas, políticas, culturais e sociais discriminatórias. Diante do exposto, a metodologia adotada foi o procedimento descritivo; e técnica de pesquisa bibliográfica e documental, em relação aos meios.

Palavras-chave: Mulher. Qualificadora. Violência. Femicide.

ABSTRACT: The aim of the course conclusion paper is to explain the importance and effects of the inclusion of femicide as a qualifier in the crime of homicide expressed in the Brazilian Penal Code. Law No. 13104 of March 9, 2015, amending Article 121 of that Code, increases with the intent to punish or commit a murder motivated by hatred of women, and is prohibited by specific circumstances where female gender is essential in women. practice of the offense. Femicide is a fatal demonstration of the various violations that can affect women in societies marked by inequality of power between men and women and discriminatory historical, economic, political, cultural and social constructions. Given the above, a methodology adopted was the descriptive procedure; and technique of bibliographic and documentary research, in relation to the media.

Keywords: Woman. Qualifier Violence. Femicide.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE HOMENS E MULHERES. 3. IMPORTANTES AVANÇOS PARA AS MULHERES. 4. A IMPORTANCIA DA INCLUSÃO DO FEMINICÍDIO NO CÓDIGO PENAL. 5. FEMINICÍDIO NO BRASIL. 6. O DESAFIO DA APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata-se de uma pesquisa sistemática que tem como objetivo a contribuição para a propagação da discussão sobre o tema, coletando dados e agregando posicionamentos de diversos doutrinadores que demonstram que nesse tema, nomear o problema é uma forma de visibilizar um cenário grave e permanente onde milhares de mulheres são mortas todos os anos no Brasil, as ações afirmativas e o emprego da discriminação positiva são benéficas para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Ao realizar um breve questionamento no contexto histórico sobre a posição da mulher em uma sociedade patriarcal, observa-se que a figura feminina foi vista como submissa ao longo da história e, embora, hoje, formalmente possua plena igualdade ao homem, na prática, nota-se que a sua condição de gênero feminino pode de fato ser muito perigosa, visto que as mulheres são vítimas de todas as formas de violências, nos mais diversos ambientes sociais.

De fato, as mulheres já vêm em um processo, lento e gradual de conquistas sociais, econômicas e jurídicas, mas é a partir de então que se intensificam as discussões e lutas pela superação da situação das mulheres. Se comparados a milênios de inferiorização, submissão e desqualificação, os avanços conquistados, arduamente, nas últimas décadas são pequenos, mas fundamentais para a consolidação do processo histórico e cultural da mulher ao lado do homem com as mesmas possibilidades de ser na sociedade.

Por isso, embora seja indiscutível o avanço da inclusão da qualificadora do Femicídio ao Código Penal, a superação da violência contra a mulher é uma questão complexa e merece muito estudo e conscientização da população e diálogo entre famílias para que um dia essa violência possa vir ser efetivamente erradicada.

2. IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE HOMENS E MULHERES

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, demonstra no artigo 5º, caput e seu inciso primeiro, a igualdade de todos perante a lei, suscitando que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações". Significa dizer que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta distinções.

Apesar disso, devido à forte cultura machista marcada pelo patriarcalismo, a sociedade tem a ideia da superioridade masculina em relação à mulher.

A Constituição engloba a igualdade formal e a igualdade material. O primeiro caso baseia-se em não estipular distinção entre as pessoas, independentemente de seu gênero, sexualidade, cor ou religião; ainda assim, essa afirmação pode acabar causando desigualdades, visto que nem todos se encontram em situações idênticas. Deste modo, com o intuito de evitar que tais desigualdades aconteçam, existe a igualdade material que trata os desiguais na limitação de suas desigualdades, proporcionando tratamento diferenciado aqueles em situação de desamparo legal ou social, como Andressa Machado explica:

[...] Isso não significa diminuir tais grupos, na verdade a intenção é nivelar aqueles que por natureza são hipossuficientes. O entendimento parcial da pesquisa é que a criação de tais normas tem como principal objetivo afastar

o sentimento de discriminação entre os sexos, que está enraizado na história da humanidade. Portanto o tratamento Constitucional diferenciado em relação às diferenças entre os sexos é essencial, pois estes visam que a igualdade seja assegurada de modo substancial, 2014, edição 11.

Considerando o extenso histórico de desigualdade entre homens e mulheres, observa-se que a criação de dispositivos legais na defesa da mulher tem como intuito amparar o gênero que desde sempre se viu em situações discriminatórias, vulnerável ao desamparo e as arbitrariedades por parte dos homens, da sociedade e do governo. As circunstâncias pelas quais a sociedade brasileira passou e infelizmente ainda passa em relação à violência contra a mulher demandam uma maior e urgente proteção pela lei ao sexo feminino, sem que isso importe qualquer espécie de tratamento desigual perante a figura masculina. Assim, Alexandre de Moraes também explica que:

A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização discriminação de sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher, aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis. Consequentemente, além de tratamentos diferenciados

entre homens e mulheres previstos pela própria constituição (arts. 7º, XVIII e XIX; 40, S 1º; 143, SS 1º E 2º; 201, S 7º), poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo. (2016, p102).

Verifica-se que embora a Constituição determine igualdade apesar do sexo, não é o que se percebe na prática. A cultura machista existente na sociedade e a diferença histórica entre homens e mulheres geraram no sexo masculino uma posição de poder sobre os demais, em especial sobre

o sexo feminino, e é por esse motivo que o número de morte por Femicídio vem aumentando.

Com a finalidade de conceder proteção as mulheres, foi aprovada a Lei 11.340, em 07 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha e, futuramente, a Lei 13.104, em 09 de março de 2015 - Lei do Femicídio - meios fundamentais para a proteção de toda e qualquer mulher que esteja em situação de risco.

3.IMPORTANTES AVANÇOS PARA AS MULHERES

A inferioridade das mulheres vem de milhares e milhares de anos e, momentaneamente, pode até parecer que os avanços são pequenos diante à trajetória histórica da humanidade. No entanto, reconhecê-los é fundamental para o processo de consolidação desses direitos e conquistas de outros.

Alguns direitos básicos, como estudar, praticar esportes, trabalhar eram prerrogativas só para os homens. Após anos de lutas feministas, as mulheres foram conquistando seu espaço e adquirindo tais direitos.

Desde 1937, mulheres eram proibidas de praticar atividades como futebol, lutas, beisebol etc. Só passaram a poder em 1965, vinte e oito anos depois. Estudar também não era um direito para o sexo feminino, as mulheres só puderam passar a frequentar a escola básica a partir de 1927. Já as universidades só foram ocupadas pelo gênero feminino mais de 50 anos depois, em 1979.

Para trabalhar não era diferente, logo após a inserção da mulher no mercado de trabalho – com a autorização de seu marido até 1962 –, os direitos trabalhistas não contemplavam suas condições especiais.

Com a implementação e aperfeiçoamento da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), hoje a mulher tem direito a igualdade salarial, licença-maternidade e garantia de emprego durante a gestação, o que não acontece muito na prática.

Também teve a conquista do direito ao voto. No Brasil foi autorizado em 1932, um dos principais motivos da ebulição do feminismo.

A Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, é o principal marco jurídico na defesa da mulher. Antes dela, havia a ideia popular de que “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”. Desse modo, as pessoas entendiam que a violência doméstica devia ser tratada dentro de casa e representava um crime de menor potencial ofensivo. Também era comum a noção de que as mortes se tratavam de crimes por motivos de foro íntimo, passionais, ou como resultado de distúrbios psíquicos.

Essa lei descreve as situações de violência doméstica. Ela inclui tanto as formas de violência física, como a doméstica (quando a agressão ocorre dentro de casa) e a psicológica, como calúnia, difamação ou injúria contra a honra ou a reputação da mulher.

Em 2013, Claudenice Josefa Olímpia, foi assassinada por seu marido por motivação de ciúmes. Réu confesso, Evandi Guilherme da Silva foi preso por homicídio. Mas após o crime, ele passou a receber do governo brasileiro uma pensão. Por falta de acompanhamento dos processos, casos como esse acabavam recebendo benefícios da Previdência Social

Em 2017, a Advocacia Geral da União (AGU) pediu na Justiça que os benefícios previdenciários pagos a homens autores de agressões contra companheiras sejam suspensos e que eles sejam obrigados a devolver a pensão.

Entretanto, mesmo com direitos constitucionais garantidos, mulheres e homens infelizmente ainda não são tratados da mesma maneira, tampouco respondem da mesma forma para as semelhantes questões. Em razão disso, os avanços necessários atualmente são subjetivos e de mudança comportamental e cultural, e não apenas legal.

4. A IMPORTANCIA DA INCLUSAO DO FEMINICIDIO NO CODIGO PENAL

As discussões em torno da igualdade de gênero foram inseridas na pauta mundial no início dos anos 2000, e deixaram evidente, o quadro de violência ainda sofrido pelas mulheres, entre outras graves questões.

Esses episódios dão espaço à previsão como crime da figura do feminicídio, ou seja, a possibilidade de homicídio com pena maior, em virtude da ação de ofensa ao bem jurídico vida da mulher, exatamente por ser o agressor alguém que a vê infero pela condição de gênero ou a considera por esta circunstância objeto ou posse sua.

Assim, é muito importante que não se confunda o feminicídio com o homicídio. O primeiro consiste em matar mulher e tem sua constitucionalidade, como hipótese de aumento de pena, discutível sobre a ótica do princípio da isonomia. Já o feminicídio parte da apuração de que há uma realidade de opressão de gênero e age diretamente canalizado para ela, por esse motivo, agravando a resposta penal quando o agente do delito atua inserido no pensamento opressor.

A partir de 2015, o Brasil alterou o Código Penal Brasileiro e incluiu a Lei 13.104, que tipifica o feminicídio como homicídio, reconhecendo o assassinato de uma mulher em função do gênero

O crime de homicídio prevê pena de seis a 20 anos de reclusão. No entanto, quando for caracterizado feminicídio ele é considerado hediondo e a punição é mais severa, parte de 12 anos de reclusão.

Após essas modificações o feminicídio está tipificado no Código Penal como qualificadora no artigo 121 da seguinte forma:

Art. 121. Matar alguém:

§ 2º, se o homicídio é cometido:

VI - Contra a mulher por razões da condição de Sexo feminino

Pena -reclusão, de doze a trinta anos

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - Violência doméstica e familiar

II - Menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Há um grande questionamento de muitas pessoas sobre o objetivo dessa especificação.

Seu objetivo tem como foco o fato de que em nossa sociedade machista e patriarcal, na qual as mulheres ainda são, constantemente, submetidas a relacionamentos abusivos, a tratamentos humilhantes e desumanos e à violência

doméstica, pelo fato de ser mulher, a violência e os homicídios decorrentes dessas características são muito frequentes. O ódio e a discriminação contra as mulheres e a tudo que remete ao sexo feminino, infelizmente, ainda é, muito comum em todo o mundo. Essa odiosidade é chamada de misoginia. No Brasil, onde apresenta um sistema educacional mais precário, como nos países em desenvolvimento, os traços culturais e sociais de misoginia são maiores e mais frequentes, o que resulta em mais casos de tratamentos degradantes contra a mulher, violência doméstica e estupros. Existe uma enorme dificuldade do Estado em coibir a violência doméstica, que, em casos extremos, quase sempre se resulta em Femicídio. Se a cada uma hora e meia uma mulher é vítima de Femicídio no Brasil, é fundamental e necessária o papel dos agentes públicos coibirem tal prática. A Lei 13.104/15, ao dobrar a pena mínima e acrescer ao teto (trinta anos) a pena máxima, atua como uma medida legal de maior eficácia para impelir o assassinato de mulheres. Dar nome a esse homicídio não soluciona todos os problemas, tampouco cessam as mortes dessas mulheres, até porque essa é uma medida punitiva, porém traz visibilidade para conhecer melhor a dimensão e o contexto dessa violência. E com dados tão alarmantes, o Estado passa a aprimorar suas políticas públicas para coibi-la e preveni-la.

5. FEMINICIDIO NO BRASIL

O Brasil convive com consideradas estatísticas de violências cotidianas praticadas contra as mulheres, o que resulta em um destaque decadente no cenário mundial. Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) o Brasil é o 5º país no ranking de mortes violentas de mulheres no mundo. O Mapa da Violência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostra que o número de mulheres assassinadas aumentou. Entre 2003 e 2013, passou de 3.937 casos para 4.762 mortes. EM 2016 uma mulher foi assassinada a cada duas horas no país. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública também apontou que a cada uma hora, 4 meninas de até 13 anos são estupradas no Brasil. Dados apavorantes que demonstram um caminho longo e árduo na luta contra essa injusta violência que tem como alvo as mulheres do Brasil e de todo o mundo.

Neste ano os casos de Femicídio aumentaram 76% no 1 trimestre, e os dados mostraram que em cada 10 casos 8 ocorreram dentro de casa, o que é classificado como Femicídio Intimo, o que indica que a casa também é um local de alto risco de homicídio para as mulheres. A Juíza Adriana Ramos de Mello titular do 1º Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro explica essa classificação:

“O Femicídio íntimo é um contínuo de violência. Antes de ser assassinada a mulher já

passou por todo o ciclo de violência, na maior parte das vezes, e já vinha sofrendo muito tempo antes. A maioria dos crimes ocorre quando a mulher quer deixar o relacionamento e o homem não aceita a sua não subserviência. Este é um problema muito sério”.

Apesar de dados graves e impactantes, eles ainda podem representar apenas uma parte da realidade, visto que uma parcela formidável dos crimes não é denunciada ou, quando são, nem sempre são reconhecidos e registrados pelos agentes de segurança e justiça como parte de um contexto de violência contra as mulheres. Desse modo, a dimensão dessa violência ainda não é completamente conhecida no país.

5.1. FEMINICÍDIO DAS MULHERES NEGRAS NO BRASIL

No Brasil, as mulheres negras são as vítimas mais atingidas pelo feminicídio. Segundo informações do Mapa da Violência de 2016, os homicídios de mulheres brancas no Brasil, pela condição de gênero recuou 9,8%, que caiu de 1.747 para 1.576 entre os anos. Já o número de homicídio de mulheres negras saltou de 1.864, para 2.875 nos anos de 2003 a 2013.

As mais afetadas por esses crimes violentos são mulheres jovens, a maioria entre 18 e 30 anos, pobres e negras. O estudo mostra ainda que 50,3% das vítimas são assassinadas por familiares e 33,2% dos crimes são cometidos por parceiros ou ex parceiros.

A partir destes dados também podemos concluir que mulheres negras são as principais vítimas da violência doméstica no Brasil.

Um dos principais motivos é a questão racial que juntamente com o machismo oprimem e discriminam essas mulheres da forma mais cruel. A falta de oportunidade no mercado de trabalho também é um problema; as principais vítimas dependem financeiramente do seu parceiro, deixando-o com um poder de submissão, superioridade, e assim a mulher vai ficando sem saída para denunciar ou sair de casa.

A mulher negra ao longo da história teve seu corpo sexualizado, e isso contribuiu, e ainda contribui para que o gênero oposto se sinta no direito de menospreza-la, usa-la e descarta-la sem nenhum cuidado, aumentando, assim, a chance de ser violentada.

6. O DESAFIO DA APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

O feminicídio é um crime que ocorre de modo constante em todo Brasil, mas, infelizmente, em muitos casos não incide a circunstância qualificadora prevista no artigo 121, inciso VI do Código Penal. O poder judiciário, em conjunto com as esferas do governo, deve garantir a efetiva e correta aplicação da lei, pois se torna bastante difícil a tarefa de tirar a invisibilidade desses tipos de crimes, combater a vulnerabilidade em que se encontra a mulher, punir de modo correto o criminoso e mostrar para a sociedade que nenhum homem tem o direito de decidir o que acontece na vida de uma mulher, já que os inúmeros casos são classificados como feminicídio. Já que os inúmeros casos não são qualificados como feminicídio.

Em 2016, as Diretrizes Nacionais do Feminicídio foram publicadas para investigar, processar e julgar, com perspectiva de gênero, as mortes violentas de mulheres. O diferencial desse documento é estabelecer ações que devem ser aplicadas desde o início da investigação até o julgamento, é necessário haver a realização de trabalho em regime de colaboração entre os agentes públicos, pois ações isoladas dificilmente surtirão efeitos satisfatórios.

Se for dado a merecida importância, as Diretrizes Nacionais do feminicídio, se mostram como o mais importante mecanismo direcionador da investigação, do processamento e da aplicação da circunstância qualificadora do feminicídio

Nota-se que, um dos maiores empecilhos a aplicação correta da qualificadora do feminicídio é a subnotificação desses crimes, que não são capitulados da maneira correta, dificultando em muito a repressão ao feminicídio no país, bem como obstaculizando a elaboração de estatísticas criminais a respeito desse tipo de crime.

O equivocado entendimento a respeito do crime, o pouco investimento de recursos públicos em meios aptos a garantir atendimento e segurança as mulheres vítimas de feminicídio e violência doméstica, tal como a falta de uma investigação aprimorada e específica para tais tipos de crimes, faz com que o número de mortes de mulheres corretamente qualificadas como feminicídios seja pequeno. Como consequência do que foi dito, não basta criar o dispositivo legal e colocá-lo em vigor. Isto não é o bastante para garantir que a lei produza todos os seus efeitos. E nesse cenário que se tornam compreensíveis as palavras de Farias, no sentido de que "a lei deve acompanhar a dinâmica do tempo, a intensificação da violência e os avanços constantes da sociedade". (2003, p,171)[1]

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A qualificadora feminicídio foi inserida no código Penal Brasileiro apenas no ano de 2015, apesar do histórico de violência e morte contra mulheres por razões de gênero no Brasil.

O mais grave dos crimes que pode ocorrer contra uma mulher pelo fato de ela ser mulher, foi tipificado como homicídio qualificado com o objetivo de punir de forma rigorosa os assassinos, coibir a prática do crime e, essencialmente, mostrar para a sociedade que nenhum homem tem direito sobre a vida de uma mulher.

Sendo assim, é adequado concluir que a importância da inclusão do feminicídio ao código Penal Brasileiro consiste na tentativa de promover a igualdade entre homens e mulheres e dar visibilidade a essas mortes de mulheres por condições de ser do sexo feminino. É inadmissível que, em pleno século XXI, mulheres ainda sejam vítimas de crimes tão bárbaros e arcaicos. As mulheres desejam igualdade, segurança, proteção e, principalmente, o direito de poder decidir seu próprio destino.

Se corretamente aplicada ao caso concreto, a qualificadora do feminicídio será capaz de impactar de modo mais benéfico no combate à violência contra o sexo feminino, à punição desses crimes e à repressão, pois esta apresenta-se como meio na luta pelo reconhecimento e esclarecimento da gravidade que é a violência e as mortes de mulheres por condição de gênero, algo que é preocupante, extremamente grave e inadmissível, e que deve ser alvo de combate pelo governo e toda a sociedade.

Dito isso, convém registrar, que embora seja incontestável o importante avanço da inclusão da qualificadora, no que tange a proteção da vida da mulher, ao combate e repressão de crimes cometidos por razões da condição do sexo feminino, dando ênfase aos crimes de feminicídios perpetrados no país e de forma rigorosa, punindo seus autores, nota-se, que apesar dessa inclusão, o feminicídio não está trazendo efeitos como deveria na sociedade brasileira, pois os impactos que traz a sua introdução ao Código Penal ainda são reduzidos. Em última análise, cabe deixar registrado, como consequência do que foi mencionado acima, que não basta criar a lei e colocá-la em vigor. Isto não é suficiente para garantir que o dispositivo produza todos os seus efeitos.

Convém, ainda, apontar algumas sugestões que presumem ser úteis, no sentido de que se alcancem plenamente todos os efeitos que o dispositivo é capaz de produzir, tal como aprimorar o modo de investigações de feminicídios. Seriam as seguintes: Implantar em todos os estados, um Núcleo de Estudos e Pesquisa em Violência de Gênero e um Núcleo Investigativo Policial de Feminicídio, no âmbito da polícia civil, tomando como exemplo o modelo que o Estado do Piauí adotou, aperfeiçoar os demais agentes públicos atuantes nas esferas de apoio à vítima e processual; deixar explícito, de forma clara e objetiva o conceito de feminicídio e dos casos em que a qualificadora deve incidir.

Portanto, ações práticas no enfrentamento do feminicídio podem ser adotadas, junto com as penais, sobrevivendo de políticas públicas concretas no sentido de promover a igualdade de gênero e do respeito às diferenças e gerar o entendimento da não possibilidade de submissão de pessoas à objetivação por outras, desde uma grande reforma em importantes veículos sociais, para que seja sempre estimulada a cultura do respeito, convívio e da paz.

REFERENCIAS

Código penal decreto de lei... VADE MECUM 2019 jusPODIVM

Constituição 1988 vade mecum

Lei n 11340 de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha vade mecum jusPODIVM 2019

Lei n 13104 de 9 de março de 2015, lei do feminicidio , altera o artigo 121 do decreto lei 2848 de 7 de dezembro de 1940

Dossie Feminicidio – disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/>

CAMPOS, Carmen Hein de Feminicidio no Brasil: uma análise crítico feminista. Revista eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Manual de direito PENAL, parte especial, Juspodvm 2016

Atualidades UOL. Disponível em <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/feminicidio-brasil-e-o-5-pais-em-morte-violentas-de-mulheres-no-mundo.htm>

NOTAS:

[1] Cf, BRASIL, Ministério das mulheres, da igualdade racial, da juventude e dos Direitos Humanos Diretrizes Nacionais do Feminicídio

ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE PENITENCIÁRIO EM UM MUNICÍPIO DE TERESINA PIAUÍ

AMANDA LOPES MOURA:

Acadêmico do curso em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho. UNIFSA.

ROGÉRIO SARAIVA XEREZ ^[1]

(Orientador)

RESUMO[2]: O objetivo do presente estudo é realizar uma análise da situação das mães e mulheres grávidas presas em estabelecimento carcerário no Município de Teresina com relação ao respeito à legislação que protege a detenta nestas circunstâncias. Na a construção do trabalho, utilizou-se pesquisa bibliográfica a respeito do tema, valendo-se de repertório jurisprudencial, artigos de periódicos e fontes públicas. Em seguida abordou-se as principais as leis que aparam o direito das gestantes no cárcere inclusive constitucionalmente. Por fim, analisou-se mais detalhadamente as condições das mulheres gestante e mães no estabelecimento penitenciário feminino em Teresina procurando analisar o respeito ou não as normas de proteção específicas. Após a análise dos dados obtidos e da legislação existente, percebeu-se o desrespeito a alguns direitos fundamentais e legais existentes. Constatou-se desta forma, que o jus puniendi do Estado nessas circunstâncias viola os direitos e garantias das gestantes encarceradas na penitenciaria de Teresina.

Palavras-chave: Penitenciária feminina de Teresina. Mulheres no cárcere. Legislação de proteção.

ABSTRACT: The objective of the present study is to carry out an analysis of the situation of mothers and pregnant women imprisoned in a prison in the Municipality of Teresina with respect to the legislation that protects the detainee in these circumstances. In the construction of the work, bibliographic research was used on the subject, drawing on jurisprudential repertoire, journal articles and public sources. Then the main laws were addressed that cut the right of pregnant women in prison, even constitutionally. Finally, the conditions of pregnant women and mothers in the women's prison in Teresina were analyzed in more detail, seeking to analyze whether or not specific protection rules were respected. After analyzing the data obtained and the existing legislation, it was noticed the disrespect to some existing fundamental and legal rights. In this way, it was found that the jus puniendi of the State in these circumstances violates the rights and guarantees of pregnant women imprisoned in the Teresina penitentiary.

Keywords: Administrative Law, Civil Procedure, Minimum Existential, Public Treasury, Improbability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito feminino: penas e presídios. 2.1. Das penas no ordenamento jurídico brasileiro. 2.2. Estabelecimentos prisionais femininos no Brasil. 3. Direito das mães e gestantes apenadas na penitenciária feminina de Teresina-PI. 3.1. Princípios e direitos fundamentais relativos às mulheres encarcerada. 3.2. Lei de Execuções Penais. 3.3. Lei 11.634/2007. 3.4. Lei nº 13.434/2017. 3.5. Código de Processo Pena. 4. A penitenciária feminina de Teresina Piauí. 4.1. Perfil das mulheres na penitenciária feminina de Teresina. 4.2. Atenção à saúde das mulheres gestantes que estão em cumprimento da pena privativa de liberdade. 4.3. Direito das mães encarceradas à assistência jurídica. 4.4. As consequências ao nascituro de uma gestação no cárcere. 4.5. O uso do Habeas Corpus coletivo 143.641 na penitenciária feminina de Teresina. 5. Conclusão. 6. Referências

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, percebe-se um aumento do número de pesquisas a respeito da problemática do sistema penitenciário[3], que indicam em sua maioria para problemas como a superlotação dos presídios, a falta de estrutura, complicações enfrentadas pelos presidiários, além da violência, entre outros.

Entretanto, muitos desses estudos são realizados apenas em presídios masculinos. Com isso, surgiu à necessidade de chamar atenção para as mulheres encarceradas, que são, de certa forma, invisíveis para a sociedade e para o Estado. Entre essas mulheres encarceradas que passam despercebidas, existem as presas da penitenciária feminina da cidade de Teresina, estado do Piauí.

Essa penitenciária feminina deve ser estudada de forma apartada das demais prisões masculinas do Estado, pois possui diversas individualidades referentes à condição de ser mulher, sendo a principal delas a questão da gravidez e maternidade no cárcere.

As circunstâncias vividas dentro do presídio de Teresina, que já é (são) precária para as mulheres em geral, agravam-se notadamente quando engloba a maternidade. Durante a gravidez elas não têm à sua disposição uma infraestrutura apropriada e assistência de profissionais especializados, entre diversos outros problemas.

Para construção do estudo, utilizou-se metodologia baseada em material bibliográfico, constituído principalmente de repertório jurisprudencial e artigos de periódicos. Também foram usadas fontes públicas, como dados disponibilizados no

site do Poder Judiciário do Estado do Piauí e DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional).

O presente trabalho foi dividido em tópicos para a melhor compreensão acerca do tema, primeiramente apresentará um levantamento sobre as penas aplicadas e as penitenciárias dedicadas às mulheres no país, em especial, a penitenciária de Teresina, exibindo dados atuais e analisando a aplicabilidade das leis.

Posteriormente, abordou-se o tema do direito das gestantes no cárcere previstos na legislação brasileira e na nossa Constituição, destacando o artigo 5º da Constituição Federal.

Por fim, o quarto capítulo analisou como ocorre o exercício da maternidade dentro da penitenciária analisada, trazendo o perfil da mulher encarcerada. Verificando ainda os últimos julgados a respeito dos direitos da mulher encarcerada, analisando sempre o que está disposto na legislação brasileira. Apresenta-se nesse capítulo uma comparação do que é disposto na legislação com a realidade da penitenciária Teresinense, buscando sempre avaliar as dificuldades vividas pelas gestantes e a assistência que é dada pelo Estado.

Neste sentido a pesquisa procurará determinar a realidade da mulher no cárcere da penitenciária feminina, analisando especificamente a obediência a legislação constitucional e infraconstitucional de defesa dessas pessoas.

2 DIREITO FEMININO: penas e presídios

2.1 Das penas no ordenamento jurídico brasileiro

Pena é uma sanção aplicada pelo Estado para àqueles que não agem em conformidade com o disposto na legislação. Washington Santos afirma que pena é: "uma imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada, pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal" SANTOS, (2001). A pena se aplica ao agente quando o mesmo pratica um o fato que se caracteriza como típico, ilícito e culpável, podendo o Estado exercer o seu *ius puniendi*.

A pena tem como finalidade a retribuição e a prevenção (NUCCI, 2015). Neste sentido, a retribuição, seria uma espécie de sanção, castigo pelo delito praticado. Já a prevenção, é dividida em duas teorias, primeiramente em preventiva geral, que nada mais é do que intimar a todos que devem cumprir as leis e demonstrar a eficácia do direito penal. E em preventiva especial, por sua vez, é focada para aqueles que praticaram o delito, é voltada para a prevenção de novos delitos penais.

As penas e suas espécies são encontradas no código penal no artigo 32 especificando os tipos de penas como a privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

A pena privativa de liberdade como o próprio nome já diz, é a privação da liberdade de ir e vir daquele que comete um ilícito penal. Ela se subdivide em: reclusão, detenção e prisão simples.

A pena de reclusão será fixada em infrações mais graves e os seus regimes poderão ser o fechado, semiaberto e aberto, podendo ser iniciada em qualquer um deles. Já a detenção será fixada nas infrações de menor gravidade, abrangendo apenas o regime semiaberto e aberto.

Por outro lado, a prisão simples é aplicada como punição para as contravenções penais, que se tratam de delitos de menor gravidade. Não admite o regime fechado em hipótese nenhuma, nem mesmo nos casos que se trata da regressão de regime.

Assim, as penas restritivas de direito, diferentemente das privativas de liberdade, são uma espécie autônoma da pena. São classificadas como penas alternativas à prisão, pelo fato de elas serem aplicadas de forma a substituir as penas privativas de liberdade. Sendo assim, se forem descumpridas sem motivo justo, poderão ser revertidas para a pena originalmente interposta, sempre observado o disposto no artigo 44 do Código Penal.

A pena de multa se trata da obrigação do condenado de pagar uma quantia pecuniária, remetida ao fundo penitenciário. A multa será determinada pelo juiz na sentença condenatória, calculada em dias-multa, de acordo com o que a está previsto na legislação. O pagamento deverá ser feito em até 10 dias depois da sentença transitada em julgado. O pagamento da multa poderá ser realizado de forma parcelada, se permitido pelo juiz.

Isto posto, a pena de multa poderá ser aplicada isolada ou cumulativamente. E também poderá ser aplicada como forma de substituição da pena privativa de liberdade, quando a pena for igual ou inferior a seis meses, mesmo que haja violência ou grave ameaça, e de seis meses a um ano, quando não houver.

Na penitenciária objeto da pesquisa após a realização da audiência e conforme decisão judicial condenatória, o cumprimento de pena da gestante, se inicia pela pena privativa de liberdade. Elas iniciam o cumprimento de pena em regime fechado. Permanecendo na penitenciária de Teresina, até o sexto mês de gestação. Após esse período é pedido para o juiz a conversão da pena em regime fechado em prisão domiciliar.

O regime de cumprimento de pena na penitenciária feminina de Teresina Piauí pode se iniciar pelo regime fechado e semiaberto ou aberto conforme determinação legal.

2.2 Estabelecimentos prisionais femininos no Brasil

Os primeiros registros de mulheres encarceradas no Brasil surgiram a partir do século XIX, que eram os chamados calabouços ou prisões navios, onde ficavam aprisionadas as escravas (QUEIROZ, 2015, p. 40). Aos meados do século XIX, a presença do sexo feminino nas prisões era pouco notória, e as soluções para o encarceramento femininos eram adiadas, sempre enfatizando os problemas do encarceramento masculino.

Contudo, segundo Andrade (2011, p. 17) “quando a precariedade da situação prisional brasileira começou a ser explicitada e diferentes profissionais passaram a se dedicar a buscar soluções para resolvê-la, o tema das mulheres presas entrou em pauta”.

Assim, o aprisionamento feminino começou a ganhar destaque na década de 1920, onde se teve um olhar mais crítico dos estudiosos como José Gabriel de Lemos Britto, que ao falar das prisões nos anos de 1923 e 1924, escreveu o livro “Os Sistemas Penitenciários do Brasil” relatando a falta de penitenciárias feminina no Brasil e o problema de que as mulheres ficavam presas no mesmo estabelecimento prisional que os homens (RONCHI, 2017).

A respeito do tema, Bruna Soares Angotti Batista de Andrade delinea que:

“desde o período colonial, no Brasil, as mulheres foram encarceradas em estabelecimentos onde prevaleciam prisioneiros do sexo masculino, sendo a elas raramente destinados espaços reservados. Prostitutas e escravas, em sua maioria, as mulheres eram confinadas junto aos homens, frequentemente dividindo a mesma cela” (ANDRADE, 2011, p. 17).

As mulheres neste período colonial, cumpriam pena em penitenciárias mistas dos dois gêneros, em salas específicas. Por esse motivo, eram estupradas e forçadas a prostituição. (QUEIROZ, 2015). Diante desse cenário, após o aumento da população carcerária feminina, nas décadas de 1930 e 1940, os estudos sobre o assunto no Brasil cresceram, então foram construídos os primeiros presídios exclusivamente para mulheres (RONCHI, 2017).

O primeiro presídio feminino do Brasil foi fundado em Porto Alegre no ano de 1937, a Penitenciária Madre Pelletier, administrado pela Igreja Católica (QUEIROZ, 2015). Nesta mesma época, foram construídos também outros estabelecimentos prisionais exclusivamente femininos, como apresentado por Andrade (2011):

Surge em 1937 o Instituto Feminino de Readaptação Social no Rio Grande do Sul, em 1941 o Presídio de Mulheres de São Paulo e em 1942 a Penitenciária Feminina do Distrito Federal, em Bangu. O pequeno número de mulheres condenadas justificava, por vezes, o adiamento de soluções para a situação degradante na qual se encontravam (ANDRADE, 2011, p. 21).

No Piauí, a primeira penitenciária feminina foi fundada no dia 23 de junho de 1980, no governo de Lúcido Portela, com capacidade para 114 detentas localizada no Bairro Santo Antônio, na BR – 316 km – 07 (SILVA, 2018).

A citada penitenciária, a qual se trata do objeto em estudo, oferece às mulheres encarceradas na cidade um pouco mais de humanidade, pois antes de sua criação, as mesmas eram obrigadas a cumprir sua pena juntamente com os demais presos em delegacias espalhadas pela cidade de Teresina.

3 DIREITO DAS MÃES E GESTANTES APENADAS NA PENITENCIARIA FEMININA DE TERESINA -PI

3.1 Princípios e direitos fundamentais relativos às mulheres encarceradas

Os direitos fundamentais são aqueles previstos na Constituição Federal e inerentes à pessoa humana. São 78 incisos trazidos no artigo 5º que garantem direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos. Conforme Oliveira (2019), a importância dos direitos fundamentais deriva da própria necessidade da vida inserida em um contexto social, que por força constitucional tem sua observância atribuída ao Estado, conferindo a este o dever de proteger e resguardar os direitos básicos dos cidadãos.

Acima de todos os direitos designados para o homem, está o direito à vida, previsto no artigo 5º, caput da Constituição Federal e no Artigo 4º, item 1 do Pacto de São José da Costa Rica *in verbis*: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

O direito à vida constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. Ele abrange não só apenas o direito de existir, mas o direito de

uma vida adequada com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, saúde, educação, cultura, lazer entre outros essenciais para uma vida digna.

O direito à vida pertence a todos os cidadãos brasileiros, englobando também aqueles que estão em situação de cárcere. Mas o Estado viola esse direito com a falta de assistência, como preleciona Gustavo Arossi:

“O sistema penitenciário brasileiro viola diretamente o direito a vida, quando acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna de Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação” (AROSI, 2009).

Além do direito à vida, existe outros direitos fundamentais que estão elencados no artigo 5º, caput da Constituição Federal textualmente: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. (BRASIL, 1988, Art. 5).

Entre esses direitos observa-se o direito a igualdade, que prevê o tratamento uniforme de todos, sem distinção de raça, gênero, etnia, religião. Tratando todos igualmente perante o que está disposto na lei. O direito a igualdade, segundo o exposto por Nathalia Masson é : “a igualdade formal perante a lei, sendo indispensável assegurar a todos, na prática, um mínimo de dignidade e igualdades nas oportunidades”. (MASSON, NATHALIA, 2018, p. 282).

Esse direito deve ser analisado de acordo com o caso concreto, assegurando as pessoas que estão em patamar de igualdade os mesmos direitos e os que estão em condições desiguais, a aplicação desigual das normas, visando assim, a equidade no Direito ao equilibrar relações desiguais.

O direito a igualdade, abrange todo o território nacional, e engloba as detentas gestantes, na penitenciária feminina de Teresina. Elas diante das demais detentas, estão em um patamar de desigualdade, devendo o Estado dar tratamento isonômico para elas, balanceando as relações desiguais na medida de sua desigualdade.

Além dos direitos supracitados, fazem parte dos direitos e garantias das gestantes e mães apenadas na penitenciária estudada: o tratamento digno, sem

preconceito ou quaisquer outras formas de discriminação; o direito a não sofrer violência física ou moral e de não ser submetida à tortura ou a tratamento desumano e cruel (SILVESTRIN, 2017).

3.2 Lei De Execuções Penais

A Lei de Execução Penal inicialmente criada pela Lei nº 7.210 de 1984 e alterada em 2003 pela Lei nº 10.972. A Lei de Execução Penal, traz em seu texto o reconhecimento do presidiário como sujeito de direitos e reflete princípios ligados à fase de execução da pena.

Em outras palavras, a referida lei afirma o direito dos presos e o faz em face da dignidade da pessoa humana, visando à proteção desse princípio, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988.

No que se refere ao texto da Lei, ela traz artigos que são considerados de grande importância para a luta de reconhecimento dos direitos dentro das penitenciárias. No artigo 12, a citada lei versa a respeito da assistência material, resguardando ao preso o fornecimento de alimentação, vestes e instalações higiênicas.

Ademais, propõe ainda no artigo 13 a instalação de serviços que atenda às necessidades pessoais dos presos e determina que haja locais especificados à venda de produtos e objetos. Nos artigos seguintes, do 14 ao 27, são tratadas as diversas assistências que devem ser prestadas aos encarcerados, como assistência emocional, social, jurídica, educacional e religiosa.

Os direitos previstos na Lei de Execução Penal englobam os presídios de todo território nacional e os sentenciados de ambos os sexos. Por esse motivo, abrange as presas na penitenciária feminina de Teresina e também alcança as sentenciadas, mães e gestantes, que estão encarceradas na mesma penitenciária.

Em um panorama da mulher encarcerada, a lei trouxe mudanças significativas apenas em 2009, quando incluiu o parágrafo 3º no artigo 14, *in verbis*:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 3o Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido (BRASIL, 1984).

O dispositivo garante à mulher gestante o acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e pós-parto, extensivo ao recém-nascido. Esse direito é visto na penitenciária feminina de Teresina, quando a detenta gestante é acompanhada por uma ginecologista obstetra até o sexto mês de gestação. Porém existe uma falha quando esse acompanhamento médico, não é extensivo ao pós-parto e ao recém-nascido. Ferindo assim o disposto na lei de execução penal.

Sob a perspectiva da gravidez, outra alteração legal que deve ser observada está contida no artigo 83, parágrafos 2º e 3º, conforme:

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

§ 3º Os estabelecimentos de que trata o § 2º deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas (BRASIL, 1984)

Essa é uma grande mudança trazida pela alteração legislativa, pois garante à mulher encarcerada, penitenciárias com espaços específicos destinados aos cuidados para com seus filhos, envolvendo a amamentação. Existindo ainda, a obrigatoriedade de que as agentes penitenciárias sejam, exclusivamente mulheres nas dependências internas, garantindo a segurança, integridade e intimidade dessas encarceradas.

Entretanto, ainda é difícil por em prática alguns desses objetivos, tendo em vista que o sistema prisional não detém um aparato com infraestrutura adequada, ficando as gestantes na mesma cela com as outras detentas. São separadas apenas no momento que vão para o hospital dar à luz ao seu filho. O que gera uma violação do disposto no artigo 83 da lei de execução penal.

A respeito disso, Nana Queiroz aponta que “na maioria dos presídios e cadeias públicas, as presidiárias gestantes ficam misturadas com a população carcerária e, quando chega a hora do parto, geralmente alguém leva para o hospital” (QUEIROZ, 2015, p. 42).

A Lei de Execução Penal trouxe algumas mudanças significativas, levando em consideração o histórico de esquecimento frente à essas mulheres no cárcere. Sua função é humanizar os presídios e facilitar a ressocialização dos presos.

3.3 Lei nº 11.634/2007

O Brasil teve um simbólico avanço a respeito de leis que protegem as gestantes. Entre elas, é importante destacar a Lei nº 11.634 de 27 de dezembro de 2007, que determina que as gestantes saibam previamente onde será o seu parto e qual a maternidade ela será atendida (BRASIL, 2007). Tendo a mesma o direito de escolha em passar essa informação aos familiares, para que ocorra o acompanhamento deles nesse momento.

Essa determinação legal tem como objetivo adaptar a mulher tanto com ambiente hospitalar, quanto com os profissionais que realizaram seu parto, mas também se trata de uma forma de controle do estado em relação às vagas ofertadas em cada maternidade. Essa lei é determinada para as gestantes em geral, abrangendo todas as brasileiras e por interpretação envolve as presidiárias, porém na prática, muitas encarceradas não se beneficiaram deste direito.

Todavia, na penitenciária feminina de Teresina, a mulher grávida escolhe o hospital o qual ela irá realizar os exames, ou pode ser feito dentro da própria instituição. Entre os 3 a 6 meses de gestação, a pena da detenta que se encontra no sistema prisional teresinense é convertido em prisão domiciliar, muitas vezes não realizando o parto com os detrimientos legais da pena privativa de liberdade (EDOKAWA, 2020)

Em casos esporádicos na penitenciária feminina de Teresina quando chega a hora do parto, as gestantes apenas são levadas aos hospitais que atendem pelo SUS (Sistema Único de Saúde). Pela previsão legal da Lei 11.634/2007 já deveriam ser pré-escolhidos por elas (BRASIL, 2007).

Após o parto, a detenta retorna à unidade prisional especializada, onde permanecem com seus filhos por um período que varia de 6 meses a 6 anos, porém a maioria fica entre 6 meses e 1 ano (LEAL et al., 2016). Passando esse período com a mãe, as crianças terão seus destinos entregues a justiça, geralmente sendo a guarda concedida a algum familiar, com parentesco com a mãe.

3.4 Lei Nº 13.434/2017

Uma prática cruel e desumana, é que durante o parto as detentas grávidas devem estar algemadas, esse fato viola diretamente os direitos e a ideia que se tem de humanidade. Em detrimento dessa obscuridade da legislação brasileira a lei nº

13.434/2017 alterou o artigo 292 do Código de Processo Penal dando as presas no momento do parto mais dignidade. (BRASIL, 2017).

E com esse mesmo fato, Nana Queiroz preceitua: “Tem mulher que até dá à luz algemada na cama. Como se ela pudesse se levantar parindo e sair correndo. Só homem pode pensar isso. Porque mesmo que ela pudesse se levantar, qualquer policial com uma perna só andaria mais rápido que ela” (QUEIROZ, 2015, p.42).

A Lei nº 13.434/2017 veio para alterar o que antes era tratado pela Súmula 11 do Supremo Tribunal Federal, que definia que só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros (SILVESTRIN, 2017).

Portanto, é importante ressaltar que além algemá-las, muitas delas sofrem abortos dentro dos presídios, seja pelo fato de má alimentação dada pelo presídio, por estarem em celas superlotadas ou falta de acompanhamento médico durante a gestação, entre outros. (SETOR DE SERVIÇO SOCIAL DA PENITENCIÁRIA FEMININA DE TERESINA, 2016).

3.5 Código de Processo Penal

Ainda na defesa da pessoa encarcerada, não podemos esquecer de alguns dispositivos no próprio Código de Processo Penal Brasileiro. Em seu artigo 318, por exemplo, o código possibilita o juiz substituir uma eventual prisão preventiva pela domiciliar caso se trate de mulher gestante. Neste sentido, é dado a elas a possibilidade de ter uma gestação as condições adequadas o que não se teria dentro da penitenciária feminina (BRASIL, 1941).

Todavia, essa possibilidade está condicionada há algumas exigências, como a natureza do crime praticadas pelas gestantes encarceradas. Assim no caso de crimes violentos ou contra o seu próprio filho ou dependente, o benefício deve ser negado, impossibilitando que todas gestantes tivessem acesso a prisão domiciliar tão necessária neste momento da mulher. Nessa esteira, afirma Queiroz (2015): “os crimes cometidos por mulheres são, sim, menos violentos; mas é mais violenta a realidade que as leva até eles”.

Outro aspecto que afasta o citado benefício à todas as gestantes, é o fato dele poder ser aplicado somente enquanto durar a prisão provisória. Desta forma, ao ser condenada em definitivo, uma eventual prisão domiciliar outrora concedida deve ser substituída pelo início de cumprimento de pena.

Acerca do tema, de acordo com apresentado por Mesquita Junior (2019):

O STF compreendeu que o Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257, de 2016) já teria regulado aspectos práticos relacionados à prisão preventiva da gestante e da mãe encarcerada, ao modificar o art. 318 do Código de Processo Penal, permitindo o desencarceramento das mulheres gestantes e com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, de acordo com parâmetros citados na decisão (MESQUITA JÚNIOR, 2019).

Portanto, quando o período de investigação acaba e é determinada uma pena para ela, é convertida a sua prisão domiciliar em privativa de liberdade votando a detenta para o presídio. A mesma coisa acontece se o filho da investigada completar 13 anos de idade antes do fim da sua condenação, a mulher condenada sai da prisão domiciliar e volta para o presídio, deixando o seu filho sob guarda de terceiro (CUNHA, 2018).

4 A PENITENCIÁRIA FEMININA DE TERESINA PIAUÍ

A mulher em sua natureza já é um ser dotado de direito, e ao se tratar de mulheres gestantes, alguns direitos lhe são adicionados, mesmo quando esta se encontra em situação de cárcere. A penitenciária feminina da cidade de Teresina, no estado do Piauí abriga apenas detentas do sexo feminino, apresentando capacidade total de 110 presas.

Essa penitenciária está localizada na BR 316, KM 7, no bairro Santo Antônio, sendo subdividida em dois pavilhões. O pavilhão A com mulheres já sentenciadas e grávidas; o pavilhão B com mulheres na provisória. A população carcerária em estudo é, na sua maioria, composta de mulheres de pouco preparo profissional e de baixa renda (MELO et al., 2017).

4.1 Perfil das mulheres na penitenciária feminina de Teresina

O Brasil é composto por cerca de 209,3 milhões de habitantes, segundo pesquisa realizada em 2017, entretanto, de acordo com dados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua) 51,7% da população é formada por mulheres. Como não há uma discrepância muito grande entre os gêneros, poder-se-ia esperar que o número de detentas mulheres também fosse considerável, porém, ainda é menor que o número de presos homens.

Segundo a Fundação Getúlio Vargas (FGV) em um levantamento de dados feito em 2000 e 2016, a população carcerária feminina aumentou 567% do que nos anos anteriores, tendo as prisões brasileira uma quantidade de 42.355 mulheres presas em penitenciárias femininas diversas (LISBOA, 2019).

Desta maneira, é evidente o aumento da quantidade de apenadas encarceradas nas penitenciárias brasileiras. Por outro lado, segundo o serviço social da penitenciária feminina de Teresina, no ano de 2016, a população de gestantes é formada por 43% de mulheres com faixa etária entre 30 a 39 anos e 18% com faixa etária de 25 a 29 anos (SETOR DE SERVIÇO SOCIAL DA PENITENCIÁRIA FEMININA DE TERESINA, 2016).

No estado do Piauí, o município com maior incidência de presas é Teresina, constituindo cerca de 46% das detentas do Estado, tendo as outras cidades do interior um pequeno percentual de 36 %. Ressalta-se que a penitenciária de Teresina abrange detentas de outros Estados, mas em um pequeno percentual de apenas 18%.

Ainda com base ao perfil das sentenciadas gestantes, é importante destacar sobre o estado civil delas, que mostra que a maioria se declara solteira, ou seja 68%. Apenas 11% das sentenciadas se declararam casadas e a mesma quantidade (11%) se indicaram como separadas. O percentual de união estável é de cerca de 0,3%, sendo assim apenas uma pequena parcela, tendo em vista que é um tipo de união crescente no Brasil. (SETOR DE SERVIÇO SOCIAL DA PENITENCIÁRIA FEMININA DE TERESINA, 2016).

De acordo com dados do Poder Judiciário do Estado do Piauí, as detentas gestantes são presas por praticar crimes como tráfico de drogas, sendo uma média de 65% dos casos, ou seja, é o crime mais praticado entre as detentas, tanto no Piauí como no Brasil (DEPEN, 2017, p. 30-31). Logo em seguida, o roubo e o furto correspondem a 9 % dos registros[4].

Outro crime citado, é a prática contra a vida da pessoa, como homicídio e tentativa de homicídio, fechando um percentual de 6 %. (SETOR DE SERVIÇO SOCIAL DA PENITENCIÁRIA FEMININA DE TERESINA, 2016). E por fim crimes envolvendo posse ilegal de arma de fogo, corrupção de menores, estupro de vulnerável e concurso material de crimes, agrupados dessa forma por apresentarem números pouco recorrentes, correspondendo juntos a um percentual de 11% dos crimes.

Em relação a situação das detentas mães no sistema prisional teresinense, 28% delas são mães cumprem pena, quando já possuem sentença condenatória imposta, entretanto, as outras 72% estão presas provisoriamente, esperando a decisão judicial.

Analisando-se os dados dessa pesquisa, os números comprovaram o baixo índice de escolaridade das detentas, sendo dessas, 45% não concluíram o ensino fundamental; e as que possuem o ensino fundamental completo, é apenas uma quantidade baixíssima, 7% das mulheres, mostrando assim um baixo nível de

escolaridade entre as detentas teresinenses, muitas até analfabetas (SETOR DE SERVIÇO SOCIAL DA PENITENCIÁRIA FEMININA DE TERESINA, 2016).

A respeito dos filhos das detentas presentes nos estabelecimentos prisionais teresinense, 14% das detentas possuem 1 ou 2 filhos; em torno de 17,86% das detentas têm 3 filhos, 14,28% tem quatro filhos e 10,71% tiveram 5 ou mais filhos. Em relação a idade dos filhos das detentas, tem-se uma maior quantidade composta de crianças, na faixa etária de 3-11 anos aproximadamente 41%, seguidas da faixa etária adolescente (12-17 anos) um total de 18%. Desta maneira, totaliza-se uma quantidade de 59% dos filhos estando em uma faixa etária onde é necessário um cuidado maior (SETOR DE SERVIÇO SOCIAL DA PENITENCIÁRIA FEMININA DE TERESINA, 2016).

4.2 Atenção à saúde das mulheres gestantes que estão em cumprimento da pena privativa de liberdade

A falta de acompanhamento médico e assistencial na gravidez gera prejuízo tanto para as apenadas quanto para o feto em gestação. Na penitenciária feminina de Teresina-PI a equipe médica é formada por 1 clínico geral, que atende 2 vezes na semana; 1 psiquiatra, com consultas de 15 em 15 dias; 1 ginecologista, 1 vez por semana, que atende tanto as detentas grávidas, como as demais (EDOKAWA, 2020). Essa situação afeta diretamente a saúde das internas e podem acarretar sérios riscos à saúde do bebê, além de grandes impactos no psicológico na mãe.

É de grande importância salientar que os exames realizados durante a gravidez auxiliam na detecção precoce e prevenção de doenças, bem como no início do tratamento, que pode começar ainda na gestação. Na penitenciária feminina de Teresina, os exames são realizados fora do presídio, em hospitais da cidade conveniados pelo SUS, como a Maternidade Dona Evangelina Rosa e em UBS (Unidade Básica de Saúde) (EDOKAWA, 2020).

Logo, é de extrema relevância essa bateria de exames ao detectar doenças que podem ser transmitidos ao feto por meio de contaminação interina, ou seja, esta transmissão pode ocorrer em qualquer fase gestacional, portanto, as ações de exames, diagnóstico e prevenção precisam ser redobradas durante o pré-natal e parto.

Salienta-se ainda que dentro do sistema prisional teresinense, as detentas estão expostas a diversos tipos de doenças, que se agregam pelas condições precárias em que se encontram, entre estas, segundo os últimos dados do Ministério da Saúde, estão doenças como HIV, sífilis e tuberculose[5].

Doenças estas transmissíveis e não transmissíveis que podem ser detectadas em consultas médicas simples de uma gestante. Portanto, devem ser solicitadas pelos membros do Ministério da Saúde, a fim de curar ou minimizar riscos dessas doenças e evitar transmissão para o bebê.

No período de gestação, a mulher necessita além de prevenção e combate contra doenças e acompanhamento médico, de medicamentos para prover uma gravidez segura. Esses medicamentos são fornecidos pela penitenciária feminina de Teresina através do SUS ou custeados pela própria detenta. Entretanto, muitas vezes a detenta não tem renda, tendo que depender exclusivamente dos que são dados a elas pela instituição.

Sobre os medicamentos, na revista feita na penitenciária pela OAB-PI, foram encontradas irregularidades a respeito do fornecimento. A Secretaria de Saúde do Piauí não forneceu os medicamentos solicitados pela Secretaria de Justiça (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2016), colocando assim em risco a gravidez das apenadas.

Outro ponto de grande descaso com os direitos e garantias fundamentais das detentas é a questão da alimentação durante a gravidez, é necessário ter uma dieta equilibrada. Caso não se tenha uma boa alimentação, o feto é diretamente afetado durante em gestação. A penitenciária em estudo possui a assistência de apenas um nutricionista, que vai ao estabelecimento uma vez por semana, isto significa que o profissional não tem como balancear a dieta das 110 presas, em especial das que estão em período de gestação, pela pouca quantidade de vezes que visita o presídio (EDOKAWA, 2020).

Segundo a equipe Nacional de Prevenção e Combate à Tortura “a unidade apresenta uma cozinha grande e que os alimentos da despensa, apesar de cheirar a mofo, estavam na validade e os do freezer também. As presas não reclamaram da comida. E os familiares podem levar alimentos às presas” (MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA, 2018).

As detentas gestantes da unidade prisional Teresina não tem muita queixa a respeito da alimentação, porém, é importante lembrar que uma alimentação de baixa qualidade, sem fiscalização e monitoramento da dieta, pode causar danos às gestantes.

4.3 Direito das mães encarceradas à assistência jurídica

As gestantes em situação de cárcere necessitam de assistência social, pois a condição em que a mulher se encontra, tanto hormonal como psicológica, é de grande pressão. Para que seja fornecida essa assistência é necessário que as internas

tenham um aumento do número de visitas de parentes e o acompanhamento com psicólogo. No sistema prisional feminino piauiense as visitas são feitas igualmente para cada detenta nos sábados (EDOKAWA, 2020). Contudo, não há um aumento em relação as internas que estão grávidas.

A consultoria jurídica também é uma assistência prestada as detentas do presídio feminino de Teresina, sendo prevista tanto na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) em seu artigo 41, inciso IX, como no pacto San José da Costa Rica em seu artigo 8º, inciso 6º. Essa assistência dá a estas presas o direito de procurar a ajuda de um advogado, conforme Pamela Sada Dias Edokawa, essa assessoria jurídica na penitenciária acontece 3 vezes na semana.

Importante lembrar que aquelas que não tem dinheiro para custear um advogado tem o direito de defesa atribuído a um defensor público. Na penitenciária feminina de Teresina, os defensores públicos visitam o presídio de 15 em 15 dias (EDOKAWA, 2020).

4.4 As consequências ao nascituro de uma gestação no cárcere

A gravidez dentro do sistema penitenciário é um momento difícil para as mulheres e para os filhos, por vezes, o bebê é separado da mãe ainda pequeno, não conseguindo criar laços parentais, o que pode gerar problemas psicológicos, como sensação de abandono no futuro.

Contudo, não é uma opção mais viável deixar essa criança ainda mais tempo dentro de instituições penitenciárias onde a mãe cumpre a pena, pois trata-se de um ambiente com condições salubres, contato com doenças infecciosas como sífilis e tuberculose e com infraestrutura precária para prover o seu crescimento sadio (COSTA et al., 2017).

Sendo assim, visando um maior amparo em relação aos direitos do nascituro foi criada a Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016, conhecida por Marco Legal da Primeira Infância, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância.

Outra lei importante para a proteção nesses casos é o Estatuto da Criança e Adolescente, que protege a criança logo após o parto, impedindo que a mesma cumpra a pena por um ato que não cometeu.

É importante salientar ainda que o nascituro tem pleno direito de pleitear o seu direito a saúde, como já definido no artigo 2º do Código Civil *in verbi*: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (BRASIL, 2002). Esse artigo deixa

claro o dever que o Estado possui em proteger, não só os direitos da sua genitora, mesmo aprisionada, como os do nascituro desde a concepção.

Vale frisar que o direito das gestantes apenadas é adjacente aos direitos das crianças nascidas delas. Um exemplo disso se deu através de uma decisão do Tribunal de Justiça do Piauí, na qual substituiu a prisão privativa de liberdade em uma prisão domiciliar, para que esta pudesse fornecer a amamentação do seu filho.

Nesse caso, a detenta tinha cometido o crime de roubo qualificado, logo, em defesa dos direitos de ambos foi debatido que: "Em que pese a falta de estrutura da penitenciária feminina de Teresina que não dispõe de berçário, nem de creche para filhos das detentas, contrariando ao que estabelece a Lei de Execução Penal, deve ser a ele assegurado o direito de permanecer em prisão domiciliar" (BRASIL, 2012).

A decisão ainda reforçou o direito da detenta gestante de ter sua pena privativa de liberdade convertida na prisão domiciliar quando decidiu "Ordem concedida com o fim de ser a paciente mantida em prisão domiciliar pelo período de 180 dias (prazo mínimo de amamentação)" (BRASIL, 2012). O que se deu foi uma boa aplicação do Habeas Corpus Coletivo 143.641 no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

O caso supracitado acima enfoca os direitos das gestantes e do seu filho e seu julgamento se deu na 1ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, pela investigação de um suposto crime de roubo qualificado.

4.5 O uso do Habeas Corpus Coletivo 143.641 na penitenciária feminina de Teresina

O STF deu um avanço em relação à materialização do direito das gestantes no cárcere, com a aprovação do habeas corpus coletivo 143.641. O mesmo veio para enfatizar o direito da gestante encarcerada previsto no artigo 318 do código de processo penal. O direito citado trata-se de que as detentas em período de gestação, estado puerperal, ou aquelas que possuem filhos menores de 12 anos, teriam o direito de passarem para o regime de cumprimento de pena em prisão domiciliar.

Para a aplicação do Habeas Corpus Coletivo 143.641 a mulher deve atender alguns requisitos previstos na lei com: mulher presa, gestante, puérpera ou mãe de criança e deficientes; praticado o crime sem violência ou grave ameaça; não ter praticado o crime contra seus descendentes; demais situações excepcionalíssima (BARBIERI, 2018, p. 2).

O direito a prisão domiciliar, independe do crime praticado, pelo que se é acordado no código de processo penal. Observasse essa passagem; "os casos de

crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício” (LEWANDOWSKI, 2016). Não podendo fazer exclusão do uso do Habeas Corpus Coletivo 143.641 para as detentas que cometeram crimes violentos.

O uso do habeas corpus coletivo 143.641 se é enfatizado na decisão da Justiça do Estado do Piauí, sem a restrição do crime praticado:

PROCESSIONAL PENAL ; HABEAS CORPUS ; ROUBO QUALIFICADO ; DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE ; CONSTRANGIMENTO ILEGAL ; NAO CARACTERIZADO ; PRESA NECESSITANDO AMAMENTAR FILHO RECÉM-NASCIDO ; ESTABELECIMENTO PRISIONAL SEM ESTRUTURA PARA A CRIANÇA ; PRISÃO DOMICILIAR ; DEFERIDA ; ORDEM CONHECIDA.

1. Paciente condenada pela prática do delito tipificado no art. 157, § 1º e 2º, incisos I e II, do Código Penal, que aguarda a impetração correta do recurso de apelação por seu advogado, como demonstra as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora. Em face da responsabilidade exclusiva da defesa quanto ao fato, não há que falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo;

2. Em que pese a falta de estrutura da penitenciária feminina de Teresina que não dispõe de berçário, nem de creche para filhos das detentas, contrariando ao que estabelece a Lei de Execução Penal deve ser a ele assegurado o direito de permanecer em prisão domiciliar;

3. Ordem concedida com o fim de ser a paciente mantida em prisão domiciliar pelo período de 180 dias (prazo mínimo de amamentação).

Acordam os componentes da Egrégia 1ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, à unanimidade, em conceder a ordem de habeas corpus, acordes com o Parecer do Ministério Público Superior, com o fim de ser a paciente mantida em prisão domiciliar enquanto durar o período mínimo de amamentação (180 dias). (BRASIL, 2012).

Conforme demonstrado na jurisprudência a penitenciária feminina de Teresina, materializa o direito da gestante apenada previsto no Habeas Corpus Coletivo 143.64. Na mesma existe três detentas gestantes em situação de cárcere aguardando a decisão judicial para a conversão da pena em regime domiciliar ((EDOKAWA, 2020).

As detentas gestantes no sistema prisional teresinense partir do sétimo mês de gestação ou mesmo antes do sétimo mês, vão para prisão domiciliar até o 1º ano da criança. Durante esse tempo, as apenadas ficam com monitoramento eletrônico ou possuem o dever de se apresentarem mensalmente (EDOKAWA, 2020). É possível então se ver um grande marco, onde o Estado transforma a pena da detenta, dando a ela direitos fundamentais para gerar o seu feto fora do ambiente prisional.

Entre o sistema judiciário, a VEP tem competência para processar e julgar ação civil pública relativa ao sistema prisional de Teresina, sendo um bônus em relação ao poder judiciário do Estado, podendo ter mais agilidade no julgamento do processo de conversão da prisão domiciliar da presa gestante (EDOKAWA, 2020).

É determinado por lei que as mulheres grávidas no terceiro trimestre de gestação devem ser transferidas do presídio onde está cumprindo pena, para uma unidade prisional específica para gestantes. Nisso, as detentas deveram permanecer nessa unidade até o momento antecedente do parto. Porém, na unidade prisional de Teresina esse procedimento não acontece, pois, o Estado não possui uma unidade prisional com infraestrutura suficiente para abrigar as gestantes, faltando um berçário. Sendo assim, a medida mais cabível é a conversão da pena privativa de liberdade para a domiciliar.

A falta desta unidade prisional com berçário faz com que as gestantes que estão esperando o momento da decisão judicial a respeito da sua pena fiquem em celas juntamente com as outras detentas, celas essa que são apertadas e que estão abrigando mais mulheres que a sua capacidade, prejudicando diretamente para que essa detenta tenha uma gestação saudável.

As gestantes permanecem com as outras detentas em um espaço que possui capacidade para receber 110 pessoas, mas abriga 136 mulheres presas, divididas em uma celas de 31 m², que apresentam um aspecto sujo e escuro, sem ventilação adequada nas celas e com insuficiência de insumos básicos, também não havia colchão para todas (MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA, 2018).

5 CONCLUSÃO

O Estado tem o direito de punir e possui estruturas penais para tanto. Todavia, este direito não pode violar o direito legal e constitucional de qualquer preso. Tratando-se especialmente de mulheres gestantes e mães essa violação se torna mais latente tendo em vista a maior necessidade de proteção dessa condição vivenciada por elas.

Verificou-se inclusive que o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu esta situação de desrespeito aos direitos fundamentais dos presos em geral, tendo inclusive, com relação as mulheres gestantes até o 6 mês de gestação determinado a efetivação de um direito claramente previsto no ordenamento jurídico.

Todavia, no Brasil e em Teresina pôde constatar pela pesquisa que o excesso de presos, ausência de estrutura, má condição de alimentação entre outros problemas, levam as penitenciárias femininas violarem significativamente direitos legais e fundamentais das mulheres gestantes e mães.

A Penitenciária Feminina de Teresina, não tem infraestrutura adequada para manter-se com as mães encarceradas durante o período da gestação. Ainda que se observe, a garantia dos direitos na fase gestacional, no que se diz respeito a assistência pré-natal, existe todo um aparato legal e o cuidado especializado para com elas no período de gravidez.

Observa-se com este estudo, que as mães em privação de liberdade na Penitenciária Feminina de Teresina-PI, são jovens, muitas delas são solteiras, algumas possui outros filhos, muitas passam por situação de vulnerabilidade social, e entram no mundo da criminalidade.

Existem pontos negativos e positivos em torno do estudo na penitenciária feminina de Teresina. As leis e decisões estudadas confirmam que as mulheres que estão em período de gestação, têm o seu direito resguardado tanto antes do parto, como no momento do parto e depois do nascimento do seu filho. Resguardado o direito de substituir a prisão na penitenciária para a domiciliar.

Com isso, conclui que o artigo servirá a outros acadêmicos e profissionais, se tornando uma fonte de estudo, sobre os direitos das mulheres gestantes encarceradas, podendo haver cada vez mais discussões sobre o tema. Pleiteando sempre a participação do poder público perante as leis que regem o Sistema Prisional Feminino, em especial sobre aquelas que se encontram gestantes.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil**. 2011. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

AROSSI, Gustavo. **As prisões da miséria**. Controvérsia, v. 5, p. 59-61, 2013. Disponível em:
<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/controversia/article/viewFile/6714/3757>.
Acesso em: 6 maio 2020.

BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.634 de 27 de dezembro de 2007**. Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília (DF). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº. 7.210, de julho de 1984**. Lei de Execuções Penais – LEP

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento De Execução Penal. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. **INFOPEN**: relatórios estatísticos do Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

BRASIL. Ordem Concedida Com O Fim de Ser A Paciente Mantida em Prisão Domiciliar Pelo Período de 180 Dias (prazo Mínimo de Amamentação). **Habeas Corpus nº HC 201200010005012 PI**. Teresina de 2012. Teresina: Jusbrasil, 30 fev. 2012. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21493276/habeas-corpus-hc-201200010005012-pi-tjpi>. Acesso em: 14 abr. 2020.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB vai à Penitenciária Feminina de Teresina para averiguar situação**. Teresina, 1 jan. 2016. Disponível em: <https://oab.jusbrasil.com.br/noticias/151642366/oab-vai-a>

penitenciaria-feminina-de-teresina-para-averiguar-situacao. Acesso em: 14 abr. 2020.

COSTA JR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=_R5nDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 5 maio 2020.

COSTA, Elizama dos Santos *et al.* **Mulheres Encarceradas: perfil, sexualidade e conhecimento sobre infecções sexualmente transmissíveis**, Rua Gonçalves Dias, 4841, Lourival Parente. Teresina, Piauí, Brasil., 20 abr. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/lopes/Downloads/1388-1-3978-1-10-20180109.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2020.

CRUVINEL, Tatiely. **A violação aos Direitos Humanos das gestantes no Sistema Penitenciário Feminino Brasileiro**. Mamografia – Graduação em Direito, Universidade Federal de Uberlândia, 2018.

CUNHA, Yasmin. **A violação dos direitos humanos das mulheres grávidas no cárcere**. Disponível em : <http://www.justificando.com/2018/08/27/a-violacao-dos-direitos-humanos-das-mulheres-gravidas-no-carcere/>. Acesso em: 20 out. 2019.

DELZIOVO, Carmem Regina *et al.* **Atenção à saúde da mulher privada de liberdade**. Artigo científico - Curso de Atenção à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade, Universidade Federal de Santa Catarina, 2015

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: CESP, 2017.

EDOKAWA, Pamella Sada Dias. **RELATÓRIO ESTATÍSTICO: Visita às mulheres grávidas e lactantes privadas de liberdade**, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA SEPN Quadra 514 norte, lote 9, Bloco D, Brasília-DF, ano 2018, v. único, p. 56, 9 mar. 2020. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em: 9 mar. 2020.

FALCAUL, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 24 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

<http://www.dji.com.br/leis-ordinarias>. Acesso em: 27 mar. 2020.

LEAL, Maria do Carmo *et al.* Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, p. 2061-2070, 2016.

LISBOA, Vinicius. **População carcerária feminina no Brasil é uma das maiores do mundo**. Disponível em : <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018->

[11/populacao-carceraria-feminina-no-brasil-e-uma-das-maiores-do-mundo](#). Acesso em: 20 out. 2019.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev., ampl e atual. Salvador: Juspodivm. 2016.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA. RELATÓRIO ANUAL. **Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura**, Brasília, p. 126, 2018.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Rápidas considerações acerca da Lei n. 13.769/2018. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, n. 5774, 23 abr. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73455>. Acesso em: 10 mai. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **O caso Alyne Pimentel e o Direito à saúde no Brasil**. Disponível em: Acesso em: 11 mar. 2020.

OLIVEIRA, Douglas Luciano de. **Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72567/os-direitos-fundamentais-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 05 mai. 2020.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Congresso. Senado. Lei nº LEI Nº 11.634/07., de 27 de dezembro de 2007. **Dou**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 27 dez. 2007.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RONCHI, Isabela. A Maternidade E O Cárcere: Uma Análise De Seus Aspectos Fundamentais. **Ronchi**, 2017. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/03/isabela_ronchi_20172.pdf. Acesso em: 3 maio 2020.

SETOR DE SERVIÇO SOCIAL DA PENITENCIÁRIA FEMININA DE TERESINA (Teresina). Núcleo Multidisciplinar da Vara de Execuções Penais. Perfil das Reeducandas Sentenciadas Mães na Penitenciária Feminina de Teresina - PFTE. **PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PIAUÍ**, Teresina, p. 10, 1 out. 2016. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/vep/vep-pesquisas/perfil-das-reeducandas-sentenciadas-maes-na-penitenciaria-feminina-de-teresina-pfte/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

SILVA, Luana Priscila Lopes da. **Maternidade e prisão uma análise dos direitos da mulher gestante em privação de liberdade na penitenciária feminina, em Teresina – PI.** Faculdade do Médio Parnaíba, [s. /], 2018. Disponível em: <http://www.famep.com.br/novo/famep/producao-dos-direitos-da-mulher-gestante-em-privacao-de-liberdade-na-penitenciaria-feminina,-em-teresina---pi.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

SILVESTRIN, Sara Helena Piccoli. **As violações aos direitos das mulheres mães e gestantes nas penitenciárias femininas brasileiras.** 2017. Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - Ufsc, Florianópolis. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/177317/TCC%20%20Sara20-%20vers%c3%a3o%20final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 mar. 2020.

NOTAS:

[1] Orientador, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA, mestre em direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UCP e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRG

[2] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, 14 de junho de 2020.

[3] A pesquisadora Luciana Boiteux com o artigo Grávidas no cárcere. (BOITEUX, LUCIANA, 2016)

[4] Para mais informações, consultar o site eletrônico oficial do órgão <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/quem-somos-1>

[5] BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar