

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 828

(Ano IX)

(18/11/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

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.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. Executive Office Tower. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Roberto Rodrigues de Moraes

» [STF e a exclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS](#)

ARTIGOS

17/11/2017 Maria Bethania Teodoro Rodrigues

» [A \(in\) constitucionalidade da Lei 12.654/2012](#)

17/11/2017 Anne Beatriz Mota de Castro

» [A responsabilidade civil do empregador perante o assédio moral nas relações de trabalho](#)

17/11/2017 Daline Bento Pinheiro

» [Crimes computacionais na esfera penal jurídica brasileira](#)

17/11/2017 Marcilene Sousa Alves

» [O infanticídio indígena no caso Muwaji: entre a tradição e a lei](#)

17/11/2017 Yure Nolêto Silva

» [Adoção internacional e seus aspectos relevantes destacando caso emblemático](#)

17/11/2017 Edinéia Maria Teixeira Cambuy

» [A usucapião extrajudicial no Código de Processo Civil de 2015](#)

16/11/2017 Robyson Danilo Carneiro

» [A obrigação do cidadão de identificar-se durante abordagem policial justificada](#)

16/11/2017 Hugo Monturil Costa

» [Legalização das drogas: uma análise econômica dentro do direito](#)

16/11/2017 Vinícius Cunha Magalhães

» [A controvérsia sobre a incidência do imposto sobre serviços de qualquer](#)

[natureza sobre os contratos de franquia](#)

16/11/2017 Lucas Antonio Garcia Pitondo

» [O Sistema Prisional brasileiro e sua função ressocializadora](#)

16/11/2017 Glauciene da Mota Barros Caetano

» [Análise da constitucionalidade do requisito baixa renda na concessão de benefício de auxílio-reclusão](#)

16/11/2017 Yara Coelho Durães

» [Análise da Ação civil Pública: Projeto BRT - Palmas](#)

15/11/2017 Luiz Alexandre Combat de Faria Tavares

» [A exportação indireta e o alcance da isenção concedida pelo art. 3º, parágrafo único, i da Lei Kandir - inteligência do Decreto-Lei Nº 1.248, de 29 de novembro de 1972](#)

15/11/2017 Vinícius Cunha Magalhães

» [Limitações penais à liberdade de manifestação do pensamento e sua compatibilidade com os direitos humanos fundamentais](#)

15/11/2017 Amanda Rodrigues Camargo

» [A ausência da contrafé nas ações de família: uma análise de sua \(in\)constitucionalidade](#)

15/11/2017 Danilo Gonçalves de Santana

» [Os Juizados especiais estaduais como forma de efetivação do acesso à justiça](#)

15/11/2017 Roosyvania Gonçalves Sales

» [O "déficit" da Previdência Social: o impacto da aposentadoria por invalidez e sua abordagem na Reforma da Previdência](#)

15/11/2017 Tiago Costa Menezes

» [Foro por prerrogativa de função, privilégio ou garantia?](#)

14/11/2017 Vinícius Cunha Magalhães

» [O Artigo 48 da Constituição de Weimar e a Teoria da Soberania e do Estado de Exceção de Carl Schmitt](#)

14/11/2017 Crislayne Rodrigues Fernandes

» [A responsabilidade civil decorrente do abandono do idoso](#)

14/11/2017 Gianna Nathalya da Silva Alvarenga

» [A viabilidade do BACEN JUD como proposta da prestação do serviço a saúde](#)

14/11/2017 Daniela Ribeiro Pereira

» [Consequência do não adimplemento dos avôs em prestar alimentos aos netos](#)

14/11/2017 Lorena Rodrigues Lisboa

» [Dinâmica do direito e participação ativa do Judiciário no caso da união homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico](#)

14/11/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Introdução conceitual: responsabilidade civil](#)

13/11/2017 Gabriela Ribeiro de Sousa

» [O Neoconstitucionalismo e a atuação do Poder Judiciário: um paradigma e os riscos à estabilidade das relações jurídicas](#)

13/11/2017 Ester Assuero Lopes da Silva

» [Assédio moral e a responsabilidade civil do empregador](#)

13/11/2017 Carlos Endrigo de Miranda Rodrigues

» [Prisão Civil por Alimentos](#)

13/11/2017 Camila Parente Almeida

» [O estado de coisa inconstitucional e o Sistema Penitenciário brasileiro: o que se espera dos Tribunais de Contas](#)

13/11/2017 Patrícia Dino Araújo

» [A aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro](#)

13/11/2017 Yohana Santos Aires Ferreira

» [Audiência de custódia e seu enquadramento no Sistema Penal brasileiro](#)

STF E A EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS

ROBERTO RODRIGUES DE MORAIS:
Especialista em Direito Tributário. Ex-Consultor da COAD.

O STF, enfim, publicou a EMENTA do julgado do RE de nº. 574.706/PR, que decidiu sobre a EXCLUSÃO dos valores pagos a título de ICMS na base de cálculo do COFINS e do PIS.

A disputa sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS foi considerada de "repercussão geral" pelo STF, podendo ser objeto de Súmula Vinculante. Se sumulado com efeito vinculante, nesse caso, o Judiciário e a Receita Federal do Brasil ficarão obrigados a seguir o novo entendimento da súmula sobre a Exclusão do ICMS da Base de Cálculo da COFINS.

ENTENDA O CASO:

O julgamento pelo Plenário do STF ocorrido em março deste ano, com decisão favorável aos contribuintes, com o seguinte teor, *verbis*:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da

não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 4. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.” DJE do STF, de 29/09/2017, pgs 34 e 35.

A demora do julgamento já trouxe prejuízo aos contribuintes que ainda não ajuizaram ações visando obter exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS.

PORQUE EXCLUIR O ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS?

A questão é de fácil entendimento: Já que o ICMS, como tributo estadual, é considerado despesa do sujeito passivo da COFINS e, concomitantemente, receita do Erário Estadual, é injurídico tentar englobá-lo na hipótese de incidência desta COFINS e do PIS. A inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS resulta em tributação de riqueza que não pertence ao contribuinte. Neste caso, o contribuinte, ao arcar com a obrigação tributária em comento, suporta uma carga tributária além do que está legalmente definido para o regular exercício da sua atividade econômica e aquém do que permite a Constituição Federal.

Ora, “se o ICMS é despesa do sujeito passivo da COFINS e receita do Erário Estadual, é injurídico tentar englobá-lo na hipótese de incidência desta exação. A inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS resulta em tributação de riqueza que não pertence ao contribuinte. Este, ao arcar com obrigação de tal ordem, suporta carga tributária além do que

legalmente definido para o regular exercício da sua atividade econômica e além do que permite a Constituição Federal.” (Palavras da Des. Relatora do AMS. nº. 2007.38.03.002648-0, decisão em 13-11-2007, TRF-1ª Região).

O mesmo raciocínio aplicado à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS se aplica ao PIS e, também, é cabível para excluir o ISS da base de cálculo das duas contribuições, pois referidos impostos correspondem às despesas do sujeito passivo das contribuições sociais previstas no art. 195, I, CF e, em hipótese alguma, receitas das empresas; entendimento que alcança também o PIS, pleito que é, por legislação, idêntico à COFINS.

Como ocorre com o ICMS, o ISS não será apropriado como receita, pois pertence ao ente tributante credor, as Prefeituras Municipais. O princípio é o mesmo, ou seja, ninguém fatura ou comercializa tributo: Apenas o retém na fonte (idêntico ao IRF dos assalariados, etc..).

Veja-se que os TRIBUNAIS SUPERIORES vêm, de há muito, depurando base de cálculo dos tributos.

Nesse sentido o TRF-1ª Região julgou que o ISS também não deve compor a base de cálculo da COFINS e do PIS. *“O mesmo raciocínio aplicado à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, também, é cabível para excluir o ISS da base de cálculo destes dois tributos, pois referido imposto estadual corresponde a despesa do sujeito passivo das contribuições sociais previstas no art. 195, I, CF e, em hipótese alguma, receita; entendimento que alcança também o PIS, pleito que é, por legislação, idêntico à COFINS.” (AG 2007.01.00.010340-9/DF).* Assim como ocorre com o ICMS, o ISS não será apropriado como receita, pois é pertencente ao ente tributante credor, as Prefeituras Municipais. O princípio é o mesmo, ou seja, ninguém fatura ou comercializa tributo.

Outras exclusões do ICMS sobre base de cálculo de tributos e contribuições poderão ter suas teses vitoriosas no futuro, com base no que já foi decidido no RE 574.706/PR, tais como: a) Exclusão do ICMS da base de cálculo do faturamento para fins de cálculo do LUCRO PRESUMIDO; b)

Igualmente, para a CRPB: c) Exclusão do ISS da base de cálculo da COFINS e do PIS.

É necessário, entretanto, que os contribuintes que se sentirem prejudicados com essa aberração tributária recorram ao único poder que nos dá esperança de que o Brasil ainda é um estado democrático de Direito: O Poder Judiciário.

CONCLUSÃO:

Acreditamos que continua viável ajuizamento de ação judicial pelos contribuintes do ICMS – enquanto não modulado o julgamento objeto da EMENTA acima colecionada - com o objetivo de ver reconhecido o direito de exclusão, da base de cálculo da COFINS e PIS, como também de continuarem pleiteando a repetição e/ou compensação dos valores relativos ao referido imposto Estadual, sem prejuízo da dos valores indevidamente pagos à União a título das contribuições da COFINS e do PIS.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/2012

MARIA BETHANIA TEODORO RODRIGUES: Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

**WELLINGTON GOMES MIRANDA
(Orientador)[1]**

RESUMO: O presente estudo buscou, averiguar a (In) constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012, analisando possíveis afrontas ao ordenamento jurídico pátrio já que a referida norma alterou as leis nº 12.037/2009 (Lei de identificação Criminal) e a nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) Inicialmente, foi necessário uma explanação sobre o *jus puniendi* assim como sua evolução histórica. Em seguida foram abordados os princípios constitucionais interligados ao direito penal brasileiro. Por fim, analisou-se a identificação genética e também o direito a segurança pública em detrimento da normatização da Lei nº 12.654/2012 e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Conquanto, constatou-se que a Lei nº 12.654/2012 funciona como um grande avanço na ordem jurídica brasileira, já que não viola as normas individuais.

Palavras-chaves: (In) Constitucionalidade; Lei nº 12.654/2012; *Jus Puniendi*; Identificação Genética.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Delineamento Histórico Conceitual do *Jus Puniendi* do Estado 2. Princípios Norteadores do Direito Penal. 2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2.2 Princípio da Legalidade. 2.3. Princípio da Não Autoincriminação. 2.4. Princípio da Inviolabilidade da Intimidade e da Vida Privada. 2.5. Contraditório e Ampla Defesa. 3. Análise da Identificação Genética e Direito a Segurança Pública em Face da Aplicação da Lei Nº12.654/12. Conclusão. Referências.

ABSTRACT: The present study sought to investigate the (In) constitutionality of Law 12,654 / 2012, analyzing possible violations of the legal order of the country, since the aforementioned norm amended Laws

12,037 / 2009 (Criminal Identification Law) and No. 7.210 / 1984 (Criminal Execution Law) Initially, an explanation was needed on *jus puniendi* as well as its historical evolution. The constitutional principles interconnected with Brazilian criminal law were then discussed. Finally, we analyzed the genetic identification and also the right to public safety in detriment of the regulation of Law 12,654 / 2012 and its applicability in the Brazilian legal system. However, it was found that Law No. 12,654 / 2012 acts as a major advance in the Brazilian legal order, since it does not violate individual standards.

Key-words: (In) Constitutionality; Law nº 12,654 / 2012; *Jus Puniendi*; Genetic Identification.

INTRODUÇÃO

O presente estudo teve como temática a análise da (in) constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012, em decorrência das recentes inovações no ramo do direito processual penal brasileiro, incidindo consequências no âmbito prático e teórico.

Infere-se que a lei em comento alterou o conteúdo de outras duas leis, quais sejam: a Lei nº 12.037/2009 conhecida como a Lei de Identificação Criminal e a Lei nº 7.210/1984 considerada a Lei de Execução Penal.

A Lei nº 12.654/2012 alterou a Lei de Identificação Criminal, assim como a Lei de Execução Penal e instituiu a possibilidade de utilização da coleta de DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos, visando à manutenção de banco de dados estatal com material genético, bem como a utilização da amostra genética coletada para a descoberta da autoria delitiva no curso de investigações criminais.

Embora esteja reconhecida a aplicabilidade da lei em comento (Lei nº 12.654/2012), ainda existem divergências quanto à constitucionalidade da mesma. Por isso, a pesquisa visou fornecer análise geral acerca do assunto abordado, que servirá como explicitador da (in) constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012, com base nos relatos históricos, institutos,

princípios, identificação genética e aplicação da referida lei no caso concreto.

Buscou-se compreender os pressupostos da identificação criminal, analisar a constitucionalidade da referida lei ante a suposta violação dos direitos e garantias individuais, bem como examinar e esclarecer os reflexos e alterações no sistema jurídico, apontando o ônus e bônus, e análise da efetividade e eficácia a partir dos princípios constitucionais.

É inquestionável a importância do tema analisado, sendo este considerado uma visão hodierna do direito penal, considerando a constante mudança da sociedade em face do avanço tecnológico.

Como se sabe o progresso tecnológico é decorrente das transformações que acontecem ao longo do tempo na sociedade. Existem controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais em torno do assunto.

Para alcançar os objetivos propostos foi utilizado o método dedutivo e premissas para a partir delas, chegar a uma conclusão lógica. Quanto a técnica de obtenção de dados foi utilizada a pesquisa bibliográfica elaborada a partir de material publicado, constituído principalmente de livros, jurisprudências, artigos de periódicos e material disponibilizado na internet.

Inicialmente foi realizado um delineamento histórico conceitual do *jus puniendi* Estado. Posteriormente, abordou-se os princípios norteadores do direito penal. E por fim a identificação genética, direito a segurança pública e consequente análise da aplicabilidade da Lei nº 12.654/2012.

1 DELINEAMENTO HISTÓRICO CONCEITUAL DO *JUS PUNIENDI* DO ESTADO

O *jus puniendi* ocorre em decorrência de uma infração criminal, em outras palavras surge o direito de punir do Estado em função do infrator das normas de direito penal que deveriam ser respeitadas

Poder ser definido esse instituto como o dever-poder do Estado em aplicar a pena ao infrator que foi causador do dano ou lesão jurídica. O Estado deve aplicar a pena em conformidade com o preceito constitucional.

O Estado possui um escopo de exercer seu poder punitivo por intermédio do *jus puniendi* sendo necessário analisar todos os pressupostos inerentes a esse direito de punir que é garantido ao Estado.

O *jus puniendi* possui relação intrínseca com os princípios constitucionais que viabilizam a concretização do direito de punir do Estado conforme proposto pelo legislador, devendo portanto ser visualizados todos os obstáculos decorrentes do controle social.

O Movimento Iluminista do século XVIII trouxe princípios que passaram a nortear o Direito Penal, desenvolvendo assim uma segurança quanto ao *jus puniendi* (direito de punir), exercício punitivo do estado.

Reconhecendo-se com isso a real existência de direitos inerentes à condição de ser humano. Sem dúvidas, um grande avanço para a sociedade que passava a ter seus direitos efetivados de fato. O Brasil trouxe no texto da Constituição Federal de 1988, elementos com base iluminista e regras que garantem a aplicabilidade da referida norma, ficando assim estado e cidadão abrangidos pelo que dispõe a Lei Maior nesse sentido.

Dentre esses princípios podemos citar o da dignidade da pessoa humana, que afastou o excesso do poder punitivo do estado, sendo reconhecidas assim as garantias individuais e fundamentais no Estado democrático de Direito.

A Constitucionalização do direito de punir é exigência fundamental da democracia que se demonstra através do respeito dos princípios constitucionais ligados ao direito penal, dessa maneira é necessário a aplicação de sanções penais como forma de aplicação das normas quando praticadas infrações.

Dessa forma, desde o movimento iluminista quando começaram a surgir elementos do direito penal, até a regulamentação da norma penal na Constituição Federal de 1988 e o Código Penal Brasileiro foram instituídos deveres e direitos inerentes a dignidade da pessoa humana.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL

O vocábulo princípio, derivado do latim *principium*, remete a origem, entendimento que deve nortear vários outros. Por conseguinte, possui força normativa, pois conforme o Decreto Lei nº 4.657/1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro os princípios são fontes do direito.

Os princípios norteadores do direito penal devem ser respeitados pois foram instituídos no ordenamento jurídico brasileiro e devem ser cumpridos, de forma a evitar que o infrator das normas penais sofra penalidades por burlar a legislação.

O composto dos princípios constitucionalmente garantidos possui um sistema exclusivo com própria autorregulamentação. Dessa forma, torna-se imprescindível destacar que ocorre ligação entre os princípios constitucionais e penais que englobam normas de direitos fundamentais.

É necessário a explanação dos princípios interligados ao direito penal, que serão abordados a seguir, especificamente seus conceitos, características e preceitos no âmbito do direito penal brasileiro.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Após o termino da Segunda Guerra Mundial o Estado passou a ser administrador da sociedade, emanando então a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e a Declaração Americana dos Direitos do Homem de 1969, visando à aplicação universal do dos direitos humanos. A dignidade humana é um dos fundamentos do Brasil enquanto Estado Democrático de direito, previsto na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, bem como no artigo 5º, incisos III e XLIX.

O artigo 1º inciso III da Constituição Federal de 1988 estabelece como fundamento em nosso Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, sendo assim esse princípio comporta-se como princípio supremo ou ainda o princípio dos princípios, pois o indivíduo deve ter seus direitos efetivados.

Ressalta-se que conforme o artigo 5º, §3º da Constituição Federal de 1988 ostratados de direitos humanos e convenções sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos são equivalentes às emendas constitucionais tendo como base a reforma feita pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Em síntese sua definição e delimitação é muita ampla justamente por abarcar vários ramos do direito, seu sentido foi se modificando ao longo do tempo resultando em diversas concepções.

Diante disso, não podemos afirmar que nunca existiu um tempo em que o homem vivesse separado de sua dignidade, mesmo que ainda não soubesse defini-la, ou reconhecer seu valor.

A dignidade é um pressuposto do ser humano criado pelo próprio homem, que o desenvolveu ao longo dos anos, desde os primórdios da humanidade, mas somente na atualidade percebido plenamente.

Pode-se afirmar que esse princípio torna o ser humano centro do ordenamento jurídico. Silva (1999, p. 106) afirma que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

O referido autor, ainda, afirma que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

O respeito a dignidade da pessoa humana que se remete a ideologia democrática funcionando como um dos fundamentos do Estado

de Direito Democrático, funciona como elemento essencial para efetivação das normas jurídicas.

Entretanto, para alguns doutrinadores essa perspectiva hermenêutica é tida como subprincípio, vez que não há valor maior que a dignidade da pessoa humana. Segundo Gomes (2016, p. 840):

Acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado).

Toda pessoa é digna, pois a dignidade decorre da natureza humana e não de variáveis externas. Sob essa perspectiva ao processo penal é vedado expor os indivíduos a situações desumanas, de tortura ou degradantes, conseqüentemente todos têm direito à celeridade processual, integridade física e moral.

Destarte que o processo penal priva o homem tão somente da sua liberdade e em hipótese alguma, da dignidade. Consagrado como princípio vetor, o princípio da dignidade da pessoa humana visa assegurar o mínimo existencial e respeito à liberdade individual.

O princípio em comento não implica em impedimento ou mesmo afronta a identificação criminal genética, vez que essa corrobora com a redução dos erros quanto à autoria criminal e permite a colheita de DNA por procedimento que não seja invasivo.

Tem-se que o supracitado princípio é considerado um macroprincípio, pois é o mais fundamental de todos existentes, de onde emergem os demais, funcionando como princípio que norteia os demais, é exemplo a cidadania, a liberdade, solidariedade, dentre outros que formam a organização jurídica.

Assim, a dignidade da pessoa humana é requisito indispensável para todo e qualquer indivíduo devendo ser preservado e garantido no direito penal e processual penal já que o desfazimento de um implicaria na extinção de outro.

2.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é equivalente à fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, previsto na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, também conhecido como princípio da reserva legal. Constitui-se como um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito, previsto nos incisos II e XXXIX, artigo 5º da Carta Magna de 1988, respectivamente *in verbis*, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Por oportuno destaque-se que no processo penal, a lei deve ser produzida pelo ente competente, qual seja, a União, conforme previsto no inciso I, artigo 22 da CF/1988.

Entende Queiroz (2001, p. 22-26) que:

Semelhante princípio atende, pois, a uma necessidade de segurança jurídica e de controle do exercício do jus puniendi, de modo a coibir possíveis abusos à liberdade individual por parte do titular desse poder (o Estado). Consiste, portanto, constitucionalmente, uma poderosa garantia política para o cidadão, expressiva do imperium da lei, da supremacia do Poder Legislativo e da soberania popular sobre os outros poderes do Estado, de legalidade da atuação administrativa e da escrupulosa salvaguardados direito e liberdade

individuais. Constitui, portanto, constitucionalmente, uma poderosa garantia política para o cidadão, expressiva do imperium da lei, da supremacia do Poder Legislativo e da soberania popular, sobre os outros poderes de Estado, de legalidade da atuação administrativa e da escrupulosa salvaguarda dos direitos e liberdade individuais.

Somente a lei liga o fato a pena, isto é, após descrição legal dos fatos típicos o Estado poderá punir o cidadão. No entendimento do renomado autor Lima (2005, p. 50) no texto intitulado “A exclusão da tipicidade penal: princípios da adequação social e da insignificância” explica que:

Para uma ação humana ser um crime, é necessária a presença de todos os elementos constitutivos deste. Em primeiro lugar, a existência de seu ajuste perfeito a uma descrição delituosa contida na lei penal, a tipicidade. Deve haver previsão legal do delito. Não obstante, para ocorrer efetiva tipicidade, a conduta humana deve, também, ser materialmente ofensiva ou perigosa ao bem jurídico tutelado, ou ética e socialmente reprovável. Não basta a subsunção do comportamento a uma norma incriminadora. Ações toleradas pela coletividade ou causadoras de danos desprezíveis ao bem protegido não se abrangem pelo tipo legal do crime.

No entanto, somente a lei anterior ao fato pode estabelecer que esse constitui crime, portanto será considerado lícito tudo que não for expressamente proibido.

O devido processo legal guarda suas raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena. Além disso, modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo ímpar do processo penal. (NUCCI, 2014).

Todas as pessoas possuem o direito de se defender em juízo, o devido processo legal possibilita ao acusado o acesso à justiça diretamente. Assim, a legalidade viabiliza tanto a defesa quanto a acusação da pessoa, jamais, alguém deve ser inocentado ou acusado sem antes ter julgamento realizado por magistrado competente. Devem ser observadas as formalidades do processo penal, a falta de solenidade implica na nulidade dos autos.

2.3 Princípio da Não Autoincriminação

A popular primeira parte do “Aviso de Miranda” menciona que “Você tem o direito de ficar calado. Tudo o que disser pode e será usado contra você no tribunal”, embora seja característica norte-americana, são aceitáveis no Brasil, haja vista a previsão do inciso LXIII, do artigo 5º da Carta Magna de 1988, no mesmo sentido a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, da ONU - Organização das Nações Unidas. Consiste no princípio da não autoincriminação, isto é, *nemo tenetur se detegere*.

Censurar o Estado de produzir provas não é o modo de impedir a punição de inocentes, mas corrobora com que os culpados sejam impunes. Para Haddad (2005, p. 84) “A produção de prova é ato eminentemente comissivo, do que decorre a inaplicabilidade do princípio contra a autoincriminação às condutas omissivas que consistam em mero tolerar do acusado”.

Recorde-se que o princípio em tela foi originado como método de amenizar os abusos cometidos nos interrogatórios. Albuquerque (2008, p. 91) entende que “Quanto aos demais meios de prova que porventura dependam de alguma contribuição do acusado, parece-nos que a garantia de não autoincriminação não poderá ser invocada, porque não cumpre, nesses casos, as finalidades para as quais foi instituída”.

Importante mencionar que a reinterpretação da garantia de não autoincriminação guia a não gerar impunidade, devendo ser observado esse nexo, em decorrência disso a correta aplicação desse privilégio não

será utilizado como proteção para quem cometer ato típico, antijurídico e culpável.

Este direito deve ser invocado somente quando o Estado tiver pretensão de apurar o fato, vez que sem delimitação há estímulo para perpetuação de crimes.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 186 dispõe que é vedada a interpretação do silêncio em prejuízo do réu, todavia, no artigo 198 do mesmo diploma legal, o silêncio pode constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Destarte que o princípio em tela, não obsta que o procedimento probatório específico do exame do ácido desoxirribonucleico (DNA) seja regulado por lei a fim de evitar abusos e garantir a validade da prova. Afinal, o direito de não produzir provas contra si mesmo não pode ser utilizado como álibi para prática de novos delitos, ademais não pode-se falar em produção de provas contra si antes do fato criminoso acontecer.

2.4 Princípio da Inviolabilidade da Intimidade e da Vida Privada

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 preceitua, em seu artigo 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”. O direito à privacidade compreende a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

O direito a intimidade é aquele que resguarda ao ser humano em sua vida privada, seus pensamentos mais secretos do conhecimento de qualquer pessoa e até mesmo do Estado, protege a própria pessoa.

Segundo Dotti (1980, p. 117), a intimidade se representa “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. Enquanto a vida privada é a que “integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo”.

A intimidade liga-se nas relações subjetivas íntimas das pessoas, desde suas relações familiares e de amizade. Não existe nenhuma dúvida sobre a divulgação de fotos ou imagens poder acarretar em assuntos injuriosos que configuram dano a dignidade da pessoa humana, viabilizando o direito de resposta. É evidente que a prova está relacionada intimamente a verdade dos fatos, ligada ao desenvolvimento do direito de ação e de defesa tendo uma vertente totalmente constitucional.

Segundo Silva (2015, p. 210) o legislador ao se referir à vida privada “Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida”.

A intimidade está no núcleo da privacidade, pois a intimidade trata do psicológico individual, sentimentos, relacionados à sociedade, enquanto a esfera privada alberga os hábitos e opiniões da pessoa, que envolvem diversos fatores no âmbito da própria intimidade.

Silva (2015, p. 30) entende que a vida pessoal engloba dois distintos âmbitos, quais sejam, a vida exterior, voltada para atividades públicas com participação de terceiros e a vida interior, abarcando as relações sociais íntimas da pessoa. Assim divulgações devem ser tratadas com prudência para não afetar a moral física ou psicológica das pessoas.

A intimidade pode ser vista como de enorme importância em relação aos indivíduos no convívio em sociedade. Em síntese, trata-se a verdade de um direito essencial e indelegável, possui característica individualista e exclusiva, ou seja, é uma liberdade indisponível do indivíduo. A anuência do fundamento de provas desencadeado ilicitamente está ligada ao fato de obtenção provocar ofensa aos direitos e garantias fundamentais da pessoa.

Alexandrino (2011, p. 135) compreende que:

No entendimento da Corte Suprema, a mera publicação não consentida de fotografias gera o direito à indenização por dano moral, independentemente da ocorrência de ofensa à reputação da pessoa, porquanto o uso indevido da

imagem, de regra, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento ao fotografado, que deve ser reparado.

Dessa forma, a vida privada é mais ampla que a intimidade, pois perfaz no interesse da pessoa em revelar informações sobre si ou terceiro para o público. Hodiernamente a vida privada está estreitando, em face da globalização das tecnologias, circulação instantânea de informações.

Tempestivamente, urge salientar o romance 1984 de George Orwell, que retrata um mundo onde aparelhos, chamados de teletelas, controlam os habitantes, o mecanismo de controle chamado Grande Irmão, declarando “está de olho em você”.

Nesse sentido, é admissível a relativização do direito à inviolabilidade de privacidade e vida privada em alguns casos, como no sigilo bancário ou de dados, em razão do princípio da proporcionalidade, no mesmo sentido é plenamente admissível o exame de DNA para manutenção do banco de perfis genéticos.

Verifica-se que o princípio em questão resguarda o direito inerente à própria pessoa que possui indisponibilidade em sua privacidade, qualquer indivíduo tem a necessidade opiniões individualistas. É certo que na atualidade a persecução penal, vem se utilizando de mecanismos inadequados na obtenção de prova, adentrando na intimidade do indivíduo.

2.5 Contraditório e Ampla Defesa

O Princípio do Contraditório presente no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, é primordial para o esclarecimento dos fatos, pois, garante aos litigantes a presença em todo o andamento processual, contribuindo com informações cruciais para desenrolar o conflito, colaborando também, com o convencimento do magistrado.

Sobre o tema resume Lima (2013, p. 15) que:

A prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzida, em regra, no

curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório e ampla defesa. Essa estrutura dialética da produção da prova, que se caracteriza pela possibilidade de indagar e de verificar os contrários, funciona como eficiente mecanismo para verdade. De fato, as opiniões contrapostas das partes adversas ampliam os limites da cognição do magistrado sobre os fatos relevantes para a decisão da demanda e diminuem a possibilidade de erros.

Portanto, toda vez que um dos agentes envolvidos em uma demanda, apresentar novos fatos, será oportunizado a parte adversa, direito de impugnar toda e qualquer alegação contrária ao seu respeito. Dessa forma, fica nítido que, a participação das partes em todas as etapas do processo tem maior perspectiva de uma decisão judicial mais justa.

Sintetiza Oliveira (2015, p. 43) que o princípio do contraditório é um dos mais valiosos do processo penal que:

Constitui requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passiva de até nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado. Quando se tratar de violação do contraditório em relação á acusação, será necessária a arguição expressa irregularidade do recurso, sob pena de preclusão, ainda que se cuide nulidade absoluta. Nessa hipótese, excepcional, por certo, levam em consideração outras questões, ora ligadas ao controle do bom desempenho das funções públicas (o Ministério Público deve zelar, sempre, pela regularidade do processo, em todas as suas fases), ora ligadas á vedação da não surpresa (no fundo, o próprio contraditório) para a defesa; esta, diante da ausência de impugnação da irregularidade no recurso da acusação, não teria como se manifesta sobre a mesma.

Desta maneira, percebe-se que devem ser oportunizadas as partes informações sobre persecução penal, e também, na participação efetiva na produção de provas. Com isso, se consagra como uma proteção, em regra, absoluta, e essencial para igualar os envolvidos na lide.

Nucci (2014, p. 37) entende que é toda alegação fática ou apresentação da prova:

Feita no processo por uma das partes, tem adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado. Cuida-se de princípio ligado, essencialmente, à relação processual, servindo tanto á acusação quanto à defesa.

O contraditório é uma garantia constitucional que visa uma estabilidade processual, onde os litigantes podem produzir qualquer modalidade de provas, desde que, não esteja proibida em lei. Desse modo, o benefício se estende a todos os envolvidos no litígio.

A ampla defesa é prescrito no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, essa garantia constitucional visa uma defesa mais extensiva às partes, assegurando toda uma igualdade entre os agentes envolvidos na demanda. A Ampla Defesa refere-se ao direito do acusado de rebater de todas as formas, qualquer tipo de acusação em seu desfavor.

Assim, o Estado deve garantir ao réu, toda matéria de defesa possível, seja técnica ou pessoal. Pois, em tese, a parte hipossuficiente é o acusado, em relação à força estatal, utilizada na apuração da responsabilidade criminal.

Embora alguns doutrinadores consideram que a ampla defesa, seja outra vertente do contraditório, são garantias que não se confundem, devido ao fato de possuírem autonomia e preceitos específicos em seus contextos.

Para Lima (2013, p. 16), defende que:

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório, o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento a reação.

Enfim, apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório são antagônicos, uma delas em posição defesa, acontecendo a necessidade de que cada pessoa tem a garantia de se contrapor aos atos da parte diversa. Em síntese, esses elementos não são derivados.

A ampla defesa engloba a autodefesa ou defesa. Não pode ocorrer supressão infundada, ou seja, o juiz não pode denegar os argumentos do defensor sem ter uma fundamentação concreta, podendo o processo ser anulado acontecer sendo a defesa ineficiente.

Conforme o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988 é garantido “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No ensinamento de Capez (2015, p. 62) a ampla defesa implica:

O dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, artigo 5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, artigo 5º LXXIV). Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar.

Sob a vertente que privilegia o interesse do acusado a ampla defesa pode ser considerada como um direito, entretanto, o enfoque desse

princípio é ter um processo justo livre de qualquer contaminação é o que proporciona o direito efetivado de fato no processo penal.

Portanto, a ampla defesa garante diversos direitos exclusivos ao réu. São admitidos todos os meios de defesa, não vedados em lei. Toda pessoa deve ter um profissional capacitado (advogado) para resguardar interesses processuais, especialmente contrários as suas indagações.

3 ANÁLISE DA IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA E DIREITO A SEGURANÇA PÚBLICA EM FACE DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.654/2012

Desde os primórdios contemporâneos vários indivíduos foram arbitrariamente submetidos a penas, mesmo com a presença da incerteza quanto a real identidade da pessoa. Com fito de garantir a responsabilização da pessoa correta foram criados os bancos de dados, objetivando obter a maior quantidade de características individuais.

Todavia, não basta apenas identificar, é necessário também tornar o indivíduo único em relação aos demais. A identificação civil, no Brasil, é por meio da certidão de nascimento e carteira de identidade, sendo obrigatória.

O marco inicial da utilização de técnicas para a referida identificação foi em 1822, com o método antropométrico, que considerava determinadas características morfológicas e cromáticas, como o formato do queixo, lóbulo da orelha, posição das sobrancelhas, cor da íris, da pele e dos cabelos. Com o decorrer do tempo diversos métodos foram utilizados para estabelecer a identidade dos indivíduos.

O termo gene surgiu como referência à unidade fundamental, física e funcional da hereditariedade, constituída por ácidos nucleicos, portadores de informações genéticas que proporcionam a diversidade entre os indivíduos.

Após determinado período descobriu-se o ácido desoxirribonucleico (DNA), o ácido ribonucleico (RNA) e as proteínas. Nesse contexto Carvalho (2007, p. 29) “implícito nesses avanços estava o conceito de gene como informação determinante das características e comportamento

dos seres vivos e mecanismos transmissor dessas características através das gerações”.

O surgimento, em 1985, da técnica da reação em cadeia da polimerase impulsionou a aplicação dos testes de DNA na identificação humana. As técnicas de investigação e prova criminal, como a coleta e análise de dados genéticos no local do crime tem sido meio eficaz de prova.

Identificação criminal pode ser conceituada como o conjunto de informações que visa individualizar determinado indivíduo sujeito a processo criminal ou mesmo a inquérito policial, cujo objetivo é auxiliar o sistema penal.

Para Nucci (2010, p. 691) identificar consiste em “determinar a identidade de algo ou alguém. No âmbito jurídico, quer dizer apontar individualmente e com exclusividade uma pessoa humana [...]. No campo criminal individualiza-se a pessoa para apontar o autor, certo e determinado, sem qualquer duplicidade, da infração penal”.

O artigo 5º, inciso LVIII da Constituição Federal de 1988 e o artigo 1º do Código Penal dispõem que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nos casos expressos em lei. Dispositivo que foi inserido em detrimento do contexto social e do momento histórico, vez que pós ditadura militar buscou-se afastar dos órgãos de repressão a identificação criminal, tanto que a Súmula 568 do Supremo Tribunal Federal foi editada no sentido que a identificação criminal do indiciado pelo procedimento datiloscópico não constitui constrangimento.

Conforme entendimento de Nucci (2013, p. 173):

Trata-se de norma de indevida inserção na Carta Magna, que, à época da sua elaboração, teve por finalidade corrigir a publicidade que se costumava dar ao fato de determinada pessoa especialmente as conhecidas do grande público ser criminalmente identificada, como se isso fosse inconveniente e humilhante. A norma tem contorno de direito

individual, unicamente porque o constituinte assim o desejou (formalmente constitucional), mas não é matéria para constar em uma Constituição Federal. É certo que muitos policiais exorbitaram seus poderes e, ao invés de garantir ao indiciado uma colheita corriqueira do material datiloscópico, transformaram delegacias em lugares de acesso da imprensa, com direito à filmagem e fotos daquele que seria publicamente indiciado, surpreendido na famosa situação de 'tocar piano'. Ora, por conta da má utilização do processo de identificação criminal, terminou-se inserindo na Constituição uma cláusula pétreia que somente problemas trouxe, especialmente ao deixar de dar garantia ao processo penal de que se está acusando a pessoa certa. Bastaria, se esse era o desejo, que uma lei fosse editada, punindo severamente aqueles que abusassem do poder de indiciamento, especialmente dando publicidade indevida ao ato, para a resolução do problema.

Dessa maneira, a identificação criminal pode ser feita em casos excepcionais. Minahim (2012, p. 90) entende que:

A identificação criminal do civilmente identificado só deve ocorrer em face das exceções abertas pela Lei 12.037, ou seja, para afastar incertezas diante dos documentos. Pode-se então, recorrer também ao processo datiloscópico e ao fotográfico, conforme a mesma lei e, atualmente, à coleta de ADN. Ocorre, todavia que o suspeito ou o indiciado já estariam, por ocasião do recurso à nova técnica, suficientemente identificados, como pessoas, com os dados colhidos uma vez que a impressão digital é única e mantém-se inalterada durante toda a vida. Sua capacidade de singularizar uma pessoa é tão precisa que, mesmo nos gêmeos, tem características diversas. A coleta de ADN tem, portanto, outra inequívoca finalidade, a de

servir de meio de prova, que se dissimula, fazendo-se crer que se trata de mais uma informação para a identificação.

Com o advento da Lei nº 12.654/2012, originada no projeto de Lei nº 2.458/2011, que trata da identificação criminal por meio de material genético, bem como do banco de perfis criminais do Brasil, como meio de colaboração para as investigações criminais, foram alteradas as Leis nº 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal) e 7.210/84 (Lei de Execuções Penais).

A identificação criminal foi permitida quando essencial à investigação policial, por meio do estabelecimento do perfil genético. A novidade legislativa, qual seja, a lei em comento, vigente no Brasil, tem o propósito de tornar mais eficaz a identificação de criminosos, reduzir possibilidades de erros judiciários e trocas de identidades nos processos criminais.

Os bancos de perfis genéticos contêm armazenamento de amostras de vestígios do local do crime ou doadas pelos suspeitos, sendo gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. A coleta do perfil genético pode ser efetuada de múltiplos modos, dentre eles por meio de fios de cabelo com raiz, pedaços de unhas, sêmen, sangue e saliva. Possibilitando a comparação dos vestígios do crime com as informações constantes no banco de dados genéticos.

Assim, há devida proteção às informações colhidas, pois tem caráter sigiloso, devendo conter tão somente a determinação genética de gênero, são gerenciadas por unidades oficiais de perícia criminal e já previsão legal de responsabilização civil, penal e administrativa aos que promoverem ou permitirem uso das informações para fins diversos.

No caso do Banco Nacional de Perfis Genéticos pode ser administrado por perito criminal federal habilitado e com experiência comprovada em genética, designado pelo Ministro de Estado da Justiça. O controle desse banco compete ao Poder Executivo. Os perfis genéticos

seguirão normas internacionais de direitos humanos. Os referidos bancos são utilizados em outros países.

Segundo dados a maior parte dos países membros do Conselho da Europa autoriza a coleta compulsória de dados genéticos dentro do processo penal, permitindo que a coleta e o armazenamento seja mantido por período limitado de tempo.

Cordeiro (2001, p. 321) cita o banco de dados genéticos da Alemanha que armazena informações dos condenados por alguns crimes, considerados graves e o banco de dados genéticos da Inglaterra, onde consta dados de pessoas suspeitas da prática de crimes, pois a legislação é mais abrangente. Nesse último mais de 60% (sessenta por cento) dos vestígios encontrados nos locais de crimes são facilmente identificados, nos Estados Unidos já auxiliou no esclarecimento de mais de 190.000 investigações.

De acordo com a Lei de Crimes Hediondos os condenados por crime praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou por qualquer dos crimes previsto no artigo 1º deste diploma legal, serão sujeitos, indispensavelmente, à identificação do perfil genético por meio da extração de DNA, com técnica adequada. Extrai-se que o objetivo dos bancos de dados genéticos é conferir segurança pública em face de criminosos perigosos.

Segundo o Ministério da Justiça, até maio de 2016, dezoito Estados mantêm bancos de DNA, além da polícia federal, são eles: Amazonas, Amapá, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo.

O governo está encontrando dificuldades para implantar o banco em comento em alguns Estados, como o Tocantins, pois os juízes e promotores ainda estão sendo conscientizados da relevância do referido bando de DNA, por sua vez é mais eficaz, autoridades precisam provocar a perícia estadual, pois ela não pode agir de ofício, também há a

necessidade de implantar os laboratórios, que têm alto custo para manutenção.

Ressalte-se que após a identificação do DNA em laboratório a polícia do estado passa a informação para o cadastro nacional e o programa que interliga ao banco nacional de perfis genéticos é gratuito.

A Lei nº 12.654/2012 oportuniza ao juiz competente ordenar a investigação criminal por iniciativa própria ou a requerimento da autoridade policial competente, do representante do Ministério Público ou da defesa do acusado, visando equiparar com os vestígios encontrados no local do crime. As informações dos bancos de dados são sigilosas, logo tão somente agentes públicos credenciados podem acessá-las, garantindo o direito à intimidade genética dos indivíduos.

Destaque-se que, a obrigação de fornecer o material genético, nos termos da Lei nº 12. 654/2012, incide após a condenação. Sabe-se que a há probabilidade de implantação do DNA na cena do crime, todavia a mera compatibilidade não poderá ser considerada isoladamente presunção absoluta de autoria do crime, a depender do caso concreto pode ser prova da inocência.

A previsão do artigo 6 da Lei de Contravenções Penais menciona que é contravenção punível com multa “quem recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência” afasta a possibilidade de inconstitucionalidade da Lei nº 12. 654/2012.

O Superior Tribunal de Justiça admitiu a coleta de material genético para identificação criminal, no julgamento do Habeas Corpus nº 407.627 - MG (2017/0167688-6):

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA IDENTIFICAÇÃO DE PERFIL GENÉTICO - ART. 9º-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL -

VINCULAÇÃO - VIOLAÇÃO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO - INOCORRÊNCIA. 1. No termos do art , 300 do Regimento Interno deste Eg. Tribunal, a decisão que acolhe ou rejeita Incidente de inconstitucionalidade, se proferida por maioria de dois terços, é de aplicação obrigatória em casos análogos. 2. A coleta de material biológico nos termos do art , 9º-A da Lei de Execução Penal não viola o Princípio da Presunção de Inocência ou o de não autoincriminação, porquanto já reconhecida a culpabilidade do agente, em decisão transitada em Julgado. Brasília (DF), 17 de julho de 2017. MINISTRA LAURITA VAZ Relatora.

O entendimento da presidente do Superior Tribunal de Justiça, Laurita Vaz, é pelo indeferimento da liminar requerida em favor de homem que argumentava ser inconstitucional a obrigatoriedade de fornecer material genético para registro em banco de dados do poder público.

No caso em tela, o fornecimento do material foi requerido pelo representante do Ministério Público após condenação por crime de homicídio qualificado, que foi indeferido pelo magistrado da Vara de Execuções Penais de Belo Horizonte, porém o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a decisão e determinou a coleta do DNA.

Ademais, o relator do Projeto de Lei que resultou na promulgação da referida Lei, Senador Demóstenes Torres, em seu parecer afirma que: “Não há vícios de constitucionalidade porquanto a matéria trata de ciência, cuja competência para proporcionar os meios de acesso pode ser da União, por iniciativa de qualquer membro do Congresso Nacional, tendo em vista o disposto nos artigos 23, V, e 48, ambos da Constituição Federal de 1988”.

Indubitavelmente, a busca de segurança jurídica no âmbito jurídico é um dos objetivos mais buscados do processo. A verdade real, mesmo que no plano do idealismo, deve ser uma meta faticamente perseguida,

principalmente na seara penal, tendo em vista o preciosismo dos bens jurídicos que são tutelados nesse campo.

O princípio da verdade real visa à veracidade dos fatos, não ficando estrito ao teor anexado aos autos, com objetivo de buscar a verdadeira realidade da demanda. O entendimento acerca da verdade é sua relatividade, até que se termine a persecução criminal e possamos extrair a realidade dos fatos ocorridos no crime.

No entendimento de Machado (2010, p. 42) o princípio da verdade real significa que:

O processo-crime deve buscar sempre a verdade substantiva dos fatos e não se satisfazer simplesmente com a verdade formal, ou com presunções de verdade, como acontece às vezes no processo civil em caso de ausência de contestação. É que os bens em jogo, no processo penal, são de enorme relevância para a sociedade e para os indivíduos.

Em síntese, a verdade é somente uma noção da realidade, tendo em vista que é relativa, pode ser o fato pra uns, não para outros. O magistrado deve atuar como participe no processo em busca de um bem maior. O valor de uma prova é inestimável, pois pode decidir a condenação ou absolvição do réu. A sociedade precisa de informações precisas quanto à identidade dos cidadãos que violam o pacto social. Por todo o exposto, resta evidenciada a necessidade de um banco de dados criminal.

As inovações decorrentes dessa lei são modernas, pois auxiliam na eficaz resolução de diversos problemas, com a extração e análise do material biológico, instituição de banco de dados, incomplexidade para a identificação de autores de crimes, redução na quantidade de erros judiciários, por conseguinte impulsionando a efetividade do Poder Judiciário.

Por todo o exposto, a identificação criminal é procedimento que individualiza as pessoas, evitando o erro judiciário, além de consistir em

direito do Estado. Por ser díspar da aceitação de culpa não viola direitos de defesa, sendo, de fato, uma extensão desse direito e em nenhum momento pode ser vista como mecanismo de punição. Afinal, a ciência deve ser utilizada em prol do direito.

CONCLUSÃO

O objetivo do estudo foi discorrer sobre a Identificação Criminal Genética, através da Lei 12.654 publicada em 29 de maio de 2012, que modificou outras duas leis a Lei 12.037/2009 (Identificação Criminal) e a 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), a qual instituiu a possibilidade da utilização da coleta de DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos a fim de manter um banco de dados estatal com material genético, bem como a utilização de material genético para a descoberta da autoria delitiva no curso de investigações criminais. A Lei nº 12. 654/2012 é um grande avanço científico no processo penal, não deixando de ser contestável em alguns pontos, mas o que parece ser prejudicial ao réu, por vezes poderá ser instrumento de sua defesa. Logo, enquanto mera identificação, não vislumbra qualquer inconstitucionalidade do diploma legal em comento.

A finalidade da lei é o armazenamento temporário de dados durante o tempo necessário para se obter o esclarecimento do crime e identificação da autoria. Trata-se de uma técnica de investigação genética, que adveio de uma grande revolução e desenvolvimento na ciência, utilizada em vários países, tornando-se um meio eficaz no mundo jurídico. O uso da tecnologia avança em ritmo alvoroçado em todos os âmbitos da sociedade, e tem impulsionado às instituições Estatais a se adequarem a inovação tecnológica que foi considerada uma enorme evolução na sociedade.

O direito não pode deixar de utilizar as modernas técnicas de investigação criminal, principalmente a por meio do DNA do investigado, pois é utensílio que permite ao Estado fornecer à sociedade resposta mais célere e eficiente, pois é instrumento de grande valia para elucidação de crimes e identificação dos autores. Não é afronta aos princípios da legalidade, dignidade da pessoa humana, não autoincriminação e inviolabilidade da intimidade e da vida privada, ao passo em que não é

direito relativizado pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. A alteração legislativa contribui para a redução das possibilidades de erros do judiciário, evitando assim a punição de inocentes e implicando na resolução de crimes insolúveis, como nos crimes de autoria desconhecida.

Destarte que a Lei nº 12.654/2012 é constitucional e simboliza avanço expressivo para o processo penal brasileiro, posto que possibilita identificação mais precisa da autoria delituosa, não viola direitos e garantias individuais, comporta mais bônus que ônus, além disso é efetiva e eficaz.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2008.

ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. **Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país**. Revista Consultor Jurídico, 2 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>> Acesso em: 17 out. 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado** - 7ª Ed. 2011 - São Paulo, Método.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha.

Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte. Del Rey, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, publicada no Diário Oficial da União nº 191 - A, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 93/2011**. Sessão de 17 de março de 2012, fl. 03. Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/87674.pdf>>.
Acesso em: 18 out. 2017.

_____. **Código de processo penal comentado**. - 13. ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. [Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012](#). **Altera as Leis nos 12.037, de 10 de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Habeas Corpus nº 407.627 - MG (2017/0167688-6)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-07/stj-admite-coleta-material-genetico-identificacao-criminal>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. [Lei nº 12.037, de 01 de outubro de 2009](#). **Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em 30 set. 2017.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

CORDEIRO, Maria Celeste Leite Santos. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO, Gisele Mendes. **Patrimônio genético e direito penal**. Curitiba: Juruá, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**. São Paulo: Ed. RT, 1980.

FELLER, Marcelo. **Lei nº 12.654/12: Solução ou problema?** Revista Jurídica Consulex, ano XVII, n. 389, 1º abr. 2013.

GRECO, Rogério. **Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal**. Revista Jurídica Consulex, ano XVII, v. 12, n. 389, abr. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: RT, 2016.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; GIOVANELLI, Alexandre. **Criminalística: origem, evolução e descaminhos**. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas, v. 5, 2009.

_____. **Ciência forense: uma introdução à criminalística**. 1. ed. Rio de Janeiro: 2012.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas; Ed. Bookseller, 2005.

IV Relatório Da Rede Integrada De Bancos De Perfis Genéticos - Dados estatísticos e resultados relativos a 28 de maio de 2016. **Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em:** <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/relatorio/iv-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-maio-2016.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

JACQUES, Guilherme. **Banco de perfis genéticos: a ciência em prol da justiça**. Revista Jurídica Consulex, ano XVII, v. 12, n. 389, abr. 2013.

LIMA, Maria Almeida Rodrigues. **A exclusão da tipicidade penal: princípios da adequação e da insignificância.** Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Curso de Processo Penal.** Niterói, RJ: Impetus, 2013.

MURADI, Laura. **Entra em vigor a Lei que determina criação de banco de DNA para investigações criminais.** Disponível em: <<http://blog.justica.gov.br/inicio/tag/banco-de-perfis-geneticos/>>. Acesso em: 15 out. 2017.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal.** 3ª Edição - São Paulo: Atlas, 2010.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Lei 12654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ouobtencao-constrangida-de-prova/8838>>. Acesso em: 20 out. 2017.

MARCOLINI, Rogério. **Identificação criminal compulsória: Inconstitucionalidade do Inc. I do art. 3º da Lei nº 10.054, de 07.12.00.** Boletim do IBCCRIM, São Paulo, p. 13-14, v. 8, n. 99, fev. 2001.

NUCCI, Guilherme Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 10ª ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. **Manual de processo penal.** 11. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense. 2014.

ORWELL, George. **Mil Novecentos e Oitenta Quatro. Do original inglês "NINETEEN EIGHTY – FOUR.** Editora Companhia Nacional - São Paulo: 1984. Disponível

em:<<http://home.ufam.edu.br/edsonpenafort/GEORGE%20ORWELL%20-%201984.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. atual. - São Paulo: Atlas, 2015.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Limites éticos e jurídicos do projeto genoma humano**. In: SANTOS, Mara Celeste Cordeiro Leite (Org.). Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal - vol. 4**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2002.

[1] Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Desenvolvimento do Centro Oeste, Pós graduado em direito do trabalho pelo Instituto Processus-DF, Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT, professor na Universidade Católica do Tocantins, Analista Ministerial em Ciências Jurídicas na Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins; Email: wellington900@hotmail.com.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PERANTE O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

ANNE BEATRIZ MOTA DE CASTRO:
Formanda do Curso de Direito da Faculdade
Católica do Tocantins.

ANTÔNIO CÉSAR DE MELLO^[1]

RESUMO: Diante à grande incidência de casos de assédio moral divulgados no dia-dia pela mídia em geral, e por ser cada vez mais comum no atual contexto das relações de trabalho, tornou-se necessário a construção deste estudo. O presente artigo científico revestiu-se de caráter bibliográfico e teve por base a análise de livros, doutrinas, dissertações, leis vigentes e jurisprudência tratando do tema. Objetiva em um primeiro momento, definir o assédio moral com metodologia da pesquisa descritivo-explicativa, buscando dar uma visão geral acerca do assunto, identificando seus principais pontos. Em segundo plano, superada as peculiaridades de conceituação, analisa a responsabilização civil do empregador em face da ocorrência do assédio moral na empresa, tanto praticado pelo próprio empregador quanto por seus empregados, bem como a reparação pelos danos morais e materiais.

Palavras-chave: Assédio Moral. Relações de trabalho. Responsabilidade objetiva. Responsabilidade civil do empregador. Danos morais.

ABSTRACT: Faced with the high incidence of cases of bullying reported by the media in general, and because it is increasingly common in the current context of labor relations it became necessary to construct this study. The present scientific article was of bibliographical character, since it was based on the analysis of books, doctrines, dissertations, current laws and jurisprudence dealing with the topic. Objective in a first moment, to define the bullying with descriptive-explanatory research methodology, seeking to give an overview about the subject, identifying its main points. In second place, overcome the peculiarities of conceptualization, analyzes the civil responsibility of the employer in the face of the occurrence of bullying in the company, both practiced by the employer himself and by his employees, as well as compensation for moral and material damages.

Keywords: Moral Harassment/Bullying; Work relationships; Strict liability; Employer's civil liability; Moral damages.

Sumário: Introdução; 1. Noções gerais sobre o assédio moral no ambiente de trabalho; 1.1. Breve panorama histórico; 1.2. O assédio moral no Brasil; 1.3. Caracterização do assédio moral no trabalho; 1.4. Tipos de assedio moral no Brasil; 1.5. O que não é caracterizado como assédio moral; 2. Responsabilidade civil; 2.1. Aspecto histórico; 2.2. Elementos da responsabilidade civil; 3. Responsabilidade civil objetiva do empregador; 3.1. Responsabilidade civil do empregador por ato ou fato de terceiros empregados e prepostos; 4. Indenização do dano/reparação/Lei nº. 13.467 de 13.07.2017; 4.1. Dano; 4.2. Reparação; 4.3. Do dano à luz da Lei nº 13.467 de 13/07/2017- Reforma Trabalhista. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Nas relações de trabalho no Brasil, condutas consideradas humilhantes que ocorrem de forma repetitiva e continuada em que os trabalhadores são vítimas, são denominadas de assédio moral.

Visto o aumento de casos nos últimos tempos, o presente artigo tem o propósito de analisar o instituto, bem como provar a responsabilidade civil do empregador no ambiente laboral que seja nos atos praticados por um ou por outro. Para tanto, serão apresentados conceitos, aspectos históricos pertinentes para a abordagem do tema, à luz da reforma trabalhista (Lei de nº 13.467), a vigorar na data de 11 de novembro de 2017.

Diariamente, a mídia televisiva, impressa ou digital vem noticiando casos de assédio moral no ambiente de trabalho. Embora por inexistir legislação específica acerca do assunto e de possuir pouca doutrina, ainda que seja um fenômeno existente desde as primeiras relações empregatícias assalariadas, vem ganhando destaque nos últimos anos.

A competição no ambiente corporativo quando não ocorre de forma saudável, trata-se de um problema considerável que merece um maior

destaque no ordenamento jurídico. O nível de competição interna de forma desmedida e sem direcionamento pode estimular a hostilidade, ciúmes, inveja e conflitos internos entre os empregados. Desta forma, a violência moral surge também como uma ferramenta utilizada pelas empresas para tentar aumentar a produtividade empresarial.

No Brasil, apesar dessa discussão ser recente, houve aumento considerável de empregados que ingressaram na Justiça do Trabalho em face de seus empregadores, alegando humilhações no emprego. Há, assim, a necessidade de se provar tão somente o nexo de causalidade e o dano causado, surgindo a partir de então a responsabilidade do empregador de reparar os danos causados. A responsabilidade civil adquiriu novos rumos quanto à sua estrutura com, posto que antigamente adotava a responsabilidade subjetiva. Atualmente, não é mais a vítima quem suporta o peso do risco e sim toda a sociedade. Essa conduta moral praticada nas relações de trabalho enseja na condenação por danos morais pela empresa empregadora, ainda que os atos sejam cometidos por outro empregado/preposto.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

1.1 Breve panorama histórico

A palavra “trabalhar” vem do latim *tripaliare*, que significa torturar e é derivada do latim clássico *tripalium*, antigo instrumento de tortura. Através dos tempos, “trabalho” tem como sinônimo: fadiga, esforço, sofrimento, cuidado, encargo.

Nos primórdios, o conceito de assédio moral não estava relacionado às relações laborais, sendo somente na década de 80 que obteve aceitação na esfera da psiquiatria, devido o termo ter se popularizado no âmbito dos estudos psicológicos. Há d.ªs. Dolores Bonilha Ferreira (*apud*, NASCIMENTO, 2015, p. 29) acerca a importância do tema:

“Pode-se afirmar, sem medo de errar, que o assédio moral nas relações de trabalho é um dos problemas mais sérios enfrentados pela sociedade

atual. Ele é fruto de um conjunto de fatores, tais como a globalização econômica predatória, vislumbradora somente da produção e do lucro, e a atual organização do trabalho, marcada pela competição agressiva e pela opressão dos trabalhadores através do medo e da ameaça. Esse constante clima de terror psicológico gera, na vítima assediada moralmente, um sofrimento capaz de atingir diretamente sua saúde física e psicológica, criando uma predisposição ao desenvolvimento de doenças crônicas, cujos resultados a acompanharão por toda a vida”.

O professor Heinz Leimann é considerado o fundador da pesquisa sobre assédio moral, que foi ganhando escopo com seus estudos e sua escola na Suécia. Os estudos relacionavam o número alto de casos de pacientes em tratamento com questões psicológicas, que tinham como causa as dificuldades pessoais no ambiente de trabalho. O conceito *mobbing* originou-se desse estudo, que era direcionado às causas dos males psíquicos advindos da violência laboral. Heinz Leimann teorizou o assédio moral, obtendo o reconhecimento da comunidade internacional.

O tema do assédio moral, muito embora represente um fenômeno existente há muito tempo no ambiente de trabalho, é relativamente novo, inclusive para as nações europeias, as quais começaram a elaborar estudos sobre o *mobbing* a partir da década de 1980. (NASCIMENTO, Sônia Mascaro, 2015, p. 44).

Heinz Leyman, (*apud*, VALENTE, 2015, p. 1) doutor em psicologia do trabalho e professor na Universidade de Stockholm publicou ensaio em 1993 no qual destacou o conceito de *mobbing*: define o encadeamento por um longo período, de comportamentos hostis, que isolado poderia parecer inócuo. Mas é manifestado por uma ou várias pessoas em direção a uma terceira que se torna o alvo, ameaçando infringir ao indivíduo graves danos psíquicos e físicos. A humilhação da qual são vítimas os trabalhadores é denominada de diversas formas em todo o mundo. No Brasil, essa prática é

titulada de “assédio moral” e tem por cenário o ambiente de trabalho e tem recebido várias denominações, e a depender do país, diferentes manifestações. Elenca-se a França, Portugal, Espanha, Chile e Suécia dentre os países que têm legislação específica acerca do assunto.

O fenômeno do assédio moral recebe diversas denominações na língua portuguesa, tais como: humilhação no trabalho, violência moral ou psicológica, assédio psicológico no trabalho, terror ou terrorismo psicológico no trabalho, psicoterror, tirania nas relações de trabalho, coação moral no ambiente de trabalho, molestamento moral e manipulação perversa (ALKIMIN, 2006. p. 38).

Cumprir acrescentar que a França foi o primeiro país a estabelecer uma Lei com o objetivo de combater o assédio moral no seu ordenamento jurídico, a Lei nº 2002-73, de 17 de janeiro de 2002.

1.2 O assédio moral

O assédio moral nos últimos anos vem revelando-se um fenômeno social, além de gerar consequências negativas no quadro psicológico de suas vítimas, causa uma degradação do meio ambiente laboral, cuja importância toma proporção cada vez maior no meio profissional.

A doutrina pátria define o assédio moral como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho. (NASCIMENTO, 2015, p. 30).

De forma geral, pode-se conceituar essa prática abusiva por toda conduta que evidencia violência psicológica contra o empregado e

que na prática, por meio de atitudes repetitivas, expõem a vítima a situações humilhantes.

Sônia Mascaro Nascimento (*apud*, FILHO, 2016, p. 9) define o assédio moral como “uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social”.

São ações que, se repetidas com frequência tornam insustentável a permanência do empregado em seu ambiente de trabalho, podendo causar danos psicológicos e físicos, como até mesmo doenças ocasionadas pelo estresse.

1.3 Caracterização do assédio moral no trabalho

O assédio moral no ambiente de trabalho ocorre tanto em empresas privadas, quanto em instituições públicas. Frisa-se que é necessário que haja a correta identificação das situações que caracterizam a violência.

“Para a caracterização do assédio moral é necessário que as condutas ofensivas ou humilhantes sejam, de regra, repetitivas, prolongadas e verificam-se elementos comuns caracterizadores desta prática como: conduta abusiva, natureza psicológica que atente contra a dignidade psíquica do indivíduo, reiteração da conduta e intenção de excluir a vítima no local de trabalho”. (Nascimento, 2015. p. 73).

Note-se, portanto algumas posturas discriminatórias proferidas contra trabalhadores que podem vir a ser caracterizadoras de assédio moral: Colocar o trabalhador em local sem nenhuma tarefa; isolamento da vítima de almoços, confraternizações ou atividades juntos aos demais colegas; críticas repetidas em relação à sua capacidade profissional; impedir a vítima de andar pela empresa; expor a vítima ao ridículo perante colegas ou clientes, de forma repetida ou continuada; colocar um colega controlando o outro colega, disseminando a vigilância e desconfiança; delegar atividades incompatíveis com a contratação do funcionário para humilhá-lo perante os demais; fazer brincadeiras depreciativas com características do trabalhador com sua cor, etnia, raça, religião ou

orientação sexual. Há ainda, manifestos de assédio moral praticados de forma indireta, de maneira mais sutil como: murmúrios, suspiros seguidos, ironia, olhares de desprezo, sarcasmo, dentre outros. De tal forma, o assédio pode ocasionar problemas negativos na integridade física /mental das vítimas, como depressão, estresse, até mesmo o suicídio.

1.4 Tipos de assédio moral

O assédio moral pode ser praticado por uma ou mais pessoas nas relações de trabalho, o empregado pode configurar o polo passivo (vítima) ou o polo ativo. Em outras palavras, tanto o empregador como os subordinados podem ocupar o lugar da vítima como o do agressor. Posto isso, são três as modalidades dessa prática moral: o horizontal, o vertical que se subdivide em vertical ascendente vertical descendente e o misto.

O assédio moral horizontal é aquele que ocorre entre os empregados da empresa, ou seja, não existe relação de subordinação entre eles. Vale ressaltar que a prática pode partir tanto de um colega como de vários (contra uma ou mais pessoas de um grupo). Assim, a agressão moral de um colega para o outro caracteriza esse conflito.

A disputa pela obtenção de um mesmo cargo ou até mesmo uma promoção por dois empregados é um exemplo clássico dessa modalidade, devido a existência do excesso de competitividade e inveja na empresa. Não se descartam como causas imediatas dessa prática o preconceito racial, assim como xenofobia e a opção sexual.

O assédio moral horizontal ou transversal é o praticado entre sujeitos que estejam no mesmo nível hierárquico não ligados por uma relação de subordinação. Observe-se que tanto o assédio vertical quanto o horizontal podem ser exercidos por uma ou mais pessoas contra um trabalhador ou grupo de trabalhadores determinado ou determinável, já que, para atingir o seu objetivo, a conduta hostil sempre deverá ser dirigida contra um grupo ou um indivíduo específico.(NASCIMENTO, 2015. p. 31)

O assédio moral vertical se subdivide em ascendente e descendente. O vertical ascendente é um tipo de assédio mais raro que os demais e pode ocorrer quando o superior não mantém certo controle sobre o (s) subordinado (s). Nesse mesmo diapasão, caracteriza-se por um ou mais inferiores hierárquicos em face de seu(s) superior(s).

O assédio moral vertical descendente é o mais comum nas relações de trabalho, ocorrendo pelo superior hierárquico ou pelo próprio empregador (sócio ou dono da empresa). Muitas vezes, a perseguição sofrida pelo empregado é devido seu superior ter receio de perder o controle na empresa, ou ainda, pela necessidade de engrandecer-se em vantagem dos seus subordinados, que acabam aceitando as humilhações como meio de manter o emprego.

“O assédio moral vertical configura-se em relações marcadas pela subordinação e pela diferença de posição hierárquica. Chama-se de assédio moral vertical descendente o praticado pelo superior hierárquico contra o seu subordinado. O assédio moral vertical ascendente, por sua vez, é o praticado pelo inferior hierárquico contra o superior” (NASCIMENTO, 2015. p. 31).

O assédio moral misto pode ser cometido tanto por um superior quanto por outro colega da mesma hierarquia. Quando a vítima sofre a prática abusiva e tanto pelos colegas de mesma linha hierárquica, como pelo superior hierárquico/empregador, está configurando o assédio moral misto.

Não existe uma regra clara para tal atitude, mas quando há grande competitividade no ambiente laboral, ou em que é observado nível elevado de exigência pelo empregador é comum a ocorrência dessa modalidade.

Já o assédio moral misto exige a presença de pelo menos três sujeitos: o assediador vertical, o assediador horizontal e a vítima. Pode-se dizer que o assediado é atingido por “todos os lados”, situação esta que, por certo, em condições normais, se torna

insustentável em tempo reduzido. (FILHO, 2016, p. 9).

1.5 O que não é caracterizado como assédio moral

É certo que o assédio moral expõe o empregado a situações de vexame e humilhações nas relações de trabalho, porém, existem alguns casos que se analisados de forma individual não configuram atos de assédio. Observar se as atitudes ocorrem de forma habitual e de longo prazo é importante, pois não há que se falar nessa prática somente por um fato isolado. A título de exemplo, uma acusação inverídica de um furto que teria sido cometido por um empregado; note-se, que embora não configure um caso de assédio moral, pode ser considerado dano moral e não exime o empregado do seu direito ser ressarcido pelo ocorrido.

Existem alguns atos do empregador como mudanças de funções, transferências, imposições de metas, cobranças que quando realizadas de modo respeitoso são somente manifestações do poder diretivo do empregador, pois para serem caracterizadoras de assédio moral teriam que ter nítido caráter retaliatório e depreciativo, de forma repetitiva e continuada.

Sobre atitudes praticadas de forma isolada nas relações de trabalho, Márcia Novaes Guedes (*apud*, NASCIMENTO, 2015, p. 32) fundamenta:

Nesta linha, observe-se que violações ao direito e intimidade do empregado, tais como revistas íntimas, controle do tempo de utilização de sanitário, vigilância de e-mails pessoais sem a ciência do empregado – todas essas condutas praticadas de forma discriminatória –, investigação da saúde ou da vida privada do empregado etc., ainda que passíveis de indenização por danos morais, se praticadas isoladamente não configuram assédio moral no trabalho.

Portanto, conflitos praticados entre os próprios funcionários (colegas e/ou chefes) no ambiente laboral, sem ser de modo repetitivo, não são considerados assédio, sendo analisados como um ato isolado.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Aspecto histórico

O termo responsabilidade é utilizado em várias áreas da ciência, possuindo diversos significados conforme o contexto. Acerca da aceção de responsabilidade, O Dicionário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (1995, p. 679) apresenta o seguinte:

“RESPONSABILIDADE. S.f. (lat. de *respondere*, na acep. De assegurar, afiançar) Dir. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou ato ilícito. OBS. A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado”.

Conforme Stoco, “A expressão “responsabilidade” tem sentido polissêmico e leva mais de um significado. Tanto pode ser sinônima de diligência e cuidado. No plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam no plano jurídico”. (2011, p. 132).

“A palavra responsabilidade origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria assim o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir”. (GONÇALVES, 2009, p. 18).

Pode-se afirmar que a responsabilidade civil está presente na sociedade desde os primórdios da humanidade, prova disso eram os conflitos em que vogava a autodefesa (autotutela), caracterizado pelos envolvidos estabelecerem as próprias regras. Nessa linha, de acordo que a

sociedade muda e evolui, o instituto tem se transformado. No que diz respeito a evolução da responsabilidade civil, Diniz (2010. p. 11) leciona que:

“(...) evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. Para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou. A responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano”.

Até o século XIX, O Código Civil Brasileiro de 1916 previa apenas a responsabilidade subjetiva como meio o lesado ter direito a ser ressarcido pelos prejuízos decorrentes do ato dano. Essa modalidade de responsabilidade civil que depende da comprovação de dolo ou culpa (negligência, imprudência e imperícia).

Devido a responsabilidade subjetiva depender da comprovação de culpa, com o desenvolvimento da industrialização notou-se que essa teoria estava ficando incompatível com a realidade, à medida que o número de ocorrências de casos de acidentes aumentava, também crescia ações acidentárias em que as vítimas não eram devidamente ressarcidas. Ocorre que nem sempre era possível a comprovação da culpa do réu, e, diante isso, não tinha o que se falar em ressarcimento.

Notou-se então, uma incompatibilidade com a realidade do mundo contemporâneo e a Teoria Subjetiva, o que deu espaço para a criação da Teoria objetiva. Dessa forma, com a implementação do Código Civil de 2002 no ordenamento jurídico, nessa nova modalidade de responsabilidade não há a necessidade de comprovação da culpa do

agente causador do dano, pois prejuízos advindos das atividades propiciam aos direitos alheios uma reparação civil.

Nesse sentido, acerca das mudanças ocorridas no mundo frente à necessidade da criação de uma nova modalidade de responsabilidade, o Juiz de Direito Wendell Lopes Barbosa de Souza (*apud* CARVALHO, 2011) fundamenta:

Com a Revolução Industrial do século XVIII e início do século XIX, *caracterizada pela passagem da manufatura à indústria mecânica*, o chamado maquinismo constituiu-se numa verdadeira ameaça à integridade física do operariado, subsistindo tal situação por longos anos, até o momento em que se constatou a dificuldade da vítima na comprovação da culpa pelos acidentes de trabalho. Então, no final do século XIX e início do século XX, vários processos técnicos-jurídicos foram implementados na tentativa de conferir adequada guarida à novas vítimas do maquinismo gerado pela industrialização, como facilitação da prova da culpa pelos tribunais, a admissão da teoria do abuso de direito, o estabelecimento de presunções de culpa e admissão de um maior número de casos de responsabilidade contratual.

O Código Civil de 2002 manteve como regra geral a aplicação da responsabilidade com amparo na culpa (subjetiva), porém inseriu o dispositivo da responsabilidade objetiva somente para os casos previstos em lei, de acordo com os artigos 927, parágrafo único, 932 e 933 do mesmo dispositivo legal.

2.2 Elementos da responsabilidade civil

São elementos da responsabilidade civil: a conduta, dano e nexó causal e culpa ou dolo.

“No direito civil, o tema da responsabilidade integra o ramo do direito obrigacional, relativo ao dever, segundo o qual a conduta humana está vinculada ao seu fim, econômico ou social, e, na eventualidade do descumprimento da obrigação, surge, então, o dever de compensar o dano causado’. (PENAFIEL, 2013)”.

André Besson (*apud*, GONÇALVES, 2009. p. 4) colaciona que a responsabilidade civil se assenta em três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposos e o mesmo dano, segundo a teoria clássica.

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. (FILHO, 2010, p. 02).

O ato ilícito é considerado o fato gerador da responsabilidade civil e é ligado à culpa, de modo que é considerado ato ilícito toda conduta que causa dano a outrem, violando direito subjetivo individual, que pode produzir efeitos jurídicos. Francisco Amaral (*apud*, STOCO, 2011. p. 144), dispõe sobre os pressupostos do ato ilícito “um dever violado (elemento objetivo) e a imputabilidade do agente (elemento subjetivo). Esta por sua vez desdobra-se em dois elementos: a) possibilidade, para o agente de conhecer o dever (discernimento); b) possibilidade de observá-lo (previsibilidade e evitabilidade do ato ilícito)”.

“O dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexos causal entre ele e o seu autor. Um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado”. (Gonçalves, 2010, p. 584)

A definição de responsabilidade civil subjetiva encontra-se na redação dos artigos 186 e 187 do Código Civil/2002 e se complementa no artigo 927 do mesmo, quanto a responsabilidade civil objetiva.

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 (Arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Como regra geral no ordenamento jurídico civil brasileiro, observa-se a responsabilidade civil subjetiva, contudo, somente quando previsto lei, ou seja, nos casos de atividade de risco, acidente de trabalho, doenças ocupacionais, por ausência do dever de cautela do empregador, descumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho há aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva. A aplicação da Teoria do Risco da Atividade (Risco Criado) vale para responsabilidade objetiva do empregador por fato de terceiro.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR

A adoção da responsabilidade civil objetiva que está consagrada no art. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, não ocorreu de forma imediata, sendo resultado de uma evolução. Para pleitear a indenização perante o empregador, se faz necessário a comprovação da conduta, dano e nexos causal, salvo a culpa, que estará implícita. Em outras palavras, para haver dano, é exigida a prova da conduta ilícita do assediador, ou seja, a comprovação do dano e seu nexos causal com a conduta abusiva praticada pelo agressor.

“Na responsabilidade objetiva também há que se destacar uma conduta ilícita, o dano e o nexos causal, só não será necessário o elemento culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a

configuração do dever de indenizar”. (Filho, 2004, p. 143)

No âmbito das relações de trabalho, cumpre destacar que é dever do empregador promover um ambiente de trabalho equilibrado e sustentável, quando isto não ocorre, representa um ato ilícito, vez que, por omissão causa dano à integridade psíquica do empregado. Restando comprovado o nexos causal e o dano, ou seja, a relação de causa e efeito entre a vítima e o ato do réu, nascerá o direito de pleitear uma indenização, em que o empregador que deverá ser condenado a reparar os danos materiais, morais e estéticos. (ainda, a possibilidade de cumulação dos danos e da não exclusão dos benefícios previdenciários).

A conduta do empregador por meio de ações ou omissões enquadra-se como ato ilícito, de modo que o assediador fica sujeito à obrigação de reparar, devido dano causado à vítima, que passa a sofrer problemas de ordem física e psicológica, em que a empresa não se exime de responsabilizar-se face à prática do assédio moral.

Nos casos de assédio moral praticados pelo empregador em face aos trabalhadores, este deve ser civilmente responsabilizado, devido a ocorrência de um ato ilícito doloso, em que o empregador atinge o empregado, podendo comprometer sua vida social, abalar sua autoestima, causando dano a saúde mental, e ainda, física.

3.1 Responsabilidade civil do empregador por ato ou fato de terceiros empregados e prepostos

Atualmente, existe a previsão da responsabilidade objetiva do empregador devido os atos praticados por seus empregados/prepostos. Quando o assédio moral é cometido por qualquer empregado, o empregador será responsabilizado, sendo obrigado a ressarcir a vítima civilmente, através de indenização moral ou patrimonial, de acordo com a Teoria do Risco da Atividade (Risco Criado), prontamente para os casos em que o empregador deve assumir os riscos inerentes à sua atividade.

O artigo 932, inciso III, do Código Civil responsabiliza objetivamente o empregador pelos atos dos seus empregados, serviçais e prepostos, *in verbis*: “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” (...)

Com isso, empregador que acionado judicialmente pela vítima almejando conseguir reparação por danos morais, responderá por atos cometidos por seus empregados ou prepostos no exercício de seu trabalho, ainda que não haja culpa de sua parte, à luz da responsabilidade objetiva. Destaca-se que a ideia de culpa objetiva é ainda consagrada no artigo 933 do Código Civil, que dispõe: “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*”.

Resta claro o dever de reparação excluindo da regra casos em que o empregado/preposto esteja fora de suas funções. Há a necessidade tão somente de comprovar a existência do nexo de causalidade e o assédio moral, surgindo a partir de então o dever indenizatório.

Nesta linha da responsabilidade do empregador por ato do empregado, não há presunção de culpa *in vigilando, in instruendo e in eligendo*. (Nessas modalidades de culpa, há a possibilidade reversão do ônus da prova e como consequência, a necessidade de comprovação da culpa). Sobre o tema, é a orientação jurisprudencial, em decisão do TRT:

“DANO MORAL E ESTÉTICO. AGRESSÃO DE COLEGA NO LOCAL DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. Detentor da fonte de trabalho, o empregador deve adotar o ambiente laboral de perfeitas condições de higiene e segurança, velando para que o trabalhador possa desenvolver seus misteres com tranquilidade. A responsabilidade do empregador pelo que ocorre no espaço de trabalho é, pois, de corte objetivo, respondendo pelos danos advindos de atos praticados por prepostos e empregados, inclusive na esfera das relações interpessoais. Ainda que não se reputasse objetiva a responsabilidade patronal, *in casu*, o ataque praticado contra o reclamante no local de trabalho ocorreu por culpa da empregadora, havendo nexo causal entre o evento danoso e a conduta omissa da reclamada. Com efeito, trata-se de culpa *in eligendo*, resultante de má escolha do agressor, admitido no quadro funcional sem maiores

cauteladas, e ainda, de culpa *in vigilando*, caracterizada pela ausência de finalização do ambiente, não tendo havido a devida vigilância das dependências internas do estabelecimento vez que o agressor nele adentrou portando arma de fogo e consumou os disparos que vitimaram o colega, deixando-o paraplégico. Provados o dano e o nexo causal, aflora o dever de indenizar, vez que o empregador ou comitente, são responsáveis pelos atos de seus empregados, serviços, prepostos, no exercício do trabalho ou em razão dele, nos termos do artigo 932 do Código Civil. Recurso Ordinário a que se dá provimento”. (TRT. 1 – Recurso Ordinário – Julgamento: 13.02.2007 – Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros – Acórdão: 20070108093 – Processo: 01218-2003-031-02-00-0 – 2005 – Turma: 4ª – Publicação: 09.03.2007).

Concluindo, não importa se o empregador praticou ou não o ato que prejudica o empregado, a modalidade da responsabilidade a ser aplicada em casos que ocorrem nas relações de trabalho é a objetiva, acarretada pela culpa do autor

4. INDENIZAÇÃO DO DANO/ REPARAÇÃO/ LEI Nº 13.467 DE 13.07.2017

4.1 Dano

De maneira geral, o dano moral é considerado um atentado à reputação à honra da vítima. “Etimologicamente, dano provém do latim *damnum*, termo de conotação genérica, utilizado para denotar qualquer prejuízo a uma pessoa. Esta conotação etimológica do termo pode ser estendida para o plano do Direito”. (NASCIMENTO, 2015, p. 13).

“Dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que uma pessoa sofre, devido a um certo evento, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral. Ao estudar os tipos de dano, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram em um primeiro plano, uma tradicional divisão dicotômica para classificar tais

prejuízos, quais sejam, dano patrimonial e dano moral”. (NASCIMENTO, 2015, p. 13).

Desta forma, o dano é requisito essencial para configuração da responsabilidade civil objetiva, juntamente com o ato ilícito e o nexos causal. O Código Civil Brasileiro estabelece que aquele que causa dano a outrem tem o dever de repará-lo.

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano”. (FILHO, 2010, p. 72).

“Os danos morais derivam, portanto, e práticas atentatórias à personalidade humana que afetam o valor de pessoa intimamente e/ou perante a sociedade, sendo capazes de lesar a dignidade da vítima, ferindo um direito personalíssimo”. (NASCIMENTO, 2015, p. 14).

“As medidas que de lesão ai direito de personalidade são modalidades do dano moral, uma vez que violam a pessoa do trabalhador, ou seu íntimo e seu sentimento, inclusive. E o dano moral nada mais é que do que a lesão a bem integrante da pessoa é a lesão à dignidade do indivíduo. Assim, em sentido amplo, o dano moral é entendido como um gênero que envolve diversas espécies de constrangimento no ambiente do trabalho, tais como: assédio moral, assédio moral institucional, assédio sexual, dano existencial, lesão à imagem, lesão à honra, lesa à intimidade, assédio processual, perda de uma chance, dano estético, lesão ao nome”. (NASCIMENTO, 2015, p. 15).

Ou seja, é dever do empregador providenciar para que situações consideradas desgastantes, como a do assédio sejam findadas ou

neutralizadas, proporcionando ao empregado um ambiente saudável, sob pena de vir a ser responsabilizado judicialmente, caso a inobservância de tais deveres gerarem danos ao (s) subordinado (s).

4.2 Reparação

O reconhecimento expresso e da obrigatoriedade da reparação do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro é relativamente recente e ocorreu somente a partir da Constituição Federal de 1998. Pode-se afirmar que ao modelo das demais Constituições, a CF/88 tutelou valores humanos individuais, sociais e transindividuais. Dessa forma houve proteção ao direito à honra, à imagem, à intimidade, ao nome, direitos esses considerados personalíssimos.

Assim a partir da promulgação da Constituição, independente de dano patrimonial os tribunais reconheceram a existência do dano moral, e, ainda colocam a dignidade da pessoa humana no pilar da ordem jurídica. Nesse ínterim, os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002 deixam transparente a necessidade de reparação do dano, dando mais respaldo ao direito de indenização pelo dano que a vítima sofreu, pois o autor deverá reparar o dano, independente de culpa.

A Lex Aquilia de damno veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor dares, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. (DINIZ, Maria Helena. 2010. p. 11).

Desta forma, assevera Filho (2004, p. 37) sobre o conceito de responsabilidade: “Quem infringe dever jurídico *lato sensu*, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar”. A responsabilidade significa o dever de reparar o prejuízo sofrido por outrem em razão de um acordo anteriormente firmado, ou por imposição da lei.

A doutrina afirma que não há responsabilidade sem prejuízo. A reparação surge como instrumento indenizatório àquele que causou dano a outrem, de modo em que não há em que se falar em responsabilidade sem prejuízo. Dando prosseguimento ao conceito doutrinário de reparação, STOCO se posiciona quanto à indispensabilidade do dano à responsabilização do agente.

“O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas, seja de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva”. (2011. p. 151).

No arbitramento do valor da indenização (até a Lei nº 13.467 de 13/07/2017 entrar em vigor), a maioria da doutrina esclarece que se deve levar em conta o caráter sancionatório da indenização. Dessa forma, entende-se que em decorrência de um dano causado surge a obrigação de reparação, assim, dos possíveis danos decorrentes de empregados no seu exercício de função, o empregador obriga-se a reparar, ou seja, compensar o dano causado.

4.3 Do dano à luz da Lei nº 13.467 de 13/07/2017- Reforma Trabalhista

No que concerne ao valor estipulado para a formulação de indenizações pelo dano nas indenizações por dano moral, não há critérios objetivos de acordo com a CLT - Consolidação das Leis do Trabalho. O valor indenizatório é estipulado e correlacionado com a gravidade do dano, além de serem levadas em relevância condições do agressor e da vítima. O magistrado analisa com subjetividade o caso concreto. Posto isso, com a reforma trabalhista, sob à luz da Lei nº 13.467/2017 a entrar em vigor em 11/nov/2017, a reparação por dano extrapatrimonial está colacionada nos artigos 223-A e seguintes:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.'

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

(...)

De acordo com o art. 223-G supramencionado, ao apreciar o pedido, o juiz deverá analisar no caso concreto aspectos como: a natureza do bem jurídico tutelado; a intensidade do sofrimento ou da humilhação; a

possibilidade de superação física ou psicológica, os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão, a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, o grau de dolo ou culpa, a ocorrência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa, o perdão, tácito ou expresso, a situação social e econômica das partes envolvidas, o grau de publicidade da ofensa.

Nessa linha, ao ser fixada a indenização a ser paga a cada um dos ofendidos, terá a observância nos parâmetros: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. Portanto, indenização deverá ter como parâmetro os valores que variam entre três e 50 vezes o último salário do ofendido, a depender do grau da ofensa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é certo que o assédio moral laboral viola a dignidade e a honra do trabalhador e como ato ilícito, enseja a responsabilidade daquele que o pratica. É dever do empregador promover um ambiente de trabalho salubre e saudável; nas relações de trabalho em que há a ocorrência de assédio moral, as empresas são consideradas civilmente responsáveis por atos do agressor, assim como, nos casos em que o empregador se omite ante a prática moral, posto que age de forma culposa, por deixar de cumprir a obrigação de promover um ambiente salutar.

Ou seja, as empresas respondem seja pela sua omissão, pela busca da competitividade interna, (visando o lucro e ascensão profissional), tolerância ou até mesmo quando a prática abusiva seja praticada por outro empregado/preposto, pois são encarregados pela integridade psicológica e física de seus subordinados, consoante dos artigos 932 e 933 do Código Civil Brasileiro.

O assédio moral no ambiente do trabalho se enquadra em dano pessoal, ensejando indenização àquele que sofreu o dano, pois fere faculdades básicas do trabalhador. Quanto à reforma trabalhista, (Lei nº. 13.467 de 13/07/2017), a vigorar a partir da data de 11 de novembro de 2017, a reparação por danos físicos ou morais causados pelo empregador passa a ter limites para os valores fixados nas indenizações, ou seja, os

montantes variam entre três e cinquenta vezes o último salário do ofendido. Deve-se repensar o ambiente do trabalho, para que seja um ambiente de convivência sadia e que seja valorizada toda medida que importe no engrandecimento do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário Jurídico**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1995. 1750p.

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Neudimair Vilela Miranda. **Responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente de acidente de trabalho**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10209>. Acesso em 07. nov. 2017.

CLT: **Consolidação das Leis do Trabalho** / organizador Leone Pereira – 3ª. edição. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : ME TODO, 2012.

CLT - Encarte integrante do VADE MECUM JUSPODIVM – 2017 – 2º semestre. Texto comparado com a REFORMA TRABALHISTA, Lei nº 13.467 de 13/07/2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, v. 7. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILHO, Rodolfo Pamplona. **Noções Conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego**. In: Revista Direito UNIFACS. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4229>>. Acesso em: 04. Nov. 2017.

FILHO, Sérgio Pinto Cavalieri. **Programa De Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 3. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, **“Direito Civil Brasileiro”**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**, São Paulo: LTr, 2003. p. 32.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral: A violência perversa do cotidiano**. - 2ª edição. - São Paulo: Bertrand do Brasil, 2002.

MELO, Nehemias Domingos. **Da culpa e do risco: como fundamentos da responsabilidade civil** – 2ª edição. rev., atual e aumentada. – São Paulo: Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Sônia Mascaró. **Assédio moral e dano moral no trabalho**. 3ª edição. – São Paulo: LTr, 2015.

OLIVEIRA, James Eduardo, 1966- **Co?digo civil anotado e comentado: doutrina e jurisprudência**/James Eduardo Oliveira. 2ª edição – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PENAFIEL, Fernando. **Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13110. Acesso em Nov. 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

STOLZE, Pablo, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. – 15ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2017.

VALENTE, Ana Lúcia. E. F. **Pequeno histórico sobre o assédio moral nas relações de empresa e relações de trabalho**. In: Jus.com.br. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38599/pequeno-historico-sobre-o-assedio-moral-nas-relacoes-de-empresa-e-relacoes-de-trabalho>>.. Acesso em: 05. Nov. 2017.

[1] Bacharel em Direito pela Unirriter, Especialista em Direito e Estado pela UNIVALE, Mestre em Ciências do Ambiente pela UFT e Doutorando pela PUC Minas. Professor da Faculdade Católica do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas.

CRIMES COMPUTACIONAIS NA ESFERA PENAL JURÍDICA BRASILEIRA

DALINE BENTO PINHEIRO: Bacharelanda do do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins - FACTO.

MAURICIO KRAEMER UGHINI
(Orientador)[1]

RESUMO: As mudanças que ocorreram na sociedade por causa do significativo aumento dos delitos relacionados com o processamento de dados, e com o emprego de computadores, apresentam sérios riscos à banco de dados públicos, a empresas privadas e a toda a economia de um país e sua sociedade, por isso, urge disciplinar a utilização abusiva dos sistemas informáticos, que se tornou um dos mais importantes veículos de comunicação. A internet não pode ser entendida como uma terra sem lei, pois se torna inequívoco a necessidade de o Estado brasileiro intervir nas relações sociais disciplinado o uso da internet, até mesmo porque a conduta humana sempre será objeto do direito, ainda que realizada por meio de computadores. É evidente que a tecnologia aproxima as pessoas, auxilia na rápida circulação de informações, mas também facilita o anonimato e a prática de delitos à distância, com um poder lesivo bastante expressivo. Em face disso, é notório que não há necessidade de criação de um novo universo jurídico, mas, o ordenamento jurídico atual não está apto para reprimir efetivamente tais condutas delituosas, contudo, a legislação penal existente necessita de algumas alterações que a qualifique para coibir tais práticas delitivas, como a criação de qualificadoras e agravantes em casos específicos, em que os meios informatizados sejam indispensáveis para a execução dos crimes computacionais.

Palavras-chave: Globalização. Sistemas Informáticos. Crimes. Direito.

ABSTRACT : The changes that have taken place in society because of the significant increase in crimes related to data processing and the use of computers pose serious risks to the public database, private companies and the entire economy of a country and its society, so it is urgent to discipline the misuse of computer systems, which has become one of the

most important communication vehicles. The internet can not be understood as a land without law, because it becomes unequivocal the need for the Brazilian State to intervene in social relations disciplined the use of the internet, even because human conduct will always be the object of the law, even if carried out by means of computers. It is clear that technology brings people closer together, assists in the rapid circulation of information, but also facilitates the anonymity and practice of offenses at a distance, with a very significant detrimental power. In this respect, it is well known that there is no need to create a new legal universe, but the current legal system is not capable of effectively suppressing such criminal conduct, however, existing criminal legislation needs some changes that qualify it to restrain such such as the creation of qualifying and aggravating circumstances in specific cases where computerized means are indispensable for the execution of computer crimes.

Keyword: Globalization. Computer Systems. Crimes. Right.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Crimes de computador e o sistema social; 3. Conceito de crimes de computador; 4. Características dos crimes computacionais; 5. Classificação dos crimes de computador; 6. Crimes de computador e o código penal; 7. Conclusão. 8. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura a princípio, salientar que as sociedades ocidentais, em sua grande maioria, atualmente passam por uma segunda revolução industrial, mas atualmente o movimento sobeja substituir o trabalho das mentes humanas pelo das máquinas computadorizadas.

A evolução digital trouxe um importante passo para a sociedade brasileira, em consequência disso uma fácil acessibilidade a rede de computadores em face à globalização e a revolução tecnológica.

Mas, nesse contexto histórico em que vivemos atualmente, não podemos deixar passar despercebidos as várias mudanças importantes

que o mundo tecnológico em que nosso país se insere, trouxeram muitos impactos principalmente na seara do direito.

Nesse contexto, o poder de conhecimento online se universaliza nos parecendo não encontrar limites. Em fração de segundos, tudo se sabe e tudo se conhece. Encontramo-nos diante de diversas condutas que, se utilizam da internet para sua execução. Nessa direção houve uma crescente e aparentemente ilimitada evolução da capacidade de armazenamento e processo de informações das máquinas computadorizadas.

Em consequência do intenso relacionamento humano com a internet, com a grande produção de computadores e conseqüentemente as reduções dos preços dos equipamentos eletrônicos e dos programas computacionais surgiram a prática de vários ilícitos, crimes praticados por meio de computadores, geralmente sobre documentos compostos por dados eletrônicos, serão os objetos aqui estudados, sendo levado em consideração à atuação desses novos agentes criminosos, denominados popularmente como *hackers*, que insiste em desafiar as leis brasileiras, ofendendo constantemente instituições financeiras, cidadãos normais, e até militares, tem-se pela frente uma grande batalha a ser enfrentada pelo Estado, devido a infinidade de delitos que podem ser praticados com o uso de computadores, além dos mais previsíveis crimes, como aqueles ligados a pedofilia, à corrupção de menores, além da manipulação de dados eletrônicos de uma Unidade de Terapia Intensiva de um hospital, exemplo citado pela doutrina que pode levar à prática de homicídio ou, ainda, a manipulação de computadores de um laboratório militar pode levar à disseminação de armazenamento biológico e a um possível genocídio.

Sendo assim, podemos evidenciar a urgente necessidade de organização do Estado brasileiro para o combate à criminalidade informática que se disseminou em nosso país, mas, atualmente temos uma legislação incapaz de atender de forma efetiva as reais necessidades da sociedade. Em razão dessa prática criminosa, se torna inequívoca, a necessidade de intervenção de o Estado brasileiro intervir nas novas relações que se são por meio de computadores, ou seja, se faz necessário

legislar e disciplinar o uso da internet, ou deixar a cargo do legislador penal a tipificação de crimes, respeitando sempre os princípios constitucionais.

De acordo com o avanço da sociedade, há também a necessidade de evolução do direito, sendo assim, a internet não pode ser compreendida como um território sem lei, pois todas as relações entre seres humanos que foram desenvolvidas por esse meio tecnológico, deverá obrigatoriamente ocorrer por meio da intervenção do Estado para coibir tais práticas. Portanto se torna evidente, ser crucial que o Estado brasileiro se organize para o combate à criminalidade informática.

1 CRIMES DE COMPUTADOR E O SISTEMA SOCIAL

Segundo Paulo Lima o Direito contempla os comportamentos dos homens nas relações que estes mantêm entre si com as coisas, ou seja, confrontar as normas com as condutas praticadas. É uma conversão entre a realidade em que vivemos e as estruturas jurídicas traçando modelos comportamentais (LIMA, 2011).

No sistema jurídico brasileiro em vigor temos vários requisitos para que se dê a atuação estatal de punir, dentre eles se encontra o princípio da legalidade, e como o Direito Penal tem dentre suas várias funções a de impor limites à liberdade do indivíduo, portanto se faz necessário que se fazendo uso do princípio da legalidade, o comportamento ilícito a ser punido quando praticado deve estar previsto na legislação penal.

Para Lima o Direito Penal brasileiro consiste em responsabilizar alguém por uma conduta praticada levando em consideração a necessidade de proteção a bens jurídicos penalmente relevantes e também a conveniência e a relevância de reprimir a conduta praticada, analisando se há ou não valor atribuído à conduta praticada (LIMA, 2011).

No Direito Penal brasileiro, antes do advento da Lei nº 12.737/2012, a conduta de invadir dispositivos informáticos não era considerada crime. Contudo, com a vigência da nova legislação, esta ação passou a ser tipificada no art. 154 A do Código Penal Brasileiro. Conforme prevê o artigo 5º da Constituição Federal “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”. Assim ressalta Vianna e Machado, a inviolabilidade de informações e de dados informáticos é decorrência natural do direito à intimidade e privacidade, devendo, portanto, ser reconhecida como direito essencial para a convivência social (MACHADO; VIANNA. 2013).

Com a difusão da tecnologia informática, tornando-se cada vez mais presente nas relações sociais, acaba ocorrendo uma monitoração dos nossos hábitos que não deve e não pode ser ignorada pelos legisladores, em todas as áreas do Direito. Sendo assim, nos cabe a tarefa de delimitar em que âmbito se dará a atuação penal, determinando qual o bem jurídico a ser tutelado, e questionando se a nossa estrutura constitucional ampara o Direito Penal. FERREIRA (2001, p.208) afirma que "A informatização crescente das várias atividades desenvolvidas individual ou coletivamente na sociedade veio colocar novos instrumentos nas mãos dos criminosos, cujo alcance ainda não foi corretamente avaliado, pois surgem a cada dia novas modalidades de lesões aos mais variados bens e interesses que incumbe ao Estado tutelar, propiciando a formação de uma criminalidade específica da informática, cuja tendência é aumentar quantitativamente e, qualitativamente, aperfeiçoar os seus métodos de execução".

Contudo, os crimes computacionais são praticados mediante a utilização de um computador conectado ou não a uma rede, com a finalidade de manipular dados de instituições financeiras, fazendo cópias de programas de computador de forma ilegal, revelando segredos de informação computadorizada não autorizada, ou seja, provocando danos sociais por meio de um computador.

Por isso, partindo do princípio de que o Direito não pode ser estático, tendo assim que acompanhar os avanços da sociedade, somos forçados a admitir que a Legislação penal atual é dos anos 40, quando os meios de comunicação eram muito limitados. Portanto como afirma Lima hoje a nossa sociedade tem seus valores fundamentados nos computadores, e ninguém escapa da enorme influência que alcançou a informática na vida diária das pessoas e organizações e a importância que tem seu progresso e desenvolvimento de um país. Sendo assim, destaca Lima, que as

transações comerciais, a comunicação, os processos industriais, as investigações, a segurança, a sanidade e outros, são aspectos que dependem cada dia mais de um desenvolvimento adequado da tecnologia informática, sendo indispensável aceitar que boa parte dos crimes está ligado ao homem, que está ligado a tecnologia, conseqüentemente os computadores, e o crime lá também estará (LIMA, 2011).

Os crimes de computador são na maioria das vezes crimes comuns praticados por meio de um computador. Entretanto podemos perceber que há algo a mais, além dessa nova ferramenta que já foi citada, ou seja, além de um novo instrumento que está sendo utilizado que é a tecnologia através de um computador, há também um novo *modus operandi* para a prática dos crimes, aí nos encontramos numa lacuna emergente da lei, onde surgiram e estão surgindo novas condutas ainda não tipificadas em lei.

Estamos diante de diversas ações delituosas nas quais são lesionados a liberdade individual, o direito a intimidade ou ao sigilo das comunicações, entre vários outros, mas infelizmente nos encontramos em situação complicada no que tange definir o que seriam os novos crimes, e por outro lado a necessidade de reforma das figuras delitivas existentes atualmente. Portanto, cabe a nossa legislação penal, a proteção as informações automatizadas, surgindo assim um novo bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal, de tal forma que venha a garantir a privacidade e a integridade dos dados eletrônicos.

Os crimes computacionais por sua própria natureza apresentam características peculiares, diante disto, iremos explicitar tais aspectos. Pois aponta Tellez Valdez (1996) citado por Lima (2011, p. 13) que só um determinado grupo de pessoas, com certos conhecimentos técnicos, poderia chegar a cometer tais delitos. Mas sem discordar totalmente do nobre penalista, só ressalto que estamos inseridos em um mundo dependente e refém da tecnologia informática, portanto devido a essa inserção no mundo tecnológico, atualmente poucas pessoas não possui a habilidade necessária para a pratica de tais crimes, por isso essa tal habilidade citada por Valdez se tornou quase que banal. Devemos ressaltar que realmente se faz necessário que para que se dê a prática do

crime informático, é preciso que o agente tenha uma habilidade especial, mas também temos que admitir que essa habilidade está se tornando cada vez mais comum a um número indeterminado de indivíduos.

Outro atributo a que devemos nos atentar é que essas condutas criminosas praticadas por outro computador são ações ocupacionais considerando que em muitas vezes se realizam quando o sujeito criminoso está em suas atividades normais de trabalho, utilizando a sua atividade laborativa para a consumação delitiva. Temos que ressaltar que se trata de um crime que se dá por meio de ações de oportunidade, ou seja, o criminoso se aproveita de determinadas ocasiões criadas que envolvem o sistema tecnológico e econômico das instituições financeiras para a prática dos crimes.

Uma importante característica dos crimes computacionais é que os criminosos desse ramo encontram uma grande facilidade para a prática desses crimes atualmente, é que é difícil nos encontrarmos atualmente com algum segmento social em que os meios tecnológicos não sejam essenciais nas operações realizadas diariamente.

É importante ressaltar que dentre as várias características dos crimes computacionais, temos uma que se destaca entre as demais, quase sempre a prática desses crimes provoca sérios danos financeiros, perdas econômicas, sendo que essas condutas delitivas produzem grandes benefícios, com o menor risco para aqueles que o praticam, já que podem se consumir em milésimos de segundos e sem a necessária presença física do agente.

Outra peculiaridade importante nesses crimes informáticos é que são inúmeros casos que ocorrem frequentemente, mas poucos são oficialmente relatados às autoridades, devemos ressaltar que não há interesse por parte das vítimas de evidenciar falhas em seus sistemas de segurança, e em decorrência disso essas práticas delituosas estão se tornando cada vez mais constante em meio a sociedade informatizada em que estamos inseridos atualmente, sendo assim se faz necessário uma urgente regulamentação, pois aparentemente essas condutas ilícitas nos parecem seguir impunes, contrariando assim a legislação penal vigente.

Atualmente, os crimes computacionais estão se tornando cada vez mais sofisticados e relativamente frequentes no âmbito militar segundo Lima, trazendo muitas preocupações não só ao âmbito financeiro, mas também trazendo sérios riscos ao meio militar, devemos nos questionar o que aconteceria se uma central de controle de bombas fosse alvo desse tipo de criminoso? O que aconteceria? (LIMA, 2011).

Questionamentos surgem a todo o momento, principalmente no que tange comprovar a prática de tais crimes, em face de grande facilidade para a prática delituosa, pois para que sejam averiguados os vestígios, exige-se qualificação técnica para a apuração de tais delitos, sendo 10 assim esses criminosos não são encontrados facilmente, pois se encontram em meio a um território tecnológico cheio de peculiaridades. Lima afirma que às vezes os registros magnéticos são transitórios e a menos que se realizem provas dentro de um espaço curto de tempo, podem ser perdidos detalhes de tudo aquilo que aconteceu no sistema, ficando apenas os efeitos danosos causados às vítimas desses crimes (LIMA, 2011).

Os sistemas computacionais são fáceis alvos de fraudes e perdas em decorrência do fato de trabalharem com grande quantidade de dados, intervindo somente poucos indivíduos durante o seu processamento normal, esses dados são impessoais e dispõem de um formato ilegível, e estão sendo sempre controlados de forma parcial. As pessoas que trabalham com esse tipo de serviços não conhecem necessariamente o significado de tais dados. Sendo assim, em virtude da eventual incapacidade de prever as situações que podem ocorrer, resta a possibilidade de falhas, até mesmo porque não há como combater o que efetivamente não se conhece, ou não pode agir de forma em que venha se precaver de tais danos.

Portanto, evidencia-se que o que mais atrai os criminosos para prática desses crimes cibernéticos são os valores que podem ser auferidos, devido a facilidade de transformar transações fraudulentas em valores econômicos. Contudo podemos afirmar que as vítimas que se apresentam mais expostas à ocorrência desse tipo de crime são empresas financeiras e seus sistemas.

Segundo Paulo Lima é evidente que as adulterações de dados eletrônicos põem em risco a necessária confiabilidade das comunicações e negócios eletrônicos. Porém, estamos em um momento propício ao incremento de medidas penais que produzam efeitos em todos os campos afetados pela informática, trazendo com isso, normas que de forma efetiva atendam aos anseios de proteção a todos os bens jurídicos lesionados por intermédio do computador (LIMA, 2011).

O Direito Penal ao limitar a liberdade de alguém, contempla proteger algum bem juridicamente tutelado, mas, com a globalização e o avanço da tecnologia, surgiram diversas condutas delituosas praticadas por meio da rede mundial de computadores, surge assim a necessidade da preservação de um bem jurídico novo, mas, atualmente a resposta estatal não se dá de forma efetiva em razão do princípio basilar que o Estado dispõe para exercer a responsabilização penal que é o da reserva legal, pois a obediência ao princípio da reserva legal é premissa inafastável para reprimir tais práticas delitivas.

Encontra-se aí o poder norteador consistente no respeito ao princípio da legalidade ou da reserva legal, o Estado deve levar em consideração vários aspectos para que possa fazer uso do *jus puniendi* buscando equilíbrio, ponderação no que tange à conveniência e a relevância da conduta praticada, buscando valorar a ação (LIMA, 2011).

Com o passar do tempo, a sociedade foi perdendo aos poucos sua privacidade, sem se dar conta de tal fato, isso se dá em razão das diversas operações realizadas por meio de computadores, e devido ao nosso modo de vida, isso ocorre de forma perigosa, pois em decorrência disso, nossos hábitos são constantemente monitorados, e isso é um fato relevante que não pode ser ignorado pelos legisladores, até mesmo porque o nosso Direito deve ter cuidado e proteção com os bens imprescindíveis a sociedade.

Devemos ressaltar que as novas práticas delitivas que surgiram gradativamente com a evolução da tecnologia informática têm se utilizado de computadores para a prática de infrações a bens tradicionalmente protegidos pelo Direito Penal. Segundo Paulo Lima trata-se de atentados

perpetrados contra a intimidade, o patrimônio, a propriedade intelectual ou industrial, a fé pública, a segurança nacional, entre outros, podendo-se afirmar que, em qualquer desses casos, o bem da vida a ser preservado será o correspondente a cada uma das condutas ilícitas cometidas (LIMA, 2011).

É importante ressaltar que a principal diferença apresentada entre os crimes comuns e os crimes de computador é a utilização de computador para alcançar e manipular um sistema em proveito próprio ou para lesionar o direito de outrem. Contudo, devemos salientar que assim como os crimes comuns que geralmente são perpetrados por meio de instrumentos que venham a possibilitar ou facilitar sua execução, os crimes de computador se utilizam de meios computadorizados para a sua execução, mudando apenas o *modus operandi*.

Podemos afirmar ainda que, que os crimes computacionais apresentam uma maior dificuldade em sua averiguação quando se trata de averiguar os fatos delituosos e no que tange apresentar prova dos fatos delituosos cometidos por meios computadorizados, ou também quando se trata de questões processuais, com a definição de competência quando se trata de crimes transnacionais, a efetivação de perícias e outras, pois segundo Paulo Quintiliano da Silva (2006) umas das características desse tipo de crime que mais dificulta as investigações é o fato de não existirem fronteiras no espaço cibernético (SILVA, 2006).

Todavia, surge atualmente a nova delinquência informática, trazendo novos alvos informáticos propriamente ditos, como hardwares, programas, dados, documentos eletrônicos e outros, o que infelizmente facilita ainda mais a prática delitiva, pois se tratam de matéria-prima para as operações computacionais, são bem intangíveis que podem ser transportados facilmente, os trazendo evidentemente uma maior vulnerabilidade, assim uma única ação criminosa pode ter efeito simultâneo em vários países diferentes.

Levando em consideração algumas características apresentadas pelos dados eletrônicos, como por exemplo a imaterialidade de alguns desses objetos alvos de crimes computacionais, podemos constatar sua

fragilidade, considerando que o campo que o gerou e o conteúdo gerado são separados. Por tudo isso o Direito Penal brasileiro deve criar novos meios específicos de proteção ao material informático.

Levando em conta também a gravidade que implicam os crimes informáticos, para Vitório Frossini (1990) citado por Lima (2011, p. 04), quando se trata de objetivação jurídica das estruturas tecnológicas, a nova realidade do mundo tecnológico exige que suas condições, atividades e mudanças de vida se façam comunicáveis e acessíveis em sentido jurídico, mediante o reconhecimento jurídico das pautas de comportamento social: as leis, as instituições e as sentenças. O símbolo mais representativo do novo mundo do homem é o computador, do que se regula seu uso social. Existem novos tipos de contrato em função das máquinas e novas formas de relacionamentos sociais e comerciais, modificados com os programas informáticos e aos serviços complementares, sendo imprescindível que o Estado aja a fim de proteger a nova figura de bem material que constitui o "bem jurídico informático" de comportamentos danosos ou abusivos, o autor cita como exemplo, a existência de programas informáticos que contenham e processem dados às vezes de tão elevado valor econômico (como no caso de recursos financeiros) que a mera alteração ou destruição desse, reduzindo ou anulando os valores originários, poderiam levar à desgraça países e instituições financeiras.

A princípio, no sistema jurídico brasileiro só houve discussão mais aprofundada pelo legislador pátrio somente a respeito do reconhecimento e amparo a propriedade literária dos programas de computador, com a preservação dos direitos de autor e os recursos e prerrogativas atribuídos pela patente de invenção. Se faz necessário caminhar no sentido de um sistema jurídico protetor de forma plena, pois para Paulo Lima (2011) não há ainda uma figura típica para reprimir as condutas criminosas cometidas por meio de computadores ou contra seus dados e sistemas.

Em face disso, apesar da existência da chamada "lei do software" (Lei federal nº9.609, de 19 de fevereiro de 1998), atualmente não existe no sistema jurídico brasileiro, norma capaz de garantir efetivamente o direito existente em um programa informático, que é um bem jurídico recente que surgiu conseqüentemente com a evolução tecnologia informática, o que

necessitamos atualmente são garantias reais e efetivas, pois uma lei excessivamente genérica quando se trata de matéria penal não evita ameaça às liberdades individuais.

2 CONCEITO DE CRIMES DE COMPUTADOR

Segundo Marco Aurélio Costa (1997) é a conduta que atenta contra o estado natural dos dados e recursos oferecidos por um sistema de processamento de dados, seja pela compilação, armazenamento ou transmissão de dados, na sua forma compreendida pelos elementos que compõem um sistema de tratamento, transmissão ou armazenagem de dados, ou seja ainda na forma mais rudimentar. Isto posto, é compreensível que os crimes informáticos é todo aquele procedimento que atenta contra os dados que o faz na forma em que estejam armazenados, compilados, transmissíveis ou em transmissão. Assim, os crimes de informática pressupõem dois elementos indissolúveis, trata-se de software e hardware, pois atentam contra os dados que estejam preparados às operações de computador e, também por meio do próprio computador para perpetrá-los. Conclui-se que aquele que ateia fogo em sala que estiverem computadores com dados, com o objetivo de destruí-los, não comete crime informática, do mesmo modo, aquele que, utilizando-se de computador, emana ordem a outros equipamentos e cause, por exemplo, a morte de alguém. Estará cometendo crime de homicídio e não crime de informática.

De tal forma podemos compreender que os crimes de computador são crimes comuns praticados com o auxílio de um computador, vislumbrar-se vários bens jurídicos penalmente tutelados que são vítimas da criminalidade informática, sem serem objeto de uma figura típica específica, sendo assim vários bens da vida, são lesionados por essas ações delituosas, tais ações são efetivadas contra a liberdade individual, o direito a intimidade ou ao sigilo das comunicações entre outras.

São também objeto de lacuna jurídica as fraudes praticadas com o auxílio de computadores, manipulando dados e programas computadorizados, ou seja, por meio da utilização de computadores realizam adulterações de documentos eletrônicos, causando danos financeiros a terceiros.

Devemos ressaltar que devido ao avanço da tecnologia, diversos bens são constantemente expostos e desprotegidos, do que quando estavam apenas escritos em um pedaço de papel, infelizmente é curial aceitar que o mundo globalizado no qual estamos vivendo atualmente nos trouxe ao advento de vários crimes, potencializando a capacidade destrutiva em face dessa nova tecnologia.

Segundo Reginaldo Pinheiro num primeiro momento, vem à mente de muitos aplicadores do Direito a máxima "nulla paena nulla crimen sine legge", isto é, enquanto não houver leis específicas de repressão aos crimes virtuais, não será possível que exista por parte do Estado uma atuação coercitiva eficaz. Não se pode olvidar-se, todavia, que na maioria das vezes a Internet é apenas um instrumento de ação dos cybercriminosos.

3 CARACTERÍSTICAS DOS CRIMES COMPUTACIONAIS

Os crimes de computador apresentam determinadas características que os distiguem dos delitos comuns praticados, de forma precípua podemos destacar a necessidade de uma habilidade especial para a prática dos crimes informáticos, mas em face do fácil acesso à tecnologia, essa habilidade se tornou cada vez mais comum a um número indeterminado de pessoas.

Para Emeline Piva Pinheiro O ambiente virtual da Internet, por proporcionar um sentimento de liberdade plena, possibilitando o anonimato (que no Brasil é vedado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso IV) e oferecendo um mundo sem fronteiras, possibilita a prática de crimes complexos, que exigem uma solução rápida e especializada, pois o aumento desses crimes é diretamente proporcional aos avanços da tecnologia (PIVA, 2006).

É importante destacar que os crimes computacionais, são ações delituosas praticadas que se utilizam de oportunidades que surgem favorecendo a conduta criminosa, que se aproveita de ocasiões criadas ou que são intensificadas no mundo tecnológico, que muitas vezes envolve funções e organizações do sistema tecnológico das instituições bancárias,

o que infelizmente favorece a prática de um dos tipos de crimes computacionais mais comuns. Atualmente é difícil nos encontrarmos com qualquer segmento em que não se utilize da tecnologia dos computadores para a realização de qualquer operação essencial a vida cotidiana.

Outra característica importante dos crimes informáticos é que muitos criminosos se utilizam do seu ambiente de trabalho para a consumação delitiva fazendo uso até mesmo dos seus equipamentos de trabalho para praticar tais ações, o sujeito criminoso emprega essa prática delituosa ofendendo até mesmo a própria empresa na qual exerce suas atividades laborativas.

Outro atributo dos crimes de computador é que quase sempre essas condutas ilícitas têm como finalidade precípua causar sérias perdas econômicas às suas vítimas, ou seja, é a prática criminosa com a maior probabilidade de obter vantagem ilícita e com o menor risco para os sujeitos que as praticam.

É importante destacarmos que, em que pese a prática constante desse tipo de crime, os casos oficialmente levados a autoridade policial são poucos, até mesmo porque, geralmente as vítimas não querem tornar evidentes as falhas presentes no seu próprio sistema de segurança, e infelizmente isso causa aos autores do ilícito, manifesta sensação de impunidade, fazendo com que os crimes informáticos se multipliquem em meio a sociedade, o que nos parece é que essas condutas delituosas ficam impunes, e devido a isso necessitam de urgente regulamentação por parte do poder público.

Os crimes computacionais se tornaram cada vez mais frequentes na vida cotidiana e em consequência disso mais sofisticados, até mesmo se prolifera em âmbito militar, financeiro, nos trazendo as mais diversas preocupações, até mesmo podemos imaginar quantos estragos uma invasão cibernética a um sistema de controle de bombas pode causar.

Estamos diante de uma figura delituosa que apresenta grandes dificuldades para se comprovar a prática criminosa, pois nem todos os locais onde ocorrem esse tipo de crime dispõem de meios e agentes com

qualificação técnica específica para apontar o autor do crime informático. O que se constata ao analisar essas condutas, é que enquanto, a ação criminosa praticada por meios eletrônicos não é nada difícil, há um nível de dificuldade bem relevante para comprovar a autoria dessa prática criminosa, porque como afirma Lima (2011) os registros são transitórios e a menos que se realizem as provas dentro de um espaço curto de tempo, podem se perder todos os detalhes de tudo aquilo que aconteceu, ficando tão somente os efeitos danosos do crime.

Estamos diante de uma tecnologia em que nos tornamos alvos fáceis de perdas e fraudes, pois como foi citado anteriormente, os diversos sistemas computadorizados processam dados, esses dados se mostram de forma ilegível e são impessoais sendo controlados por pessoas, cuja preocupação são os aspectos técnicos do processamento de dados, sendo assim muitas transações são realizadas por meio desse processo e é muito pouco provável que se apure uma fraude no sistema quando esse se encontra em um ritmo normal.

Todos os sistemas informáticos são passíveis de fraudes, até mesmo porque não se pode prever todas as situações possíveis, restando daí falhas, e é por meio dessas falhas que os criminosos se utilizam para invadir o sistema, que na maioria das vezes tem como finalidade precípua causar danos de cunho econômico, pois o que mais os atraem são as possibilidades de obter vantagens ilícitas se aproveitando de oportunidades que surgem devido a constante exposição a fraudes em que se apresentam os sistemas de pagamentos, de compras ou de vendas entre outros.

4 CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES DE COMPUTADOR

Após aprofundarmos sobre os crimes computacionais, iremos analisar as classificações desses crimes para alguns doutrinadores penais. Entretanto são diversas as classificações apresentadas por vários autores que tratam desses crimes de computador. Em um primeiro momento merece a nossa atenção a classificação estabelecidas pelos doutrinadores Damásio e Smanio, que classificam os crimes computacionais como puros (ou impróprios) e impuros (ou impróprios).

Os crimes classificados como puros segundo Damásio e Smanio (apud LIMA, 2011, p. 20) são aqueles delitos praticados por computador que se realizam ou se consumam também em meio eletrônico; o sujeito ativo visa especificamente danos ao sistema de informática em todas as suas formas (softwares, hardwares, dados e sistemas). As ações delituosas se manifestam por atentados destrutivos da integridade física do sistema ou pelo acesso desautorizado ao computador e seus dados armazenados eletronicamente.

Os segundos são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico que ofenda o mundo físico ou o espaço "real", ameaçando ou lesando outros bens, não computacionais ou diversos da informática; o bem penal juridicamente protegido é diverso da informática, porém o sistema de informática é a ferramenta essencial empregada para a sua consumação.

Por sua vez Hervé Croze e Yves Bismuth (apud FERREIRA, 2001 p. 213-215) distinguem duas categorias de crimes informáticos:

Condutas delituosas perpetradas contra um sistema de informática, sejam quais forem as motivações do agente; ou crimes cometidos contra outros bens jurídicos, por meio de um sistema de informática.

Essa classificação também é aceita por Vicente Greco Filho (2000) que afirma que se focalizando a internet, há dois pontos de vista que devemos considerar: crimes ou ações que merecem incriminação praticados por meio da internet e crimes ou ações que merecem incriminação praticados contra a internet, enquanto bem jurídico autônomo. Quanto ao primeiro, cabe observar que os tipos penais, no que concerne à sua estrutura, podem ser crimes de resultado de conduta livre, crimes de resultado de conduta, crimes de mera conduta ou formais (sem querer discutir se existe distinção entre estes) e crimes de conduta com fim específico, sem prejuízo a inclusão eventual de elementos normativos. Nos crimes de resultado de conduta livre, à lei importa apenas o evento modificador da natureza, como, por exemplo, o homicídio. O crime nesse caso, é provocar o resultado morte, qualquer que tenha sido o meio ou a ação que o causou.

Sob essa égide devemos ressaltar que devido aos crimes praticados por meio da internet, restam as mais diversas figuras delitivas, pois atualmente todos são influenciados na vida cotidiana pela informática. Podemos constatar essa situação quando nos deparamos diante de transações comerciais, dos meios de comunicação, dos processos industriais, das investigações, da segurança e outros. São diversos aspectos que com a evolução da sociedade se tornaram dependentes da tecnologia.

Primeiramente devemos analisar essas condutas ilícitas praticadas por meio da tecnologia informática sobre o seguinte viés, com o avanço da tecnologia e a influência que os meios informáticos atualmente têm sobre a sociedade, surgem novos instrumentos e meios para praticar diversos crimes. Muitas áreas do conhecimento humano se tornaram dependentes das evoluções tecnológicas, utilizando a tecnologia para executar vários serviços, que em outros tempos eram realizados manualmente.

Porém o que mais preocupa a sociedade brasileira atualmente são os crimes computacionais que lesam direitos ligados diretamente ao patrimônio ou a economia, os direitos autorais e a liberdade individual entre outros, esses criminosos incorporam a tecnologia a seu favor para cometer tais crimes. Contudo, o Direito Penal tem a necessidade de se adequar às novas necessidades que surgem em decorrência da evolução da sociedade, e se adaptar constantemente a realidade das relações sociais, para evitar a prática de novas condutas com o intuito de afastar a responsabilidade penal em face às lacunas na legislação brasileira.

Importante ressaltar que aqui não se fala em completa reforma das normas jurídicas penais brasileiras, mas sim, em adaptações constantes à norma penal de acordo com a necessidade e anseios sociais, o que se busca é que o Direito em si como normas positivadas, acompanhe a evolução social, oferecendo a sociedade total amparo jurídico no que tange, a proteção de bens da vida, tanto individuais quanto coletivos.

Como afirma Greco Filho (2000), homicídio é homicídio, não tem nenhuma importância, se é praticado com o uso de arma de fogo ou pela internet, e ressalta a desnecessidade de invenção de uma nova figura

especial nos casos de homicídio. Concordo com tal assertiva, mas, de modo que, se torna desnecessário a criação de novas figuras delitivas, apenas nos casos que os computadores se tornam ferramentas de facilitação da prática delituosa.

Enfim, é importante lembrar que tais crimes apresentam dois lados a serem analisados, na primeira categoria citada na classificação, temos as ações criminosas praticadas contra os sistemas informáticos, ou seja, condutas que visam lesionar o *hardware* ou o *software* de um sistema. São utilizados diversos meios e técnicas sofisticadas para causar danos aos sistemas informatizados, e em consequência disso, os crimes de computador, são delitos de difícil detecção. Essas condutas delituosas têm como finalidade precípua a destruição física da estrutura informatizada por qualquer meio apto, seja explosões, incêndios entre outros. Diante disso, podemos afirmar que tais condutas se tratam apenas de crime de dano, sendo assim, pelo ponto de vista jurídico, não se faz necessário nenhuma adaptação a norma penal em vigência.

Quanto, ao outro lado apresentado pelos crimes informáticos, está mais restrito a tecnologia informática, são condutas praticadas com o intuito de causar danos lógicos, ou seja, ações delituosas que produzem prejuízos, ao destruir, alterar ou ocultar dados contidos em um sistema computadorizado. Estamos diante de condutas praticadas das mais variadas formas, que partem desde condutas mais simples às mais sofisticadas, em que se utilizam técnicas com maior potencial destrutivo.

Diante de tais considerações, se faz necessário destacar algumas técnicas utilizadas pelos criminosos de informática, entre os diversos instrumentos usuais estão em destaque alguns vírus, que são programas danosos existentes em programas de computadores saudáveis. Assim, ao se executar qualquer programa no computador, eles destroem arquivos e captura informações do seu sistema informático e repassa a outra pessoa por e-mail, esse tipo de vírus é conhecido como "cavalos de tróia", enquanto há outro tipo de vírus denominado *worms*, que se disseminam criando cópias de si, em outros sistemas, e se propaga por meio da conexão de rede ou anexos de e-mail.

5 CRIMES DE COMPUTADOR E O CÓDIGO PENAL

O Código Penal Brasileiro traz diversas possibilidades de reprimir tais condutas criminosas, variando a sua tipicidade de acordo com o bem jurídico lesionado ou ameaçado de lesão. De tal forma que, os principais crimes praticados por intermédio da tecnologia computadorizada atingem bens jurídicos como o patrimônio, o direito à privacidade. Existem diversos crimes comuns que podem ser praticados por meio informático, dentre eles, falsidade ideológica (art. 299); estelionato (art. 171, *caput*); falsificação de documento público e particular (arts. 297 e 298); modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (art. 313 B); e inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313 A). Os dispositivos citados acima devem se aplicar as condutas praticadas e executadas por meio informático consideradas como crimes comuns. Porém é importante ressaltar que em alguns casos específicos é indispensável algumas alterações na legislação penal, como por exemplo, criar qualificadoras quando o sistema computadorizado for utilizado para facilitar ou simplificar a conduta criminosa.

Na seguinte hipótese, quando um agente adentra em uma loja e furta produtos de informática como diversos programas, não se equipara a situação em que no ato delituoso se subtrai de um *software* ou outros dados informáticos por meio da invasão de um sistema. Neste último caso, o agente não está limitado pelos entraves do tempo e do espaço, se expandindo livremente pelas redes do sistema virtual, ou seja, ele pode ultrapassar todas as barreiras espaço-temporais, podendo se encontrar a quilômetros de distância do local do crime, o risco de ser apanhado em virtude da prática criminosa é consideravelmente pequeno, face ao criminoso, que furta produtos informáticos em uma loja.

Em se tratando dessas situações em que o agente criminoso necessita burlar os sistemas informáticos para romper códigos de segurança e firewalls cuja finalidade é subtrair informações, estamos diante de circunstâncias que agravam a conduta ilícita.

Outro exemplo que podemos destacar é crime de dano tipificado no art. 163 do Código Penal do Código Penal Brasileiro, em que a conduta

considerada crime, se dá na destruição, inutilização ou deterioração de coisa alheia, sendo também coibido de forma adequada danos a um computador, seus sistemas e suas informações. Esse tipo penal dispõe de qualificadoras como violência à pessoa ou grave ameaça; o emprego de substância inflamável ou explosiva; ou prejuízo contra patrimônio da União, Estado, Município, empresa de economia mista ou que seja concessionária de serviços públicos; por motivos egoísticos ou com prejuízo considerável à vítima, seria de grande relevância restar às qualificadoras a utilização de computadores para a prática da conduta criminosa.

Devemos considerar a seguinte hipótese citada por Lima (2011), no caso de invasão dos computadores da Receita Federal com a finalidade de destruir todas as informações tributárias ali existentes, impedindo, assim, a apuração de eventuais práticas de sonegação fiscal e consequente obtenção de recursos financeiros para a União, devido a isso, o aumento do nível dos delitos relacionados aos sistemas informatizados, representa uma ameaça para a economia de um país, até mesmo porque essas condutas delituosas, tem sido registradas nas últimas décadas em diversos países.

Nos casos dos arts. 313 A e 313 B, se torna notório a sua ineficácia no que tange não haver nenhuma proteção à banco de dados particulares, somente aos bancos de dados públicos e, o tipo penal ainda exige que para sua caracterização o agente seja funcionário público no exercício de suas funções, deixando livre qualquer outro tipo de agentes para danificar os bancos de dados de caráter público.

Estamos diante novamente de situações em que os meios informáticos podem ser utilizados como instrumentos facilitadores para a obtenção da vantagem criminosa, em que o agente da conduta delituosa pode se encontrar longe de qualquer possibilidade de ser apanhado, pelo menos, logo em seguida à prática criminosa. Desta maneira, os sistemas informáticos não só facilitam a prática da conduta delituosa, como também proporciona aos criminosos um risco muito pequeno de responsabilização criminal, face à obtenção da vantagem ilícita.

Outro delito que podemos citar como exemplo, é o crime de estelionato previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal, que consiste em uso de meio fraudulento, artifício, do ardil utilizado pelo agente para atingir o patrimônio de outrem, nos termos da lei é praticado com intuito de induzir ou manter alguém em erro, entretanto, os casos de estelionato são empregados em desfavor de pessoas e não de um sistema, portanto nos casos de crimes informáticos não há essa possibilidade.

O fato é que, apesar da vantagem indevida ser retirada do patrimônio de alguém mediante o uso de meio fraudulento, o que foi induzido ou mantido em erro durante a conduta delituosa não foi a pessoa, mas, um sistema computadorizado, que não possui personalidade humana.

Esse tipo de conduta nociva que atenta contra os meios informatizados, não está tipificado em nosso ordenamento jurídico. Estamos diante de uma conduta que se assemelha ao estelionato, pois contém diversos requisitos exigidos pelo tipo penal, porém a lacuna na lei existe neste aspecto, uma vez que o induzido a erro foi o sistema informático e não uma pessoa.

Fato é que, o uso da tecnologia informática trouxe uma maior exposição da vida privada e o sigilo de informações pessoais relevantes, assim criar causas de aumento de pena, será um dos meios mais adequados para tratar os novos comportamentos ilícitos em matéria de crimes de computador.

CONCLUSÃO

Estamos diante de um tema de grande importância, puro e simplesmente por vivermos em uma sociedade globalizada que se tornou dependente dos meios tecnológicos, e diante da evolução tecnológica e a informatização crescente de muitas atividades que são desenvolvidas na sociedade, foram colocados nas mãos de diversos criminosos instrumentos, por meio dos quais surgem das mais variadas formas, modalidades de lesões aos mais diversos bens e interesses, em que o Estado possui o poder-dever de tutelar, propiciando à sociedade brasileira

proteção por meio de tutela reparatória e inibitória aos mais diversos crimes informáticos praticados.

Somente pode se falar em cometimento de um crime em caso de a conduta praticada restar prevista em lei como um delito. Isso decorre em respeito ao princípio da reserva legal. Portanto nos cabe questionar que, com a difusão da tecnologia informática, tornando-se constante nas relações sociais, o Direito está de forma efetiva reconhecendo os bens jurídicos penalmente relevantes a serem protegidos, com o fim de estabelecer a segurança dessas relações, por meio da criação de figuras delitivas?

A nossa legislação penal, com alguns ajustes de início, deverá propiciar aumento de pena e a criação de qualificadoras em alguns casos específicos, pela maior gravidade da conduta, devido ao caráter essencial do sistema informático para a execução da prática delituosa, estará apta a partir daí a coibir esses delitos, que apresentam como peculiaridade, um novo modus operandi, enquanto que a conduta ilícita praticada, seja omissiva ou comissiva, se ajustará perfeitamente a norma penal incriminadora, restando assim a sanção penal a ser aplicada para reprimir os delitos informáticos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código Penal**. Decreto-Lei nº2848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, poder executivo, Brasília, DF, 01 jan. 1942. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

COSTA, Marco Aurélio Rodrigues da. **Crimes de informática**. Revista eletrônica Jus Navegandi. (online). Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/crinfo.html>>. Acesso em: 20 set. 2017.

FERREIRA, Ivete Senise. **A Criminalidade Informática**. Direito & Internet-aspectos jurídicos relevantes, Editora Edipro, 2001, Coordenadores: Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho, p. 208.

FILHO, Vicente Greco. **Algumas observações sobre o direito penal e a internet**. Revista Direito Mackenzie, v. 01, nº 01, 2000. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4811>>. Acesso em: 20 set. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Algumas Observações sobre o Direito Penal e a Internet**. Boletim IBC-CRIM, edição especial, ano 8, nº 95, out. 2000. LIMA, Paulo Marco Ferreira. Crimes de computador e segurança computacional. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Crimes de computador e segurança computacional**/Paulo Marco Ferreira. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIANNA, Tulio; MACHADO, Felipe. **Crimes Informáticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PINHEIRO, Emeline Piva. **Crimes Virtuais: uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/emeline.pdf>. Acesso em: 18 set. 2017.

PINHEIRO, Reginaldo César. **Os cybercrimes na esfera jurídica brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19747-19748-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

ZANELATO, Marco Antônio. **Condutas ilícitas na sociedade digital**. Caderno Jurídico Direito e Internet-Ed. Imprensa Oficial do Estado, jul. 2002, Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, p.189.

[1] Prof. Me. Orientador. Faculdade Católica do Tocantins – FACTO.

O INFANTICÍDIO INDÍGENA NO CASO MUWAJI: ENTRE A TRADIÇÃO E A LEI

MARCILENE SOUSA ALVES: Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo-TO.

ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO
(Orientador)^[1]

RESUMO: Desde a descoberta do Brasil ver-se que a relação advinda entre os colonizadores e os povos indígenas foram estreitando-se com o passar dos séculos. Muitas normas foram editadas visando a proteção dos povos indígenas, também conhecidos por gentios, todavia todas estas, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, visavam apenas a proteção territorial dos indígenas, desprezando a questão da pluralidade étnica existente em nosso país, haja vista sempre buscarem inserção dos gentios nos moldes estabelecidos por nossa forma de viver, ignorando por completo a identidade cultural dos povos indígenas. Doravante com o advento da Constituição da República de 1988, passou a ser reconhecida a pluralidade étnica além de se respeitar o índio, defendendo que este possa viver dentro dos seus próprios padrões éticos e morais. Todavia está em tramite no senado federal o projeto de lei 1057/2007, denominado Muwaji, que para muitos seria um retrocesso as conquistas obtidas pelos povos indígenas.

PALAVRAS CHAVES: Povos indígenas, Normas, Cultura, Projeto de Lei.

ABSTRACT: Since the discovery of Brazil, we have seen that the relationship between colonizers and indigenous peoples has been narrowing over the centuries. Many norms were issued for the protection of indigenous peoples, also known as gentiles. However, all of them, prior to the promulgation of the Federal Constitution of 1988, aimed only at the territorial protection of indigenous peoples, neglecting the question of ethnic plurality existing in our country, always looking for insertion of gentiles in the way established by our way of living, completely ignoring the cultural identity of indigenous peoples. From now on, with the advent of the 1988 Constitution, ethnic plurality has been recognized and the Indian has been respected, and he has been able to live within his own ethical and moral

standards. However, the bill 1057/2007, denominated Muwaji, is in process in the federal senate, that for many it would be a set back the achievements obtained by the indigenous peoples.

KEY WORDS: indigenous Peoples, Norms, Culture, bill of Rights

SUMÁRIO: Introdução 1. Universalismo Cultural. 2. Relativismo cultural. 3. Da evolução cultural e histórica das legislações acerca dos direitos indígenas. 4. Do caso Muwaji e do projeto de lei nº 1057 de 2007. 4.1. Dos pontos contra o projeto. 5. Considerações finais. 6. Referencias.

INTRODUÇÃO

No ano de 2005 ocorreu um fato que alterou o cotidiano da tribo Zuruahã, uma índia chamada Muwaji impediu que sua filha fosse entregue ao sacrifício por ter nascido com paralisia cerebral. Tal fato ganhou repercussão nacional, através de uma reportagem exibida em um programa jornalístico em 18.09.2005, e alguns anos após passou a ser título de um projeto de Lei, nº. 1057/07, que visa impedir indiretamente o infanticídio nas tribos indígenas, protegendo os direitos fundamentais de crianças e adolescentes indígenas.

O respectivo projeto se arrasta a mais de dez anos, e não é para menos, pois o assunto não trata apenas da proteção de um direito, em tese, usurpado, as cautelas adotadas derivam da impossibilidade de intervenção estatal nas tribos indígenas uma vez que estas possuem seus ritos, usos, costumes e práticas protegidas constitucionalmente e por legislação especial. Nesta seara para o relativismo deriva ainda da necessidade de compreender que cada povo possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, este relacionado às específicas circunstâncias culturais e histórica de cada sociedade. (PIOVESAN, 2015)

Daí impor a sociedade indígena que viva de acordo com os princípios éticos e morais estabelecido pela sociedade contemporânea seria tornar a época do Brasil colonial, aos jesuítas, franciscanos, e a ideia que este tenha que viver de acordo com os costumes do homem ocidental,

contudo permitir que certas práticas culturais, ritos e costumes, violem o maior direito do indivíduo, à vida, é rechaçar toda e qualquer oportunidade dum indivíduo, até mesmo o indígena, em optar e gozar de direitos básicos.

Neste diapasão o presente artigo abordou o tema, mesmo que de maneira sintética, buscando elucidar os pontos que sustentam a discursão trazendo os aspectos sociais, levando em consideração o universalismo e o relativismo cultural, e também se baseando na evolução histórica das legislações e nos diplomas legais: constituição federal e lei especiais. Com enfoque no debatido projeto de Lei, denominado Muwaji, destrinchando e questionando se tal proposição de fato resolve o cria um novo problema.

1. UNIVERSALISMO CULTURAL

O universalismo está aparado pelo pensamento iluminista que fundamenta a teoria dos direitos humanos, conforme destaca Barretos (apud Kant, 1970, p. 107-108), no qual afirma:

Os povos da terra participam em vários graus de uma comunidade universal, que se desenvolveu ao ponto de que a violação do direito, cometida em um lugar do mundo, repercute em todos os demais.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a participação de 51 nações, instituiu a Organizações das Nações Unidas – ONU, após os eventos ocorridos na Alemanha Nazista, alicerçados num único consenso da necessidade de se estabelecer mecanismos garantidores de direitos humanos, com ênfase nos direitos individuais, de forma que estes ficassem demonstrados de maneira bem específica.

A concepção de Universalismo Cultural emana da recomendação feita pela Assembleia Geral, em 10 de dezembro de 1948, aos seus membros, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo preâmbulo dar enfoque na visão daquela declaração, que visa atingir direitos universais e indivisíveis, senão vejamos:

A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as

nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivos tantos entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.

O cerne do Universalismo se assenta na proteção aos Direitos Humanos de uma forma universal, neste sentido Santos (apud Panikkar, 1984) traz o conceito de direitos humanos:

Existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres.

Daí decorre que a visão universalista visa a proteção do ser humano, homem, lhe atribuído um conjunto de inderrogável de prerrogativas que lhe atingirá independentemente do âmbito geográfico, étnico, histórico ou econômico-social que subsista a sua realidade SILVA (2013 apud TRINDADE, 1996, p. 159). O que implica dizer as diretrizes tomadas visam proteger o ser humana de maneira universal.

Para melhor compreender a visão do universalismo é importante salientar que nenhuma afronta ao princípio da dignidade humana será tolerada, mesmo que este venha envolto de uma suposta prática cultural de um determinado povo, conforme explana Piovesan (2016. p. 230):

Em face disso, ainda que a prerrogativa de exercer a própria cultura seja um direito fundamental (inclusive previsto na Declaração Universal),

nenhuma concessão é feita às “peculiaridades culturais” quando houver risco de violação a direitos humanos fundamentais.

Mesmo que a defesa das práticas culturais, direito fundamental, sejam tuteladas na Declaração Universal esta jamais poderá sobrepor outro direito fundamental, resta claro na visão universalista que os direitos fundamentais são protegidos e garantidos de forma paritárias, entretanto nenhuma prática pode usurpar outro direito fundamental, principalmente aqueles que dizem respeito à dignidade humana.

2. RELATIVISMO CULTURAL

Com exceção de Benjamin Button (Fitzgerald, 1922), desde a infância são engessados sistemas de valores e modo de conduta em consonância com os paradigmas estabelecidos pelo grupo no qual o indivíduo nasceu, e durante todo o processo endocultural.

Nesta seara o indivíduo obterá o senso do mundo físico, primeiramente, em seu âmbito familiar e posteriormente com o convívio social, pelo qual seus valores serão fixados de acordo com o tamanho e a miscigenação do grupo o qual este pertence, sendo certo que a todo tempo, mesmo que inicialmente, este adotará posicionamentos etnocêntricos. Deste modo esclarece Cuche (2002, pág. 11), no qual elucidada:

Nada é puramente natural ao homem. Mesmo as funções humanas que correspondem a necessidades fisiológicas, como a fome, o sono, o desejo sexual, etc., são informados pela cultura, as sociedades não dão exatamente as mesmas respostas a estas necessidades. A fortiori, nos domínios em que não há constrangimento biológico, os comportamentos são orientados pela cultura. Por isso, a ordem: “Seja natural”, frequentemente feita às crianças, em particular nos meios burgueses, significa, na realidade: “Aja de acordo com o modelo da cultura que lhe foi transmitido.

É preciso compreender a existência de várias raças, grupos, sociedades, povos e tribos, todas elas com seus paradigmas dogmáticos próprios os quais são influenciados de acordo com o tempo e modo que vivem.

Neste diapasão ver que o posicionamento cultural varia de acordo com as influências agregadas a um determinado grupo ou comunidade de tempos em tempos, neste sentido expõe sabiamente Pinezi (2010):

A mudança cultural é algo que faz parte da própria constituição essencial da cultura. A mudança pode ocorrer por reações e reajustes endógenos e por motivações exógenas, advindas do contato intercultural, marcadas ou não por pressões e imposições externas. As trocas culturais entre sociedades diferentes é algo bastante comum e importante, pois possibilita que os membros de uma sociedade pensem sobre como organizam sua vida social, sobre seus tabus, interditos e preconceitos e revejam seus *modus vivendi*. A dinâmica cultural significa um dado fundamental para toda e qualquer sociedade e é um sinal de que a cultura está viva, em plena saúde.

Doravante, ciente das diversidades culturais não é crível que possa aceitar pensamentos etnocêntricos e visar aplicar as demais comunidades o modo de viver de uma única sociedade, deste modo é necessário compreender e respeitar as diversidades culturais, e ter ciências que tais posicionamentos são adotados em virtude de todo um sistema cultural em coerência interna própria e através das experiências empíricas obtidas aos longos dos anos.

Visando a defesa desta diversidade cultural e no intuito de exigir o respeito absoluto de cada cultura particular HELSKOVITS (1969, pág. 99) submete a ONU, em 1974, em nome da *American Anthropological Association*, uma recomendação na qual foi utilizada pela primeira vez a expressão “relativismo cultural”, que em suas palavras é:

O relativismo cultural é uma filosofia que, ao reconhecer os valores estabelecidos em cada sociedade para guiar sua própria vida, insiste na dignidade inerente a cada corpo de costumes e na necessidade de tolerância perante convenções diferentes das nossas.

Do ponto de vista do relativismo cultural as regras sobre moral variam de acordo com os ensinamentos de cada sociedade, e para que haja compreensão desta diversidade é necessário que esta seja observada dentro do contexto cultural a qual ela se apresenta. Firma-se no sentido da impossibilidade de haver uma moral universal, visto que a própria mostra a existência de uma pluralidade de culturais com valores morais distintos.

3. DA EVOLUÇÃO CULTURAL E HISTÓRICA DAS LEGISLAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS INDÍGENAS

Conforme apontamento das bases curriculares do ensino primário, o Brasil foi descoberto em 22 de abril de 1500, outrora quando deste “descobrimto” já aqui existiam povos, este com suas base cultural, religião e costumes já estabelecidos. A partir deste contato os indígenas foram enganados, explorados, caçados escravizados e até mesmo massacrados por nossos colonizadores.

No que tange as normas estabelecidas visando a proteção dos povos indígenas é importante destacar a redigida por Felipe III, esta lei editada em 10 de setembro de 1611, sendo que tal é uma das primeiras as serem editas visando o bem estar dos povos até então tidos como gentios, declarava os povos indígenas pessoas livres devendo serem tratadas como tais, respeitando sua cultura, costume e religião:

[...] mandei fazer esta lei; pela qual, pela dita maneira, declaro todos os Gentios das ditas partes do Brazil livres, conforme Direito, e seu nascimento natural, assim os que forem já baptizados e reduzidos á nossa Santa Fé Catholica, como os que ainda viverem como Gentios, conforme a seus ritos e ceremonias, e que todos sejam tratados e havidos por pessoas livres, como são, sem poderem ser

constrangidos a serviço, nem a coisa alguma, contra sua livre vontade; e as pessoas, que delles se servirem, lhe pagarão seu trabalho, assim e da maneira que são obrigados a pagar todas as mais pessoas livres.

Entretanto tal benevolência foi sobreposta pela exceção que se tornou a regra, haja vista que caso os gentios se rebelassem, fizessem levantamentos, ou declarasse guerra, poderia também se declarar guerra justa aos gentios, abrindo precedentes para os escravizarem.

Em 01 de abril de 1680 foi editado o Alvará Régio, outro preceito normativo que visava regulamentar os direitos aos povos indígenas no Brasil, sendo que o respectivo decreto tutelava aos povos indígenas o direito sobre suas terras, independentemente de titulação ou reconhecimento formal:

[...] E para que os ditos Gentios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.

Vale ressaltar ainda que tal permissa foi mantido no sistema legal brasileiro, por meio da Lei de Terras de 1850 (Lei 601 de 1850), do Decreto 1318, de 30 de janeiro de 1854 (que regulamentou a Lei de

Terras), da Lei nº 6.001/73, das Constituições de 1934, 1937 e 1946 e da Emenda de 1969.

A liberdade dos povos indígenas é reforçada em 09 de março de 1718, através da publicação da Carta Régia, expressando de maneira explícita que estes não eram obrigados a fazer ou deixar de fazer algo no seu modo de vida sem que não fosse de sua livre vontade.

... (os índios) são livres e isentos de minha jurisdição, que não os pode obrigar a saírem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que eles se não agradarão

Segundo o direito estabelecido pela Carta Régia de 1718, os povos indígenas não poderiam ser incomodados na sua forma de viver, tão pouco onde este escolhera para fazer sua habitação, toda e qualquer mudança de comportamento, quanto ao seu modo de vida, deveria advir de livre e espontânea vontade dos gentios, e não mediante imposição alheia. Daí se extrai que os povos indígenas deveriam ser tratados de forma diferenciada por conta de sua peculiar condição natural.

Além destes editos anteriores, no período colonial, também foi editado Alvará pelo Marquês de Pombal, em 07 de junho de 1755, no qual estabeleceu o dever de se manter e preservar aos índios as posses pacíficas de suas terras, inclusive tal prerrogativa passada a seus herdeiros.

82 Que de nenhum modo poderão possuir as terras, que na forma das Reais Ordens de Sua Majestade se acharem distribuídas pelos Índios, perturbando-os da posse pacífica delas, ou seja em satisfação de alguma dívida, ou a título de contrato, doação, disposição, testamentária, ou de outro qualquer pretexto, ainda que sendo aparentemente lícito, e honesto.

Todavia o entrave dos editos realizados durante o Brasil colonial era a ausência do conhecimento de referidas normativas pelos povos

indígenas que desprovidos da capacidade de leitura via-se seus direitos serem usurpados pelos colonizadores que pouco, ou nada, fazia para que referidos editos pudessem surtir seus efeitos, onde bastava suscitar a existência de uma guerra, supostamente, iniciada pelos índios, para torná-la justa, e permitir assim que violasse os dispositivos legais que garantia direitos aos gentios, aliás este tampouco possuía conhecimento da sua existência.

Posteriormente, durante a elaboração da primeira constituição do Brasil Império, foi revelado o tamanho preconceito aos quais os povos indígenas eram submetidos, onde sequer foram mencionados, constituição que a princípio iria ser realizada por uma assembleia constituinte, a qual foi fechada pelo imperador, depois instituiu o Conselho de Estado, estes tomaram por base o projeto de lei que estava em discussão na Assembleia e em 25 de março de 1823 foi outorgada pelo Imperador.

Durante os debates gerais da assembleia constituinte, quando tratavam acerca da “cidadania”, direcionados pelo Deputado Montezuma e seguindo pelos demais constituintes, posicionaram no sentido de que os índios não poderiam ser vistos como cidadãos brasileiros, tão pouco protegidos como tais:

Eu cuido que não tratamos aqui se não dos que fazem a Sociedade Brasileira, falamos aqui dos Súditos do Império do Brasil, únicos que gozam dos cômodos de nossa Sociedade, e sofrem seus incômodos, que têm direitos, e obrigações no Pacto Social, na Constituição do Estado. Os Índios, porém estão fora do grêmio da nossa sociedade, não são súditos do Império, não o reconhecem, nem por sua consequência suas autoridades desde a primeira até a última, vivem em guerra aberta conosco; não podem de forma alguma ter direitos, porque não tem, nem reconhecem deveres ainda os mais simples, (falo dos não domésticos) logo: como considerá-los Cidadãos Brasileiros? Como considerá-los Brasileiros no sentido político, e próprio de uma constituição?

Não é minha opinião que sejam desprezados, que não ponhamos os necessários meios de os chamar à civilização; o fato de nascerem conosco no mesmo território ...

Durante o Brasil Imperial a única norma erigida em favor dos povos indígenas foi o decreto imperial nº. 601, de 18 de setembro de 1850, a qual ficou conhecida como lei de Terras, a qual visava organizar a propriedade privada no Brasil.

O artigo 12 desta lei tutelava aos índios o direito a terras, devolutas, destinadas à sua colonização, bem como as destinadas a fundação de povoados.

Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos públicos: 3º, para a construção naval.

O grande dilema da questão é que durante todo o período imperial, os grandes conflitos existentes envolvendo os povos indígenas era justamente a questão agrária, pois como já exposto anteriormente, para justificar qualquer tipo de ataque as terras indígenas bastariam suscitar a existência de provocação injusta dos povos indígenas, para transformar aquele conflito em guerra justa.

Somente a partir de 1910, com a criação do Serviço de Proteção ao Índio – SPI, pelo Decreto nº. 8.072, começou-se um processo de pacificação e convivência harmônica com os povos indígenas; todavia até mesmo projetos como o SPI trouxeram mazelas a comunidades indígenas, muito embora houvesse o processo de pacificação, também havia a necessidade de relocação dos povos indígenas, por vezes, aconteceu diversas mortandades de povos indígenas devido à falta de planejamento

Graças aos pilares lançados pela SPI as legislações, verdadeiramente, benéficas aos indígenas começaram a ser formalizadas

na Constituição Federal de 1934, a qual estabeleceu aos povos silvícolas a posse da terra que nelas se acharem permanentemente localizadas, sendo vedada sua alienação.

Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las

Após a constituição de 1934, as demais constituições, a saber, de: 1937 e 1946, quase nada modificaram as normas protetivas referente as garantias aos povos indígenas, somente a Constituição de 1967, durante o período da ditadura que os indígenas puderam desfrutar de maiores garantias constitucionais. Primeiro pela inclusão de suas terras como bem da União Federal, e segundo por ter reconhecido o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais, conforme se extrai do artigo 4º, inciso IV, e artigo 186, daquela constituição.

Após o advento a Constituição de 1967, em 19 de dezembro de 1973 foi criada a lei nº. 6001/73, conhecida popularmente como “Estatuto do Índio”, durante criticado por suas enormes contradições, e normas que não chegaram, mas uma vez a ser cumpridas. Entre as quais se destacam o prazo estabelecido no artigo 65 da referida norma que fixava o prazo de 05 (cinco) anos para demarcação de todas as terras indígenas, prazo este encerrado em 21 de dezembro de 1978, e encontra-se até o momento sem seu devido cumprimento. Outro ponto bastante criticado do Estatuto do Índio está logo no seu artigo primeiro e respectivo parágrafo único:

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e

tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

A uma notória controvérsia entre proposto no referido artigo, pois inicialmente sustenta a proteção aos índios quanto ao propósito de preservar sua cultura e posteriormente já lhe prever inseri-lo na comunhão nacional, de forma progressiva e harmônica. Daí extrai que a intenção do referido artigo era urbanizar os índios, retirando-os de sua forma de viver, cultura e tradições, demonstrando a imposição do universalismo cultural, quando se estabelece normas direcionadas a uniformização cultural.

As grandes conquistas dos povos indígenas vieram partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, ao contrário das outras normas que visava integrar o povo indígena a comunidade brasileira, a Carta Magna reconhece a pluralidade étnica existente no país, e passou a legitimar direitos permanentes aos indígenas. Importante destacar a amplitude das normas criadas visando à proteção dos povos indígenas e a preservação da sua identidade cultural.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o índio passou a ser visto de outra forma, passou a ter reconhecida sua capacidade civil, bem como obteve maior amplitude na defesa das garantias de seus direitos. Tal constituição foi bem mais além das demais que tratavam os povos indígenas apenas como um incômodo, ou caso o qual ninguém gostaria de tutelar, esta por sua vez buscou atribuir valores aos povos indígenas.

Entre as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, há de se destacar duas, a norma contida no artigo 215 e 231, as quais estabelece ao índio o direito de ser, estar e permanecer índio, de ter sua livre expressão cultural, sendo reconhecida sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, ou seja, reconhece-se aos povos indígenas que eles não necessitam abandonar toda sua tradição e passar a viver numa organização social que originalmente não é sua, tão pouco abandonar suas verdades culturais e atribuir a sua ida uma identidade que não lhe pertence, conforme se nota a lei expressa:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Diante do cenário trazido pela Constituição Federal de 1988, o índio passa ser visto e respeitado como de direito sempre deveria ser, isto não implica dizer que sua cultura seja inalterável, intransigível, uma vez que todos, sejam índios ou não, estão em constantes processos de transições culturais, as quais ocorrem naturalmente, rotineiramente, de forma que tais mudanças não destroem o alicerce cultural daquela sociedade.

4. DO CASO MUWAJI E DO PROJETO DE LEI Nº 1057 DE 2007

Dita os costumes das tribos dos Suruwahá, da Amazônia, o que é peculiar em outras tribos brasileiras, que crianças nascidas com alguma deformidade genéticas ou doenças não identificadas pelas tribos, entre outras circunstâncias, sejam mortas por seus próprios genitores, em rituais ocorridos nas tribos, é o caso de Iganani, uma indiazinha que nasceu com paralisia cerebral, condenada à morte, por envenenamento, o qual não veio a se consumir pela ousadia de sua genitora, Muwaji, que retirou sua filha da tribo e junto com missionários, após um longo e duro processo conseguiu levar sua filha para ter os devidos tratamentos.

Os missionários que resgataram Muwaji e sua filha são da Organização Não Governamental (ONG) ATINI – Voz Pela Vida, que em 2006 passaram a lutar pelos direitos dos índios e contra o infanticídio, o qual de início a intenção era levantar uma discursão sobre o tema, mas em 2007, por intermédio do Deputado Federal Henrique Afonso, na época do PT-AC, apresentou proposta do Projeto de Lei Muwaji, sendo que uns dos motivos trazidos pelo projeto de lei é que “todo cidadão que tenha conhecimento de situações de risco deva comunicar aos órgãos competentes.

O projeto de Lei nº. 1057/2007 aguarda apreciação pelo Senado Federal, e caso venha ser aprovado acrescentará um artigo à Lei nº. 6001/73, o “Estatuto do Índio”, incorporando a respectiva lei o artigo nº. 54-A artigo este que conterà 12 parágrafos. Sendo que o caput do artigo 54-A reafirma que as práticas tradicionais indígenas serão respeitadas.

Art. 54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que elas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Dentre os principais pontos estabelecidos no projeto de Lei está o desenvolvimento de programas, a serem desenvolvidos pelos órgãos responsáveis pela política indígena, que visem proteger os recém-nascidos, crianças, adolescentes rejeitados pela família ou grupo, §2 e 3º. Entre as motivações a rejeição, a PL, destaca que esta pode ocorrer: em virtude o curto lapso temporal entre gestações, número excessivo de filhos, sexo da criança, possua algum sinal, marca de nascença, ou ser considerada de má sorte, além de deficiência física ou mental, § 4º.

Dentre as práticas estabelecida no projeto estão a de manter um cadastro atualizado de gestante, e a verificar se há alguma eminência de risco a criança que está sendo gerada ou que já tenha nascido, caso

confirmado o risco e aceito pela genitora, a mesma será retirada da aldeia, §5º e 6º.

Estabelece ser dever de todo cidadão que tenha conhecimento das situações de risco, assim como as autoridades descritas no §1º, de comunicar tais ações, sob pena de ser responsabilizado, ressalvadas o direito ao anonimato, §7º, 8º e 9º. Fixa competência as ouvidorias dos órgãos que desenvolvem a política indigenista, § 10º.

Conclui o projeto, serão realizados todos os procedimentos necessários para a apuração dos fatos, inclusive sobre acompanhamento especializado, para que haja as retiradas destes indivíduos provisoriamente e sua alocação em local seguro, dentro das especificações técnicas de cada etnia, §11º, além de promover o regresso destes às suas etnias, sempre que possível, §12º.

4.1 DOS PONTOS CONTRA O PROJETO

Entre os que se posicionam contrários a aprovação do Projeto de Lei Muwaji, estão o deputado Edmilson Rodrigues (Psol-PA) que declara que a proposta é inconstitucional, pois segunda sua opinião “acaba negando o que está previsto na Constituição, a garantia dos povos indígenas à sua identidade cultural”.

A deputada Jandira Feghali (RJ), a qual afirma ser necessário respeitar as crenças e costumes:

Não estamos aqui defendendo assassinato, estamos defendendo a vida dessas crianças por meio de uma mediação cultural. Do jeito que está aqui, vamos colocar a tribo inteira na cadeia, obrigando todos a denunciar o risco de algo acontecer.

O presidente da Funai, João Pedro compreende que o projeto carece de melhorias, pois segundo seu entendimento o "projeto de Lei carece de reparos, mudanças profundas e uma reflexão mais detida sobre uma lei que pune e afeta tradições milenares de povos legítimos que compõem a sociedade brasileira." Afirmando ainda que "A Funai vai

acompanhar e entrar no debate da lei que agora vai tramitar no senado da república. Nós discordamos profundamente da proposta de que tenta penalizar os servidores da Funai".

Segundo a antropóloga Mariana Holanda, mestre pelo Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília, destaca que “o projeto impõe uma categoria jurídica ocidental a uma diversidade de povos, desrespeitando as diferenças e as especificidades”, mas afirma que o verdadeiro propósito da nova lei não é zelar pela vida das crianças, mas “permitir a vigilância e a intrusão permanente nos costumes e na intimidade das aldeias”.

5. CONCLUSÃO

Embora as legislações anteriores a Constituição da República de 1988 não foi capaz de conseguir aplicar as leis criadas no intuito de garantir aos povos indígenas o direito a gozar e desfrutar de sua livre expressão cultural, pois em sua grande maioria as normas legalistas se preocuparam bastante em garantir limites territoriais aos povos indígenas, que por sua vez também não conseguiram estabelecer.

Já a Constituição da República de 1988 deixa de compreender que a causa indígena se baseia tal somente no plano territorial, mas reconhece-lhe pela sua essência, pelo seu modo de vida, devendo ser protegida e reconhecida sua cultura. O que foi um marco na história indígena.

De sorte que a grande maioria dos povos indígenas já não são como aqueles silvícolas dos tempos coloniais, que nada sabiam ou conhecia da cultura, nos tempos atuais a contingência de índios que deixam suas aldeias para buscar educação e depois tornar para sua aldeia e melhorar a condição de vida de seu povo é enorme. E com isto levam para dentro de suas aldeias os conhecimentos culturais adquiridos a parte do seu povo.

Não se pode olvidar que a cultura está em constante mudança e suas transformações ora acontece lentamente, ora alavancam de uma forma extraordinária, vez que cada dia mais os povos indígenas aderem

aos pensamentos de nossa sociedade, e nossa sociedade deve compreender os posicionamentos culturais dos povos indígenas e respeitá-lo. Todavia não se pode punir ou impedir alguém que exerça sua livre expressão cultural dentro de sua visão etnocêntrica.

O que não se pode tolerar, como no caso de Muwaji, é a imposição de uma expressão cultural a um indivíduo que não queira compartilhar daquele movimento cultural. Neste caso este indivíduo indígena deve encontrar tutela no Estado para que possa lhe prestar todos os meios necessários de lhe garantir sua subsistência fora de sua tribo, sem que venha perder totalmente sua identidade. Tanto quanto também possibilitar que este possa voltar ao convívio de seu povo quando queira.

Não é por acaso de antes de todas as prerrogativas punitivas atribuídas ao Estado pela constituição vem o dever de garantir, de certo que no rol elencado pelo artigo 5º percebe-se que o exercício da garantia não pode ser confundido como o emprego a punição, assim querer atribuir aos povos indígenas que viva nos mesmos pilares de nossa sociedade, modificando para tanto um edito anterior à constituição, seria retroceder e destruir toda conquista obtida com a constituição de 1988.

Para tanto vale lembrar a frase que revela a identidade indígena: “eu posso ser o que você é sem deixar de ser quem eu sou”.

6. REFERÊNCIAS

ALENCAR, Adriana Vital Silva de. **Evolução história dos direitos indígenas**. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15677>. Acesso em 19 out 2017.

BANDEIRAS de caça ao índio. **HISTÓRIA do Brasil**. Disponível em https://www.historiadorbrasil.net/brasil_colonial/bandeiras_caca_indio.htm>. Acesso em 10 out 2017.

BARRETO, Vicente. **Universalismo, Multiculturalismo e Direitos humanos**. Disponível em

<http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/globalizacao_dh/barretoglobal.html>. Acesso em 09 out 2017.

BRASIL. Lei de 10 de setembro de 1611. **Carta Régia**. Disponível em <<http://transfontes.blogspot.com.br/2009/12/lei-de-10-de-setembro-de-1611.html>>. Acesso em 10 out 2017.

BRASIL. Lei de 01 de abril de 1680. **Alvará Régio**. Disponível em <<http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=legindio&pagfis=268>>. Acesso em 10 out 2017.

BRASIL. Lei de 09 de abril de 1718. **Carta Régia**. Disponível em <<http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=legindio&pagfis=268>>. Acesso em 10 out 2017.

BRASIL. Lei de 07 de junho de 1755. **Diretório dos Índios**. Disponível em <http://www.nacaomestica.org/diretorio_dos_indios.htm>. Acesso em 10 out 2017.

BRASIL. Lei n

º. 601, de 18 de setembro de 1850. **Lei de terras**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em 19 out 2017.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos de 1934**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 19 out 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 19 out 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 out 2017.

BRASIL, **Projeto de Lei da Câmara nº. 1057/2007**. Lei Muwaji. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>>. Acesso em 24 out 2017.

CAUSA índio. **FPJ**. Disponível em <http://www.fundacaopedrojorge.org.br/wordpress/?p=204>>. Acesso em 10 out 2017.

CUCHE, Dennys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru: EDUSC, 1999. Disponível em <https://identidadesculturas.files.wordpress.com/2011/05/cuche-dennys-a-noc3a7c3a3o-de-cultura-nas-cic3aancias-sociais.pdf>>. Acesso em 11 out 2017.

CURI, Melissa Volpato. **Os direitos indígenas e a constituição federal**. Disponível em http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium_04_03.pdf>. Acesso em 19 out 2017.

DIREITO originário. **FUNAI**. Disponível em <http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-02>>. Acesso em 10 out 2017.

FABIO, André Cabette. Por que o projeto de lei contra o infanticídio indígena é questionado. **NEXO JORNAL**. Disponível em <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/02/03/Por-que-o-projeto-de-lei-contr-o-infantic%3%ADdio-ind%3%ADgena-%3%A9-questionado>>. Acesso 24 out 2017.

FITZGERALD, F Socott. **O curioso caso de Benjamin Button e outras histórias da era jazz**. São Paulo: José Olympio, 2009.

FRANÇA. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 09 out 2017.

GUZMAN, Tracy Devine. Autorepresentação indígena e a reformulação da política nacional. **RETS**. Disponível em <<https://rets.org.br/?q=node/1435>>. Acesso em 25 out 2017.

HELSKOVITS, Melville. **Antropologia Cultural**. V - O Problema do Relativismo Cultural. Iomo I. Mestre. Jou, 1969.

ÍNDIOS do Brasil – Resumo. **História do Brasil**. Disponível em <<https://www.historiadobrasil.net/indiosdobrasil/>>. Acesso em 10 out 2017.

LOPES, Danielle Bastos. **O DIREITO DOS ÍNDIOS NO BRASIL: A trajetória dos grupos indígenas nas constituições do país**. <<http://seer.ufrgs.br/index.php/EspacoAmerindio/article/view/41524/29955>>. Acesso em 10 de out de 2017.

MARTINS, Eduardo. **O DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA GERAL DE 1823 E OS DISCURSOS DE CIDADANIA**. Disponível em <<http://pem.assis.unesp.br/index.php/pem/article/view/30>>. Acesso em 19 out 2017.

O que pensam os índios sobre a criminalização do infanticídio indígena. **O INDINEGISTA**. Disponível em <<https://oindigenista.com/2015/08/29/o-que-pensam-os-indios-sobre-a-criminalizacao-do-infanticidio-indigena/>>. Acesso em 25 out 2017.

PINEZI, Ana Keila Mosca. Infanticídio indígena, relativismo cultural e direitos humanos: elementos para reflexão. **Revista de Arte, Mídia e Política**. São Paulo. 8ed. Maio 2010. Disponível em <http://www.pucsp.br/revistaaurora/ed8_v_maio_2010/artigos/ed/2_artigo.htm>. Acesso em 11 out 2017.

PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS** e o direito constitucional internacional. 15º ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 227.

PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS** e o direito constitucional internacional. 16º ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016. Pág. 230.

Piovesan, Eduardo e Siqueira, Carol. Câmara aprova projeto que prevê combate ao infanticídio em áreas indígenas. **CAMARA NOTÍCIAS**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/494777-CAMARA-APROVA-PROJETO-QUE-PREVE-COMBATE-AO-INFANTICIDIO-EM-AREAS-INDIGENAS.html>>. Acesso em 24 out 2017.

POLÊMICA sobre infanticídio indígena mistura leis, valores culturais e saúde pública. **UOL**. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/04/16/ult5772u3629.jhtm>>. Acesso em 24 out 2017.

PRESIDENTE da Funai diz que projeto de Lei que prevê combate ao infanticídio carece de reparos. **FUNAI**. Disponível em <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/3407-presidente-da-funai-diz-que-projeto-de-lei-que-que-preve-combate-ao-infanticidio-carece-de-reparos?limitstart=0#>>. Acesso em 25 out 2017.

PUBLICAÇÃO dos direitos dos índios na colônia. **UIB**. Disponível em <http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/xavier2/Publicacao-dos-Direitos-dos-Indios-na-Colonia.cid221841>>. Acesso em 11 out 2017.

RIBEIRO, Amanda. Projeto de lei que visa garantir direito de viver às crianças indígenas é aprovado na câmara dos deputados. **JOCUMBRASIL**. Disponível em <http://www.jocum.org.br/projeto-de-lei-que-visa-garantir-direito-de-viver-as-criancas-indigenas-e-aprovado-na-camara-dos-deputados/>>. Acesso em 24 out 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. nº. 48, Junho 1997. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em 09 out 2017.

SERVIÇO de proteção ao índio. **FUNAI**. Disponível em <<http://www.funai.gov.br/index.php/servico-de-protecao-aos-indios-spi?start=3#>>. Acesso em 19 out 2017>. Acesso em 19 out 2017.

SILVA, Marília Ferreira da. **Universalismo x Relativismo**: Um entrave cultural ao projeto de humanização social. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74105d373a71b517>>. Acesso em 10 out 2017.

SUZUKI, Márcia. **SURUWAHÁ, 10 ANOS DEPOIS**. Disponível em <<http://www.jocum.org.br/suruwaha-10-anos-depois/>>. Acesso em 19 set 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. Brasília: San José, 1996.

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito Administrativo e Processo Administrativo. Graduado em Direito e em Comunicação Social, todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Professor de Processo Penal na Faculdade Serra do Carmo, escritor de obras jurídicas e palestrante.

ADOÇÃO INTERNACIONAL E SEUS ASPECTOS RELEVANTES DESTACANDO CASO EMBLEMÁTICO

YURE NOLÊTO SILVA: Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade Católica de Tocantins- TO.

LEONARDO NAVARRO AQUILINO

(Orientador).

RESUMO: A adoção internacional é um tema pouco abordado perante a sociedade acadêmica e veículos midiáticos. O nosso papel aqui hoje é elucidar mais sobre o tema, deixando mais claro as dúvidas inerentes relacionadas sobre o mesmo. Será colocado em questão o aspecto histórico no nosso país, no estado do Rio de Janeiro, o que vem fazer os órgãos de fiscalização, qual o papel deles, o processo e procedimento para se adotar uma criança internacionalmente. Bem sobre a Convenção de Haia e a sua função em proteger as crianças para que se evite tráfico internacional de crianças. Um caso destaca-se a adoção de uma criança do Malawi, pelos pais brasileiros, atores globais, e contando todos os entraves jurídicos que eles enfrentaram para adotarem sua filha. Usado o método de pesquisa, buscando informações em livros e sítios eletrônicos, para melhor explicação do tema. Veremos, o quão necessário se faz, a abrangência deste tema que é pouco falado, sendo isto uma triste realidade, dado o grau de importância deste assunto.

Palavras-chaves: Adoção; Criança; Entraves Jurídicos; Haia; Internacional.

ABSTRACT: International adoption is a subject little discussed before the academic society and media vehicles. Our role here today is to elucidate more on the subject, making clear the inherent doubts related to it. The historical aspect in our country, in the state of Rio de Janeiro, will be questioned, what the inspection bodies do, what their role is, the process and procedure for adopting a child internationally. Well on the Hague Convention and its role in protecting children so that international trafficking of children is avoided. One case stands out the adoption of a child from Malawi, by Brazilian parents, global actors, and counting all the legal

obstacles they faced to adopt their daughter. Used the research method, searching for information in books and electronic sites, for a better explanation of the theme. We will see, how necessary it is, the comprehensiveness of this subject that is little spoken, this being a sad reality, given the degree of importance of this subject.

Keywords: Adoption; Child; Hague; International; Legal Halls.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que todas as crianças e adolescentes possuem direitos salvaguardados a possuir um lar, educação, saúde, que será proposto pela família e/ou Estado. Com relação àquele, está obrigação se baseia tanto em um parentesco civil ou biológico.

A adoção proporciona exercício do direito de ser filho, a criança ou adolescente, que serão garantidos pelos pais, sem qualquer distinção entre filhos concebidos e filhos adotivos, consoante dispõe a Constituição Federal em seu artigo 227, parágrafo 6º. Em se tratando de adoção internacional, a criança e ou adolescente ser adotada por uma família estrangeira, deve ser esgotado todas as possibilidades da mesma ser adotada em território nacional, logo após ser apresentada na nova família substituta, que no caso são vários organismos que trabalham com o Brasil.

Seguindo, a nova família se dirige ao Brasil, devidamente preparada para acolher aquela determinada criança, que outrora fora lhe apresentada. Este critério é muito minucioso e burocrático haja vista que, será um novo universo para aquela pessoa.

Encerrando todo o devido processo de adoção, quando dado o trânsito em julgado, o adotado se dirige ao seu novo país e com sua nova família, já sendo cidadão deste novo país. O acolhido será assistido por um prazo de dois anos, por órgãos competentes para realizar este trabalho, que enviarão relatórios ao Brasil, semestralmente, analisando o desenvolvimento do adotado com sua nova família.

A regulamentação da adoção internacional se estabelece na convenção de Haia, do qual o Brasil desta subscreve. Sendo que a nova família estrangeira que deseja adotar uma criança, registra em um organismo especializado no seu país de origem, este órgão encaminha toda a documentação para a autoridade central brasileira, encaminhar diretamente as autoridades das unidades da federação, e realizado um trabalho de investigação, dá-se entrada na adoção de fato.

Três marcos importantes diploma sobre o direito a criança e adolescente e as adoções, que são a Convenção sobre o direito das crianças em 1989, a Convenção da Haia sobre a adoção internacional e também a Convenção sobre sequestro internacional. Esses três marcos juntos conformam uma estrutura jurídica sobre a proteção da criança, importamos assim esses documentos ao nossa ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) consagrando assim o que chamamos do “*princípio do melhor interesse*”. Com isto, em uma situação jurídica em que haja qualquer interesse envolvido de uma criança, o dela deverá se sobressair sobre as demais pessoas.

O ministério público federal realiza o trabalho de investigação para combater adoções ilegais que foram realizadas por ONG’s para facilitar o processo burocrático de adoção por famílias estrangeiras.

Segundo o MPF, somente os países que ratificaram a Convenção de Haia de 1993, da qual o Brasil é signatário, possuem cooperação entre si para processos de adoção de crianças internacionalmente. As ONG’s ofereciam apoio para adoção de crianças da Rússia, do Quirguistão e do Líbano, países que não assinaram a Convenção de Haia e que, por isso, não se submetem às regras gerais estabelecidas pelo tratado. Essas mesmas ONG’s, constata-se que existia uma clara tentativa de burlar o burlar o controle do Estado brasileiro sobre o processo de adoção e de esquivar das exigências da adoção internacional.

Por fim, veremos “a grande batalha” dos atores Bruno Gagliasso, e sua esposa Giovana, ao recorrem a adoção internacional de uma criança do Malawi, a pequena Titi. Foram meses e meses entre e indas e vindas Brasil x Malawi, até ao tão sonhado dia.

2 A ADOÇÃO INTERNACIONAL

A criança e o adolescente possuem o direito de ter uma família, além disso, repara o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devem em ambiente livre e conviver na presença de pessoas capazes de lhes darem educação e livre de quaisquer atrativos que possam corromper a sua integridade.

Adoção foi instituído que surgiu em meados do século 17 no Brasil, onde crianças viviam em lugares esmo e necessitavam muito. Eram escolhidas por famílias esporádicas, já que o governo não tinha condições de manter tais crianças.

A criança tem a possibilidade de ser adotada, como medida excepcional, quando se esgotar todas as possibilidades de se incluir este na sua família natural, de acordo com o artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outra declaração de inclusão da criança em seu meio natural é a *Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional*, de 1993, estabelece, no preâmbulo, que: cada Estado deverá tomar, com caráter prioritário, medidas adequadas, que permitam manter a criança em sua família de origem (HAIA, 1993).

Todavia informa a posição constitucional que, por que se assegure uma família à e o adolescente, como tutela do bem jurídico protegido, abre-se a oportunidade de, na ausência de uma família para a criança, o seu direito atravessa as fronteiras, para que se tem êxito naquele direito ora buscado.

Contudo, nas palavras do douto jurista Wilson Donizetti Liberati, diz que:

a situação econômica dos adotantes, e, sobretudo da criança, não poderá interferir na decisão de se conceder adoção a estrangeiros, sob o argumento de que, num país de Primeiro Mundo, o

adotando estaria mais feliz! Em outras palavras, não é a situação financeira da família ou a situação econômica do país de acolhida que determinarão o êxito da adoção ou das relações familiares. (LIBERATI, 2009, p. 253)

A criança deve conviver em um ambiente regado de amor e harmonia. O dinheiro não será referencial, e sim a educação e afeto que ela terá de receber neste novo ambiente familiar, para que no futuro, com o apoio da sua família, como tem de ser, possa alçar voos maiores, conquistando seus objetivos e sonhos.

Como complemento ao raciocínio supracitado Cláudia Lima Marques esclarece que “a adoção internacional significa no Brasil:

hoje, um ‘des-enraizamento’ (sic.) cultural e social da criança, que é levada para outra sociedade, outra cultura, outra família e outra língua. É a adoção internacional dos anos 90, que ficou conhecida como ‘adoção intercultural’, para se opor à adoção dos 50-70 do século XX, conhecida como ‘adoção humanitária’. Atualmente, a preocupação maior do direito internacional privado não é somente ‘dar uma nova chance’ para esta criança ou indicar a melhor lei para regular a formação desta nova família, visualizam-se muito mais os perigos da transferência internacional do ‘des-enraizamento’ (sic.), social das crianças, voltando-se o Direito para a realização plena de seus direitos fundamentais. (MARQUES, 2009, p. 260)

O tema deste de projeto de pesquisa é tão importante no nosso país que, a Constituição Federal, assegura o respeito e a prioridade dos direitos fundamentais das crianças, especifica, no parágrafo 5º, de seu artigo 227: A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições se sua efetivação por parte de estrangeiros. (Constituição Federal, 1988)

Para que se efetive a adoção internacional, é necessário que as pessoas que estão envolvidas nesta relação processual, vivam em países diferentes. A maioria das normas transnacionais, diz que o domicílio do adotante como fator identificador da adoção por estrangeiros. De outro modo, a legislação brasileira elegeu a nacionalidade do adotando, de análise, coincide com a convenção de Haia, haja vista que, considerada como válidas as normas do país de origem do adotando.

2.1 OBJETO E OBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE HAIA

Pode-se visualizar que, a convenção de Haia tem de senão por objeto maior a adoção de crianças e adolescentes, que deve se constituir sob a legalidade, em concórdia a ordem jurídica dos países signatários.

Com o resultado disto, a Convenção sustenta o salvaguardado direito fundamental daquelas crianças que estão em uma família, ou seja, elucida que para o verdadeiro desenvolvimento de sua personalidade, a criança crescerá em um ambiente repleto de felicidade, de amor e de compreensão.

O foco maior da Convenção de Haia foi à adoção e todo o seu processo. O prólogo desta decidiu que, todo país signatário, deverá: com caráter prioritário, medidas adequadas para permitir a manutenção da criança em sua família de origem. (HAIA, 1993).

Na impossibilidade desta adoção, buscam-se meios internacionais, baseado na legalidade e no direito fundamental a proteção da família.

Destacam-se os objetivos principais da adoção, que são estas as diretrizes: respeitar os direitos das crianças e dos adolescentes; instauram um sistema de cooperação entre Estados partes; previnem abusos nas adoções e asseguram o reconhecimento das adoções para os Estados que aceitarem seguir as orientações da Convenção.

Antes de aprofundar cada objetivo, faz importante ressaltar, a origem da doutrina de proteção integral dos direitos da criança e do Adolescente.

Acolhida pelo ECA, e esplanada pelo doutor Wilson Donizeti Liberati expressão:

proteção integral tem como referência a tutela de todos os direitos infantojuvenis, além de um conjunto de instrumentos jurídicos de caráter nacional e internacional colocados à disposição de crianças e adolescentes para a proteção de todos os seus direitos, representando um saldo qualitativo e fundamental na consideração social da infância (LIBERATI, 2009, p. 253)

O primeiro objetivo estabelecido na convenção de Haia propôs que a adoção internacional deve efetuar-se, considerando o interesse da criança, em respeito aos seus direitos fundamentais. Isto deve ser superior a qualquer outro.

Por seguinte, Haia estabeleceu a obrigatoriedade de instauração de um sistema de cooperação entre os países, a fim de proteger os direitos das crianças, prevenindo assim o sequestro, a venda e o tráfico de crianças. Isto tem por objetivo, evitarem-se as adoções ilegais de famílias estrangeiras que não querem se submeter aos procedimentos legais dos quais são exigidos.

Outro objetivo, o objetivo da Convenção de Haia traz a validade dos atos processuais da adoção realizadas no país da criança. As normas jurídicas do Brasil conferem segurança jurídica aos seus usuários, pelos institutos constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Por fim, este põe fim a um problema: as sentenças proferidas pelos países signatários do texto convencional têm reconhecida sua validade. Haia é um instrumento associado entre os países envolvidos, com a participação das Autoridades centrais administrativas.

2.2 AS AUTORIDADES CENTRAIS

Estes são os que possuem a responsabilidade última de salvaguardar todos os detalhes de uma adoção internacional, desde o começo: a parte da formulação do pedido de adoção, avaliando a família e se a adoção é mesmo a melhor solução para esta ou aquelas crianças; se a família e a criança estão convivendo; zelar pela realização de todos os procedimentos pertencentes a adoção.

Com a palavra do douto jurista, Wilson Donizeti Liberati:

a autoridade central, é um título pomposo, mas essa instância pode, em certos países, remir-se a um único funcionário. É por isso que, à exceção de determinadas funções, que a Autoridade Central deve exercer diretamente (essencialmente no domínio da troca de informações), a Convenção de Haia prevê a possibilidade de delegar a grande maioria das tarefas (LIBERATI, 2009, p. 253)

As Autoridades Centrais nascem com o simples de que os pactos e convenções internacionais possam ser cumpridos e garantidos, com a certeza jurídica de seus efeitos aos países signatários a adoção internacional.

A Autoridade Central compõe a Administração Pública, pois suas funções envolvem algum tipo de estado ou liberdade de determinadas pessoas, e no caso da adoção, existirão mais conexão entre a filiação a instituição família.

Como já dito, Autoridade Central além do poder de autoridade, pois a sua vontade sobressai sobre todos os envolvidos, para garantir o direito da criança, funcionando está como um ponto de equilíbrio para as partes. Além deste poder, as autoridades centrais possuem o poder de centralização e uniformização com relação de procedimentos administrativos atinentes aos atos preparatórios da adoção internacional.

Explicar a natureza jurídica das Autoridades Centrais não é uma tarefa fácil, devido à complexidade dos atos praticados pela mesma.

Conforme consta na obra de Wilson Donizeti Liberati: “a definição da natureza jurídica dos atos praticados pela Autoridade Central, seja no âmbito estadual, seja no âmbito federal, não é de fácil solução, em virtude de sua novel aplicabilidade no meio jurídico pátrio” (LIBERATI, 2009, p. 253)

A natureza da dos atos praticados pela autoridade central tem cunho administrativo, haja vista que, autonomia das funções políticas do sistema jurídico brasileiro, e de acordo as normas de organizam o sistema judiciário brasileiro, que compete a regularização das Autoridades Centrais nos Estados federados.

A autoridade central exerce suas funções nas esferas estaduais e federais, distintamente e autônoma. A estrutura e o funcionamento são determinados pela Administração Superior do Poder Judiciário, a quem possui a responsabilidade à organização do órgão, que por sua vez nomeará os membros da sua instituição e aqueles indicados pelos demais órgãos e profissionais liberais. A quantidade de membros, mandato, funcionamento e modo de votação dos processos serão fixados na Lei de Organização Judiciária de cada Estado e em seu regimento interno.

Diz que, a subsidiariedade da adoção internacional, significa nas palavras da professora Cláudia Lima Marques, que:

que as autoridades centrais, os juízes de Estados estrangeiros de residência dos pais adotivos e os interessados (por exemplo, pais adotivos ou intermediários das agências) somente poderão ser ativos quando e se as Autoridades Centrais e os juízes do país de residência da criança estabeleceram com clareza que uma solução nacional para aquela criança não é mais possível ou desejável, sempre tendo em vista seu bem-estar concreto e respeito ao direito de manutenção do vínculo familiar de origem (Marques, 2009, p. 268).

O Estatuto da Criança e do Adolescente normatiza como pré-condições para a adoção: que os interessados estrangeiros apresentem, por qualquer maneira, que são compatíveis com a natureza da adoção; que a criança não deixe o país acompanhado do interessado estrangeiro a não deixe o país acompanhada do interessado estrangeiro a ser após a efetivação da adoção, por meio de sentença judicial transitada em julgado; que, ao receber a criança em adoção, seja obrigatório assegurar-lhe todos os direitos que lhe são garantidos pela ordem jurídica nacional, e em especial aqueles decorrentes do poder familiar; que o procedimento da adoção é garantido; que o candidato deverá apresentar os documentos necessários à habilitação perante a Autoridade Central Estadual e/ou providenciar para que os documentos sejam entregues à Autoridade Central do país da criança.

Após analisar se o estrangeiro estará apto para interpor em juízo, o candidato estrangeiro deverá peticionar, no qual esta deverá conter além dos requisitos previstos no Código de Processo Civil, os especiais exigidos nos artigos pelo artigo 165 do ECA, faço saber: qualificação completa do requerente e de seu cônjuge ou companheiro, com expressa anuência deste; indicação de com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não algum parente vivo; qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos; indicação do cartório onde foi inscrito o nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão; declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou o adolescente; o pedido da adoção criança indicada, com os fundamentos jurídicos; o pedido de procedência da ação; data e assinatura.

2.3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ADOÇÃO INTERNACIONAL

Nos Estados, à Autoridade Central, depois de ouvir o Ministério Público, deixará de reconhecer, somente, os efeitos daquela decisão se restar demonstrando que a adoção é manifestamente contrária à ordem pública ou não atende ao interesse superior da criança ou adolescente.

Caso não reconhecida a adoção, o Ministério Público deverá imediatamente requerer o que for de direito para resguardar os interesses da criança ou do adolescente, comunicando-se as providências à Autoridade Central Estadual, que fará a comunicação à Autoridade Central Federal Brasileira e à Autoridade do país de origem.

Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida e a adoção não tenha sido deferida no país de origem porque a sua legislação a delega no país de acolhida, ou, ainda, na hipótese de, mesmo com decisão, a criança ou o adolescente ser oriundo de país que não tenha aderido à Convenção referida, o processo de adoção seguirá as regras da adoção internacional.

2.4 O CASO DA MENINA TITI E OS ENTRAVES JURÍDICOS

Um caso que chamou à atenção de todos no país foi o caso dos atores globais Giovanna Ewbank e Bruno Gagliasso, que adotaram a pequena Titi (Chissomo), uma criança órfã vinda do Malawi.

Todo o processo iniciou-se quando Giovanna foi a uma viagem, convidada por um programa de televisão, ao Malawi, visitar uma ONG de crianças órfãs. Todo o processo de adoção ocorreu em segredo de justiça, já que procedimentos especiais em casos de família ocorrem nesta modalidade, assim como dispõe o Código de Processo Civil.

Foram inúmeras viagens até o continente africano, sob a ordem do juiz malawiano, pois isto faz parte do processo de adoção, como indica que a soberania da família estrangeira, precisa ser ratificado na Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 29 de maio de 1993 ou mais conhecida como Convenção de Haia.

Até que um dia o juiz chamou os dois para mais uma conversa e finalmente concedeu a guarda provisória. Teriam que morar em Lilongwe (Capital do Malawi) por três meses e foi o que os atores fizeram, até o dia que eles conseguiram a guarda da pequena Titi e vieram com ela para o

Brasil. Sempre que possível o país de Titi levam ela até sua terra natal, para que ela nunca esqueça suas origens.

No ano de 2008, surgiu o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça. Este sistema, CNA, tem por objetivo acelerar o processo de adoção já que no mesmo contém informações relevantes sobre crianças sujeitas adoção. O cadastro dela é realizado pelos juízes dos Tribunais de Justiça de todo o país

Quando o menor completa a idade de 6 (seis) anos e não consegue um lar ou os pais adotivos, ela fica disponível a adoção internacional .Até que um dia o juiz chamou os dois para mais uma conversa e finalmente concedeu a guarda provisória. Teriam que morar em Lilongwe (Capital do Malawi) por três meses e foi o que os atores fizeram.

O casal estrangeiro que deseja adotar uma criança por meio internacional passa por muitos entraves. Primeiramente, está licenciado junto a Autoridade Central do país de residência, onde haverá uma composição de um dossiê sobre a vida pregressa do casal que tem o interesse de adotar internacionalmente.

Esta Autoridade Central no trecho supracitado, existente no Brasil é representada de Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção – Adoção Internacional, que como ditos são órgãos responsáveis por todos os tramites do processo de adoção e a habilitação de residentes no Brasil para com o exterior.

Segundo o CNA, informa que já houve 657 (seiscentos e cinquenta e sete) adoções no período de 2008 a 2015, onde a maioria do dos casais pretendentes são italianos, que se coloca em voga que esses estrangeiros pouco se importam com questões de gênero, cor e idade.

O processo de convivência é muito complicado, pois os adotantes em potencial têm de passar por estágio. Inicia-se como uma visita dos casais ao país aonde pretende adotar, logo depois a criança deve exercer contatos diários com os pais adotantes, sempre que possível para que a mesma vá se acostumando com a ideia de morar no exterior.

O processo continua dificultoso, já que a Comissão Distrital Judiciária de Adoção indica que os pais enviem objetos a criança para ir se familiarizar com sua nova família, e na segunda fase do estágio a criança encontrará os pais adotantes em um lugar já conhecido por ela, acompanhado de um funcionário da Comissão para criar uma confiança para a criança.

Depois de visitas e idas e vindas a criança se despede do abrigo e não havendo impedimentos para realizar adoção a criança passa a conviver com sua nova família.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que adoção internacional é possui vários entraves que mereciam mais destaque das universidades, mais especificamente no curso de direito, que muitas crianças se encontram na necessidade de constituir uma família, e por que não uma família estrangeira? Já que assim ele poderia ter mais oportunidades de crescimento acadêmico, profissional, e como pessoal, adquirindo novas experiências, já que viverá em um ambiente, dependendo do país, desenvolvido.

A outra forma que estudamos, foi a possibilidade de um caso brasileiro adotando uma criança estrangeira, enfrentando as dificuldades deste processo, e gratificação pessoal em obter êxito nestes casos.

Um caso de repercussão nacional foi a adoção da menina Titi, que é uma órfã, que a vida lhe proporcionou a oportunidade de ter uma vida melhor, graças à persistência de um casal de brasileiros (Bruno e Giovanna), já que o processo de adoção enfrenta a burocracia e passa por seleção de fases, conforme dispõe a convenção de Haia, que atua em defesa da criança para combater as fraudes na adoção e evitar o tráfico internacional de crianças.

O que estudamos nos elucidou para que possamos divulgar sobre este relevante assunto, já que o mesmo pouco é sabido. Seria necessária mais divulgação dos órgãos fiscalizadores, como Ministério Público, Conselho Nacional de Justiça, Tribunais de Justiça e Autoridades Centrais,

através de campanhas realizadas na televisão ou nas redes sociais, para que seja alcançado ao maior número de pessoas.

Há necessidade de que seja menos burocrático o processo de adoção e mais atuante os órgãos de fiscalização para que crianças que estão há tempos na esperança de constituir uma família, obtenham este resultado o quanto antes, para que toda criança tenha o direito ter uma vida melhor.

REFERÊNCIAS

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Entenda como funciona à Adoção Internacional*, 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81164-cnj-servico-entenda-como-funciona-a-adocao-internacional>> . Acesso em: 16, out. 2017 às 15h17min.

DONIZETI LIBERATI, WILSON. *Manuel da Adoção Internacional*. São Paulo. MALHEIROS EDITORES, 2009. 253 p.

FIGUEIRÊDO, L. C. B. *Adoção Internacional: Doutrina e Prática*. 6ª Edição. Curitiba: Juruá Editora, 2006. 283 p.

JUSBRASIL. *Dificuldades da Adoção e adoção internacional no Brasil*. Disponível em <<https://alineboty.jusbrasil.com.br/artigos/465001085/dificuldades-da-adocao-e-adocao-internacional-no-brasil>> Acesso em: 14, out. 2017 às 18h04min.

REVISTA MARIE CLAIRE. *Giovanna Ewbank e Bruno Gagliasso falam pela primeira vez com detalhes sobre a adoção da filha Titi*. Disponível em <<http://revistamarieclaire.globo.com/Celebridades/noticia/2017/05/giovanna-ewbank-e-bruno-gagliasso-falam-pela-primeira-vez-com-detalhes-sobre-adocao-da-filha-titi.html>> Acesso em: 14, out. 2017 às 18h18min.

TAVARES, J. F. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. 224 p.

A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

EDINÉIA MARIA TEIXEIRA CAMBUY:

Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil e Escrevente no Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Fernandópolis-SP.

RESUMO: O presente trabalho versa sobre o procedimento da usucapião extrajudicial, também conhecida por usucapião administrativa, que entrou em vigor com advento do Novo Código de Processo Civil, que trouxe um grande avanço no procedimento da usucapião em busca da desjudicialização, ou seja, incentivar a solução de conflitos por meio de métodos alternativos extrajudiciais, desincentivando o ingresso de novos processos no Poder Judiciário, possibilidade que as pessoas naturais, quanto pessoas jurídicas possam adquirir a plena propriedade de seu bem imóvel por meio de requerimento subscrito por advogado, endereçado ao Registro Imobiliário da circunscrição em que se situar o imóvel usucapiendo, ainda que seu registro esteja em outra circunscrição, e será presidido e decidido pelo Oficial de Registro, não havendo necessidade de homologação judicial, com o intuito de tornar o procedimento mais celere, desafogando assim o Poder Judiciário.

Palavras-chave: Usucapião extrajudicial; desjudicialização; imóvel.

ABSTRACT: The present work deals with the procedure of extrajudicial usucapião, also known as administrative mismanagement, which came into force with the advent of the New Code of Civil Procedure, which brought a great advance in the usucapião procedure in search of the adjudication, that is, to encourage the solution alternative methods, discouraging the entry of new lawsuits in the Judiciary, the possibility that natural persons, as well as legal entities, can acquire full ownership of their property through an application signed by a lawyer, addressed to the Real Estate Registry of jurisdiction in which the property is situated usucapiendo, even if its registration is in another circumscription, and will be presided over and decided by the Registrar, and there is no need for judicial approval, with the

intention of making the procedure more celere, thus clearing the Judiciary Power.

Keywords: Usucaption extrajudicial; desjudicialization; immobile.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do objeto. 3. Da competência. 4. Requisitos. 5. Da legitimidade ativa. 6. Da legitimidade passiva. 7. Documentos que devem instruir o requerimento. 8. Prenotação. 9. Autuação e qualificação registral. 10. Do Registro. 11. Conclusão. 12. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo desenvolver um estudo acerca do instituto da usucapião extrajudicial que entrou em vigor com o advento do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. O artigo 1.071 do Novo Código inseriu o artigo 216-A na Lei nº 6.015/73, de Registros Públicos, estabelecendo o procedimento comum de usucapião extrajudicial registral, com o intuito de tornar o procedimento mais rápido, e desafogar o poder judiciário.

A aquisição da propriedade pela usucapião passou agora a ser afetada também ao processo registral imobiliário, cabendo à parte a escolha da via a adotar.

O objetivo do Novo Código de Processo Civil é trazer mais celeridade e maior segurança jurídica aos negócios jurídicos, possibilitando o pedido de usucapião diretamente no Cartório de Registro de Imóveis na Comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, não sendo mais necessário protocolar em Juízo uma ação judicial.

Entretanto o Novo Código de Processo Civil trouxe um grande avanço na desjudicialização. Ocorre que a referida lei condicionou a concordância expressa daqueles titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, no caso se nenhuma pessoa se manifestasse presumia-se a discordância e conseqüentemente não poderia ter o

reconhecimento da usucapião perante o Cartório de Registro de Imóveis, devendo ser remetido à via judicial.

Diante da dificuldade da anuência, visando regulamentar o procedimento da usucapião extrajudicial, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que reparou especialmente a condicionante em relação à anuência dos proprietários e confrontantes, não mais sendo um impedimento ao registro da usucapião.

2.DO OBJETO

A usucapião extrajudicial tem por objeto bem imóvel, podendo ser

urbano ou rural, não havendo restrição legal em relação à área ou à situação do bem, podendo ainda ser reconhecida a usucapião de imóveis urbanos não regulares, de imóveis rurais com área inferior à fração mínima de parcelamento e unidades de condomínio edilício, este último desde que instituído e registrado no Registro de Imóveis.

Não obstam o reconhecimento da usucapião, indisponibilidades, penhoras, hipotecas, bloqueios de matrícula, instituições de bem de família, por exemplo, registrados ou averbados na matrícula/ transcrição do imóvel.

A usucapião do domínio útil de imóveis da União também poder ser objeto do pedido, tendo em vista que o domínio útil de bem público sobre o qual tida sido instituída enfiteuse não trará prejuízo ao Estado, pois apenas a substituição do enfiteuta pelo usucapiente.

O estrangeiro poderá adquirir imóvel rural por usucapião, de acordo com precedente da Corregedoria Geral da Justiça.

Na usucapião extrajudicial haverá sempre a necessidade de identificação das matrículas ou transcrições de onde saem o imóvel usucapiendo.

3. DA COMPETÊNCIA

A usucapião extrajudicial deve ser processada no Registro de Imóveis da circunscrição da situação do imóvel usucapiendo, ainda que seu registro esteja em outra circunscrição, e será presidido e decidido pelo Oficial de Registro, por si ou seus prepostos autorizados, deferindo ou indeferindo o pedido de usucapião.

É do Oficial de Registro a atribuição de presidir e decidir o processo administrativo comum de usucapião, não havendo necessidade de homologação judicial, bem como a intervenção do Ministério Público.

4. REQUISITOS

A usucapião extrajudicial registral somente é permitida quando for amigável, ou seja, quando não houver litígio a respeito do pedido. Havendo litígio o processo deverá ser judicial, uma vez que não é dado ao Oficial de Registro decidir sobre litígio.

É necessário que a parte que tenha legitimidade ativa requeira tal instauração ao Oficial, não podendo o Oficial Registrador atuar de ofício.

O requerimento deverá ser expresso e especial, podendo ser instrumento público, ou particular com firma reconhecida (art. 221, II, da LRP), devendo a parte legitimada ser representada por advogado, nos termos do caput do art. 216-A, da Lei 6.015/73, da Lei de Registros Públicos, salvo se advogando em causa própria.

A procuração também poderá ser por instrumento público ou particular. Sendo por instrumento particular, segundo Brandelli (2016, p. 73), haverá a necessidade de reconhecimento de firma por Tabelião, nos termos do art. 221, II, da LRP. Já de acordo com a cartilha desenvolvida pelo Escritório Lobo § Orlandi Advogados (2016, p. 3), não será necessário reconhecer firma do outorgante, por não ser a procuração “ad judicia”, uma vez que não há recolhimento de taxa na OAB, por não ser um processo judicial.

Ficando nesta questão uma dúvida a ser sanada quanto ao reconhecimento de firma na procuração nos processos de usucapião extrajudicial.

O requerimento é a peça inicial do processo de usucapião extrajudicial, devendo a parte legitimada requerer a instauração do procedimento administrativo, bem como o registro da usucapião ao final, justificando pormenorizadamente o seu direito à usucapião, detalhando qual a espécie aplicável ao caso, se há, ou não, por exemplo, *accessio possessionis*, justo título, posse mansa, pacífica e ininterrupta pelo prazo necessário, etc, de acordo com a modalidade de usucapião invocada, relatando minuciosamente acerca do preenchimento dos requisitos materiais para a aquisição pela usucapião no caso concreto alegado, devendo ser provado subsequentemente ao Oficial de Registro pelos meios de prova admitidos.

5. DA LEGITIMIDADE ATIVA

Tanto pessoas naturais, quanto pessoas jurídicas podem requerer a usucapião extrajudicial. No entanto falecido o possuidor, seus herdeiros o sucederão.

Na usucapião extrajudicial a legitimidade ativa é ampla, não apenas tendo-a o possuidor que quer ver reconhecida a aquisição pela usucapião, mas também por qualquer outra pessoa, terceira, capaz, que tenha interesse jurídico em tal reconhecimento, como por exemplo, algum credor do possuidor, que tenha interesse em ver a propriedade adquirida pela usucapião reconhecida e registrada, para ver facilitada a realização de sua pretensão creditícia.

O possuidor se for o requerente, não precisa ter a posse no momento da propositura do procedimento de usucapião extrajudicial, bastando que tenha tido posse suficiente para implementar, juntamente com os outros requisitos exigidos.

6. DA LEGITIMIDADE PASSIVA

Legitimidade passiva no processo registral de usucapião são as pessoas que devem participar do processo extrajudicial, voluntariamente ou intimados pelo Oficial de Registro, porque têm sua esfera jurídica efetiva ou potencialmente afetada pelo pedido de reconhecimento de usucapião feito pelo requerente.

No caso se algum dos legitimados passivos não for chamado ao processo extrajudicial, ou, sendo chamado, contrapuser-se ao pedido, não poder haver o deferimento.

Há legitimados passivos certos e incertos.

São legitimados passivos certos os titulares de direitos registrados na matrícula do imóvel usucapiendo e dos imóveis confrontantes, bem como a União, o Estado ou Distrito Federal e o Município.

Incertos são os terceiros eventualmente interessados a que se refere o § 4º do art. 216-A da LRP, os quais serão cientificados mediante edital.

Também são legitimados passivos os cônjuges e companheiros, que devem participar necessariamente do processo, exceto na hipótese do art. 1.647, caput, do Código Civil.

7. DOCUMENTOS QUE DEVEM INSTRUIR O REQUERIMENTO

O requerimento deve ser necessariamente instruído com os seguintes documentos, constantes no artigo 216-A, Incisos I a IV, da Lei nº 6.015/73, de Registros Públicos, alterado pela Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que passou a vigorar com a seguinte redação:

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias, aplicando-se o disposto no art. 384 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de

anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes;

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

Sobre o tempo da posse a conclusão decorrerá das provas que forem carreadas para o processo.

Poderão ser apresentadas mais de uma ata, para determinados atos ou fatos. Atas que poderão ter sido lavradas por notários de diferentes municípios ou comarcas.

O memorial descritivo deverá conter a descrição do imóvel usucapiendo com os elementos e requisitos previstos nos artigos 176 e 225, da Lei de Registros Públicos.

Os imóveis confrontantes no caso de urbanos, deverão ser indicados pela rua e número, se rurais pelo CCIR, e em ambos os casos os números das respectivas matrículas e/ou transcrições.

Tratando-se de imóvel rural, o registro da usucapião exige a prévia delimitação da reserva legal ambiental, nos termos do art. 16, § 8º, do Código Florestal, a qual deverá ser inscrita no Cadastro Ambiental Rural (CAR), e ainda possuindo o imóvel, área maior que 100 hectares deverá ter sua descrição georreferenciada, com certificação do INCRA, conforme disposto no Decreto 4.449/02, com as alterações posteriores).

No caso de unidades de condomínio edilício, não são necessários a apresentação da planta e memorial descritivo assinados por engenheiro, basta que a especialização do imóvel conste do requerimento, sendo elas descritas com os mesmos elementos que constam da instituição do condomínio (fração ideal do terreno, área de uso exclusivo, participação nas coisas comuns, identificação e localização).

As certidões negativas dos distribuidores que se refere o Inciso III, do art. 216-A, da LRP, são as certidões cíveis da Justiça Estadual e da Justiça Federal, da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente.

As mencionadas certidões cíveis deverão ser apresentadas em nome do requerente e, nos casos de “accessio possessionis” e/ou “sucessio possessionis”, de todos os que tiverem tido posse durante o prazo necessário para a usucapião, de acordo com o requerimento e a lei.

As certidões devem ser negativas em relação a ações possessórias ou reivindicatórias sobre o imóvel usucapiendo. No caso se as certidões dos distribuidores forem positivas deverão ser também apresentadas certidões complementar de objeto e pé de cada feito noticiado.

É razoável o prazo de trinta dias para se considerar atualizadas as certidões, uma vez que não há previsão legal.

8. PRENOTAÇÃO

O pedido de usucapião feito extrajudicialmente deve ser prenotado, inscrito no protocolo no Registro Imobiliário da circunscrição territorial onde se

situa o imóvel objeto da usucapião.

Ordinariamente, a prenotação tem prazo de validade de 30 dias, nos termos do art. 188 da LRP, cancelando automaticamente, devendo o título ser novamente prenotado.

Como o procedimento da usucapião tende a demorar mais do que os 30 dias de validade ordinária da prenotação, por conta da necessidade de

complexa análise probatória, notificações e editas, institui o § 1º do art. 216-A da LRP, que o prazo da prenotação ficará prorrogado até que o Oficial de Registro analise o pedido, registrando-se a usucapião, devolvendo-se a documentação com nota de exigência fundamentada, ou ainda em caso de impugnação encaminhar o processo ao Juízo competente.

Em regra, o protocolo registral de um título durante o prazo de validade da prenotação gera direito de prioridade em relação à aquisição de direitos contraditórios protocolados subsequentemente, conforme disposto art. 185 da LRP.

Na usucapião extrajudicial está presente a potencialidade da existência de direitos contraditórios, excludentes ou não, de modo que parece-nos haver a incidência da prioridade registral, de modo que, até a decisão da usucapião, os títulos protocolados posteriormente não serão qualificados. Somente serão qualificados após o encerramento da análise do pedido de usucapião.

9. AUTUAÇÃO E QUALIFICAÇÃO REGISTRAL

Protocolado o pedido acompanhado dos documentos exigidos, o Oficial Registrador fará a autuação do processo, tornando-os uma única peça documental, com termo de abertura, numeração e rubrica das folhas. A partir daí todas as ocorrências deverão ser certificadas no processo, até final decisão. Trata-se de processo físico, de acordo com a lei federal.

A qualificação registral é o momento em que o Registrados analisa a conformidade do título com o ordenamento jurídico, a viabilidade jurídica do pedido.

No primeiro momento de qualificação do título o Oficial verificará se estão preenchidos os requisitos de admissibilidade da usucapião extrajudicial, se há legitimidade ativa de quem requer, se o requerimento está acompanhado dos documentos obrigatórios, se estão provados os requisitos da espécie de prescrição aquisitiva invocada, se os requisitos formais registrares gerais estão preenchidos, etc.

Verificará assim, se há requerimento, se há representação por advogado e se a representação está em ordem, se o requerimento está acompanhado de ata notarial, planta e memorial descritivo elaborados e assinados por profissional técnico habilitado, acompanhado de ART ou RRT, devidamente quitada, nas quais estejam especificadas as matrículas do imóvel usucapiendo e dos confrontantes, bem como identificação dos titulares de direitos inscritos, e conste a assinatura destes ou não constando se há requerimento para sua notificação, assinaturas reconhecidas por Tabelião, certidões dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente, justo título se for o caso, e demais documentos comprobatórios dos requisitos da espécie de usucapião invocada, se há obediência à especialidade objetiva e subjetiva, e à continuidade subjetiva.

Em segundo lugar, analisará o Oficial Registrador se estão presentes os requisitos autorizadores da aquisição do direito real que se pretende adquirir, fará ainda uma análise do conjunto probatório apresentado, se estão presentes os elementos concretizadores do suporte fático da norma jurídica da espécie de usucapião invocada.

O Oficial Registrador será aqui o Juiz extrajudicial da usucapião, devendo formar sua convicção diante do conjunto probatório, com independência nos termos do art. 28 da Lei nº 8.935/94, de modo que, salvo em caso de dolo ou culpa grave, o Registrador não poderá ser responsabilizado por sua decisão, baseada em sua convicção fundamentada formada a partir do conjunto de provas apresentadas.

Caso o Oficial na primeira etapa qualificadora, tenha provas conclusivas de que não houve o preenchimento dos requisitos materiais da usucapião, recusará o pedido motivadamente, cabendo suscitação de dúvida nos termos do art. 198 da LRP.

Estando o pedido formalmente em ordem, tendo o Oficial Registrador formado sua convicção positivamente, seguirá com o procedimento, indo para a fase de análise da necessidade ou não de notificações de legitimados passivos certos, se há necessidade de maior produção probatória, podendo o Registrador realizar diligências que entender

necessárias para a prova do alegado, ou solicitará ao requerente que as realize, cujas diligências serão suportadas pelo requerente, que é o interessado na produção probatória.

Havendo a necessidade de notificação dos legitimados passivos certos, diz o § 2º do art. 216-A da LRP, redação dada pela Lei nº 13.465/2017:

Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância.

O Oficial de Registro dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do Oficial de Registro de Títulos e Documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que em 15 (quinze) dias se manifestem sobre o pedido.

Promoverá ainda o Oficial a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias. Transcorrido o prazo, sem pendência de diligências e estando em ordem a documentação, o Oficial de Registro registrará a aquisição do imóvel objeto do pedido.

No caso se o notificando não for encontrado ou esteja em lugar incerto ou não sabido, tal fato será certificado pelo Oficial de Registro, que promoverá a sua notificação por edital, publicando por duas vezes, em jornal local de grande circulação, pelo prazo de quinze dias cada um, interpretado seu silêncio como concordância. Regulamento do órgão jurisdicional competente para a correição das serventias poderá autorizar a publicação do edital por meio eletrônico, dispensando-se assim a publicação em jornais de grande circulação.

No caso de o imóvel usucapiendo ou de imóveis confinantes ser unidades autônomas de condomínio edilício, fica dispensado o

consentimento e a notificação de todos os condôminos e dos titulares de direitos reais e outros direitos registrados ou averbados na matrícula e/ou transcrição dos imóveis, bastando em ambos os casos o consentimento ou notificação do síndico.

10. DO REGISTRO

Trata-se de ato de registro *stricto sensu*, seguindo a regra do art. 216-A, porquanto de reconhecer e publicizar a aquisição originária de um direito real imobiliário.

Na usucapião extrajudicial haverá sempre a necessidade de identificação das matrículas ou transcrições de onde saem o imóvel usucapiendo, bem como respeitar a continuidade subjetiva.

Por fim, restando provada a aquisição do direito real imobiliário pela usucapião, e acolhido pelo Oficial de Registro o pedido da parte, deverá ser praticado um registro, nos termos do art. 167, I, e 28, da LRP, na matrícula do imóvel, se a descrição coincidir com a do memorial descritivo, ou abrirá matrícula com base no memorial descritivo apresentado, averbando na matrícula anterior o desfalque ou o encerramento da mesma.

11. CONCLUSÃO

Podemos concluir que o procedimento da usucapião extrajudicial, também conhecida por usucapião administrativa, que entrou em vigor com o advento do Novo Código de Processo Civil, que inseriu o artigo 216-A na Lei nº 6.015/73, de Registros Públicos, trouxe um grande avanço no procedimento da usucapião, tornando o procedimento mais celere, desafogando assim o Poder Judiciário.

O Novo Código de Processo Civil trouxe a possibilidade do pedido de usucapião ser processado diretamente no Cartório de Registro de Imóveis na Comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, não sendo mais necessário protocolar em Juízo uma ação judicial.

É do Oficial de Registro a atribuição de presidir e decidir o processo administrativo comum de usucapião, não havendo necessidade de homologação judicial, bem como a intervenção do Ministério Público.

O Oficial de Registro registrará em nome do requerente a usucapião, se forem provados os requisitos legais e não houver litígio.

No caso de impugnação por algum dos interessados ou negado pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis, é possível a remessa do procedimento ao Poder Judiciário, para que haja a conversão do procedimento administrativo em judicial.

O Novo Código de Processo Civil condicionou a concordância expressa daqueles titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, no caso se nenhuma pessoa se manifestasse presumia-se a discordância e conseqüentemente não poderia ter o reconhecimento da usucapião perante o Cartório de Registro de Imóveis, devendo ser remetido à via judicial.

Diante da dificuldade da anuência, visando regulamentar o procedimento da usucapião extrajudicial, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que reparou especialmente a condicionante em relação à anuência dos proprietários e confrontantes, não mais sendo um impedimento ao registro da usucapião.

Com a promulgação da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, se o notificando não for encontrado ou caso ele esteja em lugar incerto ou não sabido, tal fato será certificado pelo Registrador, que promoverá a sua notificação por edital mediante publicação, por duas vezes, em jornal local de grande circulação, pelo prazo de quinze dias cada um, interpretado o silêncio do notificando como concordância.

Tendo o Oficial Registrador formado sua convicção positivamente, e estando o pedido formalmente em ordem, registrará a aquisição do imóvel com as descrições constantes na planta e memorial descritivo apresentados.

12. REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. Usucapião administrativa. 1ª.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

LOBO & ORLANDI ADVOGADOS. Cartilha de Usucapião Extrajudicial – Sugestões para Qualificação no Registro de Imóveis, março 2016. Disponível em http://uniregistrar.com.br/cartilha_usucapiaoadm/ - Acesso em: 30/09/2017.

DEPIERI, Rafael; RIBEIRO, Isaque. 'Artigo: Novidade legislativa: agora a usucapião extrajudicial ficou mais fácil' - em <http://www.portaldori.com.br> – Acesso em: 07/10/2017.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31/12/1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> - Acesso em: 16/10/2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17/03/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> - Acesso em: 16/10/2017.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Altera as Leis 6.015, de 31 de dezembro de 1973 e 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08/09/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> - Acesso em: 16/10/2017.

A OBRIGAÇÃO DO CIDADÃO DE IDENTIFICAR-SE DURANTE ABORDAGEM POLICIAL JUSTIFICADA

ROBYSON DANILO CARNEIRO: Servidor Público do Estado do Paraná, Bacharel em Direito, pós-graduado em processo penal e aluno de pós graduação em Direitos Humanos e Cidadania - UEPG.

RESUMO: O presente artigo propõe-se a analisar a obrigatoriedade de identificação por parte dos cidadãos durante abordagem policial, desde que justificada. De início o estudo passará por uma abordagem ao direito constitucional de locomoção e ao princípio da legalidade. Realizar-se-á um breve estudo sobre a abordagem policial e a fundada suspeita. Em seguida serão analisadas as possibilidades de medidas a serem tomadas pelos agentes de segurança pública quando da negativa de identificação por parte do cidadão abordado. Tais medidas fundamentadas na Lei de Contravenções Penais podem ser aplicadas pela polícia durante a abordagem, podendo inclusive amparar posterior pedido de Prisão Preventiva pela autoridade de polícia judiciária, com base em previsão do Código de Processo Penal. Verificar-se-á o posicionamento dos tribunais superiores quando da análise destas medidas, além de análise a respeito da identificação criminal. Por fim, será analisada a nova lei de identificação civil nacional, tema importante e atual.

Palavras-chave: Abordagem. Identificação. Polícia. Prisão.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Referencial teórico: 2.1 Limitações das Liberdades; 2.2 Direito de ir e vir; 2.3 Princípio da Legalidade; 2.4 Abordagem Policial; 2.5 Obrigação de identificação do cidadão abordado; 2.6 Identificação criminal; 2.7 Supremo Tribunal Federal; 2.8 Prisão preventiva; 2.9 Identificação Civil Nacional. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem por finalidade principal estudar a obrigatoriedade do indivíduo de identificar-se durante abordagem policial. Tal situação pode gerar prisão em flagrante, e em determinados casos,

pedido de prisão preventiva por parte da autoridade policial, quando não ocorrer a identificação do cidadão abordado.

Este tema precisa ser analisado sob a ótica da abordagem justificada, àquela amparada legalmente na fundada suspeita ou outra situação legal, como o flagrante delito, cumprimento de mandado de prisão, entre outras.

Nesse contexto serão apresentados os conceitos relacionados à autoridade policial, fundada suspeita e identificação, para que se possa entender o motivo de tal norma e suas consequências jurídicas.

Ainda será exposto o entendimento do não cabimento de arguir defesa constitucional para a não-identificação, baseando-se no direito de permanecer calado, tal situação já com entendimento do Supremo Tribunal Federal.

A rigor, em que pese não haver a necessidade de apresentação de documento por parte do cidadão durante uma abordagem policial, haja vista não haver obrigação para o porte de documentos em situações normais (exigem-se documentos em situações extraordinárias: condução de veículo automotor, porte de armas de fogo, entre outras), serão analisadas as formas de identificação, as quais se tornam bastante simplificadas quando da posse do documento com fotografia.

Por derradeiro, demonstra ser de grande importância o tema (identificação do cidadão), a ponto de termos recente aprovação da Lei de Identificação Civil, que tem por objetivo padronizar as formas de verificação dos dados de qualificação do cidadão.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 LIMITAÇÕES DAS LIBERDADES

O Estado, embasado no texto Constitucional e objetivando a preservação dos direitos da coletividade, limitará algumas liberdades do cidadão em determinadas situações que se adequem a legislação.

“a atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais.” [1]

A execução de cerceamento dessas liberdades caberá aos órgãos do Poder Executivo, se enquadrando como atividade de Administração Pública.[2]

2.2 DIREITO DE IR E VIR

A Constituição Federal de 1.988 prevê em seu artigo 5º, inciso XV que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;” [3], o consagrado “direito de ir e vir”, que assegura, em situações normais, a não interferência do Estado à liberdade de locomoção do indivíduo.

Há de se noticiar, contudo, que o direito de ir, vir ou permanecer no território nacional em tempo de paz não pode ser visto como absoluto, afinal trata-se de uma norma constitucional de eficácia contida - o que possibilita que a própria Constituição, ou a legislação complementar, restrinja sua amplitude, a partir de critérios proporcionais e justificáveis.[4]

Por óbvio, portanto, que a liberdade de ir e vir poderá sofrer restrição por parte do Estado em algumas situações, tais como "a imposição legal de penas privativas de liberdade ou a autorização legislativa conferida à Administração Pública para disciplinar a forma de circulação das pessoas em determinados locais, como ocorre na regulamentação do uso de vias e logradouros públicos." [5]

2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Obviamente que para cercear o direito do cidadão é necessário algum dispositivo legal, pois conforme nossa Carta Magna preconiza em seu Art. 5º, inciso II “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”^[6]

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. ^[7]

Trata-se, portanto de uma garantia com o objetivo de limitar o Estado, atribuindo-lhe apenas poderes disciplinados em legislação. Esse princípio aplica-se ao particular, desobrigando-o de proceder a condutas que não estejam amparadas na lei, mas também dirigindo a ação do agente estatal, de modo a permitir que aja somente se assim dispuser a norma jurídica.

No âmbito das relações particulares, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, conforme estudado.

Já no que tange à administração, esta só poderá fazer o que a lei permitir. Deve andar nos "trilhos da lei", corroborando a máxima do direito inglês: *rule of law, not of men*. Trata-se do princípio da legalidade estrita, que: por seu turno, não é absoluto! Existem algumas restrições, como as medidas provisórias, o estado de defesa e o estado de sítio (...). ^[8]

Salienta-se ainda a importância de outro princípio, com previsão Constitucional e igual descrição no código penal, que dentro desta matéria

é chamado de Princípio da Legalidade (Penal), apresentado em seu art. 1º que diz: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”^[9], com a mesma definição na CF/88, em seu art. 5º, inciso XXXIX.

Observa-se que, além da exigência expressa de lei formal para tipificar crimes e cominar sanções penais, deflui do dispositivo que a lei somente se aplicará, para qualificar como crime, aos atos praticados depois que ela tenha sido publicada. Da mesma forma, a previsão legal abstrata da pena (cominação da pena) deve existir, estar publicada, antes da conduta que será apenada. Trata-se do denominado princípio da anterioridade penal, aplicável aos delitos e às penas. ^[10]

Tal entendimento remete-se a análise dos crimes e contravenções, ditando que para configurar-se o delito, necessário se faz a existência de anterior previsão na norma penal.

2.4 ABORDAGEM POLICIAL

O Código de Processo Penal prevê em seu artigo 244:

Art. 244 - A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. ^[11]

Percebe-se nesse procedimento a necessidade da “fundada suspeita”, termo duramente criticado pelo Professor Aury Lopes Júnior:

Mas, o que é “fundada suspeita”? Uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial. Pouco se tem manifestado a jurisprudência sobre o tema, até mesmo pela dinâmica dos fatos, que não permite uma

pronta intervenção jurisdicional em direito de defesa técnica e pessoal. [12]

No entendimento de Renato Marcão:

Qualquer que seja a hipótese, a dispensa de mandado só restará autorizada diante de fundada suspeita, e não mera intuição ou capricho policial despido da necessária preocupação que se deve ter com a integridade das garantias fundamentais dispostas objetivamente na Carta Política.

Por fundada suspeita entenda-se a **convicção lastreada ao menos em algum elemento indiciário**, mínimo que seja. [13] (grifo nosso)

Baseando-se nesse entendimento, não pode simplesmente o agente público realizar busca pessoal sem o mínimo lastro de possibilidade de prática ilegal. Nesse diapasão o Professor Guilherme de Souza Nucci aduz:

Fundada suspeita: é requisito essencial e indispensável para a realização da busca pessoal, consistente na revista do indivíduo. Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver. Enfim, torna-se impossível e impróprio enumerar todas as possibilidades autorizadoras de uma busca, mas continua sendo curial destacar que a autoridade encarregada da investigação ou seus agentes podem

– e devem – revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime, objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, agindo escrupulosa e fundamentadamente. [14]

Essa busca, desde que justificada, realizar-se-á em vários momentos por meio de abordagem policial. Trata-se este instituto de ato praticado pelos policiais atuando como agentes do Estado, com conceito apresentado em vários manuais que orientam a atuação desses agentes. Apresenta-se para este estudo a definição existente no Caderno Doutrinário nº 1 da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais:

Trata-se de um conjunto de ações policiais ordenadas e qualificadas para que o policial possa se aproximar de pessoas, veículos ou edificações com o intuito de orientar, identificar, advertir, realizar buscas e efetuar detenções. Para tanto, utiliza-se de técnicas, táticas e meios apropriados que irão variar de acordo com as circunstâncias e com a avaliação de risco. [15]

Durante a prática da abordagem realizará o policial a identificação do cidadão com intuito de conferir sua qualificação, verificando a existência de mandado de prisão dentre outras possibilidades.

2.5 OBRIGAÇÃO DE IDENTIFICAÇÃO DO CIDADÃO ABORDADO

A Lei de Contravenções Penais, em seu artigo 68, tipifica como ilegal a conduta da pessoa que nega o fornecimento de informações sobre sua qualificação ao policial, quando justificada tal solicitação:

Art. 68. Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. [16]

Gonçalves e Baltazar Júnior expõem entendimento de que a tipicidade ocorrerá desde que a ação da autoridade seja legítima:

O que se pune é a recusa em se identificar, desde que a autoridade competente (policial, judiciária ou administrativa) tenha previamente solicitado (pedido) ou exigido (determinado). É de se ver que **só existe a contravenção quando a ação da autoridade é legítima**, conforme determina a descrição típica. [17] (grifo nosso)

Enquadra-se em legítima aquela hipótese com previsão legal e adequadas a situação de fiscalização. Por óbvio que a “abordagem de rotina”, ou por outro motivo diverso e infundamentado não será justificável.

Independente do motivo da negativa de prestação de informação, tal conduta praticada pelo cidadão será considerada ilegal:

A consumação independe de qualquer outro resultado. A propósito: “A recusa de dados sobre a própria identidade ou qualificação, por si só, caracteriza a infração contravencional, quando solicitada por autoridade” (Tacrim/SP, Rel. Heitor Prado, RT 683/321); e “O ilícito previsto no art. 68 da LCP se consuma no momento da negativa. Para a imputabilidade basta que a negativa seja voluntária. Não importam os motivos” (Tacrim/SP, Rel. Barbosa Pereira, RT 319/323). [18]

A análise do núcleo do tipo por parte do Professor Guilherme de Souza Nucci demonstra não haver a necessidade de apresentação documental para tal identificação.

Análise do núcleo do tipo: recusar (negar-se a alguma coisa) à autoridade (funcionário público investido de determinado poder) **dados relativos à própria qualificação (elementos individualizadores, como estado civil, profissão, domicílio etc.)**. A conduta típica volta-se ao poder estatal de exigir do cidadão identificação, vale dizer,

saber de quem se trata, para qualquer finalidade (servir como testemunha ou mostrar-se procurado pela polícia). [19] (grifo nosso)

A falta do porte documentos não configura qualquer contravenção ou crime, bastando à informação dos dados justificadamente solicitados para suprir o dever do cidadão pra com a autoridade.

A identificação do cidadão é necessária pra individualizar a pessoa. Independente da forma de prestação da informação é questão de segurança importante para o convívio social:

A identidade humana é fator de segurança jurídica essencial à vida em sociedade. Sua ausência, imprecisão, falsidade ou dissimulação pode repercutir negativamente, notadamente em sede processual penal, quando, exemplificativamente, um inocente pode ser preso em virtude de o verdadeiro autor do delito ter se identificado falsamente. Por conta disso, incumbe ao Estado desenvolver métodos e procedimentos capazes de individualizar e distinguir a pessoa, sem que isso represente violação a direitos fundamentais. [20]

A criminalização da conduta, portanto se justifica, inclusive para preservar aqueles que carregam consigo a inocência de práticas criminosas.

Verificada a prática criminosa, será o cidadão conduzido a repartição policial, para ser lavrado o termo circunstanciado, conforme preconiza a Lei 9.99/95:

Art. 61. Consideram-se **infrações penais de menor potencial ofensivo**, para os efeitos desta Lei, **as contravenções penais** e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Art. 69. A autoridade policial que **tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo**

circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. (grifo nosso) [21]

Identificado o cidadão e lavrado o termo, será o indivíduo liberado sob a prestação dos compromissos legais.

2.6 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Não se deve confundir a identificação, prestação de informações - a qual o cidadão é subordinado durante uma abordagem policial - com a identificação criminal prevista na lei 12.037/2009, que traz em seu art. 5º a definição desta:” A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.” [22]

A identificação civil ocorrerá pela apresentação de documentos de identificação, conforme previsão da lei supramencionada:

Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:

- I – carteira de identidade;
- II – carteira de trabalho;
- III – carteira profissional;
- IV – passaporte;
- V – carteira de identificação funcional;
- VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado. [23]

A identificação civil aqui prevista não se confunde com a prestação de dados, apresentada na lei de Contravenções Penais em seu art. 68, porém a apresentação de dados de qualificação por meio de documentos de identificação se torna bem mais fácil e traz melhor credibilidade sobre o que se está informando.

Aplicando o já estudado princípio da legalidade, entende-se não haver possibilidade de obrigar o cidadão a algo que não possua previsão

legal, portanto o fornecimento de dados não precisa obrigatoriamente ser por intermédio da apresentação de documento de identificação.

2.7 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O parágrafo único do art. 68 traz uma forma qualificada para a conduta:

Parágrafo único. Incorre na pena de prisão simples, de um a seis meses, e multa, se o fato não constitui infração penal mais grave, quem, nas mesmas circunstâncias, faz declarações inverídicas a respeito de sua identidade pessoal, estado, domicílio e residência. [24]

Esta modalidade se aplica aos casos em que não é visada pelo indivíduo uma vantagem, trata-se da simples negativa de fornecimento de informação:

Essa forma qualificada da contravenção se diferencia do crime de falsa identidade do art. 307 do Código Penal, porque, neste, o sujeito visa obter vantagem para si ou para terceiro, enquanto na contravenção a recusa é uma finalidade em si mesma, ou seja, o agente não visa à obtenção de qualquer espécie de vantagem. [25]

Esta prática já foi alvo de análise pelo STF, conforme disposto por Gonçalves e Baltazar Júnior em sua obra:

Pacificou-se no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que comete o crime de falsa identidade o agente que, ao ser preso em flagrante, mente sua qualificação para esconder seu passado criminoso e evitar o cumprimento de anteriores mandados de prisão contra ele expedidos por outros delitos ou a fim de se passar por primário e conseguir mais facilmente a liberdade em relação ao crime pelo qual foi flagrado: “Constitucional. Penal. Crime de falsa identidade. Artigo 307 do Código Penal.

Atribuição de falsa identidade perante autoridade policial. Alegação de autodefesa. Artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição. Matéria com repercussão geral. Confirmação da jurisprudência da corte no sentido da impossibilidade. Tipicidade da conduta configurada. O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes” (RE 640.139/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/09/2011, DJE 198, 14/10/2011, p. 668-674). [26]

Em seu voto o ministro Dias Toffili deixa claro o entendimento do Tribunal, no sentido de não entender possível a aplicação do art. 5º inciso LXIII da CF/88: “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.” [27]

Desta forma, calar-se o cidadão com o fim ou não de obter vantagem, durante justificada solicitação de informação de qualificação pessoal realizada pela autoridade policial, não encontra amparo constitucional, constituindo crime ou contravenção, conforme o caso.

2.8 PRISÃO PREVENTIVA

O Código de Processo Penal em seu Art. 313, parágrafo único reitera a necessidade de prestação de informação de qualificação pelo indivíduo:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

Parágrafo único. 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. [28]

Analisando tal dispositivo, Norberto Avena expõe entendimento pela constitucionalidade de tal prática, citando inclusive os dispositivos já estudados neste trabalho:

Finalmente, deve-se atentar que, de acordo com a segunda parte do art. 313, parágrafo único, do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada quando o indivíduo não fornecer elementos suficientes para o esclarecimento das dúvidas existentes sobre a sua identidade. Neste contexto, poder-se-ia questionar a constitucionalidade desta previsão tendo em vista o princípio *nemo tenetur se detegere*, significando que o acusado não pode ser constrangido a produzir provas contra si. Nada há, porém, de inconstitucional na disposição. O direito ao silêncio, corolário do privilégio *nemo tenetur se detegere*, é aquele que se relaciona com a prestação de informações que podem incriminar o agente ou agravar a sua condição jurídica, não se relacionando ao fornecimento de dados relativos à própria qualificação (no que se inclui sua identificação). Tanto é que o art. 68 da Lei das Contravenções Penais tipifica a conduta de recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente, solicitados ou exigidos dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência. Portanto, está o agente obrigado a fornecer os dados relativos à sua qualificação. Não o fazendo, incide na contravenção referida – isto se o fato não constituir delito mais grave, v.g., o fornecimento de nome errado, o que acarretaria a tipificação na conduta de falsa identidade prevista no art. 307 do Código Penal e, se houver apresentação de documento falso, também o

delito previsto no art. 304 do mesmo diploma, condutas estas que não podem ser consideradas formas de autodefesa, como querem alguns. [29]

Para Nestor Távora e Rosmar Alencar Rodrigues, a medida prevista no Art. 313, parágrafo único, será excepcional, pois no caso de não identificação civil do indivíduo aplica-se a já estudada identificação criminal:

(...) quando exista dúvida sobre a identidade civil da pessoa, e o agente não fornece elementos suficientes para esclarecê-la: ora, a ausência de identificação civil idônea, e a insistência na omissão de elementos que possam esclarecê-la, autoriza, com amparo no art. 3º da Lei nº 12.037/09 (que revogou a Lei nº 10.054/2000), a sua identificação criminal, incluindo o

processo datiloscópico e fotográfico, não sendo caso, a nosso sentir, de prisão. [30]

E finalizam, entendendo como excepcional a aplicação da prisão preventiva nesses casos:

Esta hipótese de decretação, da forma como colocada, só incidirá em situação excepcional, tal como se pode imaginar pela recusa do indiciado em se submeter, inclusive, à identificação criminal, gerando risco à garantia da aplicação da lei penal ou a própria instrução. [31]

Para Fernando Capez, aplica-se o disposto na lei de identificação criminal quando não puder ser o cidadão civilmente identificado:

(...) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa; ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la: pouco importa a natureza do crime ou a quantidade da pena. A Lei n. 12.037/2009 prevê as situações em que, embora apresentado o documento de identificação, a identificação criminal é autorizada e deve servir de

parâmetro para configuração da presente hipótese. A nova redação não fala mais em réu ou indiciado vadio. Feita a identificação, o sujeito deverá ser colocado imediatamente em liberdade. [32]

Desta forma entende-se que será o indivíduo conduzido a repartição policial, após sua identificação, será liberado.

2.9 IDENTIFICAÇÃO CIVIL NACIONAL

Com o objetivo de sanar as dificuldades em identificar o cidadão em suas relações sociais, criou-se em maio de 2017 a Lei 13.444, que dispõe sobre a identificação civil nacional:

Art. 1º É criada a Identificação Civil Nacional (ICN), com o objetivo de identificar o brasileiro em suas relações com a sociedade e com os órgãos e entidades governamentais e privados. [33]

Esta legislação vem para apresentar um padrão de registro para as pessoas, fazendo com que fique facilitada a prática de identificar o cidadão independente de sua origem (ente federativo), pois trará um cadastro único:

Art. 9º O número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) será incorporado, de forma gratuita, aos documentos de identidade civil da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Art. 10. O documento emitido por entidade de classe somente será validado se atender aos requisitos de biometria e de fotografia estabelecidos para o DNI. [34]

Obviamente para sua total aplicação, far-se-á necessário um longo prazo, que quando superado, possivelmente excluirá a conduta do art. 68 da Lei de Contravenções Penais, em virtude de possibilitar a identificação do cidadão pelo sistema biométrico.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, nota-se claramente que trata-se de obrigação do cidadão identificar-se ao agente policial, desde que lhe seja solicitada a prestação de dados de forma justificada.

Em primeiro lugar, deve-se embasar tal solicitação na fundada suspeita, que apesar de tema polêmico, não se confunde com a “abordagem de rotina” ou o bel-prazer do agente policial.

Em segundo, não se verifica em nenhum momento no estudo, a necessidade de apresentação de documento em situações normais, servido para saciar a necessidade estatal de informações, a simples comunicação dos dados solicitados, de maneira verbal, por parte do cidadão.

A condução do indivíduo a repartição policial será possível, porém, conforme entendimento das legislações em vigor em nosso país, será confeccionado o termo circunstanciado, e identificado o cidadão este será liberado.

No caso de não ser possível a identificação solicitar-se-á prisão preventiva, cessada a incógnita a respeito da qualificação, será o cidadão posto em liberdade.

Sem dúvida a legislação de identificação civil nacional trata-se de grande avanço em nosso país, facilitando a atuação do Estado nesses casos. Uma vez operacionalizada, a norma afastará a necessidade de aplicação do artigo 68 da Lei de Contravenções Penais, além da medida de prisão preventiva estudada nesse trabalho, facilitando esta prática importante para a manutenção do pacífico convívio social.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 17.

_____. **Código de Processo Penal**, Decreto nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941, Brasília, DF, Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 28 set. 2017.

_____. **Código Penal**, Decreto nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940, Brasília, DF, Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 28 set. 2017.

_____. **Lei 13.444**, de 11 de Maio de 2017, Brasília, DF, Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 30 set. 2017.

_____. **Lei de Contravenções Penais**, Decreto nº 3.688 de 3 de Outubro de 1941, Brasília, DF, Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 28 set. 2017.

_____. **Lei dos juizados especiais cíveis e criminais**, Lei nº 9.099 de 26 de Setembro de 1995, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em 05 nov. 2017.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal comentado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LAGE, Ary. **Conflito aparente de atribuições entre autoridades policiais das polícias militares e polícias civis na repressão imediata**. 2004. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br>. Acesso em 28 set. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. **Código de processual penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MINAS GERAIS, Polícia Militar de. Prática policial básica. **Caderno Doutrinário 1** - intervenção policial, verbalização e uso da força. Belo Horizonte: Academia da Polícia Militar, 2010.

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

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar em tempo de paz**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 91 ed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas – vol I**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOTAS:

[1] **Curso di diritto amministrativo**. Bolonha: Il Molino, 1950, v. 5, p. 17. **apud** LAGE, Ary. **Conflito aparente de atribuições entre autoridades policiais das polícias militares e polícias civis na repressão imediata**: 2004. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1843/Conflito-aparente-de->

atribuicoes-entre-autoridades-policiais-das-policias-militares-e-policias-civis-na-repressao-imediata.

[2] NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar em tempo de paz**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 212.

[3] BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 17.

[4] MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 248.

[5] NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 91 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 530.

[6] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 17.

[7] MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 51.

[8] LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1181.

[9] BRASIL. **Código penal**, Decreto nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 28 set. 2017.

[10] PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 165.

[11] BRASIL. **Código de Processo Penal**, Decreto nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 28 set. 2017.

[12] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 431.

[13] MARCÃO, Renato. **Código de processual penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 746.

[14] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 484.

[15] MINAS GERAIS, Polícia Militar de. **Prática policial básica. Caderno Doutrinário 1 - intervenção policial, verbalização e uso da força**. Belo Horizonte: Academia da Polícia Militar, 2010. p. 48.

[16] BRASIL. **Lei de Contravenções Penais**, Decreto nº 3.688 de 3 de Outubro de 1941, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm> Acesso em 28 set. 2017.

[17] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Legislação penal especial esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 246.

[18] Op. cit. p. 247.

[19] NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas – vol I**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 209.

[20] LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 117

[21] BRASIL. **Lei dos juizados especiais cíveis e criminais**, Lei nº 9.099 de 26 de Setembro de 1995, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em 05 nov. 2017.

[22] BRASIL. **Lei 12.037** de 1º de Outubro de 2009, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm> Acesso em 29 set. 2017.

[23] Op. cit.

[24] BRASIL. **Lei de Contravenções Penais**, Decreto nº 3.688 de 3 de Outubro de 1941, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm> Acesso em 28 set. 2017.

[25] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Legislação penal especial esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 247.

[26] Op. cit.

[27] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 set. 17.

[28] BRASIL. **Código de Processo Penal**, Decreto nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 28 set. 2017.

[29] AVENA, Norberto. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 679.

[30] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1259.

[31] Op. cit.

[32] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal comentado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 242.

[33] BRASIL. **Lei 13.444**, de 11 de Maio de 2017, Brasília, DF, Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13444.htm> Acesso em 30 set. 2017.

[34] Op. cit.

LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DENTRO DO DIREITO

HUGO MONTURIL COSTA: Bacharelando do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

LEONARDO NAVARRO(Orientador)[\[1\]](#)

RESUMO: O estudo em tela busca analisar a possibilidade da legalização das drogas, enfocando a análise econômica de tal medida. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, feita por intermédio do método dedutivo. Historicamente tem se adotado uma política de proibição de algumas drogas que, a pretexto de proteger saúde pública, tem gerado uma guerra civil. Há inclusive gastos imensos com o sistema penitenciário, de modo que o encarceramento traz mais prejuízos ao poder público que soluções. Por outro enfoque, o Estado pode “lucrar” com o comércio de drogas, em especial à maconha, por intermédio dos impostos arrecadados. O tema abordado tem sido objeto de várias discussões, pois é verificado como um grande problema na sociedade, não sabendo se com descriminalização das substâncias ilícitas, possa melhorar ou dificultar o controle estatal em viabilizar políticas públicas melhores a respeito, em consonância a provável e consequente mudança no meio social.

Palavras-Chave: Drogas. Legalização. Economia.

ABSTRACT: The study on screen seeks to analyze the possibility of drugs legalization, focusing on the economic analysis of such measure. It is a bibliographical research, done through the deductive method. Historically a policy of prohibiting some drugs has been adopted that, under the pretext of protecting public health, has generated a civil war. There is also immense spending on the penitentiary system, so that incarceration brings more damage to public power than solutions. By another approach, the state can "profit" from the drug trade, especially marijuana, through taxes collected. The issue addressed has been the subject of several discussions, as it is seen as a major problem in society, not knowing whether, with decriminalization of illicit substances, it can improve or hinder state control

in making public policies better in respect of it, in line with the probable and consequent change in the social environment.

Keywords: Drugs. Legalization. Economic.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui a seguinte temática: Legalização das drogas: uma análise econômica dentro do Direito. Com isso, o objetivo do estudo consiste em explanar acerca da descriminalização do uso e do comércio de maconha no Brasil. Para necessário abordar a temática inerente à criminalização das substâncias ilícitas (Lei nº11.343/06)

Frisa-se que a despeito da proibição do comércio das drogas, existem outras substâncias legalmente permitidas que são extremamente prejudiciais à saúde, podendo ser, inclusive, mais maléficas que as drogas ilícitas. A exemplo, cita-se o álcool, que causa inúmeras mortes diariamente, inclusive no trânsito.

No âmbito da saúde, pode-se explicitar que algumas drogas podem ser importantes no tratamento do paciente, incluindo os terminais, como as substâncias relacionadas à maconha, considerando os efeitos terapêuticos.

O Direito Penal não pode ser empregado como objeto de pacificação social, quando tal ramo da ciência jurídica não se mostra como a última razão, sob pena violação de garantias fundamentais e do princípio constitucional da intervenção mínima. De igual forma, caso o país legalizasse a maconha, e após outras drogas, poderia haver ganhos com a arrecadação de impostos, bem como diminuição de custos com o encarceramento. Ante o exposto, surge a seguinte problemática: a legalização da maconha pode trazer benefícios no âmbito da análise econômica do Direito?

Supõe-se que distante do mercado formal, essas pessoas são atraídas pelo mercado ilícito e, sozinhos, pagam a conta dos inúmeros crimes relacionados a tráfico. Por outro lado, a quantidade de vidas perdidas que são atribuídas ao tráfico de substâncias ilícitas e o dispêndio

financeiro com a política de repressão e combate, revela que o sistema penal não tem se mostrado eficiente para resolver o problema.

2 A POLÍTICA SOBRE DROGAS NO BRASIL

No Brasil, as políticas públicas sobre drogas ganharam um enfoque desde a ditadura militar, passando por uma nova roupagem com a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe em seu bojo o reforço ao paradigma proibicionista, marcado pelo momento de equiparação do tráfico de drogas à categoria de crime hediondo, chegando a vigência da Lei nº 11.343/2006, que separou a tipicidade do usuário e do traficante, entretanto aumentando o cerco ao “inimigo público”(leia-se, o traficante de drogas) o que viria a acarretar, uma década depois, consequências significativas ao sistema penitenciário.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NORMATIVA SOBRE DROGAS NO BRASIL

A regulamentação e a proibição do uso de algumas substâncias psicoativas no Brasil em termos históricos é bem recente, haja vista que teve propulsão no século XX, na esteira de políticas proibicionistas norte-americanas, que, como já visto neste trabalho, foram modelos seguidos no cenário internacional. Com isso, a imprensa nacional começa a difusão de ideias de combate ao "risco" do uso recreativo e descontrolado de drogas. Nessa quadra, surgem leis proibindo seu uso e comércio e políticas públicas proibicionistas com o amparo de estudos psiquiátricos e de direito criminal (ROSA, 2014).

O início da relação dos brasileiros com as drogas entendidas hoje como ilícitas, se deu pela Coroa portuguesa no século XVIII, que fora responsável pelo incentivo do cultivo da maconha (droga ilícita mais popular no país). Todavia, com o passar do tempo, o uso sem finalidades medicinais se disseminou entre os negros escravos e os índios. Era feito o uso pelas camadas mais pobres, o que não era motivo de preocupação da Coroa.

Na segunda metade do século XIX, apesar do começo do reconhecimento do seu caráter hedonístico, também foi reconhecido seu valor medicinal. E, na década de 1930, a maconha ainda era mencionada em literaturas médicas e era prevista entre os produtos farmacêuticos (RODRIGUES, 2013).

Entretanto foi nesse mesmo período que houve início à sua repressão no País. Essa maior repressão se deu provavelmente por causa da postura tomada por Pernambuco Filho que, como delegado do Brasil na II Conferência Internacional do Ópio, realizada em 1924, em Genebra, pediu a inclusão da maconha nas discussões para proibição juntamente com a proibição do ópio e coca.

Já o período bélico surge com o golpe militar de 1964, em que a doutrina da segurança nacional pregava que as drogas seriam usadas por nações comunistas para “envenenar” a juventude ocidental e o seu enfrentamento seria feito por meio de “dispositivos bélicos”.

Apenas em meados dos anos 2000, entrou em vigor no Brasil uma nova lei que dispunha sobre as drogas ilícitas, a Lei nº 11.343/2006. Norma que veio substituir a Lei 6.368, de 1976, e a Lei 10.409, de 2002^[2], as últimas legislações brasileiras que versavam sobre drogas antes do advento da “nova” Lei de drogas.

Com o pequeno avanço histórico, a atual Lei de Drogas tem caráter interdisciplinar, tanto que a ementa da Lei e seu artigo 1º demonstram o caráter de prevenção ao uso e de repressão ao tráfico, e, no campo do direito penal, a legislação buscou dar tratamento jurídico diferenciado entre usuário e traficante com penas diferenciadas entre ambos e também alteração de enfoque social sobre as drogas (RODRIGUES, 2013).

Com isso, a Lei mudou o tom acerca do tratamento, pois reconheceu que o tratamento é medida especial e não deve ser aplicado indistintamente a todos os usuários, haja vista que nem todos são dependentes. Deve ser feito tratamento somente se houver vontade e colaboração do usuário.

No contexto desta nova norma, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não houve com a legislação sobre drogas a descriminalização do “usuário”, conforme se verifica da ementa do RE 430105 RJ.

Atualmente, a discussão no Supremo Tribunal Federal está avançando com análise da descriminalização ou não da maconha para uso próprio por meio da repercussão geral do Recurso Extraordinário n. 635.659. Salienta-se que o julgamento ainda não foi concluído, mas o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso demonstra com muita propriedade as vantagens da descriminalização da maconha para uso próprio. A par disso, usar-se-á como paradigma para a exposição do tema o seu voto.

Esse panorama veio mudando porque o intervencionismo estatal de punir quem se coloca em perigo ao usar drogas, tabaco, álcool, maus hábitos alimentares, esportes perigosos não constituem interesse legítimo do direito penal, “[...] pois a finalidade deste é unicamente impedir que alguém seja lesionado contra a sua própria vontade, sendo discutível, neste contexto, o paternalismo estatal, ou seja, a proteção dos indivíduos contra si próprio” (ROSA, 2014).

Nesse contexto, constata-se que há no Brasil uma política de combate às drogas equivocada, pois se realça o poder formal, qual seja de polícia, judiciário, MP e relega as instâncias informais, que são as mais importantes, sendo elas a família, educação, comunidade etc. (ROSA, 2014).

Rosa (2014, s.p.) informa que, “no Brasil deve ser adotado um modelo alternativo ‘que combine redução de danos, a tributação, o controle da venda e publicidade desses produtos, a exemplo do que tem sido feito como tabaco”.

2.2 A LEI Nº 11.343/2006

A Lei nº 11.343/2006 trouxe uma inovação e diferenciou o tráfico do uso. Tal norma determina que o uso pessoal não mais seria punido com prisão (mas ainda sim a conduta é punível). Entretanto, o rigor com a

conduta do tráfico ficou exposta com o aumentando da pena para o tipo. A repressão fora fortalecida.

Com isso, a Lei mudou o tom, inclusive, em relação ao tratamento do usuário, pois reconheceu que tal proposta é medida especial e não deve ser aplicado indistintamente a todos os que fazem uso de drogas ilícitas, haja vista que nem todos são dependentes. Deve ser realizado o tratamento somente se houver vontade e colaboração do usuário (CARVALHO, 2016).

Entretanto, mesmo presente uma perspectiva progressista, frisa-se que hoje, o governo brasileiro ainda segue a vertente do proibicionismo que se alinha à política de guerra às drogas seguindo a tradição de subserviência à política norte-americana que diz respeito ao assunto, colocando como ponto fundamental o combate ao narcotráfico. (ÁVILA; GUILHERME, 2016).

Como preconiza Karam (2014) A Lei nº 11.343/2006 se trata de uma legislação nova apenas no tempo, pois não traz qualquer alteração substancial às leis por ela revogadas, dessa forma, suas novas ou repetidas regras seguem as diretrizes dadas pelas proibicionistas convenções internacionais de que o Brasil é signatário.

Ainda segundo Karam (2014) Lei nº 11.343/06 é uma norma que reproduz os dispositivos criminalizadores das convenções da ONU, que assim, conformam a globalizada intervenção do sistema penitenciário sobre produtores, distribuidores e consumidores das selecionadas substâncias psicoativas e também das matérias-primas para sua produção, que, em razão da proibição, são qualificadas de drogas ilícitas.

Ávila e Guilherme (2016) entendem que na atual legislação sobre drogas há também a criminalização do usuário, entretanto este é desencarcerizado, mas passivo de cumprir penas para que se “regenere”.

Na visão de Karam (2014) a previsão de penas não privativas de liberdade em relação a posse para o uso pessoal não seria uma descriminalização, uma vez que a ameaça da pena é que caracteriza a

criminalização. Dessa maneira, a autora nos elucida que as penas trazidas pela Constituição Federal, não são apenas as privativas da liberdade, mas também as restritivas da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa, as suspensões ou interdições de direitos. Conforme o autor, a manutenção da criminalização da posse para uso pessoal, ainda presente na Lei nº 11.343/06 configura resquícios de violações ao princípio da lesividade e às normas que asseguram a liberdade individual e o respeito à vida privada, que estão ligadas ao próprio princípio da legalidade. Por conseqüências, o Estado de direito democrático tem oprimido assim a liberdade individual, tipificando proibições e diminuindo a garantia do livre exercício de direitos de terceiros.

Ainda nas palavras de Karam (2014), a Lei nº 11.343/06 não trouxe nenhum avanço em relação ao consumo. A simples posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, ou seu consumo, visto que essa conduta não envolve perigo concreto, direto e imediato para terceiros, se tratam de condutas que não afetam nenhum bem jurídico de outrem. Ainda conforme a autora supracitada, em uma democracia, o Estado não está autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, sendo assim, este não pode impor qualquer espécie de pena em relação a esta conduta.

A legislação brasileira referente ao tema só mostra o quão cruel tem sido o combate ao tráfico de drogas tornadas ilícitas. Ávila e Guilherme (2016) afirmam que esta norma estabelecadora das regras da política antidrogas em vigor no Brasil traz uma listagem de dezenas de verbos caracterizadores da atividade de tráfico, cabendo ao policial e posteriormente ao juiz decidir em qual deles o indivíduo se encaixa.

De acordo com o artigo 33 da Lei nº 11.343/2006:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1.º. Nas mesmas penas incorre quem: I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II – semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2.º. Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga.

§ 3.º. Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Nesse contexto, segundo Karam (2014), na revogada Lei 6.368/76, a pena mínima para os tipos básicos de crimes identificados ao tráfico era de três anos de reclusão, já a Lei nº 11.343/06 aumenta essa pena mínima

para cinco anos de reclusão, desde logo revelando o rigor penal voltado contra os produtores e distribuidores das substâncias proibidas.

O que ajuda na manutenção desse fenômeno, conforme o pensamento de Karam (2014) é a criminalização antecipada presente nos crimes relacionados ao tráfico de drogas. Segundo a autora supracitada, essa antecipação se revela no abandono das fronteiras entre consumação e tentativa, com a tipificação autônoma da posse, do transporte ou da expedição das substâncias proibidas. Dessa maneira, o que se observa, segundo a visão de Karam (2014), é que o fato de possuir, transportar ou expedir são condutas que constituam um começo da execução da venda ou de qualquer outra forma de fornecimento, e não deveriam caracterizar propriamente o tráfico.

Conforme Mantovani e Costa (2016, p. 202), “[...] Sobre estas parcelas da população, o Estado faz recair com evidente peso a mão punitiva quando seleciona condutas que podem ser praticadas em outros estratos sociais sem, contudo, reclamarem a mesma atenção”.

Destarte a teoria do *labelling approach* fica explícita quanto a política de criminalização das drogas, no sentido de que segundo a referida teoria são preferencialmente rotulados como criminosos, e visados pelo sistema penitenciário, os membros dos estratos sociais mais baixos. (ÁVILA; GUILHERME, 2016).

Neste sentido, se dá o processo de criminalização de certas condutas que o Estado preconiza como intolerantes, e os mais pobres são os alvos direto dessas normas reguladoras formuladas por etapas bem delimitadas, sendo elas a criminalização primária e secundária.

Já a criminalização secundária se dá pela constatação do critério de investigação e aplicação da Lei penal pelos órgãos oficiais e até pela imprensa. Não raras vezes, é unânime que os condenados são sempre os mais pobres, analfabetos, desempregados e etc. (SELL, 2007)

Ainda nas palavras de Sell (2007), se percebe que os órgãos oficiais são responsáveis pelo controle social, e estes partem do pressuposto que os mais pobres são serão sempre os suspeitos.

3 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA

A Criminologia Crítica surge em contraposição à criminologia liberal de caráter positivista. Assim, ela usa o termo desvio como sinônimo de ilícito penal, sinalizando que a criminologia liberal “etiqueta” determinados comportamentos, indivíduos, grupos de pessoas, por suas origens, etnias, posição social ou crenças, atribuindo a eles a pecha de criminosos para “desvios” bem específicos. Desvios estes que teriam o intuito de estigmatizá-los e tirar o foco de “desvios” cometidos por categorias de pessoas que ficaram, na prática, imunes ao direito penal.

A teoria do Labelling aproche é centrada não no crime ou no criminoso, mas nos processos de criminalização, ou seja, os critérios utilizados pelo sistema penitenciário no exercício do controle social para estabelecer algo como crime, por intermédio de um etiquetamento de conduta.

Os grupos sociais criam os desvios ao fazerem as regras, cuja infração constitui o desvio, pois ao aplicarem tais regras a pessoas em particular, é que são rotuladas como outsiders. Sendo assim, a adesivação não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas sim a consequência da aplicação por terceiros das regras e sanções contra o ofensor. Ex: um país onde a bigamia não é crime, um homem poderá casar-se com mais de uma mulher.

Porém, se nesse país a bigamia se tornasse crime, estes se tornariam desviantes.

É a partir da teoria de Labelling Approach que o questionamento tradicional feito pelos criminólogos passa a mudar. A indagação passa a ser, por que é que algumas pessoas são tratadas como criminosas quais as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade? E não mais se indaga o porquê que o criminoso cometeu os crimes. Becker

constatou que a classe média que já conseguiram certos padrões mínimos de bem-estar e conforto teria muito a perder com o crime. Enquanto as pessoas de classe baixa não tem necessidade de manter uma aparência, agindo por impulso.

Esses desvios podem ser considerados como primários e secundários, sendo o desvio primário a primeira ação delitiva do sujeito a qual pode ter como finalidade resolver alguma necessidade, seja ela econômica ou para acomodar sua conduta as expectativas de um determinado grupo. O desvio secundário é a repetição dos atos delitivos, especialmente a partir da associação forçada do indivíduo com outros sujeitos delinquentes.

Podemos observar que apenas uma pequena parcela dos delitos serão investigados, pois, existem milhares de condutas presumidamente delituosas das elites brasileiras não investigadas, por falta de vontade das autoridades brasileira, como também, não é incomum haver processos de criminalização sem que haja certeza acerca da autoria da conduta, em razão de investigações apressadas, e processos mal conduzidos. Assim, se observa que o sistema penitenciário é seletivo, pois funciona segundo o estereótipo do criminoso.

Esse “etiquetamento” ocorreria mediante uma seleção em que alguns bens protegidos (geralmente patrimônio) e a proteção a eles em que a violação das leis penais que as protegem gerariam a persecução penal; além disso, a criminalidade seria um “bem negativo”, em que haveria desigualdade de sua distribuição nos estamentos sociais e de acordo com interesses específicos em relação a eles.

Conforme o exposto, Carvalho (2016) observam que existe uma falácia por parte do direito penal, uma vez que não cumpre sua função de proteger bens jurídicos quando se trata da política de guerra às drogas. Não se tratando de bens jurídicos simbólicos a proteção à saúde pública e à ordem social, dada a vagueidade que carregam, mas sim a manutenção de um status quo, que serve de instrumento para as classes dominantes fazerem um controle social de forma eficaz.

O Direito Penal possui um princípio basilar chamado Princípio da Intervenção Mínima. Desta maneira, de acordo com o princípio supracitado o direito penal somente deve atuar e interferir em situações realmente graves e especiais.

Segundo Karam (2014), o que acontece enquanto políticas de drogas se trata da criação de crimes sem vítimas, pois segundo o pensamento da autora a criminalização de qualquer conduta há de estar sempre referida a uma ofensa relevante a um bem jurídico alheio, ou ainda segundo seu posicionamento, à exposição deste a um perigo de lesão concreto, direto e iminente.

Segundo essa linha de pensamento de Bayer, Locatelli e Tasca (2016) entendem que condutas que não envolvem um risco concreto, direto e imediato para terceiros como a posse de drogas para o uso pessoal ou até mesmo quando o responsável pela conduta age de acordo com o titular do bem jurídico no exemplo da venda de drogas para um adulto que quer comprá-las, a intervenção do sistema penitenciário se mostra arbitrária.

Conforme Prudente (2016), se o objetivo da proibição das drogas elencadas como ilícitas é proteger a saúde pública, a legalidade da produção e comercialização do álcool e cigarro se tornam contraditórias e inconcebíveis.

Ainda nas palavras de Prudente (2016), as drogas que atualmente são legalizadas em nosso país fazem tanto ou mais mal à saúde quanto as drogas consideradas ilícitas. Conforme o autor supracitado, a *cannabis* (maconha), é um exemplo de drogas possuidoras de fins medicinais, trazendo benefícios na prevenção e tratamento de diversas doenças, como a artrite grave, câncer, HIV, esclerose múltipla e etc.

Prudente (2016) ainda nos elucida sobre as consequências do uso das drogas consideradas ilícitas. Segundo ele, as drogas liberadas como o álcool e o tabaco causam mais danos à saúde e dependência que as drogas consideradas ilícitas.

Igualmente, a repressão não desestimula o tráfico, no pensamento de Bayer, Locatelli e Tasca (2016) se tratando da segurança pública, não são os índices que determinam a política, mas a política que determina os índices. Ainda segundo os autores supracitados, como o tráfico de drogas é extremamente lucrativo. Sendo assim, os responsáveis por esse comércio partem para o conflito armado. Nessa perspectiva, visando por fim na violência entre os traficantes pelo controle do mercado, os policiais valem-se do uso de toda força disponível contra esses “inimigos”. Nos mostrando uma realidade onde se matam e morrem tantos policiais, quanto inimigos, quanto inocentes. (BAYER; LOCATELLI; TASCA, 2016).

No mesmo sentido, Moraes (2014) traz que:

[...]As políticas públicas mais centradas na repressão jurídico-criminal ao uso e comércio de drogas pressupõe que com esse procedimento seria possível constranger, possíveis usuários, usuários efetivos e comerciantes de drogas. Tanto pelo temor ao hiperencarceramento quanto pela possível restrição do acesso à droga, o Poder Público seria capaz de controlar o fenômeno. Essa assertiva, entretanto, já se provou ineficaz. (MORAES, 2005, P.83)

Burgierman (2011) caracteriza a conduta das forças policiais de uma verdadeira ação onde se enxuga gelo, visto que enquanto essas se esforçam prendendo traficantes cotidianamente, cerca de 99% dos homicídios ficam sem a devida investigação. O autor supracitado ainda versa que a política Brasileira de tolerância zero contra as drogas se trata de uma política de tolerância total com o crime.

É perceptivo que a guerra contra às drogas no Brasil, provinda de um proibicionismo beligerante, em vez de tratar o problema com eficácia, só aumentaram as mazelas sociais, e o cenário se tornou sombrio. Não obstante, as mortes causadas por essa guerra são inevitáveis. Se percebe, que o extermínio decorrente do proibicionismo beligerante alcançou níveis que superam os registros de guerras externas (MACHADO,2016).

Conforme Machado (2016), a política brasileira em relação às substâncias psicoativas acabou por reverberar em disputas entre facções pelo mercado ilegal, bem como operações policiais de combate, resultando assim em mortes. Destarte, os mortos de ambos os lados, policiais ou não, são geralmente os excluídos socialmente pelo poder econômico.

O ponto de vista dogmático-penal da problemática questão envolvendo a proteção do bem jurídico “saúde pública” em relação aos crimes relacionados ao tráfico de drogas acaba por demonstrar categorias arquetípicas de autor: o traficante e o usuário (SILVA, 2016).

Ainda nas palavras de Silva (2016), o que se percebe é a distinção fundamental que conduzirá o indivíduo a consequências radicalmente distintas (pena privativa de liberdade de 5 a 15 anos em abstrato ou responsabilização não-carcerária).

Nesse contexto, a atual repressão legal brasileira é sim uma norma de caráter severo, de forma que segundo Carvalho (2016) nos elucidam que ao invés da Lei nº 11.343/2006 unir a política criminal aos ditames proclamados pela Constituição de 1988, que estabeleceu laços de respeito aos princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da vida privada, à liberdade, à igualdade e etc.

O que se mostrou foi o abuso ao limite de sua atuação, autorizando o direito penal do autor, onde a punição vai de acordo com as circunstâncias pessoais e subjetivas, que desta maneira, levam ao hiperencarceramento de milhares de indivíduos considerados inimigo. (MACHADO; CARVALHO, 2016).

Baratta (2002) exemplifica que o alarme social e o medo da criminalidade estão relacionados sobretudo ao estereótipo criminoso vindos do senso comum fortemente difundidos pelos meios de comunicação de massa. O que torna a criminalidade socialmente construída através de processos de comunicação social e mecanismo seletivos das reações sociais e oficiais.

Destarte, a desvinculação de regras criminalizadoras da afetação de direitos individuais concretos diluiu o indivíduo em uma abstrata coletividade, causando o fenômeno da despersonalização que conduz o sujeito ao anônimo papel de instrumento a serviço de fins, que, sem referência individualizada, tais regras criminalizadoras sacrificam a liberdade e alimentam o totalitarismo (KARAM, 2014).

Constatamos que os males da criminalização são piores que os causados pela droga em nossa sociedade, visto que a criminalização da droga gera a marginalização do usuário. Friedman (2010) leciona que com a política proibicionista, os usuários de drogas estão mais próximos de criminosos para adquirir os entorpecentes, sendo assim muitos se tornam criminosos para financiar seus hábitos. Portanto o mal causado aos não usuários de drogas pelo vício dos outros se deve ao fato de que as drogas são ilegais.

O autor Friedman no final da década de 80 comenta sobre a repressão excessiva do Estado, numa sociedade decadente, decadência essa que persiste até o hoje. Onde a corrupção se destaca, junto com o crime organizado, estatísticas de usuários de droga e vítimas inocentes.

Os gastos no combate direto as drogas são exorbitantes, de acordo com a ONDCP, as despesas ao combate as drogas nos EUA foram estimadas em US\$180,9 bilhões em 2002. Acarretando no aumento superior a 50% nos últimos dez anos, visto que, em 1992, a estimativa era de US\$107,5 bilhão (MACHADO; CARVALHO, 2016).

Em resumo o artigo de Suren Basov, Mireille Jacobson & Jeffrey A. Miron dispõe que em 25 anos de combate as drogas o empenho na repressão e proibição das drogas, aumentou paralelamente com a produção e consumo.

Chitolina (2012) expõe evidências e políticas públicas”, os custos econômicos arcados pela sociedade britânica na “guerra”:

“Godfrey et al (2006) apud TDPF (2009) estima os custos econômicos e sociais do uso de drogas da classe A13 em cerca de £15,4 bilhões, na

Inglaterra e País de Gales, no período 2003/2004. A heroína e o crack respondem por 99% dos custos totais; e £13,9 bilhões, ou 90% dos custos totais são devido aos crimes relacionados às drogas” (KARAM, 2014) .

O Brasil tem a população carcerária de 500 mil presos, sendo a 4ª maior do mundo, e tendo um déficit de quase 200 mil vagas. Segundo levantamento realizado pela Pastoral Carcerária maior parte dos presos são usuários de drogas. Estimando-se que a maioria da população carcerária tenha envolvimento com o tráfico de drogas.

Apesar de toda repressão disseminada pela política proibicionista o uso de drogas nunca atingiu números tão expressivos como atualmente. Nos EUA mais de 40% das pessoas com mais de 12 anos já experimentaram maconha – 10,4% no último ano, 6% no último mês (Department of Health and Human Services, 2005). Na Holanda, onde a venda em coffeeshops é legalizada e regulada pelo estado esse número é de 22,6%, sendo que apenas 5,4% afirmaram terem consumido a substância no último ano (MACHADO; CARVALHO, 2016).

O usuário de drogas responderia não mais ao valor do produto, mas unicamente a uma necessidade incontrolável de consumo. Apesar de posicionamentos diferentes, o que parece lógico, visto que os efeitos variam de acordo com o organismo (BAYER; LOCATELLI; TASCA, 2016).

A disposição da oferta e da demanda fornece a base para uma discussão sobre a teoria econômica do comportamento criminoso, o que pressupõe que as pessoas fazem o que podem para maximizar a satisfação pessoal. Esta visão contrasta com as teorias fisiológicas, psicológicas e sociológicas das causas do crime. A abordagem econômica prevê que a punição tem um efeito de dissuasão, que o crime é rentável, e que as condições econômicas são uma principal determinante dos níveis de criminalidade.

Tráfico de drogas é um negócio muito rentável, apesar da intensa repressão do Estado, traficantes passam com toneladas de drogas pela fronteira, muitas vezes com o favorecimento da polícia. O faturamento

sobre cada quilo ultrapassa 400% (quatrocentos por cento), tomando como exemplo a maconha, normalmente comercializada a cem reais o quilo no país vizinho, pode ser achada no Brasil por um preço mínimo de quinhentos reais. Destacando que a maconha é a droga com o menor rendimento ao traficante, o que leva ao incentivo, por parte do traficante, ao uso das drogas mais pesadas, e mais lucrativas para este (KARAM, 2014).

Uma das formas adotadas no combate do uso de determinados produtos no mercado interno é a tributação. Um bom exemplo para esclarecer o raciocínio por trás da análise é o mercado de cigarros atual, onde se entende que o consumo de cigarros aumenta os custos para a sociedade, tais como despesas de saúde, então o preço competitivo é ineficiente do ponto de vista do bem-estar social. Portanto o Estado atribuiu novos impostos com finalidade extrafiscal, visando adequar o produto à sociedade, visto que o consumo do produto fere a terceiros, sem compensá-los. Com a tributação, a sociedade ganha a partir de uma nova fonte de renda do governo e a redução do consumo.

Em tais situações os custos sociais relacionados ao consumo não estão cobertos pelos custos privados (o nível de preços). Para ajustar essa ineficiência, os economistas defendem um imposto extrafiscal, para reduzir este resultado mercado. Os custos externos do consumo de drogas são os custos de impostos de terceiros para consumo privado, o que causa uma divergência entre particular e consumo de drogas socialmente ótimo. O imposto realinha os custos sociais com os benefícios da atividade, de tal forma que o consumidor paga a sociedade de volta e ainda beneficiando de utilidade privada derivado de consumo (MACHADO; CARVALHO, 2016).

Na Holanda dada presença de coffeeshops e atual gedoogbeleid ou tolerância ao consumo, os custos de execução do governo holandês são bastante baixos. O Ministério das Finanças estimou uma despesa anual de 150 milhões de euros relacionadas com a aplicação junto dos produtores. No total, eles esperam que os ganhos anuais de legalização atinjam 450 milhões de euros.

Lembrando que por pressão da política proibicionista, vem diminuindo o número de coffeeshops na Holanda, sendo que três províncias já decretaram que turistas não podem consumir produtos desses estabelecimentos.

Como já vimos, caminhamos para a descriminalização do uso pessoal das drogas, dada aprovação da Comissão Especial de Juristas, que elabora o anteprojeto do código penal brasileiro. No entanto o combate contra as drogas persistirá, numa guerra já perdida²², as despesas na prevenção e repressão continuarão em crescente, bem como número de usuários (KARAM, 2014).

Logicamente não podemos tributar produtos ilegais, logo as drogas não podem ser combatidas de mesmo modo que o cigarro, por exemplo, no modelo proibicionista seguido pela nossa sociedade.

Destacamos aqui a eficiência na luta contra o tabagismo nacional, em 20 anos houve uma queda de 45% nas estatísticas de brasileiros maiores de 18 anos fumantes. Em 1989, 33% dos brasileiros fumavam, segundo o Inca (Instituto Nacional do Câncer). Em 2009 essa proporção é de 18%, concluiu a Pesquisa Especial de Tabagismo (BAYER; LOCATELLI; TASCA, 2016).

Somente com a legalização o Estado poderá combater as drogas do mesmo modo que vem atuando na luta contra o tabagismo. No entanto, entendemos que para uma legalização deve-se haver a regulamentação do mercado de drogas.

Ou seja, o Estado deve exercer um controle governamental sobre a produção, distribuição e o consumo de entorpecentes, bem como regular quais espécies e qual a quantidade disponível para o para o uso pessoal (BAYER; LOCATELLI; TASCA, 2016).

Trazemos novamente o exemplo holandês que atua na fiscalização da produção das drogas, regulando a quantidade de oferta no território nacional. Outro ponto que se destaca no sistema holandês é a presença

dos coffeeshops, os quais, bem como qualquer outro estabelecimento comercial, são regulados pelo Estado (MACHADO; CARVALHO, 2016).

Para tanto ressaltamos que além da legalização e regulamentação do mercado de drogas, faz-se necessário a elevada tributação, numa política similar ao do tabagismo, como já vimos.

4 CONCLUSÃO

Analisando todo conteúdo desenvolvido neste trabalho, concluímos que a política adotada pelo mundo no combate as drogas fora ineficaz, tendo assim o mundo todo perdido a “guerra contra as drogas”.

Nas periferias do mundo vemos a destruição que esta guerra gerou, afastando uma classe que deveria ser auxiliada pelo Estado, atribuindo-lhes uma figura criminosa, deixando usuários e viciados a margem de nossa sociedade.

O Estado tem um gasto exorbitante no combate as drogas todo ano, as despesas que vem em crescente juntamente com o número de usuários por todo mundo. Constatamos uma solução para este caos social ao depararmos com o sistema holandês, o qual proporcionou um norte na relação ao combate as drogas.

Através deste modelo alternativo o combate as drogas, ao invés de gerar despesas, arrecada tributos, visto a legalização e regulamentação do mercado de drogas. Vimos que os efeitos desta nova política em relação às drogas podem ser muito valiosos para a nossa sociedade, haja vista destruição em massa que a guerra gerou.

Constatamos que a legalização transforma o problema jurídico, envolvendo as drogas, numa questão de saúde pública. No entanto, enfatizamos que para estabilizar o mercado de drogas deve-se haver o controle estatal regulando e fiscalizando a produção, oferta e o consumo, além da atribuição de elevada tributação, como vemos no combate ao tabagismo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo. **As drogas e a delinquência**. São Paulo: Casa do Editor, 2006.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUILHERME, Vera Maria. **Direitos Humanos e o Tráfico de Drogas: A Repercussão do Caso “Matemático” nas Redes Sociais Desde um Debate Concreto.** In: CARVALHO, ÉRIKA MENDES DE; ÁVILA, GUSTAVO NORONHA DE. (Orgs.). 10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais. Belo Horizonte: Editora D’Palácido, 2016.

BAYER, Diego Augusto; LOCATELLI, Cidânia Aparecida; TASCA, Julia. **Por um Novo Sistema para Lidar com as Drogas.** São Paulo: ED, 2016.

BURGIERMAN, Denis Russo. **O Fim da Guerra: A Machonha e a Criação de um Novo Sistema Para Lidar com as Drogas.** São Paulo: Editora Laya, 2011.

CHITOLINA, Lia Santos. **A economia das drogas ilegais: Teorias, evidências e políticas públicas.** São Paulo: USP,, 2012.

FRIEDMAN, M. **The drug war as a socialist enterprise.** In: FRIEDMAN, M.; SZASZ, T.S. On liberty and drugs. Washington: The Drug Policy Foundation, 2010.

KARAM, André. **Direito Penal e representações.** Núria Fabris Ed., 2014.

MANTOVANI, Andrasa Cristina; COSTA; Luiz Rosado. **Guerra às Drogas no Brasil: Um Leabelling Approach às Aversas?** In: CARVALHO, ÉRIKA MENDES DE;

ÁVILA, GUSTAVO NORONHA DE. (Orgs.). 10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais. Belo Horizonte: Editora D’Palácido, 2016.

MIRON, J.A. ZIWIEBEL, J. **Drogas e Democracia: Rumo a uma mudança de paradigma.** Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia. Disponível em: http://www.drogasedemocracia.org/Arquivos/declaracao_portugues_site.pdf

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. São Paulo: ED, 2016.

MORAES, Carlos Henrique. **Lei Antidrogas**. São Paulo: Atlas, 2014.

PRUDENTE, Neemesias Moretti. **O Subsistema penitenciário de Drogas no Brasil: Desafios e Soluções**. In: CARVALHO, ÉRIKA MENDES DE; ÁVILA, GUSTAVO

NORONHA, Eduardo. **10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais**. Belo Horizonte: Editora D´Palácido, 2016.

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico, uma guerra na guerra**. São Paulo: Desatino, 2013.

ROSA, Pablo Ornelas; JÚNIOR, Humberto Ribeiro; LEMOS, Clécio. **Hiperencarceramento em Massa e a Criminalização da Pobreza: Ponderações sobre os Efeitos Biopolíticos da Guerra às Drogas**. In: CARVALHO, ÉRIKA MENDES DE; ÁVILA, GUSTAVO NORONHA DE. (Orgs.). **10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais**. Belo Horizonte: Editora D´Palácido, 2016.

SELL, Sandro César. [A etiqueta do crime](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano12, n.1507, [17 ago. 2007](#). Disponível em: . Acesso em: 18 de setembro de 2017.

SILVA, José Geraldo. **Lei de drogas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOTAS:

[1] Orientador. Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

[2] A Lei 10.409, de 2002 regulou toda a matéria processual sobre os entorpecentes e drogas afins.

A CONTROVÉRSIA SOBRE A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA SOBRE OS CONTRATOS DE FRANQUIA

VINÍCIUS CUNHA MAGALHÃES: Advogado inscrito na OAB/MG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF/MG.

RESUMO: O presente trabalho objetiva expor a controvérsia acerca da incidência ou não do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre os contratos de franquia (*franchising*). Neste sentido, a análise se iniciará a partir da norma de competência tributária inscrita na Constituição, apta a revelar o critério material de incidência do ISSQN. Posteriormente, passa-se à análise da Lei Complementar nº 116/03, que traz o desenho geral do imposto no nível infraconstitucional. Por fim, entra-se na polêmica propriamente dita acerca da incidência do imposto sobre os contratos de franquia, com especial menção à jurisprudência do STF e STJ sobre o assunto, posicionando-se, ao fim, pela possibilidade de cobrança em favor dos Municípios.

Palavras-chave: Direito Tributário. Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Contrato de franquia (*franchising*). Incidência tributária. Controvérsia.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Previsão constitucional do ISSQN (art. 156, III, da CRFB) 3. Previsão do ISSQN na Lei Complementar nº 116/03 4. Controvérsia sobre a incidência sobre o contrato de franquia 4.1. Franquia (*franchising* - delimitação) 4.2. Argumentos contrários à incidência 4.3. Argumentos favoráveis à incidência 4.4. A posição dos Tribunais Superiores 5. Conclusão 6. Referências bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva expor a polêmica relativa à incidência ou não do ISSQN, tributo de competência dos Municípios e do Distrito Federal, sobre valores derivados dos contratos de franquia ou *franchising*.

Quanto à estrutura, o artigo será dividido em três grandes seções. Na primeira, apresentar-se-á as normas constitucionais que atribuem a competência para instituição do imposto aos Municípios, com especial ênfase na delimitação do critério material da hipótese de incidência tributária. Na segunda parte, serão tecidos comentários sobre as normas gerais de ISSQN, na forma da Lei Complementar nº 116/03.

A terceira parte, adentrará na controvérsia em si, a ser desenvolvida em quatro momentos: no primeiro, haverá a tentativa de se melhor delimitar o contrato de franquia, que é o pressuposto de toda a problemática. Na segunda, serão expostos os argumentos contrários à incidência tributária, enquanto que na terceira virão declinados os argumentos favoráveis. Na quarta parte, traremos um panorama do tema na jurisprudência dos Tribunais Superiores para concluir, ao fim, pela possibilidade de cobrança em favor dos Municípios nestes casos.

No que tange à metodologia, o artigo empregará os raciocínios dedutivo, indutivo e dialético; deduzindo das normas constitucionais e legais aplicáveis as premissas mais relevantes sobre o tema,; construindo argumentos e conclusões a partir do exame da jurisprudência e da doutrina especializada; e comparando e contrastando as opiniões divergentes sobre o assunto no intuito da busca por uma resposta segura e compatível com os parâmetros do sistema constitucional brasileiro.

2 NORMA DE COMPETÊNCIA - ART. 156, III, DA CRFB/88

Nos termos do art. 156, III, da CRFB/88, tem-se que compete de forma exclusiva aos Municípios e ao Distrito Federal instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN), não compreendidos no art. 155, II, da CRFB, definidos em lei complementar. Da mesma forma, o §3º do art. 156 da CRFB estabelece que cabe à lei complementar que fixar as regras gerais em matéria de ISSQN fixar as suas alíquotas máximas e mínimas, excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior, bem como regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

É necessário que se façam alguns comentários preliminares acerca destes dispositivos constitucionais, que para além de fixarem a norma de competência tributária respectiva, descrevem também o *critério material* da regra-matriz de incidência do ISSQN, bem como fixam outras diretrizes relevantes.

O primeiro aspecto relevante diz respeito justamente à norma constitucional do ISSQN enquanto *norma de competência*. Com efeito, para além de conferir aos Municípios - e ao DF, no exercício das atribuições municipais - competência legislativa para instituir o imposto em questão, obedecidas as normas complementares federais, a regra inscrita no art. 156, III também cumpre a função de evitar conflitos federativos em matéria tributária, sobretudo na relação do ISSQN com o ICMS.

Isto porque, por um lado, o art. 156, III é expresso ao excluir, da alçada dos Municípios, os serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal, compreendidos na competência estadual (ICMS). Por outro lado, uma interpretação sistemática do dispositivo, em conjunto com os arts. 153 e 155 da CRFB, também exclui da sua abrangência a circulação de mercadorias pura e simples, a circulação de produtos industrializados, as operações financeiras e os serviços agregados às operações de circulação de mercadorias fora dos limites demarcados constitucionalmente^[1].

Por isso mesmo, a doutrina leciona que o ISSQN seria um imposto de natureza *residual*^[2] em relação ao ICMS, IPI e IOF. Dada a vagueza das expressões adotadas no texto constitucional, o intérprete deve, primeiramente, averiguar se a hipótese tem diante de si se amolda na competência federal ou estadual. Apenas em sendo negativa a resposta, é que deve-se buscar a norma do ISSQN para que se tente o enquadramento. Daí, portanto, surge a necessidade de se delimitar precisamente o *conceito de serviço* para fins de incidência tributária.

O segundo aspecto relevante, assim, diz respeito ao *conceito constitucional de serviço* para fins de incidência do ISSQN. Neste sentido, a doutrina^[3] tem apontado que o cerne da materialidade do ISSQN não se restringe à “serviço”, mas sim a uma “prestação de serviço”,

compreendendo um negócio jurídico que tenha por objeto uma obrigação de fazer, em conformidade com as regras de direito privado. Este conceito é inclusive o adotado na jurisprudência do STF, desde o RE nº 116.121/SP:

TRIBUTO - FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional. (STF - RE: 116121 SP, Relator: OCTAVIO GALLOTTI, Data de Julgamento: 11/10/2000, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 25-05-2001 PP-00017 EMENT VOL-02032-04 PP-00669)

Exatamente por isto, as atenções têm se voltado para a diferenciação entre os conceitos de *obrigação de fazer* e *obrigação de dar*, na medida em que apenas o primeiro tipo de obrigação pode fazer surgir a cobrança do ISSQN, sendo que, no segundo caso, afasta-se a competência municipal, sem prejuízo da possibilidade de incidência do ICMS ou IPI, caso cumpridos os demais requisitos do ordenamento, sob pena de o Município incorrer em bitributação.

Para MELO e PAULSEN (2015, p. 361), a *obrigação de fazer* concerne à prestação de uma utilidade ou comodidade a terceiro, de modo personalizado e incindível, ao passo que a *obrigação de dar* se relaciona com a entrega de coisas móveis ou imóveis a terceiros. No mesmo sentido, BARRETO (2003, p. 62) define que o ISSQN somente

poderia incidir sobre atividade exercida em favor de outrem, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado, em caráter negocial, sem subordinação, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial.

Como corolário desta distinção, já se disse que se exclui da órbita do ISS os chamados “serviços em potencial”, isto é, aqueles que ainda estão por ocorrer, ainda que a probabilidade desta ocorrência seja presumível^[4]. Esta advertência se baseia na opinião de que o ISSQN é um imposto que incide sobre *atos concretos*, e não sobre *contratos*. Veda-se, assim, a cobrança antecipada do imposto, ou seja, sobre contrato já concluído entre as partes, mas que ainda não foi objeto de prestação pelo devedor.

Da mesma forma, foi a distinção entre *dar* e *fazer* que inspirou a edição do verbete nº 31 da Súmula Vinculante do STF, que preleciona ser “inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis”. O Tribunal definiu que se tratava de uma obrigação de dar, afastando assim a incidência do ISSQN.

Deve-se advertir, no entanto, que, se, em abstrato, a distinção entre as duas modalidades obrigacionais feita acima parece ser suficiente para acalmar o espírito do intérprete, na prática a situação é muito mais complexa, dado que não é incomum que a entrega de um objeto venha acompanhada de um fazer, não se distinguindo, com nitidez, qual dos dois elementos seria o preponderante.

Com razão, o Supremo Tribunal Federal, posteriormente à edição da súmula vinculante nº 31, parece vir abandonando as influências dos conceitos obrigacionais do direito privado sobre a definição de *serviços de qualquer natureza*^[5]. No julgamento do RE nº 592.925/SC, Rel. Min. Eros Grau, DJe 05/03/2010, o Min. Cezar Peluso considerou que “a complexidade dos negócios desenvolvidos no mundo moderno não mais se pode explicar pelas categorias jurídicas definidas pelo direito romano, que classificava as obrigações em dar, fazer e não fazer”.

Igualmente, no julgamento da ADI-MC nº 4.389, o STF considerou que “as distinções entre as obrigações de dar e fazer não se mostram mais suficientes para delimitar o fato gerador do ICMS e do ISS”, de modo que foi dada interpretação conforme a Constituição ao item 13.05 da Lista Anexa, estabelecendo que o ISS não será devido sobre os serviços de composição gráfica quando esta é um elemento que integra o processo de industrialização e comercialização.

Mencione-se, assim, aquelas situações nas quais o serviço não se dá autonomamente, mas apenas como etapa de operação mercantil ou financeira, sem que haja autonomia da obrigação principal. Estas hipóteses, nas quais o serviço é uma *atividade-meio* em relação à circulação de mercadoria, não são aptas a fundamentar a incidência do ISSQN, sob pena de violação da competência tributária estadual.

É o que ocorre, por exemplo, com “a venda de ar condicionado, cuja comercialização da mercadoria inclui, muitas vezes, a sua instalação^[6]”; ou no caso de entidades bancárias, em que “a abertura de conta-corrente pertinente ao financiamento representa elemento integrante do mencionado negócio, não constituindo serviço distinto que possa sujeitar-se ao ISS^[7]”.

No que diz respeito ao IPI, é inegável que a industrialização de produtos constitui um fazer. No entanto, nestes casos, a industrialização, que corresponde à produção ou beneficiamento de bens em massa, são acompanhadas também de um “dar”, decorrente de operações de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento ou acondicionamento, tudo isto culminando na etapa posterior, consistente na circulação do produto industrializado, esta sim apta a gerar o IPI, de modo a afastar, para além de qualquer dúvida, a incidência do ISSQN.

Aparentemente tormentosas também serão aquelas situações nas quais se está diante de verdadeira *operação mista*, na qual se mesclam o dar e o fazer sem que se consiga, com nitidez, dizer que um deles é preponderante em relação ao outro. A possibilidade de que houvesse conflito federativo de grandes proporções entre Estado e Município pareceu relevante o suficiente, de modo que o legislador criou critério

satisfatório para solucionar a controvérsia. O problema, assim, deixa de residir na natureza dos fatos, deslocando-se para o direito.

Para estes casos, o texto da CRFB estabelece que haverá a incidência do ISS, relativamente ao preço global da operação (serviço + mercadoria), quando a operação estiver inserida na lei complementar a que alude o art. 156; caso contrário, incidirá o ICM sobre o todo. Há ainda a possibilidade de o serviço vir previsto na lista anexa, mas esta fazer a ressalva de que o ISSQN não incide sobre a parcela do valor da operação relativo à circulação da mercadoria, que se submeterá ao ICMS, quando “o contribuinte deve discriminar na nota fiscal o valor das mercadorias e serviços para que o Estado possa tributar as primeiras e o Município os últimos, uma vez que nenhum dos dois pode, diante desse quadro, tributar o valor total da operação.

Por fim, a incidência do ISSQN exige, ainda, que o serviço em questão, não obstante configure inequívoca prestação de obrigação de dar, esteja previsto na Lista Anexa da Lei Complementar nº 116, de forma que é necessário adentrar ao tema.

3 A PREVISÃO DO ISSQN NA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/03

A Lei Complementar nº 116/03 veio a concretizar o mandato constitucional de edição de uma norma geral de direito tributário sobre o ISSQN. Certamente, o afã do constituinte foi o de dar alguma harmonia à legislação dos mais de cinco mil municípios brasileiros na definição do que pode ser tributado, principalmente quando se leva em conta a vagueza do art. 156, III (“serviços *de qualquer natureza*”)[8].

Diante do texto constitucional, dois caminhos, em tese, podem ser trilhados pelo legislador complementar federal. O primeiro deles consistiria na definição tão somente dos contornos do conceito de serviço para fins tributários, a fim de que o intérprete não dependesse de métodos incertos, como o recurso a conceitos talhados tendo-se em vista o direito privado ou construções doutrinárias e pretorianas, que por certo gerariam perplexidades frente à necessidade de taxatividade nas leis tributárias.

O outro caminho consistiria na definição exaustiva pelo legislador daqueles serviços aptos a ensejarem a cobrança do imposto municipal. Seguido este caminho, o legislador terá o trabalho de selecionar, um a um, todos os serviços que entende serem merecedores da exação, excluindo, a *contrario sensu*, os demais. Esta opção por certo limita o escopo de atuação local, mas traz o inconveniente ser mais complexa e exigir, em certos casos, a *interpretação extensiva* de determinados itens, quando a lista assim expressamente o autorizar (“ou congênere”, “ou semelhante” etc.).

Realmente, não parece que o art. 156, III, da CRFB esteja a exigir a criação de uma *lista de serviços*, quando ordena que lei complementar delimite os contornos dos serviços que serão tributados, a fim de estabelecer sua distinção, seja com relação ao Estados (ICMS), seja com relação à União (IOF e IPI). Inclusive, o ISS chegou a ter seu fato gerador regulado pelo art. 71 do CTN, até a edição do DL nº 406/68^[9].

O Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968 veio a restringir de forma sensível a competência municipal, de modo que o imposto passou a poder ser cobrado apenas com relação aos serviços previstos em uma lista de serviços, critério este que foi mantido pelas Leis Complementares nº 56/87 e 116/2003^[10]. Assim é que, diante da opção do legislador infraconstitucional, não poderá o Município tributar serviços não previstos na lista, sob pena de violar a reserva de lei complementar para a previsão do fato gerador dos impostos (art. 146, III, a, da CRFB) e para a definição de serviços de qualquer natureza (art. 156, III, CRFB). O STF não vem enxergando, na não-previsão de determinado serviço na lista anexa, hipótese de *isenção heterônoma* dada pela União, e que seria vedada constitucionalmente:

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) - SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL - INADMISSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DA INCIDÊNCIA DESSE TRIBUTO MUNICIPAL - CARÁTER TAXATIVO DA ANTIGA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR Nº

56/87 - IMPOSSIBILIDADE DE O MUNICÍPIO TRIBUTAR, MEDIANTE ISS, CATEGORIA DE SERVIÇOS NÃO PREVISTA NA LISTA EDITADA PELA UNIÃO FEDERAL - EXCLUSÃO, DE REFERIDA LISTA, PELA UNIÃO FEDERAL, DE DETERMINADOS SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL - HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA EXCLUSÃO NORMATIVA - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA - INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 151, III, DA VIGENTE CONSTITUIÇÃO - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO IMPROVIDO .

- Não se revelam tributáveis, mediante ISS, serviços executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, eis que esse tributo municipal não pode incidir sobre categoria de serviços não prevista na lista elaborada pela União Federal, anexa à Lei Complementar nº 56/87, pois mencionada lista - que se reveste de taxatividade quanto ao que nela se contém - relaciona, em "numerus clausus", os serviços e atividades passíveis da incidência dessa espécie tributária local. Precedentes . - As ressalvas normativas contidas nos itens ns. 44, 46 e 48 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 56/87 - que excluem, do âmbito de incidência do ISS, determinadas atividades executadas por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central - não configuram concessão, pela União Federal, de isenção heterônoma de tributo municipal, expressamente vedada pela vigente Constituição da República (art. 151, III) . - Essa exclusão de tributabilidade, mediante ISS, das atividades executadas por referidas instituições qualifica-se

como situação reveladora de típica hipótese de não-incidência do imposto municipal em causa, pois decorre do exercício, pela União Federal, da competência que lhe foi outorgada, diretamente, pela própria Carta Federal de 1969 (art. 24, II), sob cuja égide foi editada a Lei Complementar nº 56/87, a que se acha anexa a lista de serviços a que alude o texto constitucional. Precedentes.

(STF - RE: 450342 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 05/09/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00114 EMENT VOL-02283-05 PP-01046 RDDT n. 145, 2007, p. 237-238 LEXSTF v. 29, n. 344, 2007, p. 231-243)

Superadas a explanação geral sobre a Lista Anexa - que, com efeito, é onde se encontram as maiores controvérsias em matéria de ISSQN, ao lado da questão do aspecto espacial da hipótese de incidência tributária - vale a pena ainda apontar que o art. 1º declara que o ISS tem como fato gerador “a prestação de serviços constantes da lista anexa, *ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador*”, sendo que, nos termos do §1º, “o imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País”. Trata-se de densificação do *critério material* da regra-matriz, como visto.

O serviço considera-se prestado, na forma do art. 3º, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, definindo assim o *critério espacial*. O art. 4º ainda considera estabelecimento prestado o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de

atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

No que diz respeito ao *aspecto pessoal*, o art. 5º dispõe que contribuinte é o prestador do serviço, ao passo que o art. 6º autoriza os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, a “atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais”.

Finalmente, o *aspecto quantitativo* vem delimitado no art. 7º, que trata da base de cálculo do imposto, equacionando-a com o preço do serviço, e nos arts. 8º e 8º-A que tratam, respectivamente, das alíquotas máxima e mínima do ISSQN, além de outras normas relativas a sanções pelo seu descumprimento.

4 CONTROVÉRSIA QUANTO À INCIDÊNCIA SOBRE O CONTRATO DE FRANQUIA

A incidência de ISSQN sobre o contrato de franquia encontra-se prevista no item nº 17.08 da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/03^[11]. A discussão se cinge, então, à constitucionalidade desta previsão legal, ou seja, se o item nº 17.08 da lista é condizente com o conceito constitucional de serviço.

4.1. FRANQUIA (*FRANCHISING*) - DELIMITAÇÃO

O contrato de franquia encontra-se disciplinado pela Lei nº 8.955/94, e se opera quando “Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante

remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício” (art. 2º)

Para HARADA, “a franquia, por envolver prestação de serviço de treinamento de pessoal e transferência de know-how, caracteriza-se como produto de esforço humano que resulta em um bem de natureza imaterial. Expressa, pois, uma *obrigação de fazer* como sendo objeto do contrato, sendo que a entrega de máquinas e equipamentos ao franqueado não é objeto principal do contrato. Porém, essa controvérsia cabe ao Supremo Tribunal Federal dirimir em definitivo sendo certo que a franquia está contemplada na lista de serviços vigente[12]”.

MARTINS (1990, p. 577) identifica, no contrato de franquia a “concessão, a uma determinada pessoa, que se constitui empresa, de marcas de produtores devidamente registradas (...) e (...) além de fornecer a distribuição dos produtos, também assegura a assistência técnica e informações continuadas”.

Já SIQUEIRA menciona que:

“Da análise das definições e formas de classificação da franquia, algumas noções são comuns, como: 1) intervenção no negócio por duas pessoas, o franqueador e o franqueado, ambos empresários; 2) contrato a título oneroso, que visa ao lucro, daí a natureza mercantil da franquia; 3) inexistência de vínculo laboral entre franqueador e franqueado (o vínculo entre franqueado e empregados não inclui o franqueador), mas uma relação jurídica horizontal, de cooperação; 4) embora o negócio só envolva diretamente o franqueador e o franqueado, as obrigações não são meramente recíprocas (ambos têm obrigações vis-à-vis à rede de franqueados – network, quanto a unidade de procedimentos, território de atuação, identidade visual de produtos, uniformidade de empregados e publicidade, por exemplo); 5) é em regra *intuitu personae*, não admitindo a sub-rogação pessoal, em especial quanto

ao franqueado, de quem se exige presença física à frente dos negócios; 6) embora não seja obrigatório, em regra, o contrato de franquia é celebrado por tempo determinado, no qual todas as obrigações deverão ser cumpridas.

Dentre as características das empresas que alcançam o sucesso com a franquia, destacam-se: 1) são empresas detentoras de marcas fortes com apelo junto ao público consumidor, 2) seus produtos e/ou serviços respondem a anseios do mercado consumidor, 3) sua tecnologia de instalação, operacionalização e comercialização no varejo é eficaz e pode ser facilmente transferida, com treinamento e supervisão ao empreendedor interessado, 4) os pontos de comercialização de produtos e/ou serviços podem ser padronizados e instalados com certa facilidade, em qualquer local ou território, 5) os investimentos necessários à instalação e as despesas com operação dos pontos de venda são compatíveis com a rentabilidade do negócio. (...) No Direito Brasileiro, a franquia é regulada nos termos da Lei nº 8.955/94 e conta com definição legal no seu art. 2º. A lei brasileira define um conceito de franquia empresarial bastante similar ao conceito da IFA- International Franchise Association e do Departamento de Comércio dos Estados Unidos, os quais possuem os seguintes elementos: franqueador, franqueado, remuneração pelo uso da franquia (taxa, royalties), a questão da exclusividade ou semi-exclusividade; ainda, a ausência de vínculo empregatício, com autonomia entre franqueador e franqueado, pelo menos, no aspecto jurídico[13]”.

Portanto, percebe-se que se trata de contrato inegavelmente complexo, pois envolve uma série de prestações, diretos e deveres para as partes envolvidas, e que seriam reconduzíveis, isoladamente, a outras

figuras contratuais. Certamente, é desta complexidade que surgem as perplexidades doutrinárias e jurisprudenciais no trato da matéria da incidência tributária.

4.2. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À INCIDÊNCIA

Antigamente, tentava-se justificar a incidência do ISS com base na analogia entre a franquia e a locação de bens móveis. No entanto, esta solução não guarda mais pertinência com o sistema após a edição da Súmula Vinculante nº 31, de modo que os argumentos levantados para afastar a analogia proposta não precisam ser examinados.

Os argumentos contrários à incidência do ISS sobre a franquia, atualmente, repousam na constatação de que se trata de um contrato “de natureza complexa”, que envolve uma série de prestações periódicas de ambas as partes, com natureza jurídica muito variada (algumas de dar, algumas de fazer, algumas de não-fazer), de modo que o todo seria visível a partir da ideia de *cessão de um modelo de negócios*, a afastar o conceito anteriormente delineado de serviços.

Esta linha argumentativa também traça a distinção com base na dicotomia atividade-meio atividade-fim. O contrato de franquia teria como atividade-fim a já mencionada *cessão de modelo de negócios*, para o qual concorrem uma multiplicidade de atividades de ambas as partes, de modo que eventuais obrigações de fazer seriam meramente instrumentais. Apagar a distinção para fazer sobressair o serviço atentaria contra o art. 110 do CTN e contra a própria dicotomia atividade-fim atividade-meio^[14].

Outros argumentam que “a mera inserção da operação de franquia no rol de serviços constantes da lista anexa (...) não possui o condão de transmudar a natureza jurídica complexa do instituto, composto por um plexo indissociável de obrigações de dar, de fazer e de não fazer” (STJ, REsp nº 885.530/RJ, Rel. Min. Luiz Fux).

4.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INCIDÊNCIA

Basicamente, argumenta-se que, com a previsão expressa do contrato de *franchising* na lista anexa à LC nº 116/03, a questão teria sido pacificada para além de qualquer questionamento judicial. O STJ adotou explicitamente este argumento, como será visto adiante, em precedente representativo da controvérsia, na forma do art. 573-C do CPC de 1973.

Ademais, também se argumenta que parece ser insuficiente postular que o *franchising* é um “contrato complexo”, que “abrange uma série de prestações”, como forma de tentar afastar o ISSQN. Com efeito, seria necessário que se pesquisasse, nas definições legais, a *essência mesma do instituto*, ou seja, o que seria preponderante. E, feita esta análise, ver-se-ia que o contrato de franquia, pela sua natureza, engloba a transferência de uso de marca, *know-how*, tecnologia na administração do negócio, bem como treinamento de funcionários e franqueado, dentre outras atividades, o que demonstraria que a franquia seria um *serviço de organização empresarial*[15].

Esta é a posição por nós defendida. O argumento primordial a justificar a incidência do ISSQN nestes casos é o *princípio da separação dos Poderes* (art. 2º da CRFB/88). Com efeito, a Constituição de 1988 conferiu ao legislador complementar federal a tarefa de delimitar o conceito de *serviços* para fins de incidência tributária, de modo a evitar a insegurança jurídica e a imprecisão no trato da matéria, como inclusive foi exposto anteriormente.

Se é inevitável, no trato desta matéria, algo de *interpretação da Constituição conforme a lei* em oposição à *interpretação da lei conforme a Constituição*, na forma do art. 110 do CTN, não parece haver contradição frontal entre o disposto na LC nº 116/03 e o disposto na Lei nº 8.955/94, desde que se considere que o preponderante na franquia não é a *cessão*, mas o *serviço de organização de um estabelecimento*, em conformidade com um modelo prévio e reconhecível de negócio.

Veja-se que a tese favorável à incidência, portanto, não ignora a distinção que é feita entre *atividade-fim* e *atividade-meio*, apenas colocando a tônica sobre o *fazer* em detrimento do *dar*. Parece-nos que, na franquia, o principal está na *atividade que presta o franqueador* de

organizar, segundo técnicas próprias que são repassadas ao franqueado, um estabelecimento em conformidade com um modelo identificável de negócio. A cessão de direitos, tecnologias, uso de marcas, etc é, neste ponto, acessória à finalidade do contrato, que é de serviço.

4.4 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Inicialmente, a jurisprudência do STJ repelia explicitamente a incidência do ISSQN sobre o contrato de franquia, sob os argumentos de que “se trata de contrato de natureza complexa, afastando-se da caracterização de prestação de serviço” (REsp nº 221.577-MG, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado). Ademais, “o contrato de franquia não se confunde com nenhum outro contrato, porquanto possui delineamentos próprios que lhe concederam autonomia. Ainda que híbrido, não pode ser configurado como a fusão de vários contratos específicos (REsp nº 403.799-MG, Rel. Min. Franciulli Netto). Recentemente, entretanto, o STJ passou a referendar a incidência, em acórdão submetido à sistemática dos recursos repetitivos:

TRIBUTÁRIO. ISSQN. FRANQUIA. INCIDÊNCIA PREVISTA PELA LC 116/03.

1. O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, disciplinado pela Lei Complementar 116/03, "tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador" (art. 1º).
2. Com a edição da LC 116/03, em vigor a partir de 01/01/2004, a atividade de franquia passou a ser expressamente prevista no item 17.08 da lista de serviços anexa, ficando, portanto, sujeita à tributação. Precedente.
3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial.

(EDcl no REsp 1066071/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010)

TRIBUTÁRIO - CONTRATO DE FRANQUIA - CORREIOS - ISS - INCIDÊNCIA APÓS A LC 116/03.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que, após a vigência da LC 116/2003, incide ISS sobre os serviços realizados pelas agências franqueadas dos Correios.

2. Recurso especial provido.

(REsp 978.719/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 21/05/2009)

PROCESSO CIVIL. ALEGAÇÃO DE SENTENÇA CITRA PETITA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ISS. EMPRESA FRANQUEADA QUE PRESTA SERVIÇOS POSTAIS E TELEMÁTICOS. DECRETO-LEI 406/68 E LC 56/87. NÃO-INCIDÊNCIA. PERÍODO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LC 116/03.

1. Os serviços postais e telemáticos prestados por empresas franqueadas, sob a égide da LC 56/87, não sofrem a incidência do ISS, em observância ao princípio tributário da legalidade.

(Precedentes: AgRg no REsp 1061014/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/02/2009; AgRg no Ag 1111131/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 23/06/2009; AgRg no REsp 725.768/RJ, Rel.

Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 24/03/2009; REsp 1066071/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em

07/08/2008, DJe 20/08/2008; REsp 873.440/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ 03/12/2007; REsp 373.986/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 06/04/2006; RESP 189.225-RJ, DJ de 03.06.2002, Rel. Min. Peçanha Martins).

2. O Decreto-Lei 406/68 estabeleceu como fato gerador do ISS a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa ao diploma legal, ainda que sua prestação envolvesse o fornecimento de mercadoria.

3. A citada lista de Serviços, anexa ao Decreto-Lei 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar 56, de 15 de dezembro de 1987, dispunha sobre a atividade de "Agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquia (franchise) e de faturação (factoring) (excetuam-se os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central);" (Item 48).

4. A franquia não era listada como serviço pelo legislador complementar, mas, antes, as atividades de corretagem, agenciamento e intermediação que a tivessem por objeto, situação jurídica que restou modificada pela Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003, que revogou os artigos 8º, 10, 11 e 12, do Decreto-Lei 406/68, bem como a Lei Complementar 56/87, entre outros, enunciando, no item 26.01 de sua lista anexa, como hipótese de incidência do ISS, os "serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas".

5. In casu, verifica-se a inaplicabilidade da aludida Lei Complementar, porquanto referente a período

anterior, ainda sob a égide da LC 56/87, consoante se deduz da sentença de procedência integral do pedido de anulação dos lançamentos tributários, prolatada na data de 16/12/2002.

6. Impende salientar o reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, da natureza de franquia relativa ao contrato em tela, tendo restado assentado pelo juízo singular, in verbis: "É pacífico que o desempenho da atividade de franqueado não constitui hipótese de incidência do imposto sobre serviços. A compreensão do Superior Tribunal de Justiça é, no particular, de tal modo entusiástica que desencoraja digressão dissonante.

(...) A situação da autora, não apenas pela denominação dada ao pacto, entrosou-se coma definição de serviço franqueado.

(...) De tal sorte, não tenho dificuldade em vincular o instrumento negocial de fls. 30 e seguintes com uma característica franquia." 7. A alegada violação dos arts. 128 e 535 do CPC, ao argumento de omissão no tocante a pedidos declinados na inicial, não restou configurada, uma vez que, não tendo havido sucumbência da recorrente, mostra-se ausente seu interesse recursal. Ademais, manifestou-se o acórdão recorrido quanto à questão, no sentido de que "verifica-se que o pedido da autora restringe-se à restituição dos valores eventualmente recolhidos a título de ISS, caso houvesse pagamento durante o trâmite da lide, o que de fato não ocorreu." 8. A admissão do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional exige a demonstração do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração analítica das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, bem como pela juntada de certidão ou de cópia integral do acórdão paradigma, ou, ainda, a citação do repertório oficial

de jurisprudência que o publicou. In casu, o dissídio jurisprudencial não restou demonstrado nos moldes exigidos pelo RISTJ.

9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1131872/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

No STF, inicialmente, negava-se repercussão geral à questão, sob a tese de que se tratava de mera ofensa reflexa à Carta de 1988:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇO - ISS SOBRE CONTRATO DE FRANQUIA. LEI N. 8.955/94. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (AI 676778 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-13 PP-02670)

EMENTA: 1. ISS. Contrato de franquia. Recurso extraordinário: descabimento: controvérsia decidida à luz da legislação infraconstitucional pertinente ao caso: a alegada ofensa ao artigo 156, III, da Constituição, se houvesse, seria indireta ou reflexa, que não enseja o recurso extraordinário: incidência da Súmula 636. 2. Improcedência das alegações de negativa de prestação jurisdicional ou violação dos princípios constitucionais invocados no RE. (AI 583632 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 26/06/2007, DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ

17-08-2007 PP-00040 EMENT VOL-02285-12 PP-02386)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ISS. CONTRATO DE FRANQUIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. LEGISLAÇÃO LOCAL. OFENSA REFLEXA. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. A controvérsia foi decidida com fundamento em legislação infraconstitucional --- Lei complementar n. 116/03 e Lei n. 8.955/94 --- bem como na legislação local que disciplina a espécie --- Lei municipal n. 8.725/03 [Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal]. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 603015 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/02/2010, DJe-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC 12-03-2010 EMENT VOL-02393-05 PP-01100 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 215-218)

Entretanto, no ano de 2010, o Tribunal evoluiu para reconhecer a natureza constitucional da controvérsia. Com efeito entendeu-se que o tema tem repercussão geral, que ainda aguarda julgamento, nos seguintes termos:

Recurso extraordinário. Tributário. ISS. Franquia. Fato gerador. Lei Complementar 116/2003. Repercussão geral reconhecida. (RE 603136 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 02/09/2010, DJe-185 DIVULG 30-09-2010 PUBLIC 01-10-2010 EMENT VOL-02417-07 PP-01426 LEXSTF v. 32, n. 382, 2010, p. 192-197 RTFP v. 18, n. 95, 2010, p. 336-340)

5 CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se dizer que, embora a temática da incidência do ISSQN sobre o contrato de franquia seja controvertida até os dias atuais, deve-se entender como acertada a posição do STJ no sentido de que deve haver, nesses casos, cobrança do tributo. Com efeito, o contrato de *franchising* tem, no seu âmago, um fazer que se traduz no serviço de organização empresarial em favor do franqueado pelo franqueador, segundo modelo de negócios previamente estabelecido e reconhecível por terceiros. De qualquer forma, deve-se aguardar a decisão do STF no julgamento do RE nº 603.136, com repercussão geral reconhecida.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Henrique Napoleão e COELHO, Eduardo Junqueira. ISS não incide em contratos de franquia. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254768,11049-ISS+nao+incide+em+contratos+de+franquia>> Acesso em 10 de novembro de 2017

BARRETO, Aires F. O ISS na Constituição e na Lei. São Paulo: Dialética, 2003.

BARRETO, Aires F. Curso de Direito Tributário Municipal. São Paulo: Saraiva, 2009.

HARADA, Kiyoshi. ISS. Controvérsia sobre a tributação da franquia. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 00 0000. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=390_Kiyoshi_Harada&ver=1265>. Acesso em: 10 nov. 2017.

LUSTOZA, Helton Kramer. Impostos Municipais para Concursos. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1990

MELO, José Eduardo Soares de e PAULSEN, Leandro. Impostos Federais, Estaduais e Municipais. 9ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Impostos. Teoria Geral e Espécies. Niterói: Impetus, 2013.

SIQUEIRA, Gerlena Maria Santana de. O contrato de franquia e sua cessação: breves notas sobre a indenização de clientela à luz dos sistemas de Portugal e do Brasil. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 31 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51910&seo=1>>.

Acesso em: 10 nov. 2017.

NOTAS:

[1] RIBEIRO (2013, p. 317).

[2] *Idem*

[3] MELO e PAULSEN (2015, p. 361).

[4] BARRETO (2009, p. 322).

[5] Notando este fenômeno, com a habitual argúcia, RIBEIRO (2012, pp. 322-24).

[6] O exemplo é trazido por LUSTOZA (2015, p. 53).

[7] MELO e PAULSEN (2015, p. 362).

[8] RIBEIRO (2012, pp. 320-26).

[9] *Idem*.

[10] *Idem*.

[11] “17.08 – Franquia (**franchising**)”.

[12] HARADA, Kiyoshi. ISS. Controvérsia sobre a tributação da franquia. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 00 0000. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=390_Kiyoshi_Harada&ver=1265>. Acesso em: 10 nov. 2017.

[13] SIQUEIRA, Gerlena Maria Santana de. O contrato de franquia e sua cessação: breves notas sobre a indenização de clientela à luz dos sistemas de Portugal e do Brasil. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 31 dez. 2014. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51910&seo=1>>.
Acesso em: 10 nov. 2017.

[14] Cf. ALVES, Henrique Napoleão e COELHO, Eduardo Junqueira. ISS não incide em contratos de franquia. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254768,11049-ISS+nao+incide+em+contratos+de+franquia>> Acesso em 10 de novembro de 2017.

[15] LUSTOZA (2015, pp. 64-65).

O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E SUA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA

LUCAS ANTONIO GARCIA PITONDO:
Bacharelado do Curso de Direito Universidade
Brasil - Fernandópolis.

ADEMIR GASQUES SANCHES
(Orientador)

RESUMO: O presente artigo aborda um grave problema que está relacionado à Função da pena no Brasil. Em sua essência a pena possui um caráter ressocializador, mas o que vemos é uma forma distorcida da verdadeira função ressocializadora da pena. A pena não pode ser um simples instrumento de punição para o delito praticado e sim um instrumento para que o preso busque uma reabilitação e volte a sociedade com outros valores e de um modo geral amparado e resguardado pelo estado afim de reestrutura-lo para que tenha uma vida digna. É importante enfatizar a importância do Estado e da sociedade na ressocialização do preso, exige-se que o Estado adote medidas que deem assistência ao preso e ao internado reorientando no seu retorno a sociedade. Tal artigo tem por objetivo proporcionar um entendimento da situação real do sistema prisional brasileiro e buscar uma compreensão, para que a sociedade possa entender a função social da pena que não é apenas uma punição ao condenado pelo ato ilícito praticado, mas sim uma questão de proteção jurídica e social de grande importância para o individuo que busca se ressocializar, evitando assim sua reincidência.

Palavras-chave: Preso, Punição, Ressocialização, Sociedade.

Abstract: This article addresses a serious problem that is related to the Function of the penalty in Brazil. In its essence the pen has a resocializing character, but what we see is a distorted form of the true resocializing function of the pen. The punishment can not be a simple instrument of punishment for the offense practiced but an instrument for the prisoner to seek rehabilitation and return society with other values and in general supported and protected by the state in order to restructure it so that it has a dignified life. It is important to emphasize the importance of the State and society in resocializing the prisoner, it is required that the State adopt measures that assist the prisoner and the internee by reorienting their

return to society. This article aims to provide an understanding of the real situation of the Brazilian prison system and to seek an understanding so that society can understand the social function of punishment that is not only a punishment to the convicted person for the illicit act practiced but a question of protection legal and social of great importance for the individual who seeks to re-socialize, thus avoiding their recurrence.

Keywords: Prisoner, Punishment, Resocialization, Society.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO, 2 ASPECTOS GERAIS DA PENA, 2.1 CARACTERÍSTICAS DA PENA, 2.2 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA PENA, 3 TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, 3.1 TEORIA ABSOLUTA OU RETRIBUTIVA, 3.2 TEORIA RELATIVA OU PREVENTIVA, 3.3 TEORIA MISTA, UNIFICADORA OU ECLÉTICA, 4 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS, 4.1 SISTEMA PENSILVÂNICO OU FILADÉLFICO, 4.2 SISTEMA AUBURNIANO, 4.3 SISTEMA PROGRESSIVO, 5 RESSOCIALIZAÇÃO, 6 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo realiza uma abordagem sobre o Sistema Prisional Brasileiro e sua função ressocializadora, abordando o conceito da pena. Este artigo também falará sobre a finalidade da evolução da pena no contexto histórico, será analisado se realmente a pena exerce sua função social e se o Estado está realizando seu papel de recuperar e reeducar os presos. Para tanto, a metodologia utilizada no presente artigo baseou-se em pesquisa doutrinária e outros métodos como internet pesquisa em revistas, etc.

Um dos problemas mais sérios atualmente é o aumento da criminalidade, com o número de crimes aumentando conseqüentemente o número de vagas nos presídios cai e com isso surge a superlotação que vem sendo um grande problema jurídico-social. Por isso é de extrema importância discutir e debater a questão da função social do Estado em decorrência da superlotação.

O Estado falha no seu objetivo como garantidor na assistência judiciária, os presídios mais parecem um lixão onde ao invés de lixo se descartam seres humanos, diante dessa cena encontramos uma estrutura ineficaz que não cumpre com seu real intuito que é o de recuperar os apenados. O sujeito em sua volta a sociedade não tem nenhuma perspectiva de vida, pois suas oportunidades de reinserção são mínimas.

Espera-se que este artigo seja de extrema importância e traga aos leitores uma compreensão sobre a função da pena, é uma questão jurídico-social de grande valia demonstrar a sociedade os graves problemas do Sistema Prisional, não é só o caso de punir o transgressor, mas sim o dever do Estado de recuperar o apenado para que ele não transgrida e volte a cometer outros crimes.

É de grande importância seguir os princípios informadores da pena, mesmo que o condenado esteja recluso à necessidade de se obedecer há Constituição e os Direitos Humanos de cada indivíduo.

2 ASPECTOS GERAIS DA PENA

Conforme leciona Rogerio Greco:

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*. (GRECO, 2014, p. 477).

Ainda, pelas palavras de André Estefan e Victor Eduardo Rios Gonçalves no livro *Direito Penal Geral Esquematizado* (2016, p. 509) a pena é a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação ou restrição de bens jurídicos determinada pela lei, cuja finalidade é a readaptação do convívio social e a prevenção em relação à prática de novas infrações penais.

Portanto, a pena é a consequência jurídica do delito e dela extrai-se quatro fundamentos: a retribuição ou o castigo ao transgressor pelo mal praticado (sanção), a prevenção geral de modo a intimidar toda sociedade

a não praticar crimes, a prevenção especial que tem por objetivo intimidar o autor do crime para que ele não venha cometer outro delito, a readaptação que busca a reeducação e a reabilitação do criminoso ao convívio social e, por fim, o fundamento reparatório, consistente em recompensar a vítima ou seus parentes pelas consequências advindas da prática do ilícito penal.

Em seu artigo 32, incisos I, II e III do Código Penal Brasileiro, são apontadas as espécies de penas existentes no ordenamento jurídico do país, sendo elas: privativas de liberdade (art. 33, CP), restritivas de direito (art. 43, CP) e pena de multa (art. 49, CP).

2.1 CARACTERÍSTICAS DA PENA

Existem alguns princípios que são relacionados às penas, sendo eles: o da legalidade previsto expressamente no art. 15, XXIX, CF e no art. 1º CP que estabelece “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem previa cominação legal”. O princípio da humanização, que enumera as penas vedadas pela Constituição Federal assim como expõe o art. 5º, XLVII da Constituição Federal.

Art. 5º, XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Rege-se ainda o princípio da pessoalidade ou intranscendência que diz que a pena aplicada só pode ser cumprida pelo réu condenado não podendo ser transferida a um sucessor ou coautor do delito (Art. 5º, XLV, CF). O princípio da proporcionalidade em que deve haver correspondência entre a gravidade do ilícito praticado e a sanção a ser praticada.

Por fim, tem-se o princípio da individualização da pena em que, nos termos do art. 5º, XLV, CF a lei deve regular a individualização da pena de acordo com a culpabilidade e os méritos pessoais do acusado e o princípio

da inderrogabilidade que estabelece que o juiz não pode deixar de aplicar a pena ao réu considerado culpado, salvo nas exceções previstas em lei (perdão judicial).

2.2 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA PENA

A primeira legislação que passou a vigorar no Brasil, quando da sua descoberta foram as ordenações Afonsinas, as mesmas que eram aplicadas em Portugal. Sua importância serviu apenas para elaboração das ordenações Manuelinas, que ficou pronta definitivamente em 1521. Essa nova codificação assim como sua antecessora não teve aplicação, e sendo revogadas em 1603, entrando em vigor o Código Filipino, ordenado pelo rei D. Felipe III na Espanha e II em Portugal.

As condições pessoais do réu tinham uma grande relevância para determinar o grau de punição, pois os indivíduos de classes sociais inferiores, ficavam reservados às punições mais severas, já à nobreza, ficavam lhes garantido certos privilégios. Essas distinções ainda eram relevantes no que diz respeito ao sexo do réu (BUENO, 2003, p. 144).

Em 1822, quando o Brasil conquistou sua independência de Portugal teve início o período imperial. Aguardaram a elaboração de um novo código para que depois fossem revogadas as Ordenações Filipinas. Nesta nova fase ocorreu uma reestruturação de valores sociais, humanos e políticos.

Foi outorgada em 1824 a primeira Carta Constitucional que determinou a organização de um Código Criminal abolindo as penas cruéis, conforme se extrai dos ensinamentos de René Ariel Dotti:

(...) abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis; proibiu o confisco de bens e a declaração de infâmia aos parentes do réu em qualquer grau; proclamou que nenhuma pena passaria da pessoa do delinqüente e que „as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação

dos réus, conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes. (DOTTI, 1988, p. 50).

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

O Brasil com o golpe militar de Marechal Deodoro da Fonseca em 1889 se tornou República.

O decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, convolou o projeto no “Código Penal dos Estados Unidos do Brasil”. Este novo Código possuía penas mais brandas, e com caráter de correção. Um ano depois a Constituição foi promulgada, abolindo algumas penas impostas pelo atual Código Penal. Diante de tantas modificações, a pena ainda conservava seu caráter “instrumental tanto de prevenção quanto de repressão e dominação social” (SCHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 41).

Fez-se necessário algumas atualizações com a promulgação da Constituição Federal de 1988, das modificações sofridas por esta Lei, destacam-se as regras para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

O caráter da pena e sua função social sofreu uma grande evolução, existem dúvidas sobre o verdadeiro cunho da pena, mesmo depois de tanta evolução ela não se mostra eficaz na sua função jurídico-social.

3 TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É de grande importância uma breve explicação sobre as Teorias da pena para que se possa entender a sistemática do jus puniendi. De um lado a teoria absoluta também denominada de retributiva, de outro, a teoria relativa ou preventiva e também a teoria mista, unificadora ou eclética.

3.1 TEORIA ABSOLUTA OU RETRIBUTIVA

Para a teoria absoluta ou retributiva a pena é uma forma que o Estado tem de retribuir ao infrator o mal causado pela conduta ilícita. A pena retributiva não é uma forma de reparar o dano e muito menos de ressocializar o condenado, mas sim uma doutrina unicamente social-negativa. Não se fala em imposição de trabalho ou em reeducação, mas sim, de castigar, punir.

Haroldo Caetano e Silva, ao lecionar sobre a execução penal, afirma:

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma (SILVA, 2002: p. 35).

Segundo os ensinamentos de Romeu Falconi:

Para os clássicos, a pena tem finalidade de “RETRIBUIÇÃO”. É uma forma de corrigir o mal causado mediante a aplicação de outro mal ao criminoso. São chamadas as teorias “absolutas”. Partindo-se da premissa de que o homem é detentor do “livre arbítrio”, sendo por isso moralmente responsável (responsabilidade moral), se ele descumpre ou infringe, terá contra si a pena, que funciona como retribuição ao mal causado (FALCONI, 2002, p. 249).

3.2. TEORIA RELATIVA OU PREVENTIVA

Para ela, pouco importa a punição (retribuição), diversamente da outra a teoria relativa tem por propósito prevenir a ocorrência de novas

infrações penais. Essa teoria subdivide-se em Teoria Preventiva Geral e Teoria Preventiva Especial.

A Preventiva geral está direcionada ao controle da violência, de maneira que a ameaça de uma pena funcione como um exemplo para intimidar os demais indivíduos para que eles não venham a delinquir (composição estrita ou negativa), e, por outro lado, atue como uma maneira de educar a sociedade e reforçar a consciência e sua confiança no Direito (concepção ampla ou positiva).

Já a Preventiva especial está direcionada diretamente ao condenado, castigando com uma pena para que não cometa mais nenhum crime, diferentemente da prevenção geral em virtude de que o fato não se dirige a coletividade. Subdivide-se em positiva e negativa. A positiva busca a ressocialização do condenado, de educar o criminoso incidindo na sua personalidade. A Negativa busca neutralizar a possível nova ação do criminoso, enquanto estiver preso, não poderá praticar nenhum crime.

3.3 TEORIA MISTA, UNIFICADORA OU ECLÉTICA

O terceiro grupo de teorias a respeito da pena trata-se de uma síntese das duas teorias referidas anteriormente. Busca que a pena seja capaz de retribuir ao condenado todo o mal por ele praticado, deseja ao mesmo tempo reprovar a conduta do agente delitivo e prevenir a prática criminosa. Esse é a teoria adota atualmente pelo Brasil.

Noronha também leciona que:

As teorias mistas conciliam as precedentes. A pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins da reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária (NORONHA, 2000, p. 223).

Romeu Falconi também ensina os fundamentos da teoria mista ou eclética:

Os adeptos das teorias denominadas UNITÁRIAS utilizam-se de alguns dos pressupostos de cada uma das Escolas anteriormente referidas. Para estes, o ideal é a pena de duplo escopo, visando ao reaproveitamento social daquele que um dia delinuiu. A isso chamamos de “teorias mistas”. Aceitam a pena como “retribuição”, pois o criminoso praticou ato lesivo; não citam a pena apenas como “prevenção”, mas como meio próprio de reeducação do criminoso (FALCONI, 2002, p. 250).

E ainda, Paulo S. Xavier de Souza relata que esta teoria atua como uma forma de orientação para os fins da pena, e afirma que:

A teoria mista permitiria orientar, sucessivamente, os fins da pena estatal para a proteção da sociedade, fidelidade ao direito, retribuição da pena como um mal moral em resposta à violação do preceito normativo, proteção de bens jurídicos, intimidação dos potenciais infratores, bem como a ressocialização do delinqüente. Esta concepção aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critério limitadores da intervenção penal e da sanção jurídico-penal, onde a punição não deve ultrapassar a responsabilidade pelo fato criminoso, devendo-se também alcançar os fins preventivos especiais e gerais. (SOUZA, 2006, p. 85)

4 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

No decorrer da evolução da pena surgiram varias teorias filosóficas e religiosas que buscavam explicar sua aplicação. No entanto, apenas por volta do século XVIII começou a surgir os primeiros sistemas penitenciários.

4.1 SISTEMA PENSILVÂNICO OU FILADÉLFICO

Esse sistema foi inaugurado em 1790 na prisão de *Walnut Street Jail* e, depois, implantado nas prisões de *Pittsburgh* e *Cherry Hill*.

Também conhecido como Belga ou Celular, o preso era recolhido a sua cela, isolado dos demais, não podendo trabalhar ou mesmo receber visitas, sendo estimulado ao arrependimento pela leitura da Bíblia, para que o condenado pudesse se arrepender do delito praticado e alcançar o perdão da sua conduta, reprovável perante a sociedade e o Estado.

“Esse sistema recebeu inúmeras críticas, uma vez que, além de extremamente severo, impossibilitava a readaptação social do condenado, em face do seu completo isolamento (GRECO, 2014, p. 486).”

Cezar Roberto Bittencourt, afirma sobre o Sistema Filadélfico ou Pensilvânico que:

Já não se trataria de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas de um eficiente instrumento de dominação servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais. (BITENCOURT, 2000, p. 94).

4.2 SISTEMA AUBURNIANO

O Sistema Auburniano assim ficou conhecido em virtude de uma penitenciária que foi construída na cidade de Auburn no Estado de Nova York em 1818. Esse Sistema foi menos rigoroso que o Sistema Pensilvânico, pois, permitia o trabalho dos presos em grupos.

Uma das características principais do Sistema Auburniano diz respeito ao silêncio absoluto que era imposto aos presos, razão pela qual também ficou conhecido como *silente system*.

O sistema foi um fracasso, conforme esclarece Bittencourt:

Uma das causas desse fracasso foi a pressão das associações sindicais que se opuseram ao

desenvolvimento de um trabalho penitenciário. A produção nas prisões representava menores custos ou podia significar uma competição ao trabalho livre. Outro aspecto negativo do sistema auburniano – uma de suas características – foi o rigoroso regime disciplinar aplicado. A importância dada à disciplina deve-se, em parte ao fato de que o silent system acolhe, em seus pontos, estilo de vida militar. [...] se criticou, no sistema auburniano, a aplicação de castigos cruéis e excessivos. [...] No entanto, considerava-se justificável esse castigo porque se acreditava que propiciaria a recuperação do delinqüente. (BITENCOURT, 2000, p. 96).

4.3 SISTEMA PROGRESSIVO

Surgido no século XIX na Inglaterra e posteriormente sendo adotado pela Irlanda, o Sistema Progressivo era realizado em três estágios: 1) Isolamento celular diurno e noturno, 2) Trabalho em comum sob regra de silêncio e, 3) Liberdade condicional.

O sistema Irlandês, posteriormente, acrescentou mais uma fase: 1) Reclusão celular diurna e noturna, 2) Reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum, 3) Período intermediário e, 4) Liberdade condicional.

Sua principal preocupação era propiciar uma gradual adaptação do recluso a vida fora das penitenciárias, estipulando a progressão do cumprimento das penas, a ser realizado com base nos três estágios que foram citados acima. O último estágio, permitia o livramento condicional. Esse sistema é aplicado no Brasil.

5 RESSOCIALIZAÇÃO

Sendo a aplicação de uma sanção em resposta ao cometimento de um delito tipificado em lei específica, uma das premissas do Direito Penal, a pena, por muitos anos, possuiu o caráter de repressão. Apenas posteriormente ela ganhou a função preventiva, de forma que se tenta fazer com que o delinqüente não volte a delinquir.

Neste diapasão, preleciona Cesare Beccaria em seu livro *Dos Delitos e das Penas*:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida (BECCARIA, 1997, p. 27).

Pórem, após inúmeras discussões, observou-se que mesmo a pena tendo uma função preventiva, o delinquente, ao voltar a vida social, voltava a delinquir. Entendeu-se, pois, que não bastava apenas a aplicação de uma sanção como uma forma de "castigo", mas que era necessário punir o infrator visando a sua ressocialização e reinserção ao meio social.

O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, por exemplo, divulgou em 2008 que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime chegava a 70% ou 80% conforme a Unidade da Federação (UF). (IPEA, 2015, p. 11).

O relatório de pesquisa ainda informa:

“Embora considerada uma das legislações mais modernas do mundo, a LEP brasileira enfrenta obstáculos na aplicação de muitos de seus dispositivos. A legislação tenta, de um lado, garantir a dignidade e a humanidade da execução da pena, tornando expressa a extensão de direitos constitucionais aos presos e internos, e, de outro, assegurar as condições para a sua reintegração social.” (IPEA, 2015, p. 13).

Nesse sentido, é predominante a opinião no sentido que as prisões brasileiras são incapazes de ressocializar o condenado e, que, além disso, é preciso que a sociedade desmistifique essa ideia de pena como castigo e passe a entendê-la como reeducação e reinserção do preso na

sociedade, fazendo com que ele efetivamente aprenda com o erro cometido e não volte a cometê-lo.

No Brasil, a função ressocializadora da pena pode ser observada através da concessão progressiva de privilégios ou liberdades e trabalhos sociais, para que o criminoso possa, aos poucos, readquirindo a confiança do Estado e da sociedade, assegurando, mediante sua conduta, que está apto ao convívio social novamente.

Outra alternativa, diferente dos privilégios que podem ser concedidos com a ressocialização, seria a aplicação da justiça restaurativa, que consiste em um processo colaborativo voltado para resolução de um conflito caracterizado como crime, que envolve a participação maior do infrator e da vítima.

Conforme leciona Masson:

A justiça restaurativa tem como principal finalidade, portanto, não a imposição da pena, mas o reequilíbrio das relações entre agressor e agredido, contando para tanto com o auxílio da comunidade, inicialmente atacada, mas posteriormente desempenhando papel decisivo para a restauração da paz social (MASSON, 2010, p. 535).

6 CONCLUSÃO

Ao fim deste estudo, o presente trabalho proporcionou compreender que apesar do Direito Penal adotar a Teoria Mista que consiste na retribuição ao condenado de todo mal por ele praticado através da pena, esta apresenta várias falhas.

Pesquisas estáticas mostraram que o nível de reincidência no país é elevadíssimo, seguindo sentido contrário à função social da pena, que consiste na reeducação e reinserção do condenado à vida fora da penitenciária. Problema esse que deve ser resolvido pelo Estado, analisando de forma precípua os princípios constitucionais, principalmente, a dignidade da pessoa humana, a partir de métodos como a justiça restaurativa, que vem crescendo de forma gradativa no país.

Portanto, além da participação do Estado, é necessário que a própria sociedade se desfasa da ideia de que o condenado deve ser excluído na sociedade, e adote o pensamento da ressocialização, garantindo que a função social da pena seja efetivamente aplicada, para que assim, o condenado esteja apto para retornar ao convívio da sociedade, saindo completamente do meio criminal existente, ainda, em forte escala, no país.

REFERÊNCIAS

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-importancia-da-pena-e-a-sua-funcao-ressocializadora,54270.html>

<https://jus.com.br/artigos/33578/o-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-presos>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8275

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,funcao-social-da-pena-na-atual-legislacao-brasileira-especies-e-finalidades,41488.html>

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3589/3346>

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2428/1952>

<https://jus.com.br/artigos/32353/a-parceria-publico-privada-em-estabelecimentos-penitenciarios-no-brasil>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teorias-da-pena-e-sua-finalidade-no-direito-penal-brasileiro>

<https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/147934870/das-teorias-da-pena-no-ordenamento-juridico-brasileiro>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12621

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>

SILVA, Haroldo Caetano da, Manual de Execução Penal, 2º edição, Ed. Bookseller, Campinas, 2002: P. 35.

FALCONI, Romeu, Lineamentos de Direito Penal, 3º edição, São Paulo: editora Ícone, 2002.

NORONHA, M. Magalhães, Direito Penal, volume 1, 35º edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 223.

SOUZA, Paulo S. Xavier, Individualização da Penal: no estado democrático de direito, porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 85.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000.

MASSON, Cleber. **Direito Penal- Parte Geral- Vol 1.** São Paulo: Método, 2010.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. De Flório de angelis. Bauru, Edipro, 1997.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 476 p.

GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal, parte geral, V.1, quinta edição, p. 542, 556 e 571. 2005.

DOTTI, René Ariel. Bases alternativas para o sistema de penas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BUENO, Eduardo. Brasil: uma História - a Incrível Saga de um País. São Paulo: Ática, 2003.

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO BAIXA RENDA NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-RECLUSÃO

GLAUCIENE DA MOTA BARROS CAETANO:
Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

LUIZ RODRIGUES ARAÚJO FILHO

(Orientador: Prof. Me)

RESUMO: Esta produção apresenta uma análise da constitucionalidade do requisito baixa renda na concessão do benefício de auxílio-reclusão. Para tal realiza um levantamento histórico das políticas públicas do Estado, e ainda o papel da igreja ao longo da história no assistencialismo. Este trabalho apresenta os requisitos para a concessão do auxílio-reclusão, discute as atuais regras que garantem esse direito aos beneficiários, com destaque especial para a Constituição Federal, que tem a previsão desse benefício, e a Lei nº 8.213/1991, que o regulamenta. Nesse viés deixa-se demonstrado a jusfundamentalidade do benefício auxílio-reclusão, a partir do estudo da Teoria do Mínimo Existencial e do Risco Social, que são base para concessão do benefício em comento, faz-se aqui uma discussão do benefício frente a Dignidade da Pessoa Humana, princípio fundamental do Estado Brasileiro. Trata também, das alterações na concessão do auxílio-reclusão trazidas pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998. Por fim, conclui-se que a referida Emenda é inconstitucional, pois leva em consideração, no momento da concessão do benefício de auxílio-reclusão, a renda do segurado preso, e não a do beneficiário.

Palavras-Chave: Auxílio-Reclusão, Baixa Renda, Constitucionalidade, Contribuinte, Emenda Constitucional nº 20/1998.

ABSTRACT: This production presents an analysis of the constitutionality of the low income requirement in granting the benefit confinement-assistance. For this realization a historical survey of public policies of the State, and still the role of the church throughout history without assistance. This paper presents the requirements for the granting of confinement-assistance, discusses the current rules that guarantee this right to beneficiaries, with special emphasis on the Federal Constitution, which provides for this benefit, and Law No. 8.213 / 1991, which regulates it. This bias

demonstrates the jusfundamentality of the confinement-assistance benefit, based on the study of the Theory of Existential Minimum and Social Risk, which are the basis for granting the benefit in question, here is a discussion of the benefit against the Dignity of the Human Person, the fundamental principle of the Brazilian State. It also deals with the changes in the granting of confinement-assistance brought by Constitutional Amendment No. 20 of 1998. Finally, it is concluded that this Amendment is unconstitutional, since it takes into account the income of the insured inmate, and not that of the beneficiary, at the time of granting the confinement-assistance.

Keywords: Confinement-Assistance, Low Income, Constitutionality, Taxpayer, Constitutional Amendment No. 20/1998.

SUMÁRIO: 1 CONTEXTO HISTÓRICO. 1.1 A ENCÍCLICA PAPAL RERUM NOVARUM. 2 REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-RECLUSÃO. 2.1 A JUSFUNDAMENTALIDADE DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO. 2.2 TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DO RISCO SOCIAL. 3 ANÁLISE DA ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL DA EMENDA Nº 20/1998 14. 3.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO BAIXA RENDA. 3.2 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. ABSTRACT.REFERÊNCIAS.

1 CONTEXTO HISTÓRICO

O Estado, ao longo dos anos, tem se mostrado preocupado com as políticas públicas e sociais de assistencialismo, tendo em vista seu papel de garantidor dos direitos fundamentais do indivíduo.

Para Niluk (2014, *online*) gerir os direitos fundamentais dos cidadãos passou a ser preocupação do governo. Em 1883, na Alemanha por meio da iniciativa do “Chanceler de Ferro” Otto Von Bismarck, foi estatuído o primeiro sistema de seguridade social devido à necessidade de progresso industrial e ideias socialistas.

Em 1891, a Igreja também se manifestou através da *Encíclica Papal Rerum Novarum*^[1], de Leão XVIII, sugerindo um sistema pecúlio com

vistas a compensar o trabalhador, que através de suas economias terem suas reservas em caso de necessidade (NILUK, 2014, *Online*).

De acordo com Paiva (2014, p. 121) em 1960 a política de auxílio do indivíduo privado de sua liberdade em razão de crime por ele praticado, foi estatuída no Brasil, por meio da Lei nº 3.807/1960, denominada “Lei Orgânica da Previdência Social”. Essa lei tinha o objetivo de garantir aos dependentes do segurado, que teve ceifada sua liberdade, e encontravam-se cumprindo penas em regime aberto, semiaberto ou fechado.

Segundo Dantas e Rodrigues (2009, apud PAIVA, 2014, p.121) “o auxílio-reclusão é o único benefício, nesses moldes, conhecido no mundo”.

Com o advento da Lei de Execução Penal em 1984 (LEI Nº 7.210/1984) vários direitos dos presos tiveram salvaguarda legal, como por exemplo, à integração social, a garantia à alimentação, ao trabalho, à saúde, à assistência e também à previdência social.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988 o benefício previdenciário de auxílio-reclusão passou a possuir *status* de norma constitucional, sofrendo algumas modificações com a Emenda Constitucional nº 20 de 1998, que alterou o art. 201, inciso IV, *ipsis litteris*:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

A referida Emenda Constitucional configurou novas regras para concessão do benefício, estabelecendo que apenas aqueles que se encontrem na condição de segurado, e que se enquadrem como baixa renda, fossem contemplados, sendo o recurso destinado apenas às pessoas presas consideradas extremamente pobres.

Entretanto, observa-se que a Emenda não definiu parâmetros para a categoria baixa renda, definindo apenas o teto para ter acesso ao benefício, que é atualizado anualmente pelos mesmos índices de reajustes dos benefícios da previdência social por meio de portarias interministeriais do Ministério da Previdência Social.

Como o requisito da baixa renda restringiu o direito de recebimento do benefício pelos que contribuem acima do teto fixado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS, várias ações judiciais foram interpostas, arguindo que não ficou expressamente estabelecido, se a baixa renda tem referência o segurado ou seus dependentes.

O entendimento do Ministro Cezar Peluso no julgamento do Recurso Especial nº 587.365/SC foi que o benefício de auxílio-reclusão se destina à sobrevivência dos dependentes e, por isso, o que deve ser verificado para a concessão é a renda familiar. “Se o segurado tiver baixa renda, mas seus dependentes não necessitem de auxílio nenhum, o benefício perde a razão de ser”.

Todavia, o entendimento majoritário doutrinário e jurisprudencial têm se firmado no sentido de que a definição de renda, para fins de concessão do benefício de auxílio-reclusão que deve ser considerada no ato da concessão do benefício é a da pessoa segurada e não a dos dependentes (RAUPP, 2009, p.67).

Para melhor compreensão do funcionamento desse benefício, é necessário fazer uma análise acerca de sua caracterização, importância, limitação e fundamentação. Isso será feito nas próximas seções.

1.1 A ENCÍCLICA PAPAL *RERUM NOVARUM*

Na Carta Encíclica Papal *Rerum Novarum* (das coisas novas) Papa Leão XIII tutela os direitos fundamentais do trabalhador: salário justo, carga de trabalho das mulheres e crianças compatíveis com suas capacidades, repouso dominical e a limitação das horas de trabalho.

Além de apresentar questões sobre a revolução industrial e as sociedades democráticas no final do século XIX, a encíclica também discutiu as relações entre o governo, o trabalho e a Igreja. E sobre alguns

princípios inerentes à justiça, e a intervenção do Estado na economia em defesa dos menos favorecidos.

A igreja se manifesta, à luz do evangelho, dos ensinamentos cristãos e do documento *Rerum Novarum*, a fim de apresentar soluções para os problemas sociais vividos pela humanidade, pois a competência da Igreja em anunciar os princípios morais, ainda que referente à ordem social, e pronunciar-se a respeito de qualquer questão humana, enquanto o exigirem os direitos fundamentais da pessoa humana ou a salvação das almas. (PONTIFÍCIO CONSELHO, 2004).

Pela relevância pública do tema, após cem anos de publicação da primeira encíclica social da Igreja, em 1991, assinada pelo Papa Leão XIII, o S. Padre Papa João Paulo II se manifestou em favor da *Rerum Novarum*, pois o documento despertou os católicos e o mundo para a procura de mais justiça e fraternidade. A encíclica abriu o caminho aos sucessivos pronunciamentos da Igreja sobre a questão social (A ENCÍCLICA RERUM NOVARUM, 1991, *oline*).

Tal documento foi tido como revolucionário na sua época e teve adesão de autoridades eclesiais do mundo inteiro, com o objetivo de defender os interesses dos operários, rechaçando o capitalismo liberal e reforçando o dever do estado de manutenção da previdência social.

[...] a autoridade pública deve também tomar as medidas necessárias para salvaguardar os interesses da classe operária. Se ela faltar a isto, violará a estrita justiça, que quer que a cada um seja dado o que lhe é devid (A ENCÍCLICA RERUM NOVARUM, 1991, *oline*).

Na linha central da encíclica, constam obrigações como a necessidade de se pagar salário justo ao trabalhador, bem como vislumbra a economia como conciliação das classes. Salário justo é entendido pelo Pontífice como aquele que garante ao operário condições de vida digna, adequada condição de subsistência familiar:

O operário que perceber um salário suficiente para ocorrer com desafogo às suas necessidades e às da

sua família, se for prudente, seguirá o conselho que parece dar-lhe a própria natureza. (CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM, 1891, *Online*, nº 28).

Neste sentido, observa-se que a preocupação por parte da igreja em prover subsistência para as famílias remota de longa data, e que embora as circunstâncias se atualizem, continua patente a ideia que tendo os operários cumprido suas obrigações trabalhistas cabe ao Estado devolver por meio de benefícios seus recolhimentos para atender suas necessidades.

Feito esse breve histórico, na seção seguinte, esta produção detalhará os requisitos bem como os fundamentos jurídicos do benefício de auxílio-reclusão, que, como já visto acima, tem base histórica tanto na igreja quanto no próprio Estado.

2 REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-RECLUSÃO

Com vistas a garantir a subsistência familiar, o auxílio-reclusão é devido ao dependente do segurado detento ou recluso, que teve sua liberdade mitigada em razão de ato delituoso que tenha cometido, e que o último salário de contribuição seja igual ou inferior a R\$1.292,43 (um mil, duzentos e noventa e dois reais e quarenta e três centavos)[2].

De acordo com Tavares (2014, p. 209) não terá direito ao auxílio-reclusão os dependentes daqueles que ainda que presos receber remuneração da empresa ou estiver em gozo de auxílio doença ou aposentadoria.

Além da Previsão Constitucional, o auxílio-reclusão possui também disposição expressa no art. 80 da Lei nº 8.213/1991, *in verbis*:

Art. 80 - O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.

Para Eduardo (2013, p. 457), o pressuposto para a concessão do benefício são os fatos geradores recolhimento do segurado à prisão e baixa renda.

Da leitura do texto legal se conclui que o benefício será destinado aos dependentes do segurado preso que devem apresentar à Previdência Sociais, atestados ou certidões emitidas por autoridade competente que comprovem a continuidade da prisão.

Essa exigência faz-se necessária, para que alimentando os dados cadastrais do benefício social, ocorra a verificação de vínculos trabalhistas, e evite fraudes, uma vez que o cumprimento da pena pode não impedir que o segurado exerça trabalho remunerado, desta forma injustificando o recebimento desse.

Essa apresentação de certidão é realizada, para caso seja posto em liberdade condicional, fuja da prisão ou passe a cumprir pena em regime aberto, o benefício seja encerrado. E com a morte do segurado o benefício é convertido em pensão nos termos do art. 15, inciso IV, da Lei nº 8.213/1991.

A duração do benefício em relação ao conjugue/companheiro pode variar de acordo com a idade desse, e com o tempo de contribuição do segurado à previdência.

Quando ocorre até 18 meses de contribuição, o benefício tem duração de quatro meses, caso ultrapasse esse tempo o auxílio se estende de acordo com a idade do dependente na data da prisão do contribuinte (LEI Nº 8.213/1991).

Essa duração é também modificada com a adesão de um novo estado civil do recluso nos últimos dois anos. Já em referência aos

descendentes, o benefício é devido até os 21 anos de idade ou vitalício em caso de invalidez.

A cota do auxílio-reclusão deve ser dividida igualmente entre os dependentes, porém, quando atingem maioridade, é redistribuída aos demais.

De acordo com Tavares (2014, p. 209-210) o auxílio-reclusão é incompatível com a prisão processual civil, e o valor do benefício corresponde à integralidade do salário de benefício.

2.1 A JUSFUNDAMENTALIDADE DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO

O fundamento deste benefício, segundo PAULA (2016, p. 237) está em amparar a família do segurado que devido recolhimento à prisão deixou de trabalhar e prover a subsistência de sua família. É o efetivo atendimento das necessidades básicas e essenciais dos seus dependentes, evitando muitas vezes o risco social por conta da perda da renda.

E como o sistema penitenciário do Brasil não oferece mecanismos de ressocialização, o meio de coerção é parcialmente eficaz, pois tem trazido doenças físicas e mentais, de forma que após o cárcere o preso traz maiores problemas para a sociedade.

De acordo com o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS, de 1946 o conceito de saúde não se limita à ausência de doenças, mas é a saúde:

um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

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.

É evidente que se sua condição econômica for comprometida poderão desencadear outros problemas, daí a necessidade de intervenção do Estado em prover o equilíbrio financeiro e social para que não fiquem desamparados seus dependentes até que ele reestabeleça a condição de prover novamente suas subsistências.

A segurança social é uma prestação fundamental estatuída internacionalmente em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH^[3] que apresenta um rol de prestações fundamentais ao indivíduo, elencadas e discutidas a seguir:

Art. XXIII, 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentará se necessário, outros meios de proteção social.

Art. XXV, 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Ainda que o contribuinte usufrua indiretamente o benefício por meio de seus dependentes, isso o deixa em uma situação mais confortável, pois o auxílio representa uma contraprestação àquele que se encontra incapaz de prover sustento à sua família, devido ter cumprido regularmente sua responsabilidade fiscal junto à previdência social.

Chies e Passos^[4], em pesquisa realizada em 2012, concluíram que a tendência de ser o auxílio-reclusão alvo de tantas críticas é resultado de um populismo punitivo construído socialmente e sustentado pelas principais instituições sociais, aliado à falta de informação das pessoas quanto aos pormenores do benefício.

As sanções aplicadas ao preso não podem ser estendidas aos seus dependentes, pois além de não terem cometido os crimes, não são culpados pelo baixo nível de informação da maioria da população em relação a este benefício e nem da imposição estatal sobre eles.

O princípio da personalidade da pena, previsto no art. 5º, XLV, da CRFB de 1988 e no Item 3 do Art. 5 da Convenção Interamericana de

Direitos Humanos – CIDH, diz que somente ao condenado deve ser responsabilizado pelo crime e obrigado a cumprir pena por isso, resguardando a integridade dos seus familiares.

Mas essa proteção aos dependentes fica desassistida por conta do risco social que representam, tendo em vista que com o segurado preso ocorre a perda do suporte financeiro, cabendo ao Estado a continuidade de sua manutenção.

2.2 TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DO RISCO SOCIAL

A seguridade social objetiva a proteção social, com vistas a garantir os direitos mínimos sociais para que todos sobrevivam com dignidade.

Nesse contexto, Canotilho (2010, p. 18), diz que tal princípio fundamenta o Estado Social e significa justamente uma postulação de garantia e do reconhecimento de direitos sociais, tendo por definição:

[...] uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma justiça constitucional nas vestes de uma justiça social.

É tão importante que é consagrado pela Doutrina como sendo o núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, III da CRFB.

A garantia do mínimo existencial refere-se a um mínimo de condições oferecidas pelo Estado a que todo indivíduo tem direito, a fim de promover qualidade de vida e desenvolvimento humano. Para Torres (2009, p. 20) “deve ser mensurada pela garantia dos mínimos sociais e das prestações positivas de justiça distributiva ligada à educação, saúde, moradia e demais direitos sociais”.

Dessa forma, o contribuinte deve ter o retorno de todo o período em que contribuiu para manutenção do sistema, pois além da situação de vulnerabilidade em que se encontram - o cárcere, são estereotipados pela

sociedade que não consideram possível a reinserção e reintegração social do preso.

3 ANÁLISE DA ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL DA EMENDA Nº 20/1998

A Emenda Constitucional nº 20/98 consubstanciou novas regras de concessão do benefício auxílio-reclusão, enquadrando apenas os dependentes dos segurados de baixa renda, conforme estabelecido nas leis a seguir:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

IV - salário família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

Já que o Regime Geral de Previdência Social – RGPS nos planos de previdência social, mediante contribuição deverão atender essa demanda, torna-se fundamental analisar como parte dos contribuintes fica desassistida dessa política, é o caso do contribuinte de renda superior à estabelecida pelo Regime.

De acordo com Ibrahim (2014, p. 686) A limitação deste benefício aos dependentes do segurado de baixa renda à percepção desta prestação, trazida pela emenda em epígrafe, foi de extrema infelicidade, pois excluiu da proteção diversos dependentes, cujos segurados estão fora do limite de baixa renda. Tais dependentes poderão enfrentar situação difícil, com a perda da remuneração do segurado.

Para Ibrahim (2014, p. 686), essa alteração é inconstitucional, haja vista gerar uma diferenciação desprovida de qualquer razoabilidade, pois o segurado, mesmo com remuneração vultuosa, poderá deixar a família em situação de necessidade mais gravosa do que outra família, mais humilde, mas que tenha outras fontes de renda. Para piorar, a inércia legislativa em disciplinar conceito derradeiro de baixa renda provoca, como se percebe com facilidade, discrepância ainda maior, possibilitando que dependentes percam o benefício por centavos ou mesmo pelo fato do segurado ter sido

preso no mês de férias, no qual recebe, além do salário, mais 1/3 do adicional constitucional o que não raramente produz resultado maior do limite vigente.

Tendo em vista que o dependente desse contribuinte necessita de manutenção da vida, saúde e bem estar, e que embora não esteja dentro dos padrões de baixa renda carece de suprimento de suas necessidades, isso se faz objeto de estudo no presente trabalho.

Contudo, relevante é analisar que a Emenda deixou descoberta uma grande parcela da população contribuinte, pois reflete diretamente em seus direitos previdenciários, civis e naturais.

Essa restrição expressa a redução de direitos dos contribuintes com renda superior à estabelecida, representa a perda do retorno do seguro em sua integralidade.

3.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO BAIXA RENDA

Para Raupp (2009, p. 68), a proteção social dirigida aos dependentes de segurado recolhido à prisão é direito fundamental previsto na Constituição, a ser amparado pelo sistema previdenciário.

Contudo, percebe-se a inconstitucionalidade da Emenda nº 20, que exclui os dependentes do segurado cuja renda ultrapasse determinado valor, dessa proteção social.

E que independente da renda que o Segurado detenha, a condição de contribuinte e recluso é a mesma, sendo ele carente ou abastado, seus dependentes necessitam também de manutenção.

Daí a necessidade da ampliação da norma, pois não é igualitário deixar desamparados os dependentes de segurado impedido de trabalhar só porque auferiu renda superior ao limite legal.

Em contraposição à pensão por morte essa assistência seria devida, pois diz respeito à substituição da renda do segurado ausente, já que para este é assistido independente renda auferida.

Caso o pagamento de pensão por morte aos dependentes do segurado fosse apenas para os dependentes baixa renda as famílias detentoras de melhor nível econômico não seriam também contempladas.

Neste contexto, o desamparo será o mesmo caso os dependentes não auferirem renda própria, além de que possuir renda superior a estabelecida pela previdência social não significa que seus dependentes tenham garantida a sua subsistência.

O objetivo da seguridade social de universalidade da cobertura e do atendimento foi suprimido, (art. 194, parágrafo único, I, da Constituição da República), pois excluiu da proteção social parte dos que dela necessitam.

A questão em epígrafe encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal, sendo reconhecida como matéria de repercussão geral, objeto da Súmula nº 5:

(RE 587.365-SC, Relator Min. Ricardo Lewandowski). Ementa: CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIOS. AUXÍLIO-RECLUSÃO. RENDA A SER CONSIDERADA. SEGURADO PRESO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INVIABILIDADE. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. IMPROCEDÊNCIA. INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO ANTERIOR A 03/05/2007. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 387.265/SC, sob o regime da repercussão geral, consolidou entendimento no sentido de que a renda a ser considerada para a concessão do auxílio-reclusão é a do segurado de baixa renda, e não a dos seus dependentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Embora haja esse entendimento, é importante observar que a renda do dependente é que deveria ser considerada, tendo em vista que o benefício é destinado eles, que muitas vezes se encontram em situação de vulnerabilidade sem o mantenedor, acarretando assim uma injustiça material.

3.2 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia arbitra sobre a maneira igualitária, na qual, todos devem ser tratados como iguais perante a lei. E que na aplicação da lei em epígrafe, notamos que este fundamento foi ferido, pois se a previsão é de tratamento igualitário a todos, conforme determina o art. 5º da Carta Magna, neste contexto há ocorrência de favorecimento de apenas uma classe, que é a que se enquadra dentro do critério para recebimento do benefício, ficando desassistida a classe contribuinte acima do teto estabelecido.

Os direitos e garantias individuais, considerados cláusulas pétreas não podem ser abolidos da Constituição, assim também o princípio da isonomia que tem finalidade de reduzir as desigualdades sociais ser eficaz, pois a pena não pode passar da pessoa do condenado, e quem sustenta sua família não é o Estado e sim o recluso que embora esteja impossibilitado de exercer suas atividades laborais, teve a responsabilidade de cumprir com suas obrigações fiscais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que a família do encarcerado sofre consequências prejudiciais ao relacionamento social, e que esses perdem oportunidades por possuir sobre a guarda estatal um ente aprisionado, que muitas vezes é o único provedor da subsistência familiar.

Ademais, grande parte das famílias afetadas desconhecem esse benefício poucos são os contemplados, pois o assistencialismo é limitado à classe contribuinte de um teto incomum a grande parte da população brasileira.

Mesmo tendo aumentado o número de beneficiários, nota-se também que embora uma parte da sociedade tenha sido contemplada muitos são os excluídos, pois o sistema é restrito apenas à classe contribuinte do teto apresentado como máximo.

Importante salientar que se ocorre a contribuição mesmo que a participação do repasse para segurança seja ínfimo em relação a outros no orçamento da previdência vale ressaltar que não permitir acesso a ele é invalidar os fundamentos estabelecidos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Por outro lado as políticas públicas de ressocialização do preso surtirão efeito progressivo em resposta à sociedade, pois se a família dispuser de condições mínimas de vida digna estará preparada para recepcioná-lo quando este estiver em liberdade.

REFERÊNCIAS

A ENCÍCLICA Rerum Novarum. **Revista Per (6261)**. In: de L'OSSERVATORE ROMANO, ed. francesa, 05/03/91, p.2. Disponível em: <http://www.pr.gonet.biz/kb_read.php?num=245 >. Acesso: 28 out. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF; 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

_____. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF; 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CANOTILHO, J J.G. **O Direito Constitucional como ciência de direção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade**(contributo para a reabilitação da força normativa da Constituição Social), 2010. P 18.

CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM. **Libreria Editrice Vaticana**: 1891. Disponível em:. Acesso em: 28 out. 2017.

CHIES, L. A. B.; PASSOS, R. A. **Auxílio-reclusão: a bizarra transmutação de um direito social e sua colonização perversa por um populismo punitivo**. Textos & Contextos, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 273-291, ago./dez. 2012.

Constituição da OMS (preâmbulo). Disponível em:< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS>>. Acesso em 08 abr. 2017.

DANTAS, E. de A.; RODRIGUES, E. B. de O. **Auxílio-reclusão: uma abordagem conceitual**. Informe de Previdência Social, v. 21, n. 6, p. 1-13, jun. 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário, tomo II: previdência social**. 2. Ed. São Paulo, LTr, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NILUK, Carla. **Breve histórico da seguridade e previdência social**. JusBrasil. 2014. Disponível em: . Acesso em: 28 out. 2017.

PAIVA, Juliana Medeiros. Auxílio-Reclusão: um direito restrito. **R. Katál.**, v. 17, n. 1, p. 120-129. Florianópolis: 2014. Disponível em: . Acesso em: 10 maio 2017.

PAULA, Raquel Tavares. O direito fundamental social à prestação previdenciária: a importância do auxílio-reclusão à luz do princípio da vedação ao retrocesso social. **Revista da Defensoria Pública da União/Defensoria Pública da União**. – N. 9 (jan./dez.2016). Brasília: DPU, 2016. v.; 28,cm.

PONTIFÍCIO CONSELHO. **Compêndio da Doutrina Social da Igreja**. Vaticano, 2004. Disponível: <http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/document_s/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html>. Acesso em: 28 out. 2017.

RAUPP, D. Auxílio-reclusão: inconstitucionalidade do requisito baixa renda. **Revista CEJ**, ano XIII, n. 46, p. 62-70, jul./set. 2009.

Revista Brasileira de Direito Previdenciário. v.1 (fev./mar. 2011) – Porto Alegre: Magister, 2011 – Bimestral, v.15 (jun./jul.2013).

TAVARES, Leonardo Marcelo. **Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**. 15. Ed. rev. atual. Niterói: Impetus, 2014.

TORRES, R. L. **O Direito ao Mínimo Existencial**. 2009. p. 20.

NOTAS:

[1] De acordo com Bortoli e Pereira (2014, *Online*) em 1891, o Papa Leão XIII publicou a Encíclica *Rerum Novarum*, documento que teve uma forte ingerência nas relações sociais laborais de vários países, visto que sem abandonar os dogmas e os princípios da igreja, destacou-se a premente necessidade de buscar meios alternativos para conseguir uma convivência entre o capital e o trabalho. A Encíclica em comento será mais discutida na próxima seção.

BORTOLI, Nádía Carrer de Ruman de; PEREIRA, Wander. **Uma análise da Rerum Novarum e suas influências no Direito do Trabalho**. Jus: *Online*, 2014. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/29884/uma-analise-da-rerum-novarum-e-suas-influencias-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em: 26 out. 2017.

[2] De acordo com a Portaria MF nº 8 de 13 de janeiro de 2017. Disponível em: < <http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/auxilio-reclusao>>. Acesso em: 10 maio 2017.

[3] Disponível em: . Acesso em: 14 mar. 2017.

[4] CHIES, L. A. B.; PASSOS, R. A. Auxílio-reclusão: a bizarra transmutação de um direito social e sua colonização perversa por um populismo punitivo, 2012, p. 285.

ANÁLISE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: PROJETO BRT - PALMAS

YARA COELHO DURÃES: Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Católica de Tocantins - TO.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA

(Orientadora) [\[1\]](#)

RESUMO: Este estudo apresenta uma avaliação do projeto de reestruturação do transporte público proposto pelo Município de Palmas, sendo este o BRT – Bus Rapid Transit ou transporte rápido por ônibus, bem como a análise da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em desfavor do projeto, os motivos pelos quais foi levado a se manifestar e também esclarecimentos sobre a Ação Civil Pública. Diante disso foram utilizados como material de estudo a Ação Civil Pública, Auditoria da Controladoria Geral da União, Relatório do Tribunal de Contas da União, além do Termo de Referência realizado pelo Município de Palmas, o Manual de BRT e livros sobre Ação Civil Pública. Utilizando de todo o material e analisando cada um chegou-se à conclusão de que o projeto não é o melhor a ser aplicado na cidade de Palmas em virtude de altos custos e possível dano social.

PALAVRAS – CHAVE: Corredores de ônibus; Bus Rapid Transit e Implantação em Palmas

ABSTRACT: This study presents an evaluation of the public transport restructuring project proposed by the Municipality of Palmas, being this BRT - Fast transport of buses or fast transport by bus, as well as an analysis of the Civil Public Action filed by the Federal Public Ministry in disfavor of the project, Occupied by whom he was led to manifest and also clarifications on the Civil Public Action. In view of this, experiments such as study material, Civil Public Action, Audit of the General Control of the Union, Report of the Court of Auditors of the Union, in addition to the Term of Reference made by the Municipality of Palmas, the Manual of BRT and books on Civil Public Action. Using all the material and analyzing each one came the conclusion that the project is not the best to be applied in the city of Palmas because of high costs and possible social damage.

KEYWORDS: Bus corridors; Bus Rapid Transit and Implantation in Palmas.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Gênese e Conceito da Ação Civil Pública. 2. BRT – Bus Rapid Transit. 3. Proposta de Ação Civil Pública pelo Ministério Público em desfavor do Projeto BRT –Palmas. 3.1 Apontamentos do Ministério Público sobre o Projeto BRT – Palmas. 3.2 Das decisões e sentença da Justiça Federal. 4. Apontamentos da Controladoria Regional da União do Estado do Tocantins. 5. Da manifestação do Tribunal de Contas da União sobre o Projeto BRT – Palmas. 6. Conclusão. 7. Referências.

INTRODUÇÃO

A construção de obras públicas de grandes impactos sociais, ambientais e econômicos sempre gerou discussões e questionamentos, seja pela população ou pelos órgãos da sociedade civil ou Ministério Público. Na capital do Estado do Tocantins o projeto de implantação do sistema de transporte BRT tem sido bastante polêmico o que acarretou em uma Ação civil pública. Diante disso fez-se o seguinte questionamento: A implantação do projeto BRT Palmas apresenta solução ou danos aos direitos de quem utiliza transporte público?

Interessante se fez saber em que situação se deu o surgimento da cidade de Palmas e para isso é relevante voltar no tempo para a divisão do estado do Goiás e surgimento do estado do Tocantins. O estado do Goiás era muito extenso e seu desenvolvimento se deu na região sul do estado enquanto isso a região norte ficava à margem com problemas socioeconômicos. Essa disparidade da região sul e norte gerou insatisfação o que impulsionou uma luta pela divisão entre as duas regiões. (OLIVEIRA, 1988)

O deputado Siqueira Campos em 1792 apresentou um projeto que tinha como objetivo uma nova divisão da Amazônia Legal, sendo um dos pontos de discussão a separação do Goiás e criação do Tocantins. Somente após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 é

que houve a separação legal do estado e em 1 de janeiro de 1989 foi então reconhecido o estado do Tocantins. Frente aos acontecimentos, decidiu-se que deveria ser construída uma nova cidade, localizada na região central do estado e próxima a rodovia Belém – Brasília. (PREFEITURA DE PALMAS, Diagnóstico Socioterritorial, 2015)

A construção da cidade se deu em maio do mesmo ano da criação do estado e essa se tornou capital definitiva em janeiro de 1990. A cidade é uma cidade planejada por meio de um Plano Diretor e um Projeto Piloto elaborada por Luís Fernando Cruvinel Teixeira e por Walfredo Antunes de Oliveira Filho, projeto inspirado na organização de Brasília, capital nacional. (VELASQUES, 2010).

Por ser uma cidade jovem e apesar de se tratar de uma capital planejada, Palmas já apresenta muitos problemas, sendo um deles o sistema de transporte público. Observando a deficiência no transporte público a prefeitura de Palmas por meio de um decreto atribuiu verbas do PAC (Programa de Aceleração e Crescimento) para a construção de corredores estilo BRT (Bus Rapid Transit), que como já diz o nome nada mais é que um sistema rápido de transporte coletivo.

Contudo o Ministério Público analisando o projeto observou que em tal proposta havia irregularidades e que o projeto causaria um dano a população, haja vista que ainda é muito pequena. Segundo o último censo de 2010 realizado pelo IBGE a população Palmense chega a ser somente de 228.332 (IBGE, 2010) e em virtude dessa quantidade o valor da manutenção de um sistema como o proposto seria repassado às pessoas usuárias de transporte público o que não seria vantajoso. Em razão disso o MP se manifestou propondo uma Ação Civil Pública.

A frente desses fatos foi realizada uma explanação acerca da Ação Civil pública, qual a sua importância e sua diante de uma situação como a exposta, foi apresentado o projeto BRT, suas vantagens e desvantagens e comprovação da incoerência na aplicação desse projeto à capital.

1. GÊNESE E CONCEITO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Para uma primeira noção da utilidade da ação civil pública, em especial no que se refere ao projeto BTR – Palmas, necessário se faz saber sobre a origem e o conceito da Ação Civil Pública, haja vista, que esse foi o meio utilizado pelo Ministério Público Federal, para tutelar os direitos coletivos da população Palmense. Dentro do tema, existem outros pontos importantes a serem trabalhados no decorrer do texto sendo eles os seguintes: legitimidade, interesses e direitos tutelados.

Precipualemente é interessante dizer que a expressão Ação Civil Pública apareceu pela primeira vez na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei Complementar Federal nº 40, de 13-12-1981. Conforme (MORAES,2007, p.18), a terminologia da palavra Ação Civil Pública apareceu pela primeira vez antes de 1981 em um discurso do promotor de Justiça João Lopes Guimarães em sua posse na Associação Paulista do Ministério Público.

Caminhando um pouco mais na linha do tempo tem-se o advento da Constituição de 88, na qual houve uma maior abrangência nas hipóteses da ação civil pública mais especificadamente em seu artigo 129, III em que o texto diz: Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

É válido lembrar que em 1939 o Código de Processo civil não tinha uma norma expressa sobre a atuação do Ministério Público como órgão agente.

Havia, isto sim, disposições esparsas, no código de 1939, permitindo que o Ministério Público atuasse como órgão agente, em raras situações: a) a iniciativa para requerer a instauração do processo de inventário e partilha, havendo herdeiros menores (art.468, VI); b) a ação de extinção de fundação (art.654, caput); e c) a ação para dissolução de sociedade civil que promova atividade ilícita ou imoral (art.670). No restante a intervenção do Ministério Público no

processo civil dava-se na condição de órgão interveniente, fiscal da lei. (MORAES, 2007, pg.18)

Já em 1983 O Código de Processo Civil já deixou expresso em sua norma sendo a atuação do Ministério Público reconhecida na área civil não só como órgão fiscalizador como também agente, propondo a ação. E em 1985 foi publicada a Lei 7.347/85 disciplinando a Ação civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. A referida lei não restringiu a iniciativa somente ao Ministério Público, pelo contrário, dispôs de outros legitimados.

Ação Civil Pública passou a significar, portanto, não só aquela proposta pelo Ministério Público, como a proposta pelos demais legitimados ativos do art. 5º da Lei 7.347/85, bem como aquela proposta pelos sindicatos, associações de classe e outras entidades legitimadas na esfera Constitucional, desde que seu objeto seja a tutela de interesses difusos ou coletivos (isto é, agora um enfoque *subjetivo – objetivo*, baseado na titularidade ativa e no objeto específico da prestação jurisdicional pretendida na esfera cível). (MAZZILLI, 1990, pag. 25).

Quanto as origens da Lei 7.347/85, pode-se apontar dois tópicos importantes:

a) Em Porto Alegre no ano de 1983 o anteprojeto que ensejou a edição da dita lei foi elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, foi submetido ao I Congresso Nacional de Direito Processual e aperfeiçoado por Barbosa Moreira. Ademais, foi apresentado, à Câmara dos Deputados pelo parlamentar Flávio Bierrencach; (MAZZILLI, 1990)

b) Em dezembro do mesmo ano houve o XI seminário Jurídico de Grupos de Estudos para analisar a tese “Ação Civil Pública” elaborada pelos promotores de justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz,

Édis Milaré e Nélon Nery Júnior. Apresentado o trabalho, durante o evento foram dadas algumas sugestões dos participantes, introduzindo assim algumas modificações. (MAZZILLI,1990)

O Ministério Público de São Paulo apresentou o projeto ao ministro da Justiça, e apesar de já haver um projeto tramitando no Congresso Nacional, o executivo abraçou a proposta e tramitando de forma mais célere acabou por receber a sanção presidencial. Depois de uma volta ao tempo e feita à descoberta da origem da Ação Civil Pública, faz-se o seguinte Questionamento: O que é Ação Civil Pública?

A ação civil pública nada mais é do que um instrumento, um direito, utilizado como forma de impedir que sejam causados danos ao meio ambiente, consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico bem como outros que são apontados na lei 7.347/85. No caso da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público a intenção é evitar que o consumidor do transporte público em Palmas não sofra nenhum dano.

Sobre o conceito de ação civil pública é importante salientar que apesar do nome ser “ação civil pública” em se tratando de legitimidade abrange não só o Ministério público, mas também Instituições e entidades privadas. Como bem diz o autor Édis Milaré:

Ação civil pública, então, era aquela que tinha como titular ativo uma parte pública – O Ministério Público”... porém com a edição da lei 7.347/85, que conferiu legitimidade para ação civil pública de alguns interesses difusos não só ao Ministério Público, mas também às entidades estatais, autárquicas, paraestatais e as associações... “ Podemos assim, em termos simples, mas não definitivos, conceituar a ação civil pública como o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil, em nome do interesse público, a função jurisdicional.(MILARÉ, apud MANCUSO, 1992, pg. 18)

Há uma larga discussão a respeito da terminologia Ação Civil Pública haja vista que os doutrinadores apresentam interpretações e conceitos diferentes a respeito do tema. O doutrinador Pedro Lenza, por exemplo, adota o conceito de que não é certo dar o nome da ação de civil pública, posto isso disse o seguinte em seu livro Teoria Geral da Ação Civil Pública:

Em síntese, tendo em vista a natureza pública e autônoma da ação, distinta do direito subjetivo material e por consequência, a autonomia da relação jurídica processual, não seria tecnicamente correto qualificar a ação de “civil” ou “penal”, muito menos de “pública”. Aliás, por este último prisma, ter-se-ia verdadeiro pleonasma. Havendo necessidade de nomina-la, o “apelido” mais adequado seria ação coletiva típica ou em sentido estrito, para a proteção dos interesses difusos ou coletivos stricto sensu e ação coletiva em sentido lato para a proteção dos interesses individuais homogêneos. (LENZA, 2003, pag.158).

Entretanto a maioria da doutrina esqueceu esse conceito após a publicação da Lei nº 7.34785, levando em conta não só a parte promovente como também o objeto material. A própria lei dispõe dessa terminologia em seu texto, além disso, o termo passou a ser adotado e reconhecido tanto pela doutrina como pela jurisprudência. O uso da nomenclatura “Ação Civil Pública” é resultado do reconhecimento e participação do Ministério Público como legitimado.

Em consequência, é possível afirmar que ação civil pública, sob o ponto de vista técnico- jurídico – processual, considerando a gênese deste instituto, é toda ação civil ajuizada pelo Ministério Público, quer envolva interesse difuso, coletivo stricto sensu, individual homogêneo ou simplesmente individual indisponível, ou ainda em defesa da ordem jurídica ou do regime democrático, pois o adjetivo público está intimamente correlacionado à qualidade da parte que

propõe essa ação, causa determinante do uso da terminologia, e não com os bens jurídicos objeto da tutela judicial. (MORAIS, 2002, pg. 21).

Em continuidade pode se dizer que a Ação Civil pública trata –se de um instrumento disposto em lei que é utilizado na defesa dos interesses coletivos *latu sensu*, individuais indisponíveis, podendo também ser em defesa do regime democrático e da ordem jurídica. Além disso, é proposta em regra Pelo Ministério Público, não excluindo, claro, a possibilidade de a proposta vir dos outros legitimados ativos da lei 7.34785. No caso observado neste trabalho tem-se como legitimado o Ministério Público que reparando a ofensa a um direito coletivo interviu com uma Ação Civil Pública contra o município de Palmas.

Por fim, no que diz respeito ao objeto da ação civil pública observa-se que fica claro qual é a partir da leitura do artigo 3º da lei 7. 347/85 que preceitua: “ A ação civil pública terá por objeto a condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. ” O que significa dizer que a ação terá natureza condenatória.

O ilustre Rodolfo de Camargo Mancuso após fazer uma análise da dada lei diz que:

Considerando o desiderato perseguido na ação civil pública de seu preambulo – responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, aos consumidores e ao patrimônio cultural e natural do País – constata-se que o ideal seria a execução em espécie, de maneira que se repusesse o bem ou o interesse lesado ao status quo ante. Infelizmente nessa classe de bens e interesses nem sempre isso é possível: O consumidor já terá utilizado o bem adquirido; a erosão já terá deteriorado a margem... etc. (MANCUSO, 1992, pg.27)

A principal busca é a de que haja a cessação da agressão ao direito seja qual ele for, haja vista que, esta é real intenção quando se fere um

interesse público. Valendo - se dessa frase verifica-se aqui uma razão do Ministério Público em propor Ação Civil Pública em desfavor do projeto BRT proposto pelo Município de Palmas, Tocantins, sendo essa a busca pela cessação, ou seja, o fim da agressão a um direito.

Conclusa a explanação a respeito da origem e conceito de ação civil pública, segue abaixo a apresentação dos componentes que acenderam o interesse sobre o tema e que complementarão esta pesquisa.

2. BRT – BUS RAPID TRANSIT

O sistema de transporte público é indispensável, sendo um serviço que garante às pessoas a possibilidade de se locomover de um local para outro, proporciona a diminuição de distâncias, principalmente em grandes cidades como O Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba, entre outras. Não é novidade que o sistema de transporte público é alvo de muita crítica, a julgar pelo sistema fraco e insuficiente que é oferecido no Brasil.

Observando a necessidade de um melhor atendimento no sentido de atender a demanda das cidades, bem como oferecer mais conforto, segurança, além de visar a redução de gastos, foi criado o sistema de transporte rápido por ônibus, mais conhecido como BRT. No Brasil, a pioneira na utilização de uma linha expressa de corredores foi a cidade de Curitiba - Paraná, tendo seu primeiro corredor em 22 de setembro de 1974.

Curitiba, de início, queria a construção de um sistema de metrô ferroviário. No entanto, a falta de recursos suficientes para o custeio necessitava de uma abordagem mais criativa. Daí, sob liderança do prefeito Jaime Lerner, a cidade começou o processo de desenvolvimento de corredores de vias de ônibus que irradiavam do centro da cidade. Na ocasião, Curitiba, como muitas cidades da América Latina, estava sofrendo um rápido crescimento populacional. No começo dos anos 70, a cidade tinha cerca de 600.000 habitantes e, hoje, tem mais de 2,2 milhões. (MANUAL DE BRT, 2008, pg.24).

A utilização do sistema por corredor deu tão certo que com o passar do tempo ele foi cada vez mais se aprimorando, incluindo novos meios de embarque e desembarque, mudanças nas estações e até os ônibus mudaram, passando a ser articulados e suportando ainda mais passageiros. A consequência disso foi uma melhor mobilidade.

O manual BRT disposto pelo Ministério das Cidades descreve o sistema BRT da seguinte forma: Bus Rapid Transit (BRT) é um sistema de transporte de ônibus que proporciona mobilidade urbana rápida, confortável e com custo eficiente através da provisão de infraestrutura segregada com prioridade de passagem, operação rápida e frequente e excelência em marketing e serviço ao usuário.

Em suma é um sistema que tem por inspiração o sistema de transporte sobre trilhos, mas não com o mesmo valor de custo, no caso o sistema de transporte por ônibus é mais barato podendo custar até 100 vezes menos que um sistema de metrô por exemplo. Dos elementos atribuem-se ao BRT pode-se afirmar que são qualidades em: estrutura, serviço ao usuário, eficiência e tecnologia.

Ademais, existe o Manual do Bus Rapid Transit publicado pelo Ministério das Cidades, que pontua cinco áreas de planejamento para que o sistema seja bem-sucedido sendo elas: preparação do projeto, projeto operacional, projeto físico, integração, plano de implementação e avaliação e implementação. Selecionado este tipo de projeto é realizada então uma formação de equipe sendo ela composta por pessoas com diversas habilidades, tais como engenheiros, administradores, especialistas em finanças, comunicação e outros profissionais. Em regra, um projeto BRT pode ser feito dentro de 12 a 18 meses. Trata-se de um projeto de muitas fases, pois a construção de uma rede completa de uma única vez seria fora da realidade.

Existe uma variedade de soluções de BRT, mas para isso é necessário que se aprecie as necessidades que cada cidade precisa. O próprio manual BRT expõe os fatores que devem ser observados:

Corredores são geralmente escolhidos baseando-se em uma série de fatores, incluindo a demanda de usuários, vantagens para rede atual, características viárias, facilidade de implementação, custos, igualdade social e considerações políticas. (MANUAL DE BRT, 2008, pag. 3).

A Respeito dos custos operacionais e tarifas a indicação do manual é de que o sistema seja projetado para não depender de nenhum subsídio operacional desde a escolha do projeto no caso dos países em desenvolvimento, ou seja, em países como o Brasil esse sistema deve funcionar com o faturamento gerado pelo próprio sistema. De forma mais objetiva, se a quantidade de passageiros for conforme a esperada, então gerará receita e então os custos de equipamentos serão incluídos como custos operacionais.

3. PROPOSTA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DESFAVOR DO PROJETO BRT – PALMAS

É sabido que, muitas cidades têm um sistema de transporte coletivo insuficiente, desorganizado e até sem regulamentação, o que promove muita insatisfação em quem precisa desse tipo de serviço para se locomover. Não obstante, a cidade de Palmas, capital do estado do Tocantins, não é diferente das tantas existentes que sofrem com um sistema de transporte coletivo falho.

Diante de tal situação o município de Palmas por meio de um do Decreto 8227 publicado no mês de abril de 2014, determinou que as verbas federais vinculadas ao PAC (Programa de Aceleração do Crescimento), projeto destinado à execução de projetos de reestruturação do sistema de transporte urbano, tendo como objetivo a implantação de um corredor de BRT (Bus Rapid Transit). Realizada a proposta, foi elaborado então o anteprojeto de engenharia com as informações de como seria implantado e os percursos pelo qual passaria.

Entretanto o Ministério Público percebeu que havia vícios nos atos administrativos relacionados à obra BRT Palmas Sul, projeto que foi

estendido englobando a região sul e a Avenida Teotônio Segurado. Ressalta-se que os vícios nos atos administrativos apontados pelo Ministério Público são a falta de motivo e finalidade válidos, bem como ausência de razoabilidade e proporcionalidade. Lembrando que a razoabilidade e proporcionalidade são princípios administrativos que devem ser cumpridos à risca pois o descumprimento deles na administração é considerado um ato de improbidade administrativa.

A proposta da prefeitura de Palmas foi de que o projeto seria dividido em dois trechos em que ambos fossem compostos por um eixo principal de transporte que passasse a cidade no sentido norte a sul e as demais obras seriam para viabilizar a operação modal. O primeiro eixo foi dividido em BRT Avenida Teotônio Segurado e o segundo como BRT Palmas – Sul.

Em síntese o projeto cortaria a cidade de um lado a outro gerando desapropriações e um gasto muito alto para os cofres públicos. Diante dos fatos o Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra a Caixa Econômica Federal e o Município de Palmas.

3.1. APONTAMENTOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE O PROJETO BRT – PALMAS

Em um primeiro momento o Ministério Público fez uma análise da Justificativa da proposta de instalação do sistema BRT e observa que o projeto é dividido em duas partes, BRT Teotônio Segurado e BRT Palmas Sul. Concluiu que dessas duas partes o trecho sul é o mais complexo, haja vista, a necessidade de grandes intervenções, tais como desapropriações. Tal como exposto na Ação Civil Pública: “É fácil perceber que o trecho “BRT Palmas Sul” é o trecho mais complexo se consideradas a quantidade e a extensão de intervenções necessárias para realização do empreendimento, variando desde desapropriações a obras de grande porte.” (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015, pág. 7)

Conta na ação civil pública que o termo de referência do trecho sul, foi concluído em junho de dois mil e quinze, após vários rascunhos (minutas), visando um regime diferenciado de contratação para os projetos e execuções de obras.

E aqui abre-se um espaço para explicar o que é termo de referência. Pois bem, Termo de Referência ou Projeto Básico trata-se de um documento que serve para caracterizar objeto de licitação. Tal como expresso na Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 em seu artigo 6º, inciso IX:

Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados. (**LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993**)

Em resumo o termo de referência serve para esclarecer quais são as soluções, os serviços, materiais, especificações do empreendimento, informações que colaborem para o estudo e dedução de como organizar a obra, os planos de licitação e gestão da obra, orçamento, entre outros de forma a garantir a viabilidade do projeto.

O Município de Palmas utilizou como argumento para escolha do sistema BRT mais completo os seguintes fatores: altos custos operacionais e baixos índices de passageiros por quilômetro e superlotação (principalmente nos horários de pico). Tal como explicitado no Termo de Referência:

Entretanto, a cidade desenvolveu-se sobre uma urbanização esparsa, com concentrações de comércio e serviço em determinadas áreas e vazios urbanos entre estas e as zonas predominantemente ocupadas por habitações, gerando viagens pendulares norte-sul de grandes trajetos. Nessa situação, dado o excessivo número de quilômetros rodados, geram-se altos custos operacionais e baixos índices de passageiros por quilômetro, não só para o transporte coletivo, mas para todos os sistemas de transportes e serviços públicos. Outro agravante é a superlotação de passageiros nos horários de pico, entre 05h e 08h, na saída dos bairros em direção ao centro e no sentido inverso, das 17h às 20h, proveniente do modelo de ocupação e das viagens pendulares resultantes. (PREFEITURA DE PALMAS, Termo de Referência, 2015, pag. 7).

Sendo assim, essas foram as únicas justificativas da Prefeitura Municipal de Palmas para a reforma do sistema de transporte público de

Palmas diante de todos os documentos apresentados e utilizados como fundamento da petição do Ministério Público.

Cabe destacar que todos os documentos encaminhados à Procuradoria da República do Estado do Tocantins foram sujeitos a perícias por uma equipe técnica de Engenharia e Economia no mês de maio de 2015, data anterior a petição do Ministério Público. Vale ainda grifar que na época da perícia só havia rascunhos do projeto sendo que, não houve alterações nas justificativas após a conclusão do termo de referência.

Dito isso de todo o estudo o Ministério Público listou os pontos que tornam o projeto inaplicável a cidade de Palmas. E o primeiro ponto trata-se da onerosidade excessiva, que nada mais é do que um gasto exagerado, ora pois, diante de um projeto de grande dimensão como o sistema BRT completo é normal que venha acompanhado de muitos gastos. A título de exemplo foi utilizado no texto a cidade de Londrina, como exposto:

Hoje, a população de Londrina é cerca de 540.000, praticamente o dobro da população do Município de Palmas, sendo que a demanda lá foi estimada pela ONG EmbrarqBrasil em 8.000 passageiros/ hora sentido – mais que o dobro da que podemos grosseiramente estimar para Palmas (estimar, rememore-se, porque a Prefeitura de Palmas não ofereceu justificativa com base nesta unidade de medida, que é como se observa, a adequada para avaliar a viabilidade técnico – econômica do empreendimento). (MINISTÉRIO PÚBLICO, Ação Civil Pública nº 0008316-13.2015.4.01.4300, 2015, pg. 13)

Não somente se fez referência a cidade de Londrina, que já de cara apresenta uma população claramente maior que a de Palmas, o Ministério Público como forma de demonstrar o quão superestimado é o projeto BRT Palmas utilizou- se de outro exemplo que segue transcrito:

[...] A demanda atual é de cerca de 89.000 passageiros/dia, que, é pasme-se, é muito superior à demanda do sistema BRT na cidade de Paris (estimada em “reles” 60.000 passageiros/dia!!!) e praticamente idêntica à demanda do sistema BRT de Curitiba (que, em 2010, tinha aproximadamente 1.750.000 habitantes, enquanto Palmas, em 2011, tinha aproximadamente 265.000 – todo o Estado do Tocantins, em 2011, tinha 1.450.000 menos, portanto, do que a cidade de Curitiba inteira!). (MINISTÉRIO PÚBLICO, Ação Civil Pública nº 0008316-13.2015.4.01.4300, 2015, pag.12).

No pedido, o MP mencionou em seu pedido de liminar que tanto a perícia de Engenharia Civil como da de Economia concluíram da mesma forma, no sentido de que a escolha feita pela administração pública não foi fundamentada de forma adequada sob a perspectiva técnica e ainda afirmaram que a escolha do tipo mais completo resultaria em um gasto desproporcional de verbas públicas.

O segundo ponto refere-se a demanda. O Município de Palmas optou pelo sistema mais completo e esse sistema necessita que se tenha uma demanda real de pelo menos 15.000 e 45.000 passageiros/hora sentido. Entretanto, verificou-se que os dados apresentados pelo município não correspondem a necessidade do tipo de modelo escolhido.

Observando o termo de referência o perito de Engenharia afirmou que os dados oferecidos foram insuficientes, basta ver, que foram dados muito vagos tais como: evolução de passageiros por quilômetro rodado, quadro de evolução da população e do índice de pessoa por quilômetro e quadro de evolução da frota como especificado pelo Manual do BRT (pg.143, 2008): “A demanda dos usuários é um dos fatores determinantes na seleção do corredor”.

Contudo, não foram apresentados estudos específicos nem dados objetivos. No texto da inicial está disposto um trecho da avaliação do perito que diz:

Dessa forma, considera-se que as informações são insuficientes para caracterizar o empreendimento e muito menos para justificar a adoção completa do BRT, com canteiro central com ultrapassagem nas paradas, serviços expressos, cruzamentos em desnível e prioridade semaforica, que é indicada para demanda de 15.000 até 45.000 passageiros hora/sentido. (MINISTÉRIO PÚBLICO, Ação Civil Pública nº 0008316-13.2015.4.01.4300, 2015, pg. 16).

Em leitura ao Termo de Referência apresentado pelo Município de Palmas o Ministério Público percebeu um detalhe muito relevante em um dos tópicos, sendo esse, nomeado de Grupo I – Levantamentos, Estudos e Serviços Preliminares, onde é possível observar que a pesquisa de demanda ficou sob responsabilidade da empresa vencedora. Nesse ponto em questão argumentou o Ministério Público:

Ora, a pesquisa de demanda como já demonstrado, não é algo que se possa deixar de ser produzido em momento posterior à escolha do sistema BRT como concepção de projeto de reestruturação de trânsito – e no caso concreto, posterior até mesmo à licitação – na medida em que é justamente a análise da demanda que funciona para determinar, primeiro, a opção BRT *em si* e, segundo, a opção pelo tipo de sistema BRT. Na verdade, o que se nota é a total precariedade do suporte para a condução da escolha do sistema BRT do tipo mais completo por parte da Prefeitura de Palmas. (MINISTÉRIO PÚBLICO, Ação Civil pública nº 0008316-13.2015.4.01.4300, 2015, pg.17).

Em continuidade o Ministério Público procurou a Gerência Executiva de Governo da Superintendência Regional da Caixa Econômica Federal para questionar sobre a viabilidade da implantação do sistema BRT (na modalidade mais completa) em Palmas e a resposta foi de que a escolha não é a mais indicada em virtude de vários aspectos, tais como: custos de

implantação, manutenção, além de negativos em relação aos aspectos estéticos, ambientais, entre outros.

Na sequência destacou que a impugnação ao projeto não se trata somente de questionar as falhas técnicas do projeto, mas também se trata de uma preocupação com a situação econômica do sistema de transporte público da cidade de Palmas em médio e longo prazo. E o argumento é firme no quando diz:

[...] O sistema BRT não envolve apenas um custo de implantação, mas também, custos de operação e conservação, que serão inevitavelmente repassados, ainda que de modo parcial, à população, na forma de tarifa, o que equivale a dizer que, embora os recursos para a implementação de ambos os trechos do empreendimento saiam dos cofres da União e do Município, uma opção administrativa que claramente já não justifica na perspectiva da onerosidade certamente continuará a repercutir no futuro, no que tange à manutenção do sistema, revelando-se no valor pago pela população a título de tarifas de transporte público. (MINISTÉRIO PÚBLICO, Ação Civil Pública nº 0008316-13.2015.4.01.4300, 2015, pag.20)

Refletindo sobre o que foi citado pelo Ministério Público é possível verificar que a implantação do projeto acarretará em um impacto financeiro – econômico, pois além de a escolha do projeto já não ser justificada, a escolha do mesmo oferece um risco de dano social em virtude da manutenção do sistema que é excessivamente oneroso, haja vista, que se sabe que a população é pequena para suportar tal investimento.

Ademais, o ente legitimado ainda sublinhou que os problemas que foram apontados pela Prefeitura de Palmas junto ao Ministério das cidades não justificam a adoção do sistema mais completo e rebateu os argumentos.

O primeiro ponto a ser rebatido foi sobre o argumento da prefeitura de que “ a queda da demanda com o surgimento de transporte informal, facilidade de aquisição de veículos e perda de passageiros de maior poder aquisitivo”. Nesse ponto o Ministério Público afirmou que os dois últimos fatores resultaram de incentivos do Governo Federal e que a implantação do sistema mais completo de BRT em nada resolveria.

O segundo ponto foi sobre o tópico que fala sobre “o desenho das quadras fechadas circundadas por grandes avenidas que ligam os extremos norte-sul e leste-oeste”. Nesse sentido o Ministério Público disse que o projeto em nada mudará a disposição das quadras e ainda alega que os trechos referentes ao plano do BRT Palmas não propõem alteração no trajeto.

Terceiro ponto foi sobre o tópico que fala “ A superlotação nos horários de pico, entre as 6h e 7h, na saída dos bairros em direção ao centro e no sentido inverso das 17h às 19h”. Aqui o argumento foi de que o sistema BRT é um sistema de infraestrutura e não de veículos e frotas, o que implica dizer que tal projeto não irá resolver a carência de lugares nos horários de pico.

Em conclusão o Ministério Público deixou clara a sua preocupação com a implantação de tal projeto haja vista o perigo de danos materiais e sociais, aos usuários de transporte público, bem como a observação das falhas no projeto e falta de fundamentação, e a falta de adequação do sistema de transporte haja vista que a escolha foi do tipo mais completo. Mas ressaltou que não pugna pela absoluta, e sublinhe absoluta impossibilidade de implantação do sistema BRT, mas apenas a inviabilidade do projeto atual, não impedindo que a Prefeitura realize estudos e que apresente um novo projeto.

3.2 DAS DECISÕES E SENTENÇA DA JUSTIÇA FEDERAL

O Ministério Público Federal, como órgão fiscalizador e defensor de direitos ajuizou Ação Civil pública contra a Caixa Econômica Federal e Município de Palmas depois de observados vícios quanto à implantação do projeto BRT – Bus Rapid Transit em Palmas – Tocantins.

Dentre os vícios ficou observada a ausência de pesquisa de demanda e também os altos custos e possível dano social decorrente da implantação de tal projeto. Sendo assim, o MPF/TO entrou com o pedido de suspensão liminar da licitação do projeto BRT - Palmas Sul, bem como a ilegalidade do projeto de modelo completo do BRT e cancelamento para os fins financeiros e orçamentários.

Na data de 02 de outubro de 2015 saiu uma Decisão da Justiça Federal que concedeu parcialmente a medida cautelar, tal como trecho que segue abaixo transcrito:

56. Antes o Exposto, decido: 57. (a) conceder parcialmente a medida cautelar postulada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para determinar que a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL se abstenha de efetuar qualquer desembolso financeiro dos recursos para a construção do sistema de transporte coletivo em corredor de trânsito rápido (BRT Palmas Sul) (referente ao de compromisso nº 0444024-63/2014), sob pena de pagamento de multa correspondente ao dobro de cada valor liberado, até a deliberação judicial acerca do laudo pericial a ser apresentado nos autos; [...] (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Decisão nos autos nº 8316-13.2015, 2015, pag. 12)

Observou também o MPF que o Município de Palmas informou que havia sido liberado na data de 11/12/2015 o valor de R\$ 225.000.000,00 para a Caixa Econômica Federal para o financiamento de outro trecho do projeto BRT, sendo este o BRT – Teotônio Segurado. Diante de tal situação, logo se manifestou pedindo a extensão da antecipação da tutela já constituída nos autos do processo para que a Caixa Econômica Federal se abstenha de fazer desembolsos financeiros relacionados aos recursos do projeto BRT Palmas Teotônio segurado (ou BRT Palmas Centro). Dado isso, em 15/12/2015 o pedido foi deferido pela Justiça Federal que determinou a Extensão da Medida Cautelar.

Em 02/05/2016 após uma longa caminhada processual com intimações, juntada de documentos, pedidos de indicações de técnicos, perícias, manifestações entre outras diligências, a Justiça Federal publicou uma sentença de mérito dando procedência ao pedido do Ministério Público Federal, considerando então ilegal todo o projeto de implantação do Sistema BRT em Palmas. Segue transcrito trecho:

III. DISPOSITIVO 113. Ante o exposto, resolvo o mérito (CPC, art. 269, I) das questões submetidas da seguinte forma: 114. (a) confirmo as medidas urgentes deferidas e declaro ilegal o todo o projeto de implantação do sistema BRT em Palmas (TO), na forma aprovada pelo Ministério das Cidades (com canteiro central com ultrapassagem nas paradas, serviços expressos, cruzamentos em desnível e prioridade semafórica);115. (b) determino o cancelamento da proposta, para todos os efeitos, especialmente financeiros e orçamentários, perante o Ministério das Cidades; 116. (c) condeno a CAIXA à devolução dos recursos respectivos ao Orçamento da União. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Decisão nos autos nº 0008316-13.2015.4.01.4300, 2016, pag. 14).

Da análise do Mérito o Juiz Federal analisou todas as informações fornecidas tanto pelo Ministério Público como as do Município de Palmas. Dentre os argumentos, observou que o município forneceu um número de passageiros e que, entretanto, o número era menor do que o exigido para o tipo de BRT que fora selecionado. Sobre o assunto o Juiz Federal dissertou:

90. Os documentos indicam que o requisito técnico não foi levado em consideração quando da escolha do tipo de BRT, o que aparenta violar a Lei 12.587/12, na parte que estabelece como princípio da Política Nacional de Mobilidade Urbana a “justa distribuição dos benefícios e dos ônus decorrentes do

uso dos diferentes modos e serviços” (art. 5º, IV e VII). É que a escolha de uma modalidade de transporte coletivo em descompasso com a demanda de passageiros implicará onerosidade excessiva para o Município que pagará o financiamento federal, custo esse que certamente será repassado para as tarifas pagas pelos usuários. A legislação em comento estabelece como diretriz da Política Nacional de Mobilidade Urbana a “mitigação dos custos ambientais, sociais e econômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas na cidade”, o que recomenda a observância da demanda de passageiros quando da escolha do tipo de BRT. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Decisão nos autos nº 0008316-13.2015.4.01.4300, 2016, pag.11,)

Além disso, tomou como base o estudo da Controladoria – Geral da União no Tocantins e os apontamentos que ela fez demonstrando a procedência dos pedidos do MPF, apontamentos que serão abordados no tópico seguinte. De tudo que foi analisado pela Justiça Federal, a conclusão da mesma foi de que a escolha do sistema BRT de modelo completo não foi justificada de forma satisfatória podendo, pois, trazer um dano ao não só à população como também danos ao erário federal e municipal.

4. APONTAMENTOS DA CONTROLADORIA REGIONAL DA UNIÃO DO ESTADO DO TOCANTINS.

O Ministério Público alegando a incompatibilidade entre a dimensão do empreendimento e a demanda dos passageiros no município de Palmas fez ao final de sua tese o pedido de suspensão da licitação referente ao projeto BRT – Palmas. A licitação sendo na modalidade de regime diferencial de constatações – RDC integrado – recebendo recursos do Orçamento Geral da União além de recursos municipais.

Diante disso a Controladoria Regional da União do Estado do Tocantins realizou uma auditoria, com o intuito de fazer uma avaliação

sobre a seleção dos empreendimentos apoiados com recursos federais realizada pelo Ministério das Cidades dentro do programa PAC (Programa de Aceleração do Crescimento). Observando critérios relacionados à funcionalidade, viabilidade econômica – financeira e também a razoabilidade dos orçamentos apresentados pelo candidato, que no caso é a prefeitura de Palmas.

No seu relatório a CGU - Regional/TO no tópico de nome constatação e com subtítulo “ Irregularidades na seleção, análise das propostas de implementação do sistema BRT Palmas tem-se vários argumentos desfavoráveis ao projeto.

A CGU ditou que nos documentos analisados não foi encontrado estudo técnico ou demonstrativo da demanda diária de viagens do município de Palmas, outro ponto, é que a proposta foi baseada numa quantidade de passageiros entre 15.000 a 45.000 por hora sentindo, sendo que não há comprovação de que demanda realmente existe. E como dito no texto:

A demanda atual informada nas propostas foi de 89.194 passageiros por dia e a demanda futura (20 anos) 161.000 passageiros por dia, ou seja, a informação contida na proposta não permite caracterizar que o sistema proposto se enquadra nos parâmetros definidos no Manual do BRT já que foram comparadas grandezas diferentes de demanda por transporte público. (CGU – REGIONAL/TO, Processo nº 00226.000609/2015-29, 2016, pag.10).

Além disso, ainda afirmou que o Ministério das Cidades acatou com a escolha sem nem mesmo observar a adequação da escolha do tipo de projeto, ou seja, concordou com a falha na justificativa.

Assim como o Ministério Público a controladoria também apontou a respeito do termo de referência onde a prefeitura colocou a pesquisa de demanda como um produto da contratação do sistema BRT. E concluiu

que tal atitude só destaca ainda mais a incongruência e da falta de estudo de demanda para comprovar a viabilidade do projeto.

Dos exemplos dados pela CGU (CGU – Regional/TO, 2016) tem-se que: a) não ficou comprovado se a demanda será suficiente para que o sistema opere apenas com a tarifa cobrada ou se o poder público utilizará de seus recursos para suportar o sistema, b) não há estudos técnicos que comprovem que se terá condições de reduzir a tarifa pela quantidade de pessoas estimadas ou se essa mesmas pessoas gerarão receita suficiente para custear todo o sistema c) Parte dos custos de manutenção e operação das novas estações e terminais deverão ser cobertos pelo Município, sendo que, no guia de planejamento do BRT é bem claro que nos países em desenvolvimento os sistemas de BRT devem ser projetados para funcionar sem nenhum subsídio desde a delineação do projeto.

Por fim, mesmo que com uma pequena pontuação do relatório realizado pela CGU, é possível perceber que os problemas apontados são os mesmos apontados na Ação Civil Pública. E a conclusão é de que, mais uma vez, o Município de Palmas teve a sua proposta criticada em virtude das inúmeras falhas decorrentes da inobservância do manual do Ministério das Cidades e também pelo superdimensionamento da obra.

5. DA MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE O PROJETO BRT- PALMAS.

O Tribunal de Contas da União bem como o Ministério Público e Controladoria Geral da União do Estado do Tocantins, também se manifestou a respeito do projeto de implantação do sistema BRT em Palmas. Diante disso realizou-se auditoria com a finalidade de avaliar a implantação do projeto e viabilidade do objeto de licitação.

Da auditoria restaram algumas conclusões, e agora voltadas para o ponto licitatório, sendo estas compatíveis com os argumentos já apresentados no decorrer do texto. Realizada a análise do caso chegou-se à conclusão de que de fato o estudo de viabilidade do projeto BRT foi deficiente. E sobre o estudo de viabilidade o TCU afirmou:

Essa irregularidade está em flagrante inobservância às exigências do art 9º, §2, inciso I da Lei 12.462/2011 e do art. 74, inciso I e § 1º, inciso II do Decreto 7.581/2011 ao não contemplar como forma adequada a demonstração e a justificativa do programa de necessidades e os projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada. (TCU, Auditoria, TC.018.777/2016-3, 2017, pag.26)

O TCU constatou também a inexistência de levantamento topográfico e cadastral no edital de licitação bem como sem seu anteprojeto de engenharia. Além disso o município não disponibilizou endereço da página da web para que os licitantes pudessem ter acesso ao levantamento topográfico. Em observação a esse ponto o TCU alegou que houve: “assimetria de informações aos licitantes. Assim, houve desrespeito ao art.74, § 1º, inciso I do Decreto 7.581/2011. ” (TCU, Auditoria, TC.018.777/2016-3, 2017, pag.26).

Do que foi dito, ainda foram alegadas outras irregularidades, mas todas levaram a uma conclusão: A de que o projeto além de estar em desacordo com as normas legais também está contra os princípios que governam e que norteiam as licitações e contratos públicos. E como reforço o TCU disse o seguinte:

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, reconheceu que o TCU tem competência para determinar a anulação de contrato e, que se for o caso, da licitação de que originou, caso seu juízo estiver manchado pela ilegalidade (MS 23.555). (TCU, Auditoria, TC.018.777/2016-3, 2017, pag.26).

E aqui, resta mais uma vez comprovada a impossibilidade de implantação do BRT, haja vista, que o processo de implantação como um todo está repleto de vícios, desde a escolha do tipo de BRT a ser implantado até a justificativas do processo licitatório. Visto isso é clara a

ideia de que há um risco de dano ao cidadão palmense e também a falta de compromisso do governante em seguir as normas e fazer os processos dentro dos parâmetros da lei.

6. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise da Ação Civil Pública não só em seu conceito em si, mas também a análise de uma Ação Civil pública em um caso concreto, que no trabalho, se trata da Ação movida contra o Município de Palmas em desfavor do projeto de BRT Palmas pelo Ministério Público Federal. Além disso, também permitiu a compreensão da proposta do município e fazendo um comparativo com os argumentos do Ministério público foi possível entender e conhecer os motivos que impulsionaram o ajuizamento de tal ação.

De um modo geral, a conclusão é de que o sistema de BRT é muito interessante e apresenta inúmeras vantagens. Como base, tem-se a cidade de Curitiba, que possui um sistema BRT que funciona muito bem. Entretanto, esse modelo não se enquadra a cidade de Palmas, primeiramente pela falta de passageiros suficientes para suportar o tipo de BRT apontado no anteprojeto pela prefeitura de Palmas. E em segundo lugar, pelas irregularidades, tais como falta de pesquisa de demanda, falta de justificativa, além de um superdimensionamento da obra.

A análise dessa ação fez não somente com que se tivesse a compreensão do papel do Ministério Público como também de abrir os olhos para como os governantes utilizam do dinheiro público e como os projetos que eles apresentam podem conter vícios e criar uma ilusão de que é bom quando na verdade pode resultar em dano social.

As utilizações dos dados apresentados pelo Ministério Público, bem como as observações postas na auditoria da Controladoria Geral da União do Estado do Tocantins e Tribunal de Contas da União, serviram como lupas para encontrar e enxergar as falhas e danos que o projeto BRT Palmas poderia causar a sua população.

Dada à importância do assunto, necessária se faz a fiscalização não somente dos das Entidades fiscalizadoras, mas também da própria sociedade. E por fim importante destacar que existem outras possibilidades de projetos que possam suprir as necessidades de transporte público da cidade de Palmas, modelos mais simples e que não acarretariam em altos custos e possível repasse ao usuário de transporte público.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº **7.347, de 24 de julho 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 (**VETADO**) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. **Acesso em: 07 jan. 2017.**

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Relatório nº 201505795. Secretaria Nacional de transporte e mobilidade urbana (SNTMU). Boletim nº 24 – Março 2017. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/pesquisa-de-relatorios/relatorios-em-destaque/2017/04/boletim-no-24-marco-de-2017>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. População no último censo. Palmas, Tocantins. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/to/palmas/panorama>>. Acesso em: 09 out. 2017.

LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo, Forense Revista dos Tribunais, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 1947. Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei nº

7.347/85 e legislação complementar / Rodolfo de Camargo Mancuso – 2. Ed. Ver. ampl – São Paulo: Forense Revista dos Tribunais, 1992.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**: Meio ambiente consumidor e Patrimônio Cultural. 2ª edição, São Paulo: Forense Revista dos Tribunais, 1990.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF/TO pede à justiça Federal suspensão de licitação do BRT em Palmas. Ação civil pública na íntegra no corpo da notícia. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/to/sala-de-imprensa/noticias-to/mpf-to-pede-a-justica-federal-suspensao-de-licitacao-do-brt-em-palmas> >. Acesso em 08 jun.2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República no Tocantins consegue suspensão de pagamento para obras do BRT em Palmas. Decisão na íntegra no corpo da matéria, nos autos nº 8316-13.2015. Disponível em: < <http://www.prto.mpf.mp.br/news/procuradoria-da-republica-no-tocantins-consegue-suspensao-de-pagamente-para-obras-do-brt-em-palmas> >. Acesso em: 03 jun. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF/TO pede suspensão de repasses de recursos vinculados ao trecho BRT Centro. Petição do MPF pedindo suspensão dos repasses dos recursos anexa junto à matéria. Disponível em:< <http://www.prto.mpf.mp.br/news/mpf-to-pede-suspensao-de-repasses-de-recursos-para-trecho-brt-centro> >. Acesso em: 14 jun. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF/TO: Justiça Federal declara projeto BRT Palmas ilegal. Decisão na íntegra inserida na matéria, nos autos nº 0008316-13.2015.4.01.4300. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/to/sala-de-imprensa/noticias-to/justica-federal-declara-projeto-brt-palmas-ilegal> >. Acesso em: 10 jul. 2017.

MORAIS, Voltaire de Lima. Ação Civil Pública – **Alcance e Limites da atividade jurisdicional**. Livraria do Advogado, 2007.

OLIVEIRA, Rosy. O movimento separatista do Tocantins e a Conorte (1981-1988). Dissertação de mestrado. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998.

PALMAS. Prefeitura de Palmas. Secretaria Municipal de Acessibilidade, Mobilidade Trânsito e Transporte. Diagnóstico Socioterritorial: População Impactada pela Construção do Corredor BRT Palmas Sul. 1ª Versão. Novembro/ 2015. Disponível em: < <http://www.palmas.to.gov.br/busca-site/?q=BRT>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

PALMAS. Prefeitura de Palmas. Secretaria Municipal de Acessibilidade, Mobilidade Trânsito e Transporte. Processo licitatório do BRT. Termo de Referência (anteprojeto de engenharia). Disponível em: <<http://www.palmas.to.gov.br/pagina/processo-licitatorio-do-brt/21/>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU recomenda paralisação das obras do BRT de Palmas (TO). Decisão na íntegra: [Acórdão 460/2017–TCU–Plenário](#). Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-recomenda-paralisacao-das-obras-do-brt-de-palmas-to.htm> > Acesso em: 10 abr. 2017.

VELASQUES, Ana Beatriz Araújo. A concepção de Palmas (1989) e sua condição moderna. Tese de doutorado. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010.

WRIGHT, L., Hook, W. Manual de BRT – Guia de Planejamento. Ministério das Cidades, dez.2008, Brasília.

NOTA:

[1] Professora na Instituição Faculdade Católica do Tocantins- FACTO; Mestre em Direito pela Universidade de Marília –SP; Doutoranda em Tecnologia Nuclear IPEN/USP; Orientadora deste artigo de conclusão de curso. E-mail: karine@catolica-to.edu.br

A EXPORTAÇÃO INDIRETA E O ALCANCE DA ISENÇÃO CONCEDIDA PELO ART. 3º, PARÁGRAFO ÚNICO, I DA LEI KANDIR - INTELIGÊNCIA DO DECRETO-LEI Nº 1.248, DE 29 DE NOVEMBRO DE 1972

LUIZ ALEXANDRE COMBAT DE FARIA TAVARES:
Graduado em Direito pela UFMG, Especialista em Direito Público, ex-procurador do Estado de São Paulo, Procurador do Estado de Mato Grosso.

Resumo: a operação de circulação de mercadorias que não as destine diretamente ao exterior ou à *trading* que venha a exportar o tributo deve ser tributada pelo ICMS, assegurando-se, contudo, posteriormente ao efetivo exportador a manutenção do crédito referente às operações anteriores da cadeia produtiva ou comercial. Essa é a correta exegese do art. 3º parágrafo único da Lei Kandir combinado com os Decretos-Lei n.º 1248/72 e 1455/76.

Palavras-chave: ICMS. Incidência. Exportação indireta. Trading. Lei Kandir

SUMÁRIO: 1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA; 2. APRESENTAÇÃO DA TESE; 2.1 INTERPRETAÇÃO LITERAL- ART. 3º, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DA LC 87/96 É REGRA ISENTIVA; 2.2 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA- A OPERAÇÃO ONERADA NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS (DECRETO-LEI 1248/72) PARA SER CONSIDERADA EXPORTAÇÃO INDIRETA; 2.3 INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA- APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DE ICMS GARANTE A INTENÇÃO DA NORMA IMUNIZANTE; 2.4 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I DA LEI COMPLEMENTAR 87/96- ISENÇÃO HETERÔNOMA NÃO PERMITIDA- 3. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

A tese apresentada pelo artigo decorreu de ajuizamento por empresa de embargos à execução fiscal em que afirmava estar sendo

cobrada por créditos de ICMS e multa em operações de remessa de soja para fins de exportação, diante da não configuração da operação de exportação indireta, considerando que as empresas exportadoras não são aquelas mesmas que as destinatárias dos produtos, quando de sua saída dos estabelecimentos da embargante.

A empresa remetia farelo de soja para unidades portuárias (armazéns) e, posteriormente, vendia para comerciais exportadoras que, por sua vez, realizaram a venda para o mercado externo.

A autuação cobrada na execução fiscal baseou-se na constatação de que, analisando os documentos apresentados pela empresa na ação fiscal, a empresa, primeiramente, remetia os produtos com fins específicos de exportação para determinados destinatários. Contudo, os destinatários não eram as mesmas empresas que efetivamente realizaram a exportação.

Mais que isso, a autuação fiscal foi calcada em uma lacuna na cadeia de aquisições dos produtos. As mercadorias eram remetidas para recinto alfandegário em poder da empresa X, contudo, a saída subsequente (que, no caso, era a exportação) era realizada pela empresa Y.

Melhor esclarecendo, a cadeia de circulação da mercadoria envolvia três momentos distintos, cronologicamente: 1) a remessa para recintos alfandegários para a formação de lotes; 2) a venda da mercadoria para empresas de trading; 3) a exportação realizada pela empresa de trading.

A empresa embargante alegou, nesse contexto, que as operações de remessas aos recintos alfandegários estariam amparadas pela não incidência estabelecida pela Constituição Federal no seu artigo 155, II, § 2º, X, “a”, pelo artigo 3º e 32 da Lei Complementar n. 87/96, *in verbis*:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou

serviços; [\(Vide Lei Complementar nº 102, de 2000\)](#) [\(Vide Lei Complementar nº 102, de 2000\)](#)
(...)

Parágrafo único. Equipara-se às operações de que trata o inciso II a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a:

I - empresa comercial exportadora, inclusive tradings ou outro estabelecimento da mesma empresa;

II - armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro.

2. APRESENTAÇÃO DA TESE

Inicialmente, temos que repisar que, quando da operação tributada (remessa de mercadorias para recintos alfandegários), a mercadoria ainda não havia sido vendida à trading que exportou os insumos agrícolas.

Nessa situação, o Fisco entendeu que a operação de remessa aos recintos alfandegários não configurou exportação direta, nem sequer indireta, uma vez que a operação de saída inicial das mercadorias não teve como destinatárias as tradings que efetuaram a exportação.

Quanto ao tema, a Lei Kandir, em seu art. 3º, § único, I, equipara a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a empresa comercial exportadora, inclusive tradings ou outro estabelecimento da mesma empresa (o que pode se denominar de exportação indireta) à exportação propriamente dita, em verdadeira norma isentiva.

O cerne da questão em cotejo, portanto, não é a efetiva destinação da mercadoria ao exterior, mas sim a configuração ou não da exportação indireta, abrangida pela norma isentiva acima mencionada.

As interpretações, seja (a) literal, seja (b) sistemática, seja (c) teleológica da norma contida no art. 3º parágrafo único, I da Lei Complementar 87, afunilam na conclusão de que a operação sobre a qual recaiu a exação não está por ela abarcada, sendo imperiosa a incidência do ICMS. Senão vejamos.

2.1 Interpretação Literal- Art. 3º, parágrafo único, I, da LC 87/96 é regra isentiva

A exportação indireta não é imune à incidência do ICMS. É isenta.

Sobre o tema imunidade, CARVALHO explicita que ela sempre será norma extraída diretamente da Constituição da República:

“O universo do direito positivo brasileiro abriga muitas interdições explícitas que, num instante considerado, podem ter o condão de inibir a atividade legislativa ordinária, escala hierárquica em que nascem as regras tributárias em sentido estrito. Tão-somente aquelas que irromperem do próprio texto da Lei Fundamental, entretanto, guardarão a fisionomia jurídica de normas de imunidade. O quadro das proposições normativas de nível constitucional é seu precípua campo de eleição”.(

A norma que impede a tributação da exportação indireta não decorre do texto constitucional, que somente dá imunidade “*sobre operações que destinem mercadorias para o exterior.*”

O texto constitucional não se utiliza da expressão “exportação” no dispositivo imunizante, o que poderia levar a entender a exportação indireta como abrangida pela imunidade. Pelo contrário, a redação constitucional é muito clara ao vincular a imunidade à destinação de mercadorias para o exterior, diretamente.

A equiparação da operação que destine mercadoria à empresa comercial exportadora, com fins específicos de exportação, é norma legal, não podendo ser considerada mera explicitação da regra imunizante.

Isso porque, como já dito, enquanto a norma imunizante é adstrita à operação que destine mercadoria ao exterior, o art. 3º da Lei Complementar 87 impede, ao equiparar a exportação indireta à direta, a

tributação de operação que tem apenas a finalidade de exportar, futuramente.

Nesse caso, há verdadeira situação de não incidência legalmente qualificada (isenção), de constitucionalidade duvidosa, tendo em vista a vedação à isenção heterônoma e a regras constitucionais pertinentes à concessão de isenção no âmbito do ICMS.

Abstraída a questão da constitucionalidade da norma, deve-se delinear o que se entende por isenção. Nos dizeres de Paulo de Barros Carvalho, *“a regra de isenção investe contra um ou mais dos critérios da norma-padrão de incidência, mutilando-os, parcialmente”*.

É justamente o que faz a norma legal em cotejo: decepa do campo de incidência tributária do ICMS parte do critério material, que compõe o antecedente da norma-matriz, impedindo o nascimento de obrigação tributária em virtude de realização de operações de venda de mercadorias às empresas comerciais exportadoras, com a finalidade específica de exportação.

Sob outro prisma, uma norma que equipara uma situação a outra não pode ser considerada meramente explicitante ou interpretativa. Equiparar é conceder igualdade de tratamento a situações ontologicamente distintas. Ao utilizar-se da técnica da equiparação, o texto legal parte da premissa que a situação equiparada não contida na regra matriz da norma legal paradigmática imunizante, não fosse a própria equiparação.

É dizer: a norma em cotejo não está definindo o que deve ser considerado exportação, para efeitos da imunidade. Ela, pelo contrário, reconhece que a saída da mercadoria para trading não é exportação, mas, opcionalmente, achou devido dar-lhe tratamento tributário idêntico à exportação.

Dito de outro modo, sem referida norma legal (e não constitucional), os Estados estariam plenamente autorizados a tributar referida operação, até mesmo porque a teleologia da regra imunizante, de

não exportar tributos, estaria garantida pela parte final do dispositivo constitucional imunizante, na parte que assegura, em sentido contrário à regra geral, a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores.

De se concluir, portanto, que a norma que impede a tributação sobre a exportação indireta é isenção.

É, diga-se, a mesma conclusão a que chegou o STJ no EResp 710260/RO, colacionado pelo Embargante aos autos. Leia-se:

"Mesmo na hipótese de saídas de mercadorias realizadas com o fim específico de exportação, e destinada a empresa comercial exportadora, armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro, pode ser considerada válida a norma isentiva, porque a razão da isenção é a mesma, vale dizer, estimular as exportações."

Todo esse introito se fez necessário para melhor contextualizar como deve ser feita a interpretação da norma.

Como se sabe, o CTN, em seu artigo 111,^[1] determina a interpretação da norma isentiva de modo literal, motivo pelo qual ganha relevo a delimitação da natureza jurídica isentiva da norma contida no art. 3º, parágrafo único, inciso I da Lei Kandir.

É dizer, sendo isenção e não imunidade, a equiparação da exportação indireta à direta deve ser interpretada de modo mais estrito, mais condizente com a significação gramatical diretamente extraída do texto.

Não que outras formas de interpretação da norma nos levasse à conclusão diferente, conforme se analisará, mas a interpretação literal ganha legitimidade e importância no contexto da extração de sentido de norma que outorga isenção.

Não parece haver dúvidas: a interpretação estrita da norma legal leva à inarredável conclusão de que somente é isenta a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a empresa comercial exportadora, inclusive *tradings* ou outro estabelecimento da mesma empresa. As prestações anteriores da cadeia produtiva não estão abarcadas por referida isenção.

Entretanto, não é somente a interpretação gramatical ou literal do dispositivo que nos encaminha à idêntica conclusão. Também se interpretado sistematicamente e teologicamente concluiremos pela incidência do tributo. Sigamos.

2.2 Interpretação Sistemática- a operação onerada não preenche os requisitos legais (Decreto-Lei 1248/72) para ser considerada exportação indireta.

Como se sabe, o método sistemático de interpretação impede que as normas jurídicas sejam interpretadas de modo isolado, de forma que todo o conjunto passa a ser analisado para a extração de significação de qualquer texto normativo. Assim, a isenção concedida às exportações indiretas pode e deve ser interpretado em sintonia com a Constituição e as demais normas jurídicas.

Nesse contexto, ganha extremo relevo a análise da legislação aduaneira, especialmente aquela que dispõe sobre o tratamento tributário das operações de compra de mercadorias no mercado interno, para o fim específico da exportação.

O Decreto-Lei 1.248/72 traz alguns conceitos importantes, especialmente quanto a ideia de finalidade específica de exportação, que integra a regra isentiva. Veja-se:

DECRETO-LEI Nº 1.248, DE 29 DE NOVEMBRO DE 1972.

Art.1º - As operações decorrentes de compra de mercadorias no mercado interno, quando realizadas

por empresa comercial exportadora, para o fim específico de exportação, terão o tratamento tributário previsto neste Decreto-Lei.

Parágrafo único. Consideram-se destinadas ao fim específico de exportação as mercadorias que forem diretamente remetidas do estabelecimento do produtor-vendedor para:

a) embarque de exportação por conta e ordem da empresa comercial exportadora;

b) depósito em entreposto, por conta e ordem da empresa comercial exportadora, sob regime aduaneiro extraordinário de exportação, nas condições estabelecidas em regulamento. (grifo nosso)

Daí se extrai que a lei define o que é ter finalidade específica de exportação. A finalidade aqui não é elemento subjetivo. Não há espaço para a perquirição da intenção da empresa Embargante quando da remessa das mercadorias para recinto alfandegário.

O fim específico de exportação deve ser objetivamente aferido. Somente terá fim específico de exportação a remessa direta de mercadorias do estabelecimento do produtor-vendedor para a) embarque de exportação por conta e ordem da empresa comercial exportadora ou b) depósito em entreposto, por conta e ordem da empresa comercial exportadora, sob regime aduaneiro extraordinário de exportação.

Em uma ou em outra, revela-se imprescindível que o embarque ou o depósito se de já por conta e ordem da empresa comercial que efetivamente exporta o produto.

Convém aqui esclarecer que o que se entende por regime aduaneiro extraordinário de exportação. O Decreto-lei 1455/76 nos auxilia na tarefa. Veja-se:

Art. 10. O regime de entreposto aduaneiro na exportação compreende as modalidades de regimes comum e extraordinário e permite a armazenagem de mercadoria destinada a exportação, em local alfandegado: [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001\)](#)

I - de uso público, com suspensão do pagamento de impostos, no caso da modalidade de regime comum; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001\)](#)

II - de uso privativo, com direito a utilização dos benefícios fiscais previstos para incentivo à exportação, antes do seu efetivo embarque para o exterior, quando se tratar da modalidade de regime extraordinário. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001\)](#)

§ 1º O regime de entreposto aduaneiro na exportação, na modalidade extraordinário, somente poderá ser outorgado a empresa comercial exportadora constituída na forma prevista pelo [Decreto-Lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972](#), mediante autorização da Secretaria da Receita Federal. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001\)](#)

Para contextualização do caso, extrai-se dos supratranscritos dispositivos que o Regime Aduaneiro Extraordinário de Exportação é regime que permite a armazenagem de mercadoria destinada à exportação e somente é fruível por empresas comerciais exportadoras, que obtiverem o título de “TRADINGS” pelo registro especial da SECEX.

De fato, para que atuem como empresas comerciais exportadoras, gozando dos benefícios advindos da exportação indireta, referidas empresas devem ser constituídas na forma de sociedade por ações e estar habilitadas no registro especial na Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) e na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), de

acordo com as normas aprovadas pelos Ministros de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) e da Fazenda (MF), respectivamente, além de outros requisitos. Trata-se de exigências contidas no art. 229 do Regulamento Aduaneiro Brasileiro (Decreto nº 6.759, de 2009), que reproduz exigências previstas no Decreto-Lei nº 1.248, de 1972, que possui status de Lei ordinária. Leia-se:

“Art.2º - O disposto no artigo anterior aplica-se às empresas comerciais exportadoras que satisfizerem os seguintes requisitos mínimos:

I - Registro especial na Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil S/A. (CACEX) e na Secretaria da Receita Federal, de acordo com as normas aprovadas pelo Ministro da Fazenda;

II - Constituição sob forma de sociedade por ações, devendo ser nominativas as ações com direito a voto;

III - Capital mínimo fixado pelo Conselho Monetário Nacional.”

No caso em que se criou a presente tese, foi constatado que a maioria das empresas envolvidas na cadeia de exportação eram sociedades limitadas, sejam as destinatárias imediatas dos produtos remetidos para formação de lotes, sejam as empresas que efetivamente exportaram as mercadorias.

Dessa forma, aprioristicamente, foi fácil afastar sua condição de comerciais exportadoras habilitadas no SECEX (Tradings) e, conseqüentemente, o enquadramento da operação de remessa no regime aduaneiro extraordinário de exportação.

Restou claro, no caso, que as exportações não foram realizadas através do Regime Aduaneiro Extraordinário de Exportação, que somente pode ser adotado pelas Tradings, razão pela qual, sistemática e

legalmente, pode-se concluir que a saída das mercadorias da empresa Embargante não teve o fim específico de exportação, devendo ser afastada a tese de que as operações em análise trataram-se de exportação indireta.

Quadro Sinóptico

- 1) Para que a saída de mercadorias se caracterize como exportação indireta (para efeito da equiparação prevista no art. 3º, parágrafo único, I da LC 87) é imprescindível que esteja configurada a finalidade específica de exportação, conceito legalmente estabelecido pelo Decreto Lei 1248/72 (art. 1º, parágrafo único).
- 2) Para tanto, a lei exige que, além que a remessa de mercadoria para armazenagem se destine a entreposto alfandegário, referida operação se dê sob o regime aduaneiro extraordinário de exportação, por conta e ordem da empresa comercial exportadora.
- 3) Já para se utilizar do regime aduaneiro extraordinário de exportação é imprescindível que a empresa comercial exportadora tenha registro especial junto à SECEX, pelo que se convencionou denominá-las de tradings.
- 4) Considerando que as empresas que exportaram os produtos não são tradings (seja por não serem sociedades anônimas, ou por simplesmente não estarem no rol da SECEX), as operações, silogisticamente, não foram realizadas sob regime aduaneiro extraordinário e não resta configurado o fim específico de exportação, previsto em lei.

Conclusão: as operações em estudo não são exportação indireta, apta a fazer jus à isenção fiscal prevista na LC 87/96.

2.3 Interpretação Teleológica- Aproveitamento do crédito de ICMS garante a intenção da norma imunizante

A empresa tentou, ainda, lograr a tese de que, caso prevalecesse a exação fiscal, a razão de ser da regra imunizante não seria respeitada.

Contudo, a finalidade da norma constitucional, que podemos sintetizar em “não exportar tributos, em prol da competitividade da indústria nacional”, pode ser atingida de dois modos distintos, previstos no próprio dispositivo imunizante. Pede-se vênia para transcrevê-lo:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#)

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores; (grifo nosso)

A parte final do dispositivo imunizante, que assegura a manutenção e aproveitamento do crédito de ICMS pago nas operações anteriores, traz exceção à regra geral de que a não incidência acarreta a anulação dos créditos relativos às operações anteriores.

Com tal preceito, ainda que o ICMS incida numa operação que envolva mercadoria cujo destino final seja o exterior, a intenção da norma imunizante é alcançada, tendo em vista que o aproveitamento do crédito de ICMS das operações anteriores elimina o repasse do ônus do tributo ao consumidor final, estabelecido no exterior.

Absurdo concluir, portanto, de que a incidência do ICMS nas operações culminaria na exportação de tributos, sendo despiciendo, por tão simples, empreender maiores esforços intelectuais sobre o assunto.

Há, inclusive, nesse sentido, para corroborar o acima esposado, jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal que reconhece a incidência do ICMS em operações anteriores à exportação, como *verbis gratia*, o transporte interestadual de produtos destinados ao exterior. Veja-se:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. SERVIÇO UTILIZADO NO TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS DESTINADOS AO EXTERIOR. PRETENDIDA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. ART. 155, § 2º, X, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A imunidade tributária prevista no artigo 155, § 2º, X, a, da Constituição Federal é benefício restrito às operações de exportação de produtos industrializados, não abrangendo o serviço utilizado no transporte interestadual ou intermunicipal dos referidos bens. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. (RE 602399 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em

15/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-059
DIVULG 31-03-2016 PUBLIC 01-04-2016)

2.4 Inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo único, inciso I da Lei Complementar 87/96- isenção heterônoma não permitida

Ainda que se considerasse que as operações descritas configurassem exportação indireta, preenchendo os requisitos legais para demonstração objetiva da finalidade específica de exportação, ainda assim, haveria de ser tributada a operação, tendo em vista a patente inconstitucionalidade da norma contida no art. 3º, parágrafo único, inciso I da Lei Complementar 87/96.

Conforme acima explanado, a indigitada norma tem caráter isentivo, conforme, inclusive reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça no EResp 710260/RO, colacionado pelo Embargante aos autos. Leia-se:

"Mesmo na hipótese de saídas de mercadorias realizadas com o fim específico de exportação, e destinada a empresa comercial exportadora, armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro, pode ser considerada válida a **norma isentiva**, porque a **razão da isenção** é a mesma, vale dizer, estimular as exportações."

Referida norma afronta o disposto no arts. 151, III, que impede a União de conceder isenções de tributos estaduais e no 155, §2º, XII, *g* da Constituição Federal, que impõe que isenções, incentivos e benefícios fiscais sejam concedidos, em matéria de ICMS, após liberação entre os Estados e Distrito Federal.

Considerando estarmos diante de isenção prevista exclusivamente em Lei Complementar Federal, a vedação à concessão de isenção heterônoma, constitucionalmente prevista, restou alvitrada.

Não só, a isenção sem prévia deliberação dos Estados, em matéria de ICMS, é proibida constitucionalmente.

3. CONCLUSÃO

Pelo quanto foi exposto, podemos concluir que a operação de circulação de mercadorias que não as destine diretamente ao exterior ou à *trading* que venha a exportar o tributo deve ser tributada pelo ICMS, assegurando-se, contudo, posteriormente ao efetivo exportador a manutenção do crédito referente às operações anteriores da cadeia produtiva ou comercial.

O caso concreto a que se fez referência ainda não foi julgado. Daremos notícia das atualizações do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BRASIL. Lei 5.172/1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm Acesso em 19 de setembro de 2017

BRASIL. Lei Complementar 87/1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm Acesso em 19 de setembro de 2017

BRASIL. Decreto-Lei 1.248/1972. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1248.htm Acesso em 19 de setembro de 2017

BRASIL. Decreto-Lei 1.455/1976. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1455.htm Acesso em 19 de setembro de 2017

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 307.

NOTA:

[1] Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

LIMITAÇÕES PENAIS À LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E SUA COMPATIBILIDADE COM OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

VINÍCIUS CUNHA MAGALHÃES:
Advogado inscrito na OAB/MG.
Graduado em Direito pela Universidade
Federal de Juiz de Fora - UFJF/MG.

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar a compatibilidade dos delitos contra a honra e do desacato frente às disposições constitucionais e internacionais que reconhecem a liberdade de expressão como direito humano fundamental, além de atribuírem a esta o *status* de liberdade prioritária dentro do sistema de direitos fundamentais. Nesse sentido, pretende-se, com esteio na literatura especializada nacional e estrangeira acerca da matéria, apontar possíveis excessos do legislador e equívocos da jurisprudência.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Proteção à honra, intimidade e vida privada. Princípio da isonomia. Calúnia. Difamação. Injúria. Desacato. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT: This paper aims to undertake an analysis of the compatibility of the criminalization of defamation, calumny and libel and of “*desacato*” laws (laws against insulting, threatening, or injuring a public functionary) with constitutional and international norms that recognize freedom of expression as a fundamental human right, placing it as a priority freedom inside the system of fundamental rights. Therefore, the present work intends to follow national and international specialized literature on the topic in order to point towards possible excesses committed by the criminal legislation, and errors in decisions made by national Courts.

Keywords: Freedom of expression. Protection of honour, intimacy and private life. Principle of equality. Calumny. Defamation. Libel. “*Desacato*” laws. Proportionality principle.

SUMÁRIO: Introdução 2. A liberdade de manifestação do pensamento 3. Inconvencionalidade e não-recepção do desacato 4. Crimes contra a honra 4.1. Crimes contra a honra de funcionários públicos. 4.2. Crimes

contra a honra de particulares. 4.2.1. Calúnia 4.2.2. Injúria. 4.2.3. Difamação 5. Conclusão 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade analisar a compatibilidade do crime de desacato e dos crimes contra a honra com o direito humano fundamental à liberdade de manifestação do pensamento, previsto no art. 5º, IV da Constituição Federal (CRFB) e no art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Assim sendo, o presente artigo será dividido em três seções. Na primeira, será formulada uma delimitação sintética do âmbito de proteção do direito fundamental em jogo. A segunda analisará a questão relativa ao crime de desacato, frente ao sistema interamericano de direitos humanos. Por fim, a última seção se debruçará sobre a difícil temática dos crimes contra a honra, primeiro sob a perspectiva dos agentes públicos e, depois, dos particulares.

Para alcançar o desiderato proposto, serão utilizados o métodos dedutivo, tendo em vista a aplicação de paradigmas teóricos e dogmáticos nacionais e estrangeiros na formulação dos argumentos, e o método dedutivo, extraíndo-se argumentos gerais a partir de casos julgados pela jurisprudência. Além disso, a análise do problema envolverá a pesquisa qualitativa, na qual se analisará a compatibilidade das normas penais com os parâmetros do sistema de direitos humanos fundamentais.

2 A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Conforme a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2010), o direito à livre manifestação do pensamento^[1] cumpre tríplice função numa ordem constitucional democrática. Serve, primeiramente, como um direito fundamental de defesa, positivando uma esfera de proteção do indivíduo contra intervenções indevidas dos poderes públicos. Em segundo lugar, a liberdade de expressão guarda relação estrutural com o regime democrático, na medida que constitui o pressuposto para a

existência de um ambiente de deliberação plural e fomento à circulação de informações, ideias e expressões. Finalmente, pode ser considerada também em relação aos demais direitos, como ferramenta para o seu exercício ou meio para que o cidadão adquira as informações necessárias a tal desiderato.

Não se confunde, no entanto, este direito com o direito à liberdade de imprensa (art. 220, CRFB)^[2]. Com efeito, enquanto que a liberdade de opinião protege situações existenciais do indivíduo, que manifesta e potencializa sua subjetividade ou atua na busca por informações e conteúdos, a liberdade de imprensa é exercida num contexto institucional, conectada ao desempenho de atividade profissional, e muitas vezes com intuito lucrativo. Por isso mesmo, o regime jurídico de ambas, quanto ao seu conteúdo e suas limitações, deve ser diverso.

Quanto ao seu conteúdo, uma síntese da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos contida em CIDH (2010, pp.10-21), permite-nos afirmar que seu âmbito de proteção abrange o direito à fala; ao idioma; à escrita; à busca, difusão, posse, manutenção e transporte da informação; à expressão simbólica; à crítica; e à contestação, entre outros.

Neste sentido, a Corte entende que se protege, *ab initio*, todos os tipos de expressão, incluídos os discursos ofensivos, chocantes ou perturbadores. São objeto de especial proteção os discursos político, sobre assuntos de interesse público, sobre agentes públicos e candidatos a cargos eletivos, e aquele que expressa elementos essenciais da dignidade ou identidade pessoal. Não são objeto de proteção, por outro lado, a propaganda de guerra, a apologia ao ódio e à violência, a incitação ao genocídio, a pornografia infantil e o *hate speech*.

Desenhado este panorama, tema dos mais relevantes é aquele acerca da restrição ao âmbito de proteção do referido direito, sobretudo no que diz respeito às intervenções do legislador penal. Nesse sentido, cumpre analisar as restrições materializadas nos crimes de desacato e contra a honra, frequentemente invocados para restringir a liberdade de opinião.

3 INCONVENCIONALIDADE E NÃO-RECEPÇÃO DO DESACATO

Em 1995, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, CIDH (1995), no sentido de que as denominadas “leis de desacato”^[3] violam a cláusula do art. 13, CIDH, que garante, como direito humano, a liberdade de manifestação do pensamento.

Geralmente, os Estados argumentam que as leis de desacato cumpririam o papel de resguardar as funções públicas exercidas por seus agentes, tutelando o direito à honra contra ofensas indevidas e, assim, possibilitando o exercício independente das competências. Da mesma forma, argumenta-se que o desacato protege a própria Administração Pública, que, dada a sua estrutura de ente meramente abstrato, se vê apresentada através do funcionário.

Entretanto, numa ordem constitucional livre e democrática, que abarca o pluralismo de visões de mundo e a tolerância com as opiniões discordantes, a criminalização das expressões que se mostrem contrárias aos interesses de agentes públicos ferem o núcleo essencial do direito fundamental à livre manifestação do pensamento.

A CIDH (1995), considera que o desacato constitui uma restrição direta à liberdade de expressão, na medida em que atinge o núcleo deste direito fundamental através de meios repressivos e, além disso, uma “restrição indireta”, que previne discursos discordantes dada a simples ameaça ou temor de punição dos agentes públicos, o chamado “efeito paralisante” (“*chilling effect*”).

Muito embora os agentes públicos tenham honra e imagem a serem tuteladas, o simples fato de atuarem apresentando o Estado já implica em restrições nestes direitos. É corrente a lição de que os funcionários devem suportar uma intromissão e um nível de crítica e ataque mais intensos do que o cidadão comum em sua vida particular, dado o interesse público que a função desperta, restando a eles tão somente o recurso às ações cíveis para tutelar-se contra ofensas excessivas^[4].

Deve ser traçada uma linha muito importante que separa, de um lado, as condutas particulares reprimíveis que impedem o livre exercício da função pelo funcionário^[5], obstando assim o atingimento do interesse público, do mero discurso de crítica ao desempenho individual do funcionário em concreto, ou àquela função exercida, mesmo que em abstrato.

A situação se agrava quando se percebe que, no crime de desacato, não há previsão de que seja possível ao suposto autor se valer da exceção da verdade para desconstituir a infração, o que o coloca numa situação ainda mais desvantajosa no âmbito do processo-crime^[6].

Ainda, a ameaça da responsabilidade penal por desonra de um funcionário público pode facilmente ser instrumentalizada para se tornar meio de censura de juízos de valor ou opiniões políticas, suprimindo assim a crítica e a oposição democráticas. A abertura semântica dos núcleo “desacatar”, que já viola, em si, o princípio da taxatividade penal (art. 5º, XXXIX, CRFB), pode ser facilmente utilizada como subterfúgio para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses escusos, avessos à ordem jurídica^[7].

Por outro lado, o desacato também é incompatível com o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CRFB e art. 24, CIDH). Como, para o preenchimento da hipótese de incidência do art. 331, CP, a vítima deve ser necessariamente funcionário público, cria-se uma proteção desequilibrada dos agentes do Estado com relação aos particulares, que não dispõe de semelhante proteção, independente da “relevância” das funções que desempenham.

Recentemente, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ)^[8], em controle de convencionalidade incidental, considerou o delito incompatível com o art. 13, CIDH. O Relator, partindo da hierarquia supralegal do Pacto, argumentou que a criminalização violaria o princípio constitucional da isonomia, além de estar na “contramão do humanismo” e do regime democrático. Ressaltou em seu voto, contudo, que a descriminalização da figura não inibe a tutela do funcionário na esfera penal, com fundamento nos crimes contra a honra^[9].

Em que pese a inovação contida no julgado, a Terceira Seção do STJ reviu este posicionamento para referendar a compatibilidade do desacato com o ordenamento jurídico^[10]. Segundo notícia daquele Tribunal, no voto vencedor consta que a tipificação do desacato como crime é um resguardo contra “ofensas sem limites”, criando uma proteção adicional ao funcionário, que está exposto “a todo tipo de ofensa” no exercício de suas funções. Ademais, não haveria incompatibilidade com a liberdade de manifestação do pensamento, desde que esta fosse exercida “com civildade e educação”^[11].

No mesmo sentido, houve quem dissesse que a Corte Interamericana admite a criminalização de “excessos” da liberdade de expressão em algumas instâncias e, além disso, a descriminalização do desacato não traria nenhum “benefício concreto” aos cidadãos, cujas condutas ainda poderiam ser tipificadas como crimes contra a honra, sendo que a lei prevê causa de aumento para estes crimes quando praticados contra funcionários públicos. Para esta corrente, eventuais abusos dos servidores deveriam ser punidos como abuso de autoridade^[12].

Não se pode, todavia, concordar com os argumentos apresentados. Inicialmente, a ideia de que a retirada do desacato do ordenamento criaria o risco de que fossem toleradas “ofensas sem limites” não corresponde à realidade. Mesmo que excluída a proteção conferida aos funcionários públicos pelo desacato e pelos crimes contra a honra, permaneceria a possibilidade de o ofendido se valer de ações civis para reparar danos à sua honra e imagem, meio este que se mostra mais do que suficiente para tutelar eventuais prejuízos sofridos pela vítima, como se discutirá, adiante, na Seção 3.

Além do mais, deve-se compreender que, num regime democrático, a honra e imagem de funcionários públicos devem ser relativizadas, permitindo um amplo escrutínio dos poderes públicos por meio de uma esfera pública informada, atenta e vigilante, com amplas prerrogativas para discutir, criticar, discordar e difundir opiniões e informações sobre a atuação daqueles que apresentam o Estado.

De qualquer sorte, deve-se rechaçar também a ideia de que a manifestação do pensamento protegida pelo art. 5º, IV, CRFB e pelo art. 13, CIDH abrange apenas opiniões exaradas “com civilidade e educação”, como defendido no Voto vencedor. Na verdade, o suporte fático do direito fundamental engloba também aquelas críticas e opiniões ao trabalho de funcionários, ainda que por vezes ácidas, indignadas e desagradáveis, na medida em que são imprescindíveis para o aprofundamento de uma democracia plena, na qual o Estado efetivamente encontra limites nos direitos fundamentais dos seus cidadãos^[13].

A CIDH (2014, p. 20) se coloca contrária à figura do “cidadão exemplar”, própria dos regimes autoritários, que corresponde à figura do indivíduo que considera seus direitos como dádivas dadas pelos governantes e se abstém de efetuar qualquer crítica, salvo aquela considerada pelas autoridades como “construtiva”, abdicando assim de suas faculdades deliberativas e decisórias. Com muito mais razão, o ideal de cidadania que corresponde ao Estado Democrático é o de um sujeito deliberante, que “tem o valor de servir-se de sua própria inteligência” e está disposto a ingressar no discurso pela via do agir comunicativo.

Também deve ser descartado o argumento de que os próprios órgãos do sistema interamericano admitem restrições penais à liberdade de expressão e que, portanto, a punição do desacato seria legítima. Se é verdade que não chegam a rechaçar que toda e qualquer restrição penal à livre opinião, fato é que, quanto ao desacato, a posição daqueles órgãos é reiterada no sentido da incompatibilidade com o sistema de direitos humanos fundamentais, havendo a publicação de inúmeros relatórios, estudos e recomendações nesse sentido.

Aqui, a referência à jurisprudência internacional, pelo STJ, assume feição meramente retórica ou performática, um argumento de autoridade mal-empregado e que não guarda qualquer similitude com o que aqueles realmente propugnam.

Por fim, quanto ao argumento de que seria inútil a descriminalização do desacato frente à presença dos crimes contra a honra no sistema jurídico, a argumentação também não procede. Como se fez referência

anteriormente, a Comissão já asseverou que a expressão “leis de desacato” deve ser interpretada de maneira ampla, de modo a também abarcar os crimes contra a honra praticados contra funcionário público.

A CIDH (2004, p. 5) argumenta, para além de qualquer dúvida, que “do ponto de vista da dogmática penal, o desacato não é senão um crime contra a honra em que o sujeito passivo é, necessariamente, um funcionário público”. E, no informe CIDH (2003, p. 4), “os Estados devem adequar suas leis sobre difamação, injúria e calúnia, de forma que tão somente possam se aplicar sanções civis nos casos de ofensas a funcionários públicos”.

Logo, é possível concluir que andou mal o STJ ao reformar, pela sua Terceira Seção, a inovadora decisão prolatada no âmbito de sua Quinta Turma. Não só houve retrocesso em relação aos compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil, como também má aplicação da dogmática e da jurisprudência dos direitos humanos e fundamentais firmada há mais de vinte anos pelos órgãos do sistema interamericano.

4 CRIMES CONTRA A HONRA

Terminada a análise do delito de desacato, passa-se a perscrutar a compatibilidade dos delitos contra a honra com o sistema de direitos humanos fundamentais. Para cumprir tal desiderato, a análise se desdobrará em duas etapas: primeiramente, será analisada a questão dos crimes contra a honra de funcionários públicos, aproveitando-se argumentos já derivados do tópico anterior. Posteriormente, o estudo se centrará na questão dos crimes contra a honra de particulares, com a consideração pormenorizada de cada uma das figuras delitivas.

4.1 Crimes contra a honra de funcionários públicos

A conclusão anteriormente obtida com relação ao delito de desacato produz, desde logo, certas implicações em matéria de validade e interpretação dos dispositivos do Código Penal acerca dos crimes contra a honra (arts. 138 e seguintes, Código Penal - CP) [\[14\]](#).

O argumento de que funcionários públicos estão sujeitos a um menor - e não a um maior - grau de proteção jurídica frente às críticas e ao escrutínio do público deve informar também a hermenêutica dos dispositivos penais sobre calúnia, injúria e difamação, já que estas normas podem ser indevidamente instrumentalizadas em prejuízo da liberdade de expressão dos cidadãos em geral, de modo idêntico ao que ocorre com o desacato, produzindo os mesmos efeitos deletérios para a liberdade de opinião e para a democracia como um todo^[15].

Assim, presente o intuito de criar um “efeito paralisante” (“*chilling effect*”) sobre tal liberdade através do direito penal, pouco importa se a punição veio a título de desacato, injúria, calúnia ou difamação. Tal circunstância é indiferente para o controle de convencionalidade baseado no Pacto de San José, segundo a CIDH (2003, pp. 4-7).

A situação se agrava ainda mais quando se percebe que, na forma do 141, CP haverá aumento de pena se qualquer daqueles crimes for cometido contra o Presidente da República ou Chefe de governo estrangeiro (inciso I) - caso no qual não se admite a exceção da verdade - ou contra funcionário público, em razão de suas funções (inciso II).

Perceba-se que o fato de ser cabível a exceção da verdade (excetuado o art. 141, I, CP) ou a retratação nos delitos de calúnia e difamação não tem o condão de obstar a sua não-recepção pela ordem vigente. Com efeito, segundo a CIDH (1995), muitas vezes, a opinião considerada “ofensiva” pelo funcionário é baseada não em fatos prováveis em juízo, mas em juízos de valor que, como se sabe, não admitem prova, tornando este meio de defesa inútil^[16].

PIEROTH e SCHLINK (2013) acrescentam, sobre o tema, que a delimitação entre afirmações sobre fatos (que são verdadeiras ou falsas), de um lado, e juízos de valor (que não são nem verdadeiros nem falsos), do outro, é geralmente e em parte considerada impossível pela doutrina, já que, muitas, afirmações sobre fatos contém implícitos juízos valorativos.

Por isto mesmo, exigir que o cidadão faça prova em juízo de suas alegações, ou que se curve ao funcionário mediante retratação continua

sendo uma medida deveras onerosa e portanto desproporcional, já que sobre juízos de valor ou sobre notícias obtidas na imprensa é praticamente impossível a produção de material probatório.

Destarte, presentes as mesmas razões, segue-se a mesma conclusão, qual seja, a de que os agentes do Estado não podem se valer dos crimes contra a honra para a tutela de seus direitos em concreto, devendo-se considerar, neste caso, interpretação em sentido diverso como não-recepcionada pelo texto de 88 e incompatível com a Convenção. O mesmo não se pode dizer em relação ao art. 141, CP, cuja não-recepção deve ser reconhecida.

Tal conclusão significa que há uma inconstitucionalidade em concreto^[17] na aplicação destes tipos penais para a tutela de funcionários públicos. Utilizando-se de uma linguagem própria da dogmática penal, pode-se de dizer que haveria uma causa supralegal de exclusão da ilicitude^[18] quando a suposta ofensa é dirigida em face do funcionário. Outra alternativa seria reconhecer, como sugere a CIDH (2003, p. 7), uma condição objetiva de não-punibilidade, o que tem a vantagem de permitir a extinção do processo sem trâmites delongados, e sem fazer recair sobre o réu o ônus de provar a causa justificante.

No intuito de não criar uma lacuna na proteção dos direitos fundamentais dos funcionários, a Comissão emitiu, conforme CIDH (2003, pp. 4-7), recomendação aos Estados no sentido de que estes devem adequar a sua legislação de forma que se admitam sanções civis no caso de calúnias, ofensas e injúrias a funcionários públicos^[19]. Por esta via, será possível a cumulação de pedidos condenatórios com a cominação de obrigações de fazer e não-fazer.

A CIDH (2003, pp. 4-5) sugere, no particular, a aplicação da “doutrina da real malícia”, por meio da qual se analisa se o autor da suposta ofensa tinha consciência de que a mesma era falsa, ou, pelo menos, atuou de forma culposa (“temerária despreocupação”) com relação à veracidade ou falsidade da informação. Além disto, as regras de distribuição do ônus da prova devem fazer recair exclusivamente sobre o autor as demandas

quanto à comprovação dos danos sofridos, sob pena de inviabilizar a defesa do réu, como já mencionado anteriormente.

Este entendimento se justifica na medida em que uma atuação excessiva por parte do Poder Judiciário quando da fixação do *quantum debeat* nestas ações pode vir a produzir o mesmo “efeito paralizante” de desencorajar o livre fluxo da opinião na sociedade, fazendo com que os cidadãos se “autocensurem”, deixando de ingressar no debate público por temer represálias de índole econômica, o que não se desconhece na jurisprudência brasileira. Segundo o Princípio nº 10 da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão:

As leis de privacidade não devem inibir nem restringir a investigação e a difusão de informação de interesse público. A proteção à reputação deve estar garantida somente através de sanções civis, nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou uma pessoa pública ou particular que se tenha envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público. Ademais, nesses casos, deve-se provar que, na divulgação de notícias, o comunicador teve intenção de infligir dano ou que estava plenamente consciente de estar divulgando notícias falsas, ou se comportou com manifesta negligência na busca da verdade ou falsidade das mesma.

4.2. Crimes contra a honra de particulares

Diferentemente do que ocorre com relação aos agentes do Estado, é mais tormentosa a questão acerca da recepção ou não dos crimes contra a honra no que diz respeito aos particulares. Como se sabe, a Constituição protege o direito à honra, intimidade e vida privada, e doutrina e jurisprudência são pacíficas quanto à admissão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de modo que o referido direito, *prima facie*, constitui uma restrição ao exercício da liberdade de expressão.

De qualquer sorte, com fulcro no Princípio nº 10 da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão anteriormente mencionada, já se pode fazer uma distinção relevante: estende-se a limitação à honra, imagem e vida privada que se aplica aos funcionários públicos aos particulares que tenham se envolvido em assuntos de interesse público voluntariamente.

Como estes particulares participam da vida da comunidade em consórcio com os agentes públicos ou, quando este não é o caso, assumem a condução ou a defesa de assuntos de interesse público perante a todos, é certo que a eles caberá tão somente o recurso ao direito civil, caso se sintam ofendidos em sua honra por fatos ou opiniões ofensivas ou intrusivas[20].

4.2.1. Calúnia

No que tange à calúnia, que se define, na forma do art. 138, CP, como o crime de imputar a alguém, falsamente, a prática de crime, não parece haver qualquer contradição, numa análise em abstrato, entre a figura típica e o sistema de direitos humanos fundamentais.

Mencione-se, neste sentido, que a imputação falsa de crime, desde que com dolo devidamente comprovado em processo-crime pelo autor da ação penal, pode gerar consequências extremamente graves para a reputação social vítima, de modo que, se, de um lado, a reparação civil possa ser eficiente para cobrir eventuais prejuízos, não parece ser suficiente para dissuadir futuros possíveis infratores da prática da calúnia.

Tais consequências nefastas são amplificadas especialmente naqueles casos em que o autor goza de prestígio social ou de notoriedade, de modo que a acusação falsa atinge um grande número de pessoas, o que pode se dar através da imprensa, dos meios de comunicação, ou mesmo da *internet*, através de redes sociais.

Por outro lado, a admissão ampla da exceção da verdade (art. 138, §3º, CP), com as exceções previstas em lei, torna possível ao réu esquivar-se da punição criminal, sendo que, aqui, não cabem as considerações,

anteriormente tecidas, à dificuldade de produção da prova, tendo-se em vista que, em se tratando de fato criminoso e não juízo de valor, dispõe o réu de todos os meios em direito admitidos para demonstrar autoria e materialidade, como ocorreria em qualquer outra ação penal na qual figurasse na condição de acusador.

De qualquer forma, se, no caso em concreto, ficar constatado que a ação penal foi proposta com o intuito de sufocar a legítima manifestação de opiniões ou críticas, servindo de verdadeiro subterfúgio para sufocar o debate sobre temas de interesse público, nada impede que se realize o controle concreto de constitucionalidade, reconhecendo-se a inaplicabilidade da lei naquela situação especial.

Neste sentido, especial atenção deve se dar na análise da figura do dolo eventual. Como se sabe, distingue-se o dolo eventual do dolo direto na medida em que, naquele o indivíduo é indiferente quanto à concretização ou não do resultado criminoso. Logo, uma análise pouco rigorosa da figura do dolo eventual poderia levar a excessos punitivos por parte do Poder Judiciário, que contribuiriam para o efeito paralisante sobre a livre expressão.

Portanto, aquilo que se pode admitir é apenas a punição daqueles que imputam a outrem fatos sabidamente criminosos (dolo direto), ou que não empregam um mínimo de diligência na verificação da autenticidade da informação de que dispõem ou que recebem sobre supostos crimes, levando-se em consideração tanto os meios que o agente possuía para cumprir o dever de razoabilidade na checagem da informação, quanto a credibilidade da fonte por meio da qual ele adquire a informação sobre a vítima (dolo eventual).

4.2.2. Injúria

No que diz respeito à injúria, são, desde logo, patentes as dificuldades em se aceitar a validade em abstrato do delito. O núcleo do verbo, “injuriar”, tem textura normativa aberta o suficiente para que se questione, com legitimidade, se cumpre o mandamento da taxatividade. Além deste fato, a circunstância de que, na injúria, ofende-se o âmago subjetivo da

vítima e não sua imagem e honra perante terceiros, além do fato de que a conduta não implica na imputação de fato, mas na atribuição de característica, tornam muito difícil sustentar a sua compatibilidade com o sistema de direitos humanos fundamentais.

É possível, ainda, que se questione se é tarefa de um direito penal subsidiário e de caráter fragmentário a tutela de ofensas que causam angústia e dor às vítimas, mas que não superam a esfera individual, pelo menos num primeiro momento, para adentrar no mundo social. Por estas razões, consideramos que, na grande maioria dos casos, mostra-se inviável a punição pela modalidade do caput do art. 140, CP.

Entretanto, parece a nós que a figura ainda cumpre relevantes funções, de modo que não deve ser abolida em definitivo do sistema jurídico-penal. Como se sabe, distingue-se a injúria comum daquela contida no art. 140, §3º, CP, conhecida como injúria racial ou preconceituosa. Esta última figura destina-se criminalizar ofensas baseadas na discriminação de raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

A tutela penal que busca evitar o preconceito e a discriminação em face de minorias tradicionalmente estigmatizadas, naquilo que se denomina de proibição do discurso de ódio ou do *hate speech*, é acolhida de modo universal não só pela doutrina, como também pela jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos e mesmo das Nações Unidas.

Na medida em que a tutela dos direitos humanos fundamentais visa à superação dos estágios de desigualdade e dominação ilegítima, e tendo-se em conta que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é justamente a eliminação de toda forma de discriminação, como se extrai do art. 3º, II, CRFB, é inconteste que a finalidade do art. 140, §3º, CP é legítima e, além disso, o meio empregado é proporcional. A rigor, as manifestações de ódio sequer se inserem no suporte fático da liberdade de expressão.

Justamente neste ponto é que a figura delitiva do caput pode ser reinterpreta da, de modo a servir como norma de reserva para a tutela da dignidade e da honra de minorias estigmatizadas que não se encontrem abrangidas pelo art. 140, §3º, CP, tendo-se em vista a vedação, em direito penal, da analogia *in malam partem*. Tal seria o caso, por exemplo, da homofobia, da transfobia, e da discriminação de gênero direcionada contra a mulher.

Poderíamos falar, assim, que a norma contida no art. 140, caput, CP, estaria a passar por um processo de inconstitucionalização progressiva^[21]: enquanto não realizada uma reforma da legislação penal a fim de que se crie um delito abrangente para as ofensas proferidas de forma individual contra membros de grupos minoritários tradicionalmente estigmatizados na sociedade, mantém-se a higidez do dispositivo. Ultimada a proteção penal eficiente contra todas as formas de discriminação, perderia a figura típica ali descrita.

Assevere-se que, diferentemente do que ocorre com a calúnia, a criminalização da injúria simples não traz nenhum benefício à vítima que já não possa ser obtido, de forma igualmente satisfatória e menos intrusiva, por meio da tutela civil. Mesmo a dissuasão de terceiros pode ser obtida através da função pedagógica ou punitiva dos danos morais. A tutela penal da honra subjetiva, desacompanhada de alguma finalidade transindividual, assim, parece a nós violar o princípio da proporcionalidade no subnível da necessidade.

Não há, nesta conclusão, nenhuma incongruência com o princípio da isonomia (art. 5º, caput), já que as minorias tradicionalmente estigmatizadas, pela sua própria situação de fato, marcada pela inferiorização, preconceito e violência, demandam uma tutela adicional em relação aos grupos sociais ditos majoritários, que pode e deve ser obtida na via penal, como reconhece a própria Constituição no caso do racismo (art. 5º, XLII).

Certa situação de desigualdade é inerente à proteção da honra subjetiva, o que até mesmo o atual Código Penal reconhece, quando se verifica que a injúria preconceituosa é o único delito contra a honra punível

com pena de reclusão. Quanto aos demais cidadãos, que também gozam na sua plenitude do direito contido no art. 5º, X, CRFB, reserva-se ainda um meio perfeitamente eficiente e suficiente para a reparação de seus interesses.

4.2.3. Difamação

Por fim, quanto ao delito de difamação, tem-se, conforme o art. 139, CP, que o crime se consuma com a imputação, a alguém, de fato ofensivo à sua reputação, não se admitindo, em regra, a exceção da verdade, ressalvado o caso de o ofendido ser funcionário público no exercício de suas funções (parágrafo único).

Primeiramente, ressalte-se que, como corolário das teses propostas neste trabalho, o parágrafo único deveria ser forçosamente considerado como não-recepcionado, por não se mostrar compatível com sistema de direitos humanos fundamentais a tutela da honra objetiva de funcionários públicos por meio do delito de difamação, de modo que a conclusão a que se chega é a da ampla impossibilidade de oposição da exceção da verdade.

Por outro lado, assevere-se, conforme a ONU (2007, pp. 12-15) que intrusões na vida privada do indivíduo, independentemente do seu status social ou pertencimento a qualquer grupo, majoritário ou minoritário, não é compatível com a promoção e proteção da liberdade de opinião. O direito à privacidade, intimidade e vida privada, além de cumprir relevante papel no desenvolvimento da própria liberdade de expressão, ao fornecer os meios para que o indivíduo possa se isolar do coletivo e buscar se aprimorar e aprofundar em assuntos de sua preferência pessoal, também o protegem contra a exposição ao ridículo ou a chantagens.

Assim, muito embora possa se criticar o delito sob luz dos mesmos argumentos da proporcionalidade e da violação da taxatividade, ele também ainda cumpre, entre nós, função relevante na tutela de situações vexatórias graves, como ocorre com a chamada vingança pornográfica (“*revenge porn*”), em que fotos e vídeos de um ex-parceiro(a) são expostos

ao público com o único intuito de constranger e arruinar a vida privada da vítima.

Fora destas hipóteses, havendo demonstração em concreto nos autos que a demanda foi movida exclusivamente com o intuito de amordçar a livre circulação de informações, somado ao fato de que eventuais danos poderiam ser solvidos na esfera cível, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade em concreto da tipificação penal.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, percebeu-se que, a partir da análise do âmbito de proteção do direito humano fundamental à liberdade de manifestação do pensamento, mostra-se incompatível com a sua proteção, em primeiro lugar, a criminalização do desacato.

Para cumprir este desiderato, demonstrou-se que a legislação e a jurisprudência, na sua renitência em expurgar o delito do ordenamento, encontra-se em franca contradição não só com os direitos previstos na Constituição e com o princípio da isonomia, mas também com a orientação de mais de vinte anos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por outro lado, analisou-se também a intrincada questão relacionada aos crimes contra a honra. Primeiramente, foi possível, desde logo, aplicar as mesmas conclusões anteriores para excluir do âmbito de incidência do tipo penal as ofensas proferidas contra servidores públicos e particulares que voluntariamente se envolvem com questões públicas.

Por fim, analisou-se cada um dos crimes, concluindo-se pela validade em abstrato do delito de calúnia, desde que interpretada com cautela a problemática relativa ao dolo eventual, pela parcial validade da criminalização da injúria, apenas naqueles casos que envolvam os interesses de minorias estigmatizada, e pela validade, também em abstrato da difamação, para os casos graves que envolvam exposições da intimidade e chantagem.

6 REFERÊNCIAS

CIDH. Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, 197-212. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#CAPITULO%20V> Acesso em: 04 de junho de 2017.

_____. **Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão.** Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

_____. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002.** Vol. III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 5 rev. 1, 7 marzo 2003. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/desacato/Informe%20Anual%20Desacato%20y%20difamacion%202002.pdf>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

_____. **Informe Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2004.** Capítulo VI - Leyes de Desacato y Difamación Criminal. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/desacato/Informe%20Anual%20Desacato%20y%20difamacion%202004.pdf>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

_____. **Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión.** 2010, Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

_____. **Uma agenda continental para a defesa da liberdade de expressão.** Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. 2010. OEA, documentos oficiais; OEA Ser. L/V/II CIDH/RELE/INF.). Tradução para o

português em abril de 2014. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140407%20%20PORT%20OEA%20Unesco%20-%20Uma%20Agenda%20Continental%20para%20a%20Defesa%20da%20Liberdade%20de%20Expressao%20adjus.pdf>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

CONTI, Paulo Henrique Burg. **Crimes contra a honra: uma análise da liberdade de expressão como causa de justificação**. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/11.pdf>. Acesso em: 04 de junho de 2017

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Leonardo. **O STF sob a lupa da crítica jurídico-científica: guardião da CF ou censor em causa própria?** Carta Forense, 2016c. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-stf-sob-a-lupa-da-critica-juridico-cientific-a-guardiao-da-cf-ou-censurador-em-causa-propria/16830>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

ONU. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Ambeyi Ligabo**. 2 January 2007. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/101/81/PDF/G0710181.pdf?OpenElement> Acesso em: 04 de junho de 2017.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

STF - RE nº 135.328/SP. Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio: DJe 20/04/2001.

STJ – REsp nº 1.640.084/SP, 5ª Turma. Rel. Min. Ribeiro Dantas: DJe 01/02/2017.

STJ – HC nº 379.269/MS, 3ª Seção, Rel. p/ Acórdão Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. em 24/05/2017, acórdão pendente de publicação.

STJ. **“Terceira Seção decide que desacato continua a ser crime”**. Notícia publicada em 29 de maio de 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-que-desacato-continua-a-ser-crime. Acesso em: 04 de junho de 2017.

NOTAS:

[1] A Constituição fala em direito à livre “manifestação do pensamento”. A doutrina alemã, conforme PIEROTH e SCHLINK (2013), prefere a expressão “liberdade de opinião”. Por fim, no âmbito do sistema interamericano utiliza-se com frequência “liberdade de expressão”. Para os fins deste trabalho, todas estas nomenclaturas serão utilizadas como sinônimas.

[2] Na doutrina, esta também é a opinião de DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 59), que acolhemos.

[3] A Comissão, em CIDH (1995), entende que as “leis de desacato” abrangem qualquer legislação que penalize manifestações que ofendam, insultem ou ameacem funcionários públicos. Logo, conforme se analisará mais a frente, o conceito é mais amplo do que aquele contido no art. 331, CP, sob a rubrica de “desacato”, abarcando também os crimes contra a honra praticados em face de agentes públicos.

[4] CIDH (2000) contém a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana. O entendimento exposto corresponde aos princípios 11 e 12 da referida Declaração.

[5] MARTINS (2016) se vale expressamente deste critério para criticar decisão tomada pela Secretaria de Segurança do STF, concernente à autoria de dois bonecos infláveis usados em manifestações políticas que aludiam ao então Presidente do STF e ao Procurador-Geral da República,

no sentido de que fossem apuradas a “incitação à prática de crimes e à insubordinação em face de duas das mais altas autoridades do País”.

[6] A mera previsão desta exceção, entretanto, não é suficiente para afastar eventuais vícios, conforme se demonstrará, mais adiante, na seção 3.

[7] NEVES (2013, pp. 171-220) analisa a questão a partir da problemática dos abusos cometidos no uso da ponderação como técnica de decisão, mas os argumentos se aplicam integralmente aqui.

[8] STJ, REsp nº 1.640.084. O caso concreto se referia a réu que, durante a subtração, mediante ameaça, de uma garrafa de conhaque, avaliada em R\$ 9,00 (nove reais), em posse da vítima, teria desacatado com gestos e palavras dois policiais militares, além de ter manifestado oposição à sua detenção pelos mesmos.

[9] Cfr., neste sentido, o voto do Min. Ribeiro Dantas, contido no acórdão supramencionado.

[10] STJ. 3ª Seção. HC 379.269/MS, julgado em 24 de maio 2017. O acórdão não havia sido publicado até 04 de junho de 2017. Portanto, a análise dos argumentos dos Ministros, feita a seguir, se dará com base apenas no que publicado na referida notícia.

[11] Estes são os argumentos contidos no voto vencedor, do Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

[12] Foram as teses utilizadas pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz.

[13] CIDH (1995) traz, a título de exemplo, decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos do ano de 2000 que expressamente menciona que o direito à liberdade de manifestação do pensamento também abarca aquelas expressões que “ofendam, resultam chocantes ou perturbam agentes públicos”. Tais são as exigências do pluralismo, da tolerância e da abertura no Estado Democrático de Direito.

[14] A análise aqui feita, tendo como base o Código Penal, pode se estender a outras legislações que prevejam o desacato e os crimes contra honra como, por exemplo, o Código Eleitoral e o Código Penal Militar, entre outros.

[15] Com o mesmo entendimento, o Informe de 2002 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2003) acerca das leis de desacato e difamação criminal. O documento tece relevantes considerações sobre a necessidade de abolição ou, pelo menos, reforma ou reinterpretção dos crimes contra a honra.

[16] No caso *Lingens v. Austria*, a Corte Europeia de Direitos Humanos analisando o caso de jornalista condenado por ter acusado o Chanceler de “simples oportunismo” e comportamento “imoral” e “indigno”, considerou que a legislação austríaca, ao impor ao réu o dever de provar a verdade para se esquivar da condenação criminal, seria desproporcional porque, dentre outros fundamentos, seria impossível provar opiniões.

[17] No controle de constitucionalidade, é o que ocorre quando o STF declara, em abstrato, a constitucionalidade (ou recepção) da norma, sem prejuízo do reconhecimento da inconstitucionalidade de sua aplicação concreta.

[18] CONTI chega a uma conclusão semelhante, embora não trate especificamente do caso dos funcionários públicos, admitindo a excludente independente de quem seja a vítima em concreto. Poder-se-ia objetar este entendimento afirmando-se que, na verdade, se trata de causa legal de justificação: o exercício regular de direito.

[19] É possível sustentar idêntico entendimento com base na aplicação do princípio da proporcionalidade, no subnível da necessidade, na medida em que a repressão civil constitui meio menos gravoso no combate às ofensas contra funcionários, pois permite ao agente eficazmente combater o ilícito sem impor ao seu autor as pesadas e estigmatizantes consequências derivadas de uma condenação criminal.

[20] Imagine-se o exemplo de um particular que é investigado, ao lado de autoridades públicas, pela prática em tese de crimes graves contra a Administração Pública, ou o caso de um grande empresário que, tomando a decisão de ingressar na política, passa a ter sua vida pregressa e seus negócios abertamente discutidos na esfera pública.

[21] Cfr., para a tese da lei ainda constitucional ou inconstitucionalidade progressiva, o RE nº 135.328/SP.

A AUSÊNCIA DA CONTRAFÉ NAS AÇÕES DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE DE SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

AMANDA RODRIGUES CAMARGO:
Bacharelanda do curso de Direito da Católica do Tocantins.

VINICIUS PINHEIRO MARQUES

(Orientador)[1]

RESUMO: O novo Código de Processo Civil estabelece que o mandado de citação nas ações de família conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial. O problema de pesquisa é se a norma em comento padece do vício de inconstitucionalidade. O objetivo geral foi analisar a compatibilidade, ou não, da norma contida no art. 695, §1º, do Novo CPC frente aos princípios constitucionais da publicidade, dignidade da pessoa humana e ampla defesa e contraditório. A escolha da metodologia para o presente estudo foi o método dedutivo e o método da dialética, para este fim, foi utilizado o procedimento bibliográfico e documental, para conseguir atingir a conclusão. A presente pesquisa justifica-se pelas informações apresentadas no decorrer deste artigo que poderão contribuir para que as autoridades competentes e os operadores do direito observem a repercussão da possível inconstitucionalidade deste dispositivo. Ao final da pesquisa concluiu-se que a falta da contrafé no mandado de citação das ações de família deixou o réu muito desassistido pelo Novo CPC, quanto às informações que são necessária para a participação em uma audiência, principalmente às de conciliação e mediação, ferindo princípios constitucionais.

Palavras-chave: Ações. Família. Contrafé. (In)Constitucionalidade.

ABSTRACT: The new Code of Civil Procedural, establishes that the writ of summons in family actions will contain only the data necessary for the hearing and must be unaccompanied by a copy petition. Problem if the norm in question suffers from the vice of unconstitutionality. The general objective was to analyze the compatibility, or not, of the norm contained in art. 695, §1, of the New CPC against the constitutional principles of publicity, dignity of the human person and ample defense and contradictory.

The choice of the methodology for the present study was the deductive method and the dialectic method, for this purpose, the bibliographic and documentary procedure was used to reach the conclusion. The present investigation is justified by the information presented in the course of this article that may help the competent authorities and legal operators to observe the repercussion of the possible unconstitutionality of this device. At the end of the research it was concluded that the lack the copy petition in the order to cite the family actions left the defendant very unassisted by the New CPC, regarding the information that is necessary for participation in a hearing, especially those of conciliation and mediation, injured constitutional principles.

Keywords: Actions. Family. Petition Copy. (In)Constitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Panorama sobre o processo legislativo do novo código de processo civil (lei 13.105 de 16 de março de 2015) e os reflexos nas ações de família. 3. Argumentos doutrinários que defendem a constitucionalidade do artigo 695. §1º. 4. Argumentos doutrinários que defendem a inconstitucionalidade do artigo 695, §1º. 5. Análise dos princípios constitucionais envolvidos. 5.1. O princípio da dignidade humana. 5.2. O princípio do contraditório e da ampla defesa. 5.3. O princípio da publicidade. 6. Conclusão. 7. Referência.

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (lei 13.105, de 16 de março de 2015), elaborado pelo Congresso Nacional, atento à remodelação social, visa a redução de conflitos, abreviação do processo judicial e resolução de demandas repetitivas.

A petição inicial é o ato inaugural do procedimento responsável por fixar os limites objetivos e subjetivos da lide que deverá ser julgada, bem como por tirar o Poder Judiciário da inércia, para passar a exercer a jurisdição com a provocação. Recebida a petição inicial, o juiz analisará se estão presentes todos os requisitos elencados nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil, para assim deferi-la quando atesta todos os

requisitos presentes, mandar emenda-la para correção de algum requisito ou indeferi-la, posição esta que causa a extinção do processo sem resolução do mérito. A partir desse ponto, pode se introduzir o conceito de contrafé, que é a cópia autêntica de inteiro teor da inicial, entregue pelo oficial de justiça à parte ré citada, para que possa ter a oportunidade de obter conhecimento sobre a ação que foi proposta.

Teve bastante repercussão na esfera jurídica, o Projeto de Lei nº 166/2010 para a criação do Novo CPC^[2], que revogaria a lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Velho CPC). Em uma dessas mudanças, foi discutido sobre a proposta do assunto tratado no artigo 695, §1º do Novo CPC, porém houve uma grande indagação quanto à sua inconstitucionalidade desde o seu projeto de lei, em que na redação o réu não tivesse nenhum acesso à petição inicial, fato este que foi amplamente criticado, pois se evidenciou um absurdo gritante e claramente inconstitucional, violando os princípios da publicidade, da dignidade da pessoa humana, do contraditório e da ampla defesa. Essa proposta foi criticada por alguns autores durante a sua tramitação, pois com o intuito de facilitar a auto composição acabou incitando claramente a desigualdade entre as partes, a partir da hora em que o réu não tinha acesso aos reais motivos da sua citação para aquela audiência de mediação e conciliação. Oportunidade que lhe era resguardada até então, logo no momento da sua citação, de tomar ciência das alegações do autor, conservando assim a igualdade entre as partes. Depois de todas as discussões e mediante algumas alterações, entrou em vigor o Novo CPC, com a redação do artigo 695 §1º, dispondo que a parte ré será citada sem contato direto com a contrafé.

Neste artigo será feita a análise se hoje com a versão vigente do novo CPC, ainda há alguma inconstitucionalidade e quais dos princípios constitucionais que são desrespeitados por este dispositivo, ou se através do panorama traçado sobre o processo legislativo do Novo CPC em especial sobre o artigo 695 §1º, encontrou alterações no projeto de lei que foi suficiente para solucionar toda a inconstitucionalidade referente ao mandado citatório desacompanhado da contrafé nas ações de família e analisar os argumentos doutrinários que defendem ou criticam a inconstitucionalidade deste artigo, com base no método da dialética,

refletindo sobre esse conflito existente e as suas contradições envolvidas na análise deste problema.

2. PANORAMA SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105 DE 16 DE MARÇO DE 2015) E OS REFLEXOS NAS AÇÕES DE FAMÍLIA

No dia 16 de março de 2015 foi sancionada em cerimônia no Palácio do Planalto o texto do Novo Código de Processo Civil, que foi aprovado em dezembro de 2014 pelo Senado, durante essa cerimônia, diversos juristas trouxeram suas opiniões e seus apontamentos sobre o Novo CPC e a sua tramitação até o dia em que a obra foi sancionada, apontamentos estes que serão relatados no decorrer deste tópico conforme matérias da Agência do Senado, sobre tal evento.

Essa modernização foi iniciada pelo então presidente do Senado José Sarney, que em 2009, instituiu uma comissão composta de juristas para elaborar o anteprojeto, referente à PLS nº 166/2010, tal comissão foi presidida pelo Ministro Luiz Fux. Código de Processo Civil é o responsável por estabelecer os procedimentos dos processos, como os prazos, recursos, competências e tramitações. O maior marco do Novo CPC é o incentivo na agilidade no andamento dos processos judiciais, com a redução do formalismo jurídico e a busca pelo consenso.

Com a intenção de destravar a máquina do Judiciário foi estabelecido os centros de solução consensual de conflitos nos tribunais, o que ajuda a resultar na troca da visão litigiosa pela busca da resolução pacífica das demandas. Nas audiências prévias de conciliação, as partes serão ouvidas e estimuladas ao acordo e assim, as ações só irão prosseguir quando não houver acordo. Para Renan Calheiros, a reforma do CPC teve como objetivo, trazer para a sociedade um instrumento que reforça as garantias constitucionais do processo, o contraditório, a ampla defesa, publicidade, impessoalidade, celeridade, moralidade e a transparência nas decisões judiciais.

E é com essa visão, que o presente artigo indaga sobre a possibilidade de existir inconstitucionalidade presente no artigo 695§1º do

Novo CPC, trazendo assim os posicionamentos de doutrinadores que afirmam que tal dispositivo é inconstitucional e outros que discordam de tal posicionamento, tendo então um estudo sobre esse panorama.

O Velho CPC, que ficou conhecido como Código Buzaid por ter sido concebido pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, sob o governo de Emílio Garrastazu Médici, foi proposto durante o regime militar e com característica ditatorial foi apresentado por imposição e de forma unilateral. Desse modo o CPC/1973 não condizia mais com o presente momento em que a sociedade estava vivendo, pós-ditadura, num ambiente de democracia.

E pelo fato daquele CPC estar ultrapassado e desalinhado com os tempos atuais surgiu a indagação de um Novo CPC, ideia que foi bastante apoiada pela sociedade e pelos legisladores, com uma participação bem mais democrática, agradando a maioria dos operadores do direito, mais ainda assim, mesmo depois de já ter entrado em vigor, há alguns apontamentos e algumas indagações a se fazer, assim como a problemática deste artigo.

A necessidade da reforma do Código de Processo Civil era visível por muitos juristas e de certa forma existia um anseio por parte da sociedade, pois o CPC/73 estava desatualizadíssimo. O Ministro Luiz Fux, que presidiu a comissão de juristas responsável pelo anteprojeto do novo código, destacou durante a cerimônia em que o CPC foi sancionado, a colaboração da sociedade na construção do texto. Ele informou que foram mais de 80 mil e-mails e cerca de 200 livros com sugestões para o novo Código Civil.

Um dos relatores do novo código no Senado, Vital do Rêgo, durante o seu discurso na cerimônia elogiou o presidente Renan Calheiros pela agilidade com que conduziu a tramitação do projeto. Ele definiu a nova legislação como um código “moderno”, que enfrentou com ousadia vários problemas da sociedade, e dizendo que hoje, a liberdade, a democracia e a justiça celebram um novo código. E que de certa forma estamos diante de uma obra de toda a nação brasileira.

Durante a tramitação deste referido projeto de lei, a comissão de juristas apresentou um anteprojeto de lei que foi convertido no [PLS nº 166/2010](#) e passou a ser analisado por uma comissão especial de senadores. Depois, o texto foi aprovado em Plenário e seguiu para a Câmara dos Deputados, onde recebeu alterações, sendo uma delas, o objeto deste artigo, as regras especiais para favorecer a solução consensual de demandas no âmbito das ações de família, com previsão de apoio multidisciplinar para ajudar os envolvidos.

De volta ao Senado, em 2014, na forma de um substitutivo, o projeto passou mais uma vez pelo exame de uma comissão especial de senadores. Depois, seguiu para o Plenário para votação final, que ocorreu em dezembro de 2014. Renan Calheiros enviou o texto final à sanção em fevereiro de 2015 após minuciosa revisão técnica, após tramitação no Congresso por mais de cinco anos.

Durante a elaboração do Novo CPC, os legisladores se atentaram para um longo caminho que iriam percorrer, visando que o novo código fosse criado com todas as características de um Estado Democrático. Fatos históricos assim relatados:

A elaboração e aprovação do novo Código de Processo Civil percorreu um longo caminho. Em novembro de 2009, a comissão de juristas formada para elaborar o novo código realizava sua primeira reunião, com orientação principiológica que já despontava: concretizar o princípio da razoável duração do processo, desburocratizando os procedimentos e priorizando a efetiva solução da lide, conferindo assim a primazia às decisões de mérito. Essa convergência de orientação mostrou-se reflexo de demandas sociais latentes, especialmente aquelas voltadas à busca pela celeridade e pela resolução efetiva dos conflitos. Ao final de sua primeira reunião, já havia sido aprovada a obrigatoriedade da audiência de conciliação no processo civil. (COELHO, 2015, p. 09)

Na Câmara dos Deputados, teve um intenso e exaustivo processo de discussão democrática, que conforme fontes da Agência do Senado, foram realizadas 15 audiências públicas e 13 Conferências Estaduais. Assim como juristas e operadores do direito de todo o Brasil, a Ordem dos Advogados do Brasil participou ativamente do processo de construção do Novo CPC, em que também destacava a Comissão Especial da Ordem, que acompanhou todas as reuniões da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Também teve em 2013 a Comissão Especial de Estudo do Anteprojeto do Novo CPC, capitaneada por Estefânia Viveiros e mais de vinte membros, que acompanharam ativamente a tramitação do projeto na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Fazendo um panorama entre o CPC/73 e o CPC/15, quanto às técnicas processuais das audiências relacionadas à divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação, que o novo CPC denomina de “Ações de Família” (capítulo X, Novo CPC), percebe-se que a mudança ocorreu em diversas formalidades.

Sobre as novidades da audiência de conciliação e mediação obrigatória, a apostila organizada sobre o Novo Código de Processo Civil do Instituto IOB(2015), trouxe a explicação sobre a inovação da audiência de conciliação:

A primeira inovação é a criação de uma audiência obrigatória de conciliação e mediação, antes da apresentação de contestação pelo réu. Estamos diante de uma regra: o Processo de Conhecimento se inicia com esta audiência. E mais: não há, no NCPC, a diferenciação entre rito sumário e rito ordinário. Existe apenas o Procedimento Comum, que começa com esta audiência obrigatória, que não será realizada pelo juiz e que marca, caso não haja acordo, o início do prazo de contestação. (IOB, 2015, apud, CARVALHO, online)

Foi inaugurada técnica processual da audiência de Mediação e Conciliação a respeito do envolvimento de profissionais de outras áreas

para resolver a controvérsia através de um atendimento multidisciplinar, para ter como prioridade a solução consensual do conflito familiar, tentando esse acordo entre as partes, e não ter a necessidade de ser encaminhado mais um processo para a esfera jurídica litigiosa, para seguir as normas do procedimento comum. Os artigos 693 e 694 do Novo Código relatam isso:

Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.

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

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

O novo CPC trata da mediação e conciliação como uma dádiva, visto que a oportunidade das partes estarem em um momento próprio para a discussão daquele direito, não havendo a necessidade de um juiz, de ante mão, seguir as regras legalmente estabelecidas e resolver aquele conflito, é um avanço muito grande para a celeridade processual, sem contar que, um processo solucionado com um bom acordo, as duas partes saem satisfeitas e há a possibilidade de unir os laços de afetividade novamente, por se tratar de ações de família, o que é de supra importância.

O réu toma ciência da ação a partir da citação, ato personalíssimo, que em geral é um pressuposto de existência e validade do processo, sendo o ato formal pelo qual se convoca o réu para se integrar ao processo, oportunizando-o exercício do direito de defesa. Mas, embora a citação seja pressuposto, o posterior comparecimento do réu ao processo supre a nulidade ou a falta de citação, em razão do princípio da instrumentalidade das formas. A partir do momento em que a citação é realizada, o réu fica convocado para comparecer à audiência na hora, dia e local marcado. E o objeto de discussão deste artigo é justamente esse, pois o réu nas ações de família, ao receber o mandado de citação não fica sabendo nada sobre a ação proposta em seu desfavor, ou seja, o réu não vai ter mais o acesso à contrafé junto com a citação, assim todas as informações alegadas pelo autor na petição inicial, como o relatório dos fatos, a legalidade dos direitos requeridos e os pedidos só ficam disponíveis aos advogados, sendo agora necessário a prestação de serviços jurídicos para o réu que quiser saber mais detalhes e se preparar melhor antes de ir para a audiência de conciliação e mediação.

Diante disto, no novo CPC teve essa especificidade para as ações de família, conforme o artigo 695 do novo Código de Processo Civil e seus parágrafos:

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

§ 1o O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.

§ 2o A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência.

§ 3o A citação será feita na pessoa do réu.

§ 4o Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogado ou de defensores públicos.

Vale salientar que, durante o projeto de lei que tramitava na Câmara e no Congresso Nacional para a alteração do Velho CPC/73a atuação da OAB durante as discursões e propostas para a reforma, está presente na maioria dos 970 artigos da PLS 166 de 2010, sendo esses distribuídos em 5 livros, 829 propostas foram enviadas à Comissão por cidadãos comuns, advogados e demais operadores do Direito. O presidente nacional da OAB da época, Ophir Cavalcante, fez questão de enaltecer durante a cerimônia de 16 de março de 2015 no Palácio do Planalto, a atuação da Comissão, que realizou o trabalho de reforma do CPC em um curto espaço de tempo (a Comissão foi instalada em agosto de 2010) e disse que recebe o projeto como um verdadeiro avanço no sentido de modernizar o processo civil, que é o grande instrumento de defesa do cidadão, sem que se perca de vista o direito constitucional de ampla defesa. Ressaltou que precisamos de um processo civil que seja célere, reflita efetivamente o desejo da sociedade e, principalmente, que não seja algo meramente programático. Afirmou também que o projeto de modernização do CPC é um avanço na medida em que acaba com o mito do formalismo e volta a introduzir a oralidade, a simplicidade e o fim da burocracia aos atos do processo civil. Destacou que essa Comissão de juristas prestou um grande serviço ao país.

Quanto ao dispositivo, objeto de estudo deste artigo, nesse dispositivo sobre o mandado de citação nas ações de família, com o réu não tendo acesso à contrafé, sendo proposto que somente durante a audiência de conciliação e mediação que a parte ré e a sua defesa ficassem sabendo sobre o objeto ali a ser discutido, tal dispositivo tomou tanta repercussão, pois não é viável, além de ter indícios fortes de inconstitucionalidade, pois os legisladores não tinham levado em consideração a igualdade entre as partes, pois não há o que duvidar que a parte autora estava extremamente favorável nestes processo, pois com orientações jurídicas antecipadas e com os dias à espera da audiência, já vai ter organizado muitas propostas de acordos favoráveis à ela, e que durante a rápida audiência, a outra

parte não teria essa mesma possibilidade, sem contar na violação aos princípios da publicidade, do contraditório e da autonomia da vontade.

E a partir da hora em que essa lei entrou em vigor, diversos doutrinadores tomaram partido quanto a esse dispositivo, uns defendendo, afirmando que o artigo 695 §1º é totalmente legal e constitucional, já outros questionando a sua constitucionalidade, defendendo que tal regra fere a carta magna e que destoa de toda a pregação trazida pela mediação e arbitragem, que é de solucionar os conflitos de forma mais justa, célere e amigável. E é sobre esses argumentos que será falado a seguir para poder chegar a um enfoque final, pois é importante discutir e entender o tema trago por este artigo, pois o regramento das ações de família foi objeto de especial atenção pelo legislador do Novo Código de Processo Civil, que de modo pioneiro abordou a matéria tanto em dispositivos gerais como em normas específicas, visando um qualquer dúvida seja sanada e não haja prejuízos para a nenhuma das partes.

3. ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS QUE DEFENDEM A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 695. §1º

Alguns autores defendem como constitucional a previsão legal desta inovação que está inserida no artigo 693, caput e artigo 695, §1º e §2º, e afirmam entre outras coisa, ser uma conquista para o poder judiciário, em relação à agilidade processual, e acreditam que nas ações de família o réu ao receber o mandado de citação acompanhado da contrafé, tem mais tendência de se irritarem com as alegações ali constadas, de forma que chateados e muitas vezes irados, ficam com um bloqueio para fazer acordos na hora da audiência de conciliação e mediação, não devido ao conflito que são de conhecimento de ambas as partes, mas por indignação com todos os fatos relatados, os direitos exigidos e os pedidos. Assim acreditam que o réu que receber o mandado de citação desacompanhado da contrafé, e fica sabendo apenas das informações relevantes para a propositura da audiência, não se magoam com os detalhes da causa, e durante a audiência de conciliação e mediação estão muito mais aptos para que as partes realizem a autocomposição.

Atento à remodelação social, o Congresso elaborou o novo CPC com a mais avançada doutrina processual em redução de conflitos, a abreviação do processo judicial e resolução de demandas repetitivas.

A boa-fé processual e a dignidade também são princípios orientadores do novo CPC, que agora pratica o respeito ao cidadão, não mais o tratando como mera engrenagem de um sistema processual cuja função é resolver formalmente os conflitos, mas sim como um ser humano digno de solução efetiva para suas demandas.

A consagração do direito de defesa e o prestígio ao contraditório também permeiam as entrelinhas dos dispositivos legais sancionados. O princípio da ampla defesa e do contraditório, instrumentalizado por meio da observância estrita ao devido processo legal, representa imprescindível limitador da arbitrariedade estatal. Sem defesa não há justiça, tampouco respeito do indivíduo. (COELHO, 2015, p. 8)

Para Gonçalves o artigo em que traz que o mandado de citação desacompanhado da contrafé cumpre com a recomendação de que todos os esforços sejam empreendidos para a solução consensual da controvérsia, assim:

Outra peculiaridade é que, designada audiência de conciliação e mediação, o réu será citado com antecedência de quinze dias (quando no procedimento comum a citação deverá ser feita com antecedência de vinte dias), mas o mandado virá desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado a ele o direito de examinar o seu conteúdo a qualquer tempo. A ideia é que, sem o conhecimento do que consta na inicial, o réu possa

comparecer com o espírito desarmado para a audiência, o que poderia facilitar a conciliação. De qualquer sorte, diante da necessidade de observância do contraditório, fica assegurado a ele o direito de, querendo, examinar o conteúdo da inicial a qualquer tempo, o que exigirá, se o processo não for eletrônico, que ele se desloque até o Ofício Judicial. (GONÇALVES, 2016, p. 292)

Os autores Marinoni, Arenbart e Mitidiero (2016, p. 778), trazem a explicação do artigo 695 em seu manual, como sendo benéfico para a justiça, a ausência de contrafé, assim defendem que o legislador tomou essa posição, a fim de criar condições ideais para a mediação e a conciliação, limitando as informações a dia, hora e local da audiência.

Já Medina explicita o fato do mandado conter apenas os dados necessários à audiência, não sendo acompanhado da petição inicial, e observa-se, quanto ao mais:

Com isso, espera-se que não se aumente o estado de animosidade existente entre as partes (que, se já não existente antes do processo, certamente terá início, ainda que de forma tênue, com a citação). Tal regra deve se assegurar ao réu o direito de examinar o conteúdo da petição inicial a qualquer tempo (fosse absolutamente vedado o acesso, se estaria diante de manifesta inconstitucionalidade, por violação ao contraditório), e dificilmente o réu (ou seu advogado) deixará de fazê-lo antes de comparecer à audiência. (MEDINA, 2016. p. 1006)

Bueno concorda com a novidade trazida pelo novo CPC, e afirma que:

De acordo com o §1º do artigo 695, a citação deve ser desacompanhada de cópia da inicial, iniciativa que deve ser aplaudida por que quer evitar que, de antemão, se tenha ciência do teor da inicial, o

que, a prática mostra, poderá, por si só, dificultar a tomada de solução consensual para o caso. Nenhuma violação à ampla defesa há, na regra, na medida em que ela expressamente franqueia o acesso aos autos para os interessados e, preferencialmente, aos seus advogados ou defensores públicos a qualquer tempo. (BUENO, 2017, p. 528).

Para o Deputado Sérgio Barradas Carneiro em seu relatório sobre o projeto do Novo CPC (2012, p. 43), defende que tal regra não causa nenhum prejuízo ao contraditório, pois o réu terá oportunidade de se defender amplamente caso não realizada a conciliação.

4. ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS QUE DEFENDEM A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 695, §1º

Existe alguns posicionamentos que defendem que o §1º do artigo 695 do novo Código de Processo Civil importou em um retrocesso para o réu, em relação a alguns direitos resguardados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Se o Novo CPC incita na abertura de diálogo entre as partes, para que elas entrem em um acordo, chegando ao objetivo que é uma solução consensual entre as partes, sem a atuação do juiz, acaba que deixa a desejar no aspecto das garantias constitucionais, e somente se idealizou um momento em que as partes, chegariam à audiência com “espíritos desarmados”, imaginando ser mais fácil a realização dessa autocomposição.

Neste caso, o réu fica sem informações até ter a possibilidade de conseguir o auxílio de um advogado para poder consultar a inicial, e enquanto isso não poderá ser feito nada, nenhuma proposta de acordo poderá ser desenvolvida, ferindo o princípio do contraditório, e também ocorre que o direito à publicidade não estará garantido, pois ficou limitado o acesso à justiça. Assim sendo, esta regra processual está contradizendo todos os esforços da conciliação ou mediação para garantir maior

celeridade processual trazida pelo artigo 694, elencando o prazo de 15 dia para a audiência, e por causa de uma restrição do artigo 695 §1º, que traz o fato de não mais remeter cópia da inicial para o réu, que se opõe a tal boa novidade, pois pode atrasar ainda mais o provimento judicial, desde que o réu vai ter vários motivos para não aceitar a conciliação, visto que fica claro que o autor está sendo favorecido naquela lide, além de que essa restrição ao réu, este muitas vezes leigo, sacrifica vários princípios constitucionais, incluindo também a ampla defesa.

Um dos artigos que traz essa posição apoiando a inconstitucionalidade do artigo 695 é de Depolo (2017, online), em que ela defende que:

Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos. Sem generalizar, pode-se esperar que não seguir a regra mencionada garanta que o processo "ande" mais rápido. Imaginemos: no momento em que o réu recebe mandado e fica sabendo porque está sendo acionado via judicial, fica mais fácil contratar previamente um advogado, elaborar uma proposta de acordo, bem como praticar quaisquer outros, mas tão importantes, atos de defesa. Saber sobre o que se vai ao Fórum numa audiência é importante. E se conciliar é fundamental, igualmente importante é oportunizar uma ideia de acordo a ser proposta previamente.

Carvalho (2017, online) em seu artigo que visa demonstrar o prejuízo causado ao réu no exercício de sua defesa e também a ofensa a alguns princípios constitucionais, a partir da hora em que a norma impossibilita ao réu o conhecimento prévio da petição inicial, visto que este será citado para a audiência de conciliação e mediação, antes da apresentação de contestação pelo réu. Conforme a inovação do artigo 695 do novo CPC. Defende que:

O mandado de citação que dispensa a contrafé,
o que deixa o réu sem qualquer informação a respeito

do motivo que está sendo intimado em juízo. Antes de ir a essa audiência o réu precisa de ter conhecimento no momento da citação do que foi narrado pela parte autora na petição inicial, uma vez que nem sempre o réu é uma pessoa instruída para ir a uma vara de família e muitas vezes não dispõe de recursos para contratar um advogado.

Para que essa citação seja eficaz, é necessário que o réu seja chamado em juízo para se defender, tendo a total ciência da ação judicial que existe contra ele, e a partir desse momento procurar meios de defesa e pensar em propostas de acordos que sejam favoráveis a ele. Assim sendo não perdendo a essência da citação, que para Klippele Bastos(2011,p. 212):

A citação é o meio ordinário, comum, por meio do qual se integra o réu ou outro sujeito à relação processual, permitindo-lhe o exercício do contraditório. Para que o processo seja válido, é preciso que a citação tenha aberto as portas para que a parte convocada a participar do processo atue de forma adequada.

Visto que a citação não pode causar prejuízos na defesa do réu, impossibilitando o direito constitucional do contraditório e da publicidade, garantindo o direito do réu ter conhecimento prévio sobre a ação, o artigo 695 vem sendo questionado em vários artigos científicos e por vários juristas.

Para Neves, é incontestável que o Novo Código de Processo Civil prestigia de forma significativa os meios de solução consensual da controvérsia, conforme dispositivos contidos no artigo 694. E quanto à citação do réu, constada no §1º do artigo 695 do Novo CPC, afirma que:

Essa é uma novidade porque, na regra geral, embora o réu não seja citado para contestar a demanda, recebe a contrafé ao ser citado, já se inteirando dos termos da petição inicial. O claro

objetivo do legislador foi diminuir a litigiosidade entre as partes, tomando o cuidado de facultar o réu o exame dos autos em cartório ou pelo meio eletrônico.

Ainda que se entenda o objetivo do legislador, a especialidade criada para as ações de família é criticável, porque não permite ao réu conhecer as razões do autor, contrariando, desse modo, o princípio fundamental das formas consensuais de solução de conflito: a ampla ciência das pretensões e resistências. Como, exatamente, o legislador pretende que o réu vá a audiência preparado para uma mediação ou conciliação, se não tem conhecimento do alegado pelo autor na petição inicial?

Quem sabe pensando nisso o legislador tenha previsto no mesmo dispositivo o direito do réu de examinar o conteúdo da pretensão a qualquer tempo. Ou seja, cria apenas mais trabalho para o advogado do réu, que sem ter acesso à contrafé, que no caso não existirá, terá que se deslocar para a sede do juízo ou consultar os autos eletrônicos para tomar conhecimento da pretensão do autor. E assim o fará qualquer advogado minimamente diligente e realmente preocupado em se preparar para a conciliação e mediação. (NEVES, 2016, p. 920-921)

Conforme estudos e relatos de Oliveira Júnior (2015, p. 547), a parte final do §1º do artigo 695 do Novo CPC, pode ser predicada como inconstitucional, pois ofende o princípio constitucional da publicidade, do contraditório e ainda a liberdade ínsita à conciliação e a mediação, desta forma não é o melhor arranjo para a eficácia e êxito da conciliação/mediação.

Sendo assim, Oliveira Júnior defende que o fato do juiz não franquear ao réu o acesso à integralidade da petição inicial, por ter que respeitar o

§1º do artigo 695 do Novo CPC, afigura-se inconstitucionalidade, sustentando o seguinte posicionamento:

A despeito da boa intenção, nada justifica que o réu seja suprimido o conhecimento sobre a petição inicial no momento da citação, como estatui o artigo 695, §1º, do Novo CPC, ainda que com a finalidade de catalisar a conciliação/mediação.

A publicidade inerente aos atos processuais determina que as partes tenham integral conhecimento dos mesmos, sendo vedada, por inconstitucional, qualquer exceção a tal compartilhamento de conhecimento sobre seu conteúdo.

Ademais, o próprio contraditório, no elemento informação que confirma-o, exige que às partes seja dado pleno conhecimento dos atos processuais sobre os quais as demais atividades processuais irão operar. [...] sonegar à parte o direito de conhecer a petição inicial também amesquinha sua possibilidade de participar ativamente na fase de conciliação/mediação, na medida em que dificulta a discussão sobre a metodologia a ser empregada naquela fase e o cortejo das propostas de autocomposição, as quais em boa medida, levam em conta o litígio estabelecido entre as partes no retrato inicial descrito na exordial. (2015, p. 561-562)

5. ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS

O capítulo que se inaugura tematiza o objeto central desta dissertação, que é, a partir da explanação acima, conforme todos os argumentos favoráveis e desfavoráveis à tese de que o artigo 695 §1º é inconstitucional, identificar quais os princípios constitucionais são violados com este dispositivo em vigência. E a partir daí analisar os melhores posicionamentos, tanto dos que defendem a constitucionalidade e quanto

dos que defendem a inconstitucionalidade, para assim chegar a uma conclusão em relação à problemática deste artigo.

Espíndola (2002, p. 79) traz que Direito Constitucional, é a concepção de fundamento da ordem jurídica como ordem global se otimiza diante da teoria principialista do Direito. Sendo então, os princípios estatuídos na Constituição, agora são princípios constitucionais, e ainda traz o conceito de Paulo Bonavides em seu livro Curso de Direito Constitucional:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos constitucionais [e infraconstitucionais, acrescenta-se], os princípios, desde sua constitucionalidade, que é, ao mesmo passo, positivamente no mais alto grau, recebem, como instância máxima, categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma normarum, ou seja, normas das normas. (...) tudo isso se faz extremamente claro, desde que a Constituição, sendo, como é, na mais prestigiosa doutrina constitucional, uma expressão do 'consenso social sobre os valores básicos', se torna (...), o 'alfa e o ômega' da ordem jurídica, fazendo, a nosso ver, de seus princípios, estampados naqueles valores, o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema. (...) fazem eles [os princípios constitucionais] a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Posto no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de Norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga mestra do

sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição. (BONAVIDES, 1994, pg. 260, 261 e 265. apud ESPÍNDOLA, 2002, p. 79).

Bulos em seu livro Curso de Direito Constitucional traz que “os Princípios Fundamentais são diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, determinam-lhe o modo e a forma de ser” (2011, p. 496). E como noção correlata traz também o conceito de Princípio Constitucional, que para Bulos é:

Enunciado jurídico que serve de vetor de interpretação. Propicia a unidade e a harmonia do ordenamento. Integra as diferentes partes da constituição, atenuando tensões normativas. Quando examinado com visão de conjunto, confere coerência geral ao sistema, exercendo função dinamizadora e prospectiva, refletindo a sua força sobre as normas constitucionais. Apesar de veicular valores, não possui uma dimensão puramente axiológica, porque logra o *status* de norma jurídica. Violá-lo é tão grave quanto transgredir uma norma qualquer, pois não há gradação quanto ao nível de desrespeito a um bem jurídico. O interesse tutelado por uma norma é tão importante quanto aquele escudado em um princípio. (BULOS, 2011, p. 496).

A Constituição Federal da República Brasileira, vêm estampada de diversos princípios, destacaremos os que mais foram abordados durante os posicionamentos em relação à discussão aqui colocada sobre a (in)constitucionalidade do artigo 695 do Novo CPC, no conjunto de itens expositivos seguintes.

5.1. O princípio da dignidade humana

Para Bulos, quanto ao princípio da dignidade humana:

[...] seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. [...] Notório é o caráter instrumental do princípio, afinal ele propicia o acesso à justiça de quem se sentir prejudicado pela sua inobservância. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm reconhecido a importância da dignidade humana. (BULOS, 2011, p. 502)

Para Bulos (2011, p.502), a dignidade humana na exegese constitucional, teve a seguinte importância:

Enunciado jurídico que serve de vetor de interpretação. Propicia a unidade e a harmonia do ordenamento. Integra as diferentes partes da constituição, atenuando tensões normativas. Quando examinado com visão de conjunto, confere coerência geral ao sistema, exercendo função dinamizadora e prospectiva, refletindo a sua força sobre as normas constitucionais. Apesar de veicular valores, não possui uma dimensão puramente axiológica, porque logra o *status* de norma jurídica. Violá-lo é tão grave quanto transgredir uma norma qualquer, pois não há gradação quanto ao nível de desrespeito a um bem jurídico. O interesse tutelado por uma norma é tão importante quanto aquele escudado em um princípio.

A dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um sobre princípio, ombreando os demais pórticos constitucionais, como o da legalidade (art. 5º, II), o da liberdade de profissão (art. 5º, XIII), o da moralidade administrativa (art. 37) etc. Sua observância é, pois, obrigatória para a exegese de

qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui. Assim, a dignidade a pessoa humana é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Esse princípio conferiu ao texto uma tônica especial, porque o impregnou com a intensidade de sua força. Nesse passo, condicionou a atividade do intérprete.

5.2. O princípio do contraditório e da ampla defesa

O artigo 5º, LV, da CRFB, traz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O contraditório é a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los, pois vislumbra no contraditório, de um lado, a necessária informação às partes e, de outro, a possível reação aos atos desfavoráveis. Assim, garantindo aos litigantes o direito de ação e o direito de defesa, respeitando-se a igualdade das partes, a necessidade de levar aos interessados o conhecimento da existência do processo, e de outro, ensejar a possibilidade de as partes defenderem-se daquilo que lhes for desfavorável.

Posicionamentos esses que depois da CRFB passou a ser aplicado também no processo civil, e neste caso, deveria ter sido levado em consideração, pelo artigo 695 do Novo CPC.

Já a ampla defesa, para Bulos (2011, p. 502), é o que fornece aos acusados em geral o amparo necessário para que levem ao processo civil, criminal ou administrativo os argumentos necessários para esclarecer a verdade, ou se for o caso, facultá-lhes calar-se, não produzindo provas contra si mesmo. Assim a ampla defesa trata-se de um corolário do contraditório, pois um existe em função do outro. Do mesmo modo que não podemos segregar os dedos das mãos, a ampla defesa não pode ser separada do contraditório, e vice-versa. Não se trata de simples assistência passiva, pois essa prerrogativa está lastreada na própria Constituição da República, quando considera o advogado indispensável à

administração da Justiça (art. 133). Porém, se a defesa técnica for insuficiente, incorreta, desidiosa por parte do advogado, deve-se anular o efeito e nomear outro defensor.

E é por isso que os defensores da inconstitucionalidade do artigo 695 do Novo CPC, batem na mesma tecla do desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pois a partir da hora, em que a nova lei, atrapalha o réu, à ter acesso a detalhes do processo o qual ele está sendo citado para comparecer em audiência de mediação e conciliação, torna-se tal artigo inconstitucional, contradiz o que esse princípio sustenta.

5.3. O princípio da publicidade

Pelo princípio da publicidade, todos os atos públicos devem ser do conhecimento de todos, e sorte que possam ser fiscalizados pelo sociedade, conforme o artigo 93, inciso IX CF/88), assegura ao réu a garantia da ampla defesa. Para o doutrinados Bulos, a Constituição de 1988 consagrou o princípio da publicidade na seguinte perspectiva:

Enunciado jurídico que serve de vetor de interpretação. Propicia a unidade e a harmonia do ordenamento. Integra as diferentes partes da constituição, atenuando tensões normativas. Quando examinado com visão de conjunto, confere coerência geral ao sistema, exercendo função dinamizadora e prospectiva, refletindo a sua força sobre as normas constitucionais. Apesar de veicular valores, não possui uma dimensão puramente axiológica, porque logra o *status* de norma jurídica. Violá-lo é tão grave quanto transgredir uma norma qualquer, pois não há gradação quanto ao nível de desrespeito a um bem jurídico. O interesse tutelado por uma norma é tão importante quanto aquele escudado em um princípio.

Restrições à publicidade dos atos processuais somente podem advir da lei, em sentido formal, e nos casos em que estiverem em risco a intimidade e o interesse social (CF, art. 5º, LX). Não precisa dizer

que as medidas provisórias colocam-se fora desse contexto.

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade. Em certas situações, o legislador poderá limitar a presença das partes e de seus advogados, ou somente destes, visando preservar o direito à intimidade, sem, contudo, prejudicar o direito à informação (CF, art. 93, IX). Eis uma novidade oriunda da reforma do Judiciário (EC n. 45/2004), que requer contrabalanceamento dos valores em disputa (intimidade X informação), de sorte que o magistrado possa escolher qual deles deve preponderar no caso concreto. (BULOS, 2011, p. 690)

6. CONCLUSÃO

Especificamente em relação às ações de família, merece destaque o fato de o mandado de citação não ser mais acompanhado de cópia da petição inicial, que é conhecida como contrafé. Tal inovação para o legislador seria uma maneira de deixar o réu propenso a um acordo, pois ao chegar na audiência sem nenhum contato com a contrafé este estaria “desarmado”.

Data venia e diante de todos esses apontamentos já trazidos por este artigo, tanto dos juristas que defendem, quanto dos que criticam a constitucionalidade, concorda-se plenamente com os juristas que apoiam a inconstitucionalidade do artigo 695 § 1º do Novo CPCe diante dos princípios constitucionais que tal dispositivo desrespeita, não há o que se falar em dúvidas. Pois é certo e sabido por todos que os princípios constitucionais possuem a supremacia, sendo assim, nenhuma outra lei por ignorá-lo, assim como fez o Novo CPC, neste dispositivo trazido por este artigo para discussão.

Em relação à inconstitucionalidade do artigo 695 § 1º do Novo CPC, e após a explicação minuciosa de cada princípio, fica evidente o grande

impacto que esse artigo teve na vida do réu, de forma negativa, respeitando sempre os juristas que concordam com os legisladores responsáveis pela formulação do Novo CPC, mas creio que teve sim uma desatenção quanto aos princípios constitucionais.

Desta forma, se o legislador, ao trazer essa novidade para as ações de família, dando o destaque necessário para as audiências de mediação e conciliação, em seus estudos previu que a falta de informação do réu auxiliaria de forma positiva para que um acordo fosse realizado de forma mais amigável, tranquila, sem exaltar os ânimos, teve um problema, pois o réu que na hora em que recebe o mandado de citação, não tem a possibilidade de ter conhecimento detalhado da ação ali proposta, restando saber apenas dia, hora e local da audiência, não o faz mais ou menos tendente a fazer um acordo, e sim menos preparado para fazer de imediato uma proposta de acordo durante a audiência, restando então à parte ré, aceitar, sem ter muito tempo para pensar, na proposta que a parte autora vai trazer, proposta essa confeccionada com tempo, calma, e assistência jurídica, ou propor ali algo que nem seria o melhor para ele, mas pela pressão do momento baseado falta de preparação ou então não aceitar o acordo e ambas as partes terem que resolver os seus conflitos de forma litigioso. Fato este que com o réu tendo o conhecimento da lide, poderia muito bem programar-se com propostas de acordos bem elaboradas, com calma e assistido pelo seu advogado, desde o momento da sua citação.

Alguns autores defendem tal artigo baseando-se no que traz o final do § 1º do artigo 695 do Novo CPC, que assegura ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo. Mas se esquecem que para o réu ter este acesso, precisa no mínimo que ele contate primeiramente um advogado, para saber o teor da ação, consultando os autos eletronicamente para descobrir a pretensão do autor ou se não tiver essa possibilidade, terá que se deslocar pessoalmente à sede do juízo, criando mais um trabalho para o advogado, fato este que não era necessário no Velho CPC, ficando assim qualquer dúvida sobre o teor da ação já sanada no momento da citação, facilitando assim para o réu e também para seu cliente, visto que nem sempre o réu é uma pessoa esclarecida para ir a

uma vara de família ou muitas vezes não dispõe de recursos para contratar serviços de assistência jurídica.

Diante de todo o exposto, conclui-se que tal inovação foi desnecessária e de certa forma equivocada, visto que fere os princípios constitucionais da publicidade, da dignidade humana, do contraditório e da ampla defesa, não restando dúvidas que o artigo 695 § 1º pode sim ser predicado como inconstitucional. E que os operadores do direito, os juristas e os legisladores, não podem apenas deixar passar despercebido tal infração e não tomarem nenhuma atitude. É necessário que tal dispositivo seja revogado e sim, que haja o respeito às garantias constitucionais. O direito da correção tem que ser exercido por eles, e o direito do réu de ter intactos a supremacia constitucional, no que se refere aos princípios da publicidade, da dignidade humana e do contraditório e da ampla defesa precisa ser executado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Senado. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/03/16/novo-cpc-e-sancionado-pela-presidente-dilma-rousseff>>. Acesso em: 20 set. 2017

BRASIL. Agência Senado. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 20 set. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**.3. ed.São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. atual.São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNEIRO, Sérgio Barradas. **Projetos de Lei nº 6.025, de 2005, emº 8.046, de 2010**. Disponível em: . Acesso em: 11 set. 2017.

CARVALHO, Kelli. A citação do réu, a audiência de conciliação em processos de família e a ausência de contrafé de acordo com o novo Código de Processo Civil. **Disponível em: <citacao-do-reu-a-audiencia-de-conciliacao-em-processos-de-familia-e-a-ausencia-de-contrafe-de-acordo-com-o-novo-codigo-de-processo-civil>.** Acesso em 16 ago. 2017.

COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado (et al). **As conquistas da advocacia no novo CPC.** Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

DEPOLO, Francini Viana. Notificação do réu nos processos de família, direito DE defesa e morosidade processual. **Reflexão sobre a aplicação de regra processual na práxis forense.**

Disponível

em: <<https://francinidepolo.jusbrasil.com.br/artigos/401566244/notificacao-do-reu-nos-processos-de-familia-direito-de-defesa-e-morosidade-processual>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

DIONIZIO, Maria Helena. Citação ficta por correio? Disponível em: <https://helenadionizio.jusbrasil.com.br/artigos/469085163/citacao-ficta-por-correio?ref=topic_feed>. Acesso em: 14 ago. 2017.

ESCOLA BRASILEIRA DE DIREITO. Conheça os cinco efeitos da citação. Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/432806791/conheca-os-5-efeitos-da-citacao?ref=topic_feed>. Acesso em: 14 ago. 2017.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais:** elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil:** processo de conhecimento (2º parte) e procedimentos especiais. v. 2. 12. ed. São Paulo, 2016.

_____. **Manual para apresentação de trabalhos acadêmicos da Universidade Católica de Brasília** / coordenação Maria Carmen Romcy de Carvalho... [et al.], Universidade Católica de Brasília, Sistema de Bibliotecas. –9. ed.- Brasília: [s.n.], 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Assessoria de Comunicação. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5747/X+Congresso+Brasileiro+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia+acontece+em+outubro,+em+Belo+Horizonte>. Acesso em: 21 set. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Assessoria de Comunicação.. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6150/CPC+2015%3A+Respostas+do+R%C3%A9u%22>. Acesso em: 21 set. 2017

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Assessoria de Comunicação. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5747/X+Congresso+Brasileiro+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia+acontece+em+outubro,+em+Belo+Horizonte>. Acesso em: 21 set. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Assessoria de Comunicação.. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6150/CPC+2015%3A+Respostas+do+R%C3%A9u%22>. Acesso em: 21 set. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973.4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição! 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 8. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues; OLIVEIRA, Moisés Mileib de Oliveira. Novo CPC, Lei de Mediação e os meios integrados de solução dos conflitos familiares – por um modelo multiportas. Capítulo 12. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada**: procedimentos especiais tutela provisória e direito transitório. V. 4. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. A contrafé nas "ações de família": Inconstitucionalidade do artigo 695, § 1º, do novo CPC. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Imprensa: Porto Alegre, Magister, Instituto dos Advogados de São Paulo, 2014. V. 1, n. 5, p. 94–109, mar./abr., 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/20392/oab-nacional-apresentara-sugestoes-ao-projeto-de-modernizacao-do-cpc?argumentoPesquisa=pls%20166%202010>>. Acesso em 21 set. 2017.

ROCHA, Rafael. Mudanças no Direito de Família no Novo Código de Processo Civil

Disponível _____ em: <<https://rbispo77.jusbrasil.com.br/artigos/337513590/mudancas-no-direito-de-familia-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 14 ago.2017.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; Neto, Adolfo Braga. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 200. (Coleção primeiros passos: 325).

[STRÖHER ADVOCACIA](https://lstroher.jusbrasil.com.br/artigos/445735677/fui-citado-e-agora). Fui citado e agora?. Disponível em:
<<https://lstroher.jusbrasil.com.br/artigos/445735677/fui-citado-e-agora>>.
Acesso em: 14 ago. 2017.

ZARIF, Claudio Cintra. Das Ações de família. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOTAS:

[1] Orientador. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins; Graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora; Professor dos cursos de Graduação em Direito e Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo da Universidade Federal do Tocantins; Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins e da Universidade Federal do Tocantins; Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

[2] Designaremos o Código de Processo Civil, aprovado pela lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com a expressão “Novo CPC”, sendo que, em contrapartida, o Código de Processo Civil de 1973 – Lei nº 5. 869, de 11 de janeiro de 1973 -, com a expressão “Velho CPC”.

OS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

DANILO GONÇALVES DE SANTANA:
Formado em Direito pela UFPE; Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio e Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

RESUMO: O presente trabalho terá como objetivo analisar a efetivação do acesso à justiça através dos Juizados Especiais. Para tanto, será abordado o conceito e evolução do que diz respeito ao acesso à justiça. Acrescenta-se que os juizados especiais serão abordados pela ótica do acesso à justiça, como forma de efetividade da prestação jurisdicional pelo Estado

Palavras chaves: Acesso à Justiça, Juizados Especiais.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. OS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA. 2.1 Do Acesso à Justiça. 2.2 Dos Juizados Especiais. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

1. introdução

O Acesso à Justiça apesar de ser bastante estudado, em diversos sistemas jurídicos, apresenta-se como um tema atual, haja vista se tratar de uma temática que aborda vários campos disciplinares, não só o jurídico.

Acesso à Justiça, na lição de Cappelletti e Garth, deve ser interpretado sob duas finalidades do sistema jurídico: 1) sistema pelo qual os indivíduos podem reivindicar seus direitos, bem como resolver seus litígios; 2) a produção de resultados individualmente e socialmente justos.^[1]

Percebe-se que apesar de sucintos os dois pontos acima apresentam grande significância para qualquer sociedade, uma vez que trabalha a questão do exercício do Direito, bem como da Justiça dos resultados da prestação jurisdicional.

Miguel Reale nas suas “Lições Preliminares de Direito” considerava que a Justiça como a condição primeira de todos os fundamentos jurídicos, a condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica, para ao final arrematar que a Justiça só pode ser compreendida como forma concreta da experiência histórica, como valor fundante do Direito ao longo do processo dialógico da história.^[2]

Assim sendo, quando se trata de Acesso à Justiça, deve-se sempre levar em consideração o contexto histórico-social que a sociedade está envolvida para que assim os ideais de Justiça sejam forjados de acordo com as necessidades da população.

Nesse sentido, a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Comum, com o propósito de prestação jurisdicional mais célere, menos burocrática, para as causas de menor complexidade, aproximando, dessa forma, a população da Justiça.

2. Os Juizados especiais estaduais como forma de efetivação do acesso à justiça

2.1 Do Acesso à Justiça

O Acesso à Justiça segundo Ada Pellegrini Grinover está intimamente ligado à necessidade de se trazer justiça a ambas as partes que necessitem de provimento jurisdicional. Assim, não se trata de apenas a possibilidade de ser admitido ao processo, mas sim ingresso em juízo e arremata:

“Para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demanda e defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal) sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos)”^[3]

Nesse íterim, Marcus Vinícius Rios Gonçalves retrata o Acesso à Justiça como forma de direito de ação em sentido amplo, no sentido de se

receber do Judiciário resposta aos seus requerimentos, sendo o mesmo amplo e incondicional, uma vez que a jurisdição é inafastável e concluindo que este princípio – acesso à justiça – deva ser conjugando com o devido processo legal.^[4]

Considerando a relevância do tema, o mesmo demonstra-se de difícil delimitação e até mesmo de conceituação. Nesse sentido, pode-se verificar ampla doutrina, tanto nacional quanto internacional, que se debruçam sobre esse aspecto do Direito.

No âmbito do Direito Constitucional, o Acesso à Justiça está alçado ao patamar de Direito Fundamental, uma vez que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito* (CF, art. 5º, XXXV).

Nesse sentido, Uadi Lammego Bulos prescreve que o referido princípio posta-se como uma liberdade pública subjetiva, genérica, cívica, abstrata e incondicionada, conferida às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, sem distinções ou retaliações de nenhuma espécie, realçando ser vinculado à temática da Justiça Social:

“Amplitude: a inafastabilidade do controle judicial é a expressão máxima de reivindicação de direitos, numa ordem jurídica democrática, cujo lema é a justiça social, em que todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defende-las adequadamente”^[5]

Neste sentido, de Justiça Social, Pedro Manoel Abreu ressalta que o acesso à justiça deve levar em consideração a perspectiva constitucional, trabalhando a teoria do processo a partir da ideia de democracia social. Caracterizando-se como rótulo da teoria processual a preocupação com a questão da justiça social, afirmada pela Democracia Social.^[6]

Acrescenta-se o fato de que não basta apenas o Estado, enquanto *Estado-juiz*, preocupar-se em garantir o direito dos cidadãos à tutela jurisdicional, aprimorando o aparato do Poder Judiciário, melhorando infraestrutura, contratando pessoal, quando a população não procura a

justiça por diversos motivos, faz-se necessário a efetiva conscientização da população, conforme ensinamento de Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves:

“Não basta a outorga do direito à jurisdição sem que a imensa população seja conscientizada da existência deste e de outros tantos direitos e sem que sejam implementados meios para se chegar a uma função jurisdicional.” [7]

Assim sendo, a prestação da devida tutela jurisdicional se revela como poder-dever do Estado, devendo o centro da atenção ser o cidadão, o povo, entidade basilar do moderno conceito de Estado, fortalecendo os ideais democráticos norteador das atuações políticas.

Adentrando-se ao tema da prestação jurisdicional, não se pode deixar de mencionar a necessidade de se realmente proporcionar o acesso à jurisdição, sobretudo aos mais necessitados, maioria da população brasileira que nem sequer tem conhecimento dos seus deveres e direitos. Surge então, a assistência judiciária gratuita, neste sentido, ressalta Walber de Moura Agra:

“Para garantir a toda a população acesso à jurisdição, principalmente aos mais pobres, a Constituição estabeleceu, que o Estado deve prestar assistência gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos para contratar advogado (art. 5º, LXXIV, da CF). Com esse escopo foi instituída, pelo art. 134 da Constituição, a Defensoria Pública.” [8]

Nessa linha, não se pode olvidar de mencionar que a justiça social está intimamente ligada com a justiça das decisões. O acesso à decisão judicial, reveste-se de valiosa questão política, uma vez que não há Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue provocar, obter e executar a tutela jurisdicional. [9] Acrescente-se os ensinamentos de Miguel Reale ao relacionar o direito com os fenômenos sociais e ressaltar o brocardo *“ubi societas, ibi jus”* concluindo que a recíproca é verdadeira. [10]

Assim, para que essa democracia social seja efetivada, o modernos processualistas têm levantados princípios e garantias que contribuem para a efetivação de uma ordem jurídica justa. Tais princípios devem convergir para que o acesso à justiça seja a ideia central. Destaca-se quatro institutos: a) ampla *admissão ao processo*; b) *devido processo legal*; c) *contraditório* e d) *efetivação de uma participação em diálogo*.^[11]

Assim, para que o processo atinja seu objetivo teleológico, qual seja, a pacificação com justiça, deve-se primar pela atuação harmoniosa dos princípios acima listados. Acrescente-se que para a real efetividade do processo, quando da menção da palavra *efetividade* deve-se ter em mente o pleno atingimento da eliminação dos conflitos e efetiva entrega da Justiça aos jurisdicionados. Neste sentido é a lição de Elpídio Donizete, ao ressaltar que todos tem o direito de ver assegurado no processo, o bem jurídico que reivindicam, garantindo e conferindo, na medida do possível, o bem da vida a quem tiver direito.^[12] Portanto, deve-se tomar o processo como forma de integração social e identificar para superar os óbices a essa experiência.

Discorrendo sobre o tema, Humberto Theodoro Junior resalta a importância do papel da Justiça como forma de pacificação social. A entrega de uma prestação jurisdicional que seja encoberta pelo manto da decisão justa, prevalecendo os ditames constitucionais, *verbis*:

“Nesta função, o processo, mais do que garantia da efetividade dos direitos substanciais, apresenta-se como meio de concretizar, dialética e racionalmente, os preceitos e princípios constitucionais. Dessa maneira, o debate, em que se enseja o contraditório e a ampla defesa, conduz, pelo provimento jurisdicional, à complementação e ao aperfeiçoamento da obra normativa do legislador. O juiz, enfim, não repete o discurso do legislador. Faz nele integrar os direitos fundamentais, não só na interpretação da lei comum, como na sua aplicação ao quadro fático, e, ainda, de maneira direta, faz atuar e prevalecer a supremacia da Constituição.”^[13]

Importante ressaltar os ensinamentos do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira quando discorreu acerca da prestação jurisdicional como forma de efetivação da cidadania:

“Pelo primeiro, veio a compreender-se o meio deque se utiliza o Estado para fazer a entrega da tutela jurisdicional, um dos institutos fundamentais do Direito Processual, ao lado da jurisdição e da ação. Em outras palavras, por processo, sob o ponto de vista científico, passou-se a compreender o conjunto de atos tendentes à composição da lide; sob o ponto de vista da cidadania, o instrumento de efetivação das garantias constitucionalmente asseguradas.”^[14]

E arremata:

“Por outro lado, se a busca de mecanismos mais rápidos e eficazes, sumários, quer sob a roupagem de cognição ampla, quer restrita, é uma constante desde o século XIV, impende considerar que o ideal de simplificação, celeridade e economia ganhou relevo nos albores deste século XX, sobretudo pela notável atuação de Chiovenda em favor da oralidade do processo, a influenciar os povos e as gerações que se seguiram , sendo dele a síntese de que o propósito do legislador deveria se imprimir maior precisão no processo, tornar possível a certeza dos direitos e assegurar-lhes rápida satisfação”^[15]

A esses ideais acrescenta-se o princípio constitucional da razoável duração do processo como forma de efetivar o acesso à justiça, presente no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição de 1988 (a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação), incluída pela EC nº 45, 2004. Tal princípio já estava inserido no ordenamento jurídico pátrio, em razão do disposto no art. 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado em 1992.

O referido princípio reforça e muito a efetividade das decisões processuais, uma vez que somente a prestação jurisdicional justa e em prazo aceitável para que o cidadão não espere pelo resultado mais tempo que o necessário. Carnelutti por sua vez discorre acerca da problemática entre celeridade e segurança jurídica:

“O processo dura; não se pode fazer tudo de uma vez. É necessário ter paciência. Semeia-se, como faz o camponês, e se há de esperar para colher. Junto à atenção há de se colocar a paciência entre as virtudes necessárias ao juiz e às partes. Desgraçadamente, estas são impacientes por definição; impacientes como enfermos, pois sofrem também elas. Uma das funções dos defensores é inspirar-lhes a paciência. O slogan da justiça rápida e segura, que se encontra sempre nas bocas dos políticos inexpertos, contém, desgraçadamente, uma contradição in adiecto; se a justiça é segura, não é rápida; se é rápida, não é segura. Algumas vezes a semente da verdade leva anos, até mesmo séculos, para converter-se em espiga (veritas filia temporis)”^[16]

Caminha-se, dessa forma, para uma procura incansável pela forma equilibrada de se oferecer à população uma prestação jurisdicional eficaz, ao passo que políticas de conscientização das pessoas sejam implementadas para que o direito não seja somente garantido, ou posto, mas realmente exercido.

Assim sendo, faz-se necessário que o legislador ao procurar meios de impor efetividade à prestação jurisdicional deve sempre ter em mente que a celeridade e segurança jurídica devem caminhar juntas, uma não implica na anulação da outra, não configuram-se como institutos antagônicos, portanto, conforme destaca Frederico Augusto Leopoldino Koehler:

“Em verdade, o antagonismo entre celeridade processual e segurança jurídica é apenas aparente, e o que garantirá a aplicação da justiça ao caso concreto, ao fim e ao cao, é o equilíbrio entre ambas. Deve o legislador, portanto, colocar os dois princípios numa balança sopesando-os com prudência,

para que não exista, de um lado, celeridade excessiva, que poderá gerar injustiça na decisão, e, de outro, um perpetuação de discussões e recursos, que prolonguem indefinidamente a prestação da justiça.”[17]

Assim o legislador deve-se preocupar em trazer mudanças para o processo de forma que a prestação jurisdicional se torne mais efetiva, que esse binômio celeridade x segurança jurídica seja trabalhado como uma simbiose e não como negação um de outro. Vale reforçar a ideia que toda a sociedade está envolvida, não só o Poder Legislativo. Acrescente-se que cada vez mais, com o passar dos tempos, o próprio Poder Judiciário, através de todos que fazem parte, principalmente na figura dos magistrados, vem tomando posicionamentos mais ativos, o juiz não é mais a figura passiva que somente observa as partes litigarem, mas envolve-se cada vez mais com a lide, sua duração, seu desenrolar.[18]

O aprimoramento da prestação jurisdicional, bem como formas alternativas de resolução de conflitos são sempre temas recorrentes não só na doutrina e ensino jurídico nacional, mas também do próprio Estado. Tanto é que essa preocupação foi alvo de artigo escrito pelo atual Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo em conjunto com Marivaldo de Castro pereira, que pedimos vênua para transcrever parte:

“O futuro do sistema de prestação jurisdicional passa pela continuidade do processo de modernização da gestão dos órgãos que o integram e dos procedimentos previstos para a tramitação de demandas que lhe são submetidas. Ao mesmo tempo, é fundamental a criação e o fortalecimento de mecanismos alternativos para a solução extrajudicial de conflitos, tanto no âmbito da administração pública como no setor privado. São mudanças que fortalecem a cultura da conciliação e a adoção de meios alternativos para a solução de conflitos.”[19]

Contudo, com o desenvolvimento das teorias de acesso à justiça, do desenvolvimento dos princípios norteadores do atual processo civil brasileiro, amplamente estudados pelos processualistas, mister se faz

necessário uma ressalva. Toda a necessidade de se buscar uma efetividade jurisdicional, de se ter um processo mais célere, de se ter um acesso à justiça digno, não pode cegar os operadores do Direito para que essa busca não se torne cega, ao ponto de se abrir mão das importantes conquistas relativas ao devido processo legal:

“É preciso, porém, fazer uma reflexão como contraponto. Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamento ao processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do conflito deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo do devido processo legal. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos, certamente, atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor insuperável. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sente saudade deles”^[20]

Corroborando a ideia acima o posicionamento de Bruno Lima Barcellos, quando trata do binômio segurança x celeridade:

“Essa concepção aplica-se ao tempo no processo, uma vez que a prestação jurisdicional apressada pode significar verdadeira injustiça, pois a jurisdição exige reflexão. Com razão, Miguel Reale Júnior^[1] aduz que não há nada pior que a injustiça célere, que é a pior forma de denegação de justiça. Por outro lado, o excesso de tempo na prestação jurisdicional pode-se tornar até mesmo injustiça; como ensina Rui Barbosa^[2], a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”^[21]

Assim, a efetividade da prestação jurisdicional deve ser, portanto, verdadeira preocupação do legislador com um dos entraves mais

problemáticos enfrentados pelo judiciário brasileiro: a demora no julgamento dos processos. Nos últimos anos há a preocupação de se agilizar a prestação jurisdicional, diante disso a edição de Leis que destravem o processo, dirigidas às partes, aos juízes, aos servidores e à população brasileira.

Neste sentido, o legislador trouxe ao mundo jurídico os juizados, órgãos da justiça que ficariam encarregados de julgar causas de menor potencial ofensivo, bem como de menor valor econômico. Tais juizados vieram com o escopo de desafogar as varas da justiça comum, através de um procedimento célere e informal, como será analisado no próximo tópico.

2.2 Dos Juizados Especiais

Apesar de datar de antes da Constituição Federal de 1988, quando várias das garantias e direitos fundamentais, que vieram a ser conferidos posteriormente, não pertenciam ao mundo jurídico, senão no âmbito doutrinário, os Juizados e necessidade de se agilizar a prestação jurisdicional já eram implementadas conforme leciona a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Fátima Nancy Andriighi:

“No Brasil o juizado de pequenas causas teve origem na preocupação de alguns juízes que, trabalhando duramente na comarca de Rio Grande do Sul, percebiam que a comunidade não estava recebendo a prestação jurisdicional na forma ideal. Notavam que os membros da comunidade deixavam de reivindicar os seus direitos em face do alto custo e morosidade da justiça. Resolveram, então, estes juízes de forma empírica começar um trabalho pioneiro de atendimento à comunidade à noite na sede do Fórum. A idéia cresceu, em face dos bons resultados, e a associação dos juízes, AJURIS, com o beneplácito do Tribunal de Justiça, instalou na comarca de Rio Grande o primeiro Conselho de Conciliação e Arbitramento- CCA em 23.07.82.”^[22]

Mesmo sem estarem insculpidos na Constituição, os futuros direitos e garantias constitucionais sempre foram motivos de preocupação por parte da sociedade. A instituição dos juizados com a competência de julgar causas de menores valores, com a promessa de desafogar o judiciário era clamada, conforme se observa no texto do Magistrado Antônio Raphael Silva Salvador:

Só o Juizado Especial de Pequenas causas tem condições de aliviar o Judiciário de milhares e milhares de processos onde reduzido o valor discutido. Aqueles processos que demorariam anos para serem solucionados, receberão solução imediata no Juizados Especiais de Pequenas causas, onde a conciliação é efetivamente tentada, onde a citação se faz por correspondência, as provas são em audiência, com poucas testemunhas, com sentenças mais simples.”[23]

Neste contexto de necessidade de se impor mais celeridade aos processos judiciais, possibilitando que as decisões trouxeram, de fato, o bem da vida almejado e em tempo razoável que em 1984 foi criada a Lei 7.244, instituindo os Juizados de Pequenas Causas. No âmbito daqueles juizados a própria Lei definiu como princípios informadores eram os atuais e aclamados da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, sempre dando oportunidade à conciliação.[24]

Como imaginável, um órgão judicial feito para ser mais simples, mais ágil e menos burocrático não poderia ter outro destino a não ser o sucesso. Com o auxílio da mídia, os cidadãos passaram a descobrir que a justiça seria barata, rápida e, sobretudo, acessível.[25] As demandas multiplicaram-se e as causas de menores valores econômicos que constituíam demanda reprimida pela falta de possibilidade de se ajuizar a ação na justiça comum – leia-se nas varas cíveis – foram, então, levadas ao judiciário.

Perfilhando esse sucesso, com o advento da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte elevou a nível constitucional a necessidade de se implementar os Juizados Especiais no Brasil, ampliando o alcance e

atuação dos então Juizados Especiais de Pequenas Causas, através do art. 98, I, da CF, *verbis*:

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”[26]

Dessa forma, por comando constitucional os Estados e a União deveriam criar os juizados especiais, não só no âmbito cível, mas também no criminal. Contudo, por imperativos legislativos desde a promulgação da Constituição de 1988 até o advento da atual Lei 9.099 foram decorridos 7 anos. Dessa forma, somente após esse lapso temporal, com a regulamentação por Lei Federal, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais puderam ser instalados.

A lei 9.099/95, seguindo o sucesso da Lei 7.244/84, reproduziu integralmente o artigo 2º deste Lei, mantendo, como antes mencionado, os princípios norteadores, quais sejam, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, bem como a determinação de se buscar sempre a conciliação das partes[27], independente de fase em que o processo se encontre.

Primeiro princípio a ser listado no artigo 2º da Lei 9.099/95 é o da oralidade, que segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, estabelece um verdadeiro diálogo entre as partes, as testemunhas, o juiz.[28] Importante anotar as lições de Giuseppe Chiovenda ao discorrer a respeito do princípio da oralidade:

“O processo oral, e, conseqüentemente, a oralidade, resolve-se na aplicação dos seguintes princípios: a)

prevalência da palavra como meio de expressão combinada com o uso de meios escritos de preparação e documentação; b) imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar; c) identidade das pessoas físicas que constituem o juízo durante a condução da causa; d) concentração do conhecimento da causa num único debate, a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas; e) irrecorribilidade das interlocutórias em separado.”[29]

Intimamente ligado ao princípio da oralidade está o da informalidade, princípio este que atribui ao atos processuais um caráter não rígido, sem estar apegado aos rigores formais e ritos, tudo para que aquele ato atinja seu objetivo, independente de forma. A relação é tamanha que não se pode pensar em oralidade sem informalidade. Neste sentido é a possibilidade de apresentar a queixa e até mesmo a contestação de forma oral, quando será reduzida a termo (art. 14, §3º e 30, respectivamente).

Quando se aborda o tema de simplicidade, deve-se ter em mente o espírito do legislador em desburocratizar o acesso à justiça. Neste sentido, por simplicidade entende-se que o processo não deve dar oportunidade aos obstáculos processuais. A própria Lei 9.099/95 traz diversas disposições para simplificar os processos nos juizados, a exemplo da impossibilidade de interpor recurso de agravo ou mandado de segurança, da impossibilidade de se apresentar reconvenção (art. 31), impossibilidade de ação rescisória (art. 59) dentre outros.

Importante frisar que a inadmissibilidade do recurso de agravo de instrumento ou mandado de segurança foram construídos jurisprudencialmente, tendo como pedra de toque a necessidade de se impor um julgamento célere nos âmbito dos juizados, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. DECISÃO LIMINAR NOS JUIZADOS

ESPECIAIS. LEI N. 9.099/95. ART. 5º, LV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. **1. Não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei n. 9.099/95.** 2. A Lei n. 9.099/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, inarredável. **3. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança.** 4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CB), vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado. Recurso extraordinário a que se nega provimento.^[30] (grifos nossos)

Por último, mas não menos importante, faz-se necessário trazer à baila a importância da prática da conciliação ou transação. Não foi por acaso que o legislado positivou tais institutos na Lei 9.099/95. Segundo J.E. Carreira Alvim:

“A conciliação nunca deve ser vista como uma mera formalidade processual, como vem sendo, mas como uma forma de desarmar e apaziguar espíritos contraditores, em benefício deles próprios e do seu próprio interesse e da paz e tranquilidade sociais. [...] Talvez, no dia em que os juízes entenderem que a sua função conciliadora é tão eficaz quanto a verdadeira função jurisdicional, esta via de acesso à justiça se mostre capaz de cumprir o seu efetivo papel, como uma verdadeira alternativa na resolução dos litígios.”^[31]

Essa preocupação com a pouca importância dada às conciliações no âmbito dos Juizados Especiais de Carreira Alvim é de tamanha relevância. Na prática, a conciliação não é utilizada como forma de se encerrar o conflito, como pretendeu o legislador. Neste sentido, é importante ressaltar os dados obtidos através do estudo realizado em homenagem aos dez anos de instalação dos Juizados no âmbito da Justiça Federal – Lei 10.259 de 12 de julho de 2001 acerca do funcionamento dos Juizados Especiais Federais no que diz respeito a conciliação: cerca de 49% dos juizados pesquisados nunca realizaram uma audiência exclusivamente de conciliação, mais grave ainda a quantidade de sentenças homologatórias de acordo que ficam na casa dos 14,9% do total.^[32]

Os juizados revolucionaram, dessa forma, proporcionando o acesso à justiça de qualquer demanda, de qualquer parte da população. Contudo, como dito anteriormente, deve-se ter a preocupação de se conscientizar a população dos seus direitos e deveres, para que com a maior conscientização o acesso à justiça seja efetivado. Neste sentido, a população está cada vez mais procurando por soluções seja no âmbito do judiciário. Salutar trazer dados acerca dessa procura pelo judiciário, conforme indicação de Maria Tereza Aínda Sadek:

“Quanto às demandas processadas pelo Poder Judiciário, os números dos últimos anos são evidências claras de uma extraordinária transformação. Para uma rápida imagem, registre-se que em 1990 ingressaram em juízo comum estadual 3.617.064 processos; no início da década seguinte, em 2000, essa soma cresceu três vezes, atingindo um total de 9.280.010 processos. Um aumento significativamente maior do que o verificado no crescimento populacional. A procura de soluções com a intermediação do Poder Judiciário brasileiro é inegavelmente considerável.”^[33]

Ainda em continuidade à procura pelo Poder Judiciário, importante trazer à baila os dados recentes do Conselho da Justiça Federal em relação à procura por soluções de conflitos na seara da Justiça Federal, mais precisamente no âmbito dos Juizados Especiais Federais:

“A implantação dos juizados especiais federais repercutiu de maneira instantânea na Justiça Federal, com grande afluxo de litígios a esses órgãos, atendendo a uma demanda reprimida por direitos e que escapava ao abrigo do Judiciário. Assim é que, apenas entre o primeiro e o segundo ano de funcionamento, a distribuição cresceu mais de 2,6 vezes, passando-se de cerca de 350 mil processos distribuídos para aproximadamente 917 mil (BRASIL/CJF, 2012). No terceiro ano de funcionamento, 2004, atingiu-se o pico de demanda, com a marca de pouco mais de 1,5 milhão de processos distribuídos. A procura pelos juizados especiais federais sofreu um pequeno refluxo a partir de 2006, estabilizando-se, desde então, na casa de 1,2 milhão processos distribuídos anualmente.”^[34] (grifos nossos)

Portanto, independentemente se o valor envolvido é pequeno, se a causa é de baixa complexidade, se as partes tem origens abastadas ou não, o papel dos Juizados Especiais é justamente de se abrir as portas da Justiça para qualquer pessoa, indistintamente. A grande quantidade de processos distribuídos nos âmbitos dos Juizados Especiais Estaduais e Federais corroboram essa ideia revolucionária que começou em 1984 com os Juizados Especiais de Pequenas Causas.

3. Considerações finais

Da análise realizada ao longo deste trabalho, verifica-se que os Juizados Especiais, desde sua instalação sob o nome de Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei 7.244/84), proporcionaram verdadeira revolução no que diz respeito à possibilidade de se uma Justiça acessível à qualquer cidadão, indistintamente.

Assim, com a edição da Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito dos Estados, essa pratica continuou a se aperfeiçoar cada vez mais, com uma maior efetividade na prestação jurisdicional, tomando como base os princípios norteadores da oralidade, simplicidade e celeridade processual.

Dessa forma, afirma-se que o acesso à justiça foi aperfeiçoado com a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e posteriormente com a criação dos demais Juizados Especiais, quais sejam: Juizados Especiais Estaduais – Cíveis, Criminais e da Fazenda Pública, bem como no âmbito do Poder Judiciário da União: Juizados Especiais Federais.

4. Referências

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã.** 2. ed. Florianópolis: Editora Conceito, 2008.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional.** 7. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.

ALVIM, J. E. Carreira. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais.** 3. Curitiba: Juruá, 2006

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Juizado de pequenas causas.** Brasília, DF, 1985. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1712>>. Acesso em: 8 maio 2013.

BARCELLOS, Bruno Lima. **A duração razoável do processo.** Disponível em: <http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/artigos%20juridicos/Art_Duracao_razoavel_processo.PDF>. Acesso em: 08 maio 2013.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Conselho da Justiça Federal. **Acesso à justiça federal: Dez anos de juizados especiais.** p. 12-13. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/pesquisas-cej>>. Acesso em: 06 maio 2013.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça:** Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris

Editor, 1988, p. 3. Disponível em
< <http://xa.yimg.com/kq/groups/24783186/788476264/name/2-+Maur>>
Acesso em 29 abr. 2013.

CARDOSO, Oscar Valente. O Recurso de Uniformização ao STJ nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 95

CARDOZO, José Eduardo; PEREIRA, Marivaldo de Castro. O futuro da prestação jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190, p.279-287, Abr/jun 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242898>>. Acesso em: 08 maio 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y Proceso**: Trad. Esp. De Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires : EJEJA, 1971.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1969, v. III.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do processo e processo do conhecimento**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BARRETO JUNIOR, Edvaldo Costa; CAVALCANTI, Marcos de Araújo (Org.). **Direito Processual Civil**. v. 4. São Paulo: Método, 2011.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Direito à tutela jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, p.311-316, jan. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176403>>. Acesso em: 06 maio 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

MATOS, Blanche Maymone Pontes. A sistemática recursal das Leis 9.099/95 e 10.259/01 e a polêmica proposta de uniformização de decisões nos juizados especiais estaduais. **Revista da Esmape**, Recife, v. 11, n. 23, p.58-81, jan./jun. 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PINTO, Maurício Luís Pereira. **Os poderes probatórios do juiz na civil law e common law**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242740489174218181901.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2013.

PIRES, Thiago Magalhães. **Legislador Negativo: O STF e a vinculação dos Juizados Especiais à jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/artigo-legislador-negativo.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2013.

QUINTAS, Fábio Lima; GOMES, Luciano Corrêa. A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os Juizados Especiais Cíveis: Antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 196.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**: Adaptado ao Novo Código Civil - Lei 10.406, de 10-01-2002. 5ª Tiragem. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Enrique Feldens. A uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos juizados especiais estaduais e federais em matéria cível: A função do STJ à luz da lei e da jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 201.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça: visão da sociedade**. Revista Justitia, São Paulo, v.65, n. 198, p. 271-279, jun. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33278>>. Acesso em: 06 maio 2013.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Sistema nacional de juizados especiais**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo, n. 11, p. 193-200, 2000. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev11Art15.pdf>. Acesso em: 8 maio 2013.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. **O Juizado de pequenas causas: obrigatória sua criação e absoluta sua competência**. Justitia, São Paulo, v. 53, n. 153, p. 9-11, jan./mar. 1991. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23434>>. Acesso em: 13 maio 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TEDESCO, Paulo Camargo. Impugnação das decisões interlocutórias nos juizados especiais cíveis. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 156.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. In: SANTOS, Hernane Fidelis dos (Coord.) Atualidades Jurídicas, Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 121-135.

Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2004>>. Acesso em 8 maio 2013

THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Caxias do Sul, v. 2, n. 1, p.64-71, 01 jan. 01. Jan/jun 2010. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2013.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 8 maio 2013.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 13 maio 2013.

BRASIL. **Lei 7.244 de 7 de novembro de 1984**. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm> Acesso em 08 maio 2013.

BRASIL. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**: Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 26 abr. 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 15 de julho de 2001**: Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/l-010259-12-07-2001.htm> Acesso em 13 maio 2013

BRASIL. **Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm> Acesso em 22 maio 2013

BRASIL. **Mensagem nº 1.005/95.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9095-1995.pdf> Acesso em 11 maio 2013.

NOTAS:

[1] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça:** Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 3. Disponível em <<http://xa.yimg.com/kq/groups/24783186/788476264/name/2-+Maur>> Acesso em 29 abr. 2013.

[2] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito:** Adaptado ao Novo Código Civil - Lei 10.406, de 10-01-2002. 5ª Tiragem. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p 375-377.

[3] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p 39.

[4] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

[5] BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 606.

[6] ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais:** o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã. 2. ed. Florianópolis: Editora Conceito, 2008, p. 36.

[7] GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Direito à tutela jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 33, n. 129, p.311-316, jan. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176403>>. Acesso em: 06 maio 2013.

[8] AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional.** 7. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 218.

[9] ABREU, Pedro Manoel. *Op. cit.*, p. 39.

[10] REALE, Miguel. *Op. cit.*, p 375-377

[11] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 40.

[12] DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 84.

[13] THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Caxias do Sul, v. 2, n. 1, p.64-71, 01 jan. 01. Jan/jun 2010. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2013.

[14] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. In: SANTOS, Hernane Fidelis dos (Coord.) *Atualidades Jurídicas*, Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 121-135. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2004>>. Acesso em 8 maio 2013

[15] *Idem, ibidem.*

[16] CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y Proceso**: Trad. Esp. De Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires : EJEJA, 1971, p. 177.

[17] KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.33.

[18] PINTO, Maurício Luís Pereira. **Os poderes probatórios do juiz na civil law common law**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242740489174218181901.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2013.

[19] CARDOZO, José Eduardo; PEREIRA, Marivaldo de Castro. O futuro da prestação jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190, p.279-287, Abr/jun 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242898>>. Acesso em: 08 maio 2013.

[20] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do processo e processo do conhecimento. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 55.

[21] BARCELLOS, Bruno Lima. **A duração razoável do processo**. Disponível em:

<http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/artigos%20juridicos/Art_Duracao_razoavel_processo.PDF>. Acesso em: 08 maio 2013

[22] ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Juizado de pequenas causas.** Brasília, DF, 1985. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1712>>. Acesso em: 8 maio 2013. p. 2.

[23] SALVADOR, Antônio Raphael Silva. **O Juizado de pequenas causas: obrigatória sua criação e absoluta sua competência.** Justitia, São Paulo, v. 53, n. 153, p. 9-11, jan./mar. 1991. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23434>>. Acesso em: 13 maio 2013.

[24] BRASIL. **Lei 7.244 de 7 de novembro de 1984.** Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm> Acesso em 08 maio 2013.

[25] SALOMÃO, Luis Felipe. **Sistema nacional de juizados especiais.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo, n. 11, p. 193-200, 2000. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev11Art15.pdf>. Acesso em: 8 maio 2013. p. 196-197.

[26] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 8 maio 2013.

[27] O artigo 2º da Lei 9.099/95 dispõe: “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

[28] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p 351.

[29] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 1969, v. III, p. 50.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 576847, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 RTJ VOL-00211- PP-00558 EMENT VOL-02368-10 PP-02068 LEXSTF v. 31, n.

368, 2009, p. 310-314. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 09 maio 2013.

[31] ALVIM, J. E. Carreira. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais**. 3 Curitiba: Juruá, 2006, p. 16.

[32] BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Conselho da Justiça Federal. **Acesso à justiça federal: Dez anos de juizados especiais**. p. 12-13. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/pesquisas-cej>. Acesso em: 06 maio 2013 p. 135.

[33] SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça: visão da sociedade**. Revista Justitia, São Paulo, v.65, n. 198, p. 271-279, jun. 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33278>. Acesso em: 06 maio 2013.

[34] BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Conselho da Justiça Federal. **Op. cit.** p. 12.

O "DÉFICIT" DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: O IMPACTO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E SUA ABORDAGEM NA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

ROOSYVANIA GONÇALVES SALES:
Bacharelada do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

FÁBIO BARBOSA CHAVES

(Orientador)^[1]

RESUMO: O sistema previdenciário brasileiro encontra-se inserido na estrutura da seguridade social, não obstante caracterizar-se, sobretudo, pelo seu caráter contributivo. A saúde financeira deste sistema encontra-se fundamentada na manutenção do custeio através de repasses oriundos da classe trabalhadora, empresarial e do governo. Dentre as disposições integrantes na Proposta de Emenda Constitucional 287/2016 – Reforma da Previdência, tem-se a imposição de requisito referente à idade mínima do segurado, sob o fundamento de que contribui significativamente para a suposta situação deficitária o aumento da expectativa de vida do trabalhador brasileiro, e por consequência, o tempo de recebimento do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. A partir da análise de dados estatísticos extraídos de órgãos do governo federal, constatou-se um elevado índice de concessão do benefício de Aposentadoria por Invalidez pagos pelo Regime de Próprio de Previdência social. Tal informação deve ser utilizada como parâmetro para fundamentar alterações na atual sistemática previdenciária brasileira, já que à aposentadoria por tempo de contribuição não poderá ser direcionada a pecha de grande causadora de deficiência deorçamentária.

Palavras-Chave: Reforma da Previdência. Aposentadoria. Expectativa de Vida. Invalidez. Ineficácia.

ABSTRACT: The Brazilian social security system is part of the structure of social security, although it is mainly characterized by its contributory nature. The financial health of this system is based on the maintenance of the cost through transfers from the working class, business and government. Among the provisions included in Proposal for Constitutional Amendment 287/2016 - Pension Reform, there is the imposition of a requirement regarding the minimum age of the insured, on the grounds that significantly contributes to

the supposed deficit situation the increase in life expectancy of the insured. Brazilian worker, and, consequently, the time of receipt of the benefit of retirement by time of contribution. Based on the analysis of statistical data extracted from federal government agencies, a high rate of concession of the Invalidity Retirement benefit paid by the Social Security Pension Scheme was verified. Such information should be used as a parameter to justify changes in the current Brazilian social security system, since to retirement for time of contribution can not be directed to pecha of great cause of budgetarydeficiency.

Keywords: Reform of Social Security. Retirement. Life expectancy. Invalidity. Ineffectiveness.

Sumário: Introdução. 1. O funcionamento da Seguridade Social. 2. Princípios da Previdência Social. 3. O Sistema Previdenciário Brasileiro e sua participação no orçamento da seguridade. 4. A PEC 287/16 e as possíveis alterações na aposentadoria por invalidez 5. Levamento de dados da aposentadoria por invalidez. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A previdência social no Brasil, em qualquer dos regimes, possui a sua estrutura financeira/orçamentária questionada. Para tanto, tradicionalmente tem-se utilizado os mesmos argumentos, e em quase todos o aumento da expectativa de vida e a má-gestão se encontram inseridos.

Os dois fatores são incontestes, pois se baseiam em dados estatísticos e fatos apurados pelos órgãos fiscalizadores. Por esta razão, deixa-se de abordar outros objetos, que por influenciarem no controle orçamentário deste complexo sistema, também são aptos a produzirem consequências prejudiciais à sua manutenção.

Este trabalho buscará inserir outros fatores potencialmente influenciadores para o suposto déficit orçamentário do sistema previdenciário brasileiro, levando-se em consideração o que está sendo proposto pelo Executivo Federal através da PEC 287/2016.

A aposentadoria por invalidez, como um dos benefícios concedidos pela previdência social, prevista para os trabalhadores segurados pelo Regime Geral e pelos Regimes Próprios de

previdência, representa uma importante despesa orçamentária, e que por isso deverá ter sua respectiva fonte de custeio.

Sendo assim, é de extrema importância o estudo da reforma da previdência, questionando os reais fatores que estão sendo considerados como justificativa para se alterar o sistema constitucional de previdência social. Está evidenciado que não foi realizado um estudo a fundo quanto a aposentadoria por invalidez, não levando em conta o valor gasto atualmente com este tipo de aposentadoria, e que com o que está sendo proposto.

1 O FUNCIONAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social visa o amparo e a proteção dos cidadãos, nela contendo um conjunto de direitos fundamentais que visam assegurar os direitos referentes à saúde, assistência social e previdência social. O art. 6º da CRFB/88 dispõe acerca da competência dos entes federativos, prevendo o envolvimento de todos direcionados ao atingimento dos seus objetivos.

Para Martins, a seguridade social é:

Um conjunto de princípios, de normas e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingência que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (2009 apud André Luiz; SETTE, 2007, p.63).

Convém ressaltar que a seguridade social é um conjunto de medidas que proporciona à sociedade e aos seus integrantes estabilidade, a fim de que se possam evitar desequilíbrios econômicos e sociais que, não sendo resolvidos, significariam a redução ou perda de renda. Ensina Martins (2009, p. 21): “A Convenção da OIT considera como contingências: idade avançada, invalidez, morte, enfermidade,

maternidade, acidente de trabalho, prestações familiares, desemprego e tratamento médico”.

A seguridade social não se limita à incumbência estatal, mas a sociedade assume importância significativa no custeio e fiscalização. Por esta razão, o interesse público deverá ser pautado através de todas as ações de seguridade, visando atuar em situações de vulnerabilidade social.

As receitas necessárias para custear os programas da seguridade social são denominadas verbas carimbadas, pois o orçamento é destinado ao custeio de despesas ligadas diretamente à Seguridade Social, não se misturando com o orçamento da União.

Segundo Sergio Pinto Martins:

São fontes de custeio da Seguridade Social:

dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro. Sobre o faturamento incide a Confins (Lei Complementar nº 7/70) e o PIS (Lei Complementar nº 7/70). Sobre o lucro incide a contribuição social criada pela Lei nº 7.689/88;;

Dos trabalhadores;

Sobre a receita de concursos de prognósticos;

Do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar (Lei nº 10.865/04). (2009, p.65)

A Seguridade Social é gênero, tendo como espécies a Saúde, Assistência Social e a Previdência Social. A saúde pública brasileira é garantida pelo Sistema Único de Saúde- SUS, com o objetivo de acesso integral e gratuito para todos que dela precisam.

A gestão financeira dos orçamentos das receitas orçamentárias da saúde é administrada pelo Ministério da Saúde, quanto à área federal, e as sec

retárias

estaduais e municipais da saúde cabem a sua administração o orçamento.

O financiamento da saúde pública requer receitas que advêm da seguridade social. Sendo gratuita, por óbvio, não há retorno contributivo. Para Setter (2007, p.65) “O direito a saúde é uma extensão do direito a uma vida digna, do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, pois, destinado a todos, independentemente de contribuição”.

A assistência social, regulamentada Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), tem sua administração através do Conselho Nacional da Assistência Social. Seu principal objetivo é amparar os hipossuficientes. Possui um rol de benefícios e serviços com a finalidade de garantir o mínimo substancial para sobrevivência. Na sua esfera protetiva encontra-se a família, a maternidade, as crianças, idosos e os portadores de necessidades especiais.

Assim como a saúde, as prestações oriundas da assistência social são prestadas gratuitamente aos beneficiários, não pressupondo contrapartida pecuniária para o seu gozo.

A este respeito, Sette (2009) declara que as pessoas destituídas de condição de se manter com sua própria renda, não tendo acesso a direitos básicos advindos da condição humana, mesmo que nunca tenham contribuído para estrutura estatal com recursos financeiros, terá direito à prestação assistencial. Trata-se de um preenchimento de lacunas inseridas no sistema previdenciário.

A previdência social possui estrutura diferente da saúde e assistência social, justamente em face do seu caráter contributivo, bem como de filiação obrigatória. Trata-se de um seguro que ampara somente os que ali contribuem, visando garantir o sustento do trabalhador e de seus dependentes em situações de idade avançada, desemprego, maternidade, doença, reclusão, morte ou invalidez.

Sobre o assunto, Martins:

A contribuição previdenciária seria uma obrigação tributária, uma prestação pecuniária compulsória paga ao ente público, com a

finalidade de constituir um fundo para ser utilizado em contingências previstas em lei. Trata-se de uma contribuição social caracterizada pela sua finalidade, isto é, constituir um fundo para o trabalhador utiliza-lo quando ocorrerem certas contingencias previstas em lei (2007, p. 74).

É possível afirmar que a Previdência Social busca transmitir a disposição do item um do artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (1948, p.1)

2 PRINCÍPIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O princípio da contributividade atinge tanto o Regime Geral de Previdência Social quanto ao Regime Próprio, pois sua previsão se encontra no próprio texto constitucional, artigos 40 e 201 (BRASIL).

Pelo Princípio da Contributividade, a previdência social apenas concederá os seus benefícios e serviços aos segurados (e seus dependentes) que se filiarem previamente ao regime previdenciário, sendo exigido o pagamento de tributos classificados como contribuições previdenciárias, haja vista se tratar do único subsistema da seguridade social com natureza contributiva direta. (AMADO, 2012, pág. 93).

A qualidade de segurado é mantida, em regra, pela continuidade no pagamento das contribuições, uma vez

que o subsistema previdenciário fulcra-se na contributividade. Essa foi a opção do constituinte buscando manter o equilíbrio financeiro-atuarial. Com isso, para ter acesso as prestações, faz-se necessário verter contribuições para o sistema. (HOVART, 2011, p.49).

Somente gozarão dos benefícios os trabalhadores que se filiarem à Previdência Social, e como consequência deste ato, terão que contribuir e cooperar financeiramente, de forma obrigatória, para a manutenção da mesma, com exceção aos dependentes dos segurados, mas que só receberão em virtude da filiação do segurado.

O princípio da solidariedade é considerado o pilar da previdência social, pois todos os trabalhadores transferem parte da sua renda, para propiciar sobrevivência quando o trabalhador passa por alguma contingência. Há uma união por meio da qual se atinge o equilíbrio financeiro e o reestabelecimento de uma situação de mínimo existencial.

Reforça esse entendimento Sette:

O princípio em comento estabelece que toda a sociedade tem o dever de financiamento da seguridade social, quer diretamente, quer indiretamente, ou seja, o dever de financiamento não decorre especificamente do exercício de determinada atividade ou da realização de determinado fato relacionado com a atividade empresa, mas, sobretudo, do dever de solidariedade existente, justificando-se, por conseguinte, a cobrança de contribuições daqueles que possuem maior capacidade contributiva, em favor dos mais miseráveis. (2007, p. 121)

Por meio deste princípio, a previdência social transmite uma segurança maior para o trabalhador, pois caso ocorra qualquer evento inesperado, como um desemprego, doença ou até mesmo uma

aposentadoria por invalidez, e entre outros, por meio dele é garantido a proteção.

A Previdência Social, para promover um equilíbrio, arrecada dos trabalhadores de maneira proporcional, conforme o valor do ganho remuneratório, fazendo com que há um financiamento de maior parcela daquele que auferir maior renda, também como reflexo da solidariedade na distribuição do ônus contributivo.

O princípio da universalidade de cobertura e de atendimento traz como desígnio, a obrigatoriedade de adesão ao sistema, fazendo com que o benefício seja estendido para todos que dela contribuem. Como contrapartida, o trabalhador terá proteção em situações imprevisíveis e que gerem um estado de necessidade, ou seja, toda e qualquer eventualidade deve ser atendida pela Seguridade Social.

Deve-se deixar claro que não são todas as pessoas que tem o amparo da Seguridade Social, mas somente as pessoas seguradas pela previdência. Os riscos que podem vir acontecer e que são amparados, referem-se à invalidez, morte, idade avançada, como dispõe a lei 8.213/91 (BRASIL).

No que diz respeito às contingências, deve-se reconhecer que há uma limitação orçamentária do governo, bem como os compromissos já assumidos pela sociedade, exigindo do sistema o equilíbrio entre o que se arrecada e o dispêndio com o pagamento de benefícios.

Mais uma vez, ensina Sette (2007):

É possível a participação de toda a população brasileira, sendo ela composta de brasileiros natos, naturalizados ou até mesmo estrangeiros residentes no país, mas para isto, faz se necessário o pagamento da contribuição prevista em lei (2007, p. 113)

3 O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO E SUA PARTICIPAÇÃO NO ORÇAMENTO DA SEGURIDADE

A previdência Social não possui orçamento único, pois ela integra o orçamento destinado à assistência social. O governo anuncia à população que a justificativa da PEC 287/16 é o déficit da previdência

social, e que está comprometendo o recurso da saúde e assistência social e a própria previdência dos trabalhadores.

O governo aponta que a previdência social é financiada pelas contribuições previdenciárias (urbana e rural), alegando sob esse montante o déficit previdenciário, deixando de considerar outras fontes de arrecadações como o COFINS, CSLL, PIS-PASEP.

Sobre o uso da palavra “financiada”, Martins declara:

Na verdade, a Seguridade Social não será financiada, mas haverá seu custeio. Não se trata de financiamento, como se fosse um empréstimo bancário, em que haveria necessidade de devolver o valor com juros e correção monetária. Trata-se de custeio, o que é feito por meio de contribuição social (2009, p. 6 5)

A Professora doutora, Denise Gentil, em entrevista para a UFRJ em sua tese de doutorado, diz que:

“As receitas que faltam, como a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), são receitas de grande porte e, mesmo assim, não aparecem no cálculo do saldo previdenciário. Se calculadas todas as fontes de financiamento, percebe-se que há um superávit operacional de R\$ 8,2 bilhões na Previdência, no ano de 2004”.

Segundo cálculo divulgado referente ao ano de 2014, a receita bruta da previdência social teria sido de 349 bilhões de reais, e as despesas no valor de

394 bilhões. Ocorre que para a realização deste cálculo, não foram considerados como receita os valores arrecadados com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, Contribuição sobre o fim social - COFINS, PIS- PASEP.

Segundo dados fornecidos pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal - ANFIP, gastou-se com seguridade social no Brasil no ano de 2015 o valor de 683,1 bilhões, gerando um superávit de 11,2 bilhões. (Análise da Seguridade Social, 2015)

Segundo avalia a Professora Denise Gentil, "a União não cobra das empresas sonegadas e ainda entrega a elas a possibilidade de pagarem menos tributos legalmente. Então, é próprio governo que provoca o déficit". (Gentil, 2017).

A CRFB/88 prevê para alguns tributos destinações fixas, inalteradas, pré-fixadas para determinadas áreas. Porém, com a criação do Plano Real no ano de 1994, o governo federal adotou a política de desvinculação de receitas da União-DRU.

A DRU, por meio de Emenda Constitucional, proporcionou flexibilidade para a utilização dos tributos arrecadados, possibilitando a utilização destas receitas para outros custeios, escolhidos de forma discricionária. Para tanto, no início de vigência desta medida, possibilitou-se a utilização de 20% das receitas, e a partir do ano de 2015, passou para 30%. (Gonçalves e Neto, 2017)

Ainda segundo apurou a ANFIP, com a implantação da DRU, no ano de 2015 houve o desvio de 61 bilhões de reais, que deveriam ser utilizados para custeio do sistema de seguridade social, já que cerca de 90% deste valor foi arrecadado das contribuições sociais.

O diretor do Núcleo Atuarial da Previdência, Benedito Passos, também discorda da utilização da DRU nas receitas da Previdência Social. "A seguridade social poderia ter mais de R\$ 1 trilhão de recursos hoje se nos últimos 12 anos não estivéssemos fazendo as transferências — avalia." (O globo, 2017)

Assim, ratificando o exposto, Ribeiro expõe:

O problema aqui não reside apenas no fato de que a Seguridade Social não recebe outros recursos do Tesouro Nacional, como preconizado pela Constituição. O mais grave é que ela também acaba por não receber todos os recursos que lhes são constitucionalmente afetados, o que acabou por ser institucionalizado pelas emendas constitucionais que promoveram a desvinculação das receitas da União (DRU) (2013,p. 51-53)

Além da gestão tributária, a política de desoneração às contribuições direcionadas às empresas também devem ser elencadas no rol de condutas administrativas que devem ser consideradas na análise orçamentária da seguridade social, e por consequência no sistema previdenciário brasileiro.

No ano de 2015 retirou-se da arrecadação da seguridade o montante de 40,124 bilhões fruto de desoneração, ou seja, quantia que se estivesse agregado como receita, confirmaria ainda mais o fato de que a realidade orçamentária da previdência pode não ser deficitária.

Deste modo, o descompasso entre receitas e despesas não se deve por um desequilíbrio próprio da previdência social, mas decorre principalmente da destinação de seus recursos.

Sobre essa ideia, CHERULLI (2016) explicou que a origem jurídica do argumento do déficit da Previdência é o “desprezo na interpretação constitucional”.

O Conselho Nacional de Direitos Humanos – CNDH emitiu a Recomendação de nº. 3, de 10 de março de 2017, ao Presidente da República, dispondo:

Que retire a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 287/2016, tendo em vista a falta de transparência dos dados integrais relativos à Seguridade Social, sem estudos econômicos, atuariais e demográficos completos, e o amplo e legítimo clamor da sociedade contra a proposta legislativa, percebido em manifestações, especialmente, nos atos protagonizados pelas mulheres de todo o Brasil. (2017, p.2)

O deputado Givaldo Vieira, em discurso na Câmara dos Deputados, também posiciona-se contra à determinados pontos da PEC.

Ocorre que estamos lidando diretamente com o direito à vida do brasileiro e da brasileira: vão contribuir a vida toda para morrer sem direito à

aposentadoria. Enquanto isso, empresas como JBS e bancos como Bradesco somam R\$ 426 bilhões de repasses atrasados ao INSS. O valor da dívida equivale a três vezes o chamado déficit da Previdência em 2016. Esses números foram levantados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.(VIEIRA,2017)

O resultado do relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, referente à previdência afirmou que não há o déficit informado pelo governo federal. (ISTOÉ, 2017).

Ainda segundo o senador Hélio José, após a CPI foi possível concluir que “está havendo manipulação de dados por parte do governo para que seja aprovada a reforma da Previdência. [...] quando o assunto é Previdência, há uma série de cálculos forçados e irreais”. (ISTOÉ, 2017.)

4 A PEC 287/16 E AS POSSÍVEIS ALTERAÇÕES NA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

O benefício da aposentadoria por invalidez está amparado no Regime Geral de Previdência Social (INSS) no Regime Próprio da Previdência Social (Servidores Públicos). A iniciativa de se propor a alteração do sistema previdenciário através da modificação do texto constitucional, se por um lado expõe o governo federal, autor da proposta, a um rito legislativo mais exigente, com possibilidade de alteração no texto base sem a possibilidade de submissão ao crivo da sanção ou veto, na hipótese de aprovação, acaba por atingir de uma só vez todo o sistema previdenciário do país, independente do regime e da competência legislativa dos entes federativos. Por esta razão, a PEC 287/16, em caso de aprovação, independente do texto final, terá incidência em ambos os regimes previdenciários, podendo prevê regras específicas e diferenciadas.

Considerando o texto base da proposta de alteração constitucional, haverá duas grandes alterações no que se refere à aposentadoria por invalidez: a primeira alteração se refere à restrição das possibilidades de sua aplicação, e a segunda quanto ao cálculo do benefício.

A aposentadoria por invalidez passará a ser denominada aposentadoria por incapacidade. Atualmente, se o servidor for acometido por um acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável não será possível a concessão direta de aposentadoria, sendo aplicável primeiramente a prévia análise de readaptação do servidor.

Antes da vigência da Emenda Constitucional (EC) nº 41, de dezembro de 2003, na hipótese do servidor acometido por doença invalidante lhe era assegurado a aposentadoria por invalidez com integralidade e paridade sob o valor do salário. Com a posterior alteração constitucional, houve perdas quanto

ao benefício, deixando de ser integral o benefício, passando à proporcionalidade das médias dos anos contributivos da vida do servidor.

A deputada federal Carmen Zanotto (PPS/SC) umas das primeiras deputadas apresentar emenda à PEC 287/2016, se posicionou na seção 028.3.55.0 da seguinte forma:

Vamos lutar para que o vínculo deste benefício, tão necessário à sobrevivência destes segmentos sociais, não seja derrubado. Esta é uma das conquistas da sociedade na Constituição Federal. [...] da forma que está não vai passar.(ZANOTTO,2017)

Nota-se que a tese do sistema deficitário advogado por setores do governo federal, independente da corrente política/partidária que esteja gerindo o país, na tentativa de justificar o aumento do gasto público, é utilizada como argumento para se propor alterações no sistema previdenciário, implementando alterações direcionadas aos direitos já consagrados nas legislações anteriores, retirando benefícios, reduzindo valores ou dificultando o acesso.

Na aposentadoria por invalidez, mais do que em outros benefícios previdenciários, encontra-se estampada a vulnerabilidade do trabalhador, pois em razão de uma incapacidade permanente se vê excluído de um mercado de trabalho, obrigado a modificar sua rotina de vida, afastado de convívio social do ambiente de trabalho, obrigado a

readaptar-se a um ritmo de vida completamente diferente do que era habituado.

Nos termos da PEC da previdência, quando ocorrer a concessão da aposentadoria por invalidez, que passará a ser denominada, aposentadoria por incapacidade permanente para o trabalho, os cálculos do benefício será 51% acrescido de 1 % para cada ano de contribuição.

Portanto, com mais esta proposta de alteração dos benefícios previdenciários, sustentados em uma argumentação destituída de elementos convincentes, como se não bastasse todos os transtornos que a incapacidade laboral causa ao trabalhador, ainda terá que suportar prejuízo financeiro e dificuldade em evidenciar os requisitos para concessão de seu benefício.

À título de exemplo, na hipótese de um trabalhador que possui como última remuneração R\$ 5.000,00, e que contribuiu para a previdência por 25 anos, e a soma da sua média aritmética até o momento tenha dado R\$ 3.000,00, deverá ser calculado os 51% + 25% (que equivale a quantidade de anos trabalhados), tendo como proventos o valor de R\$ 2.280,00.

Portanto, fica evidente que a proposta de alteração constitucional representa medida que causará sérias repercussões não só ao trabalhador, mas para sua família.

5 LEVANTAMENTO DE DADOS APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

Foi realizada uma consulta pelo Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão – ESIC, solicitando informações de alguns órgãos sobre o quantitativo de concessões de aposentadoria por invalidez entre os anos de 2015 à março de 2017. O resultado obtido foi significativo, pois evidenciou a importância do benefício da aposentadoria por invalidez para o trabalhador, em face da grande quantidade proporcional deste benefício quando comparada a outras modalidades de aposentadoria.

Com a urgência de aprovar a Reforma da Previdência, não se teve tempo suficiente para ir a fundo sobre a matéria, pois ao que parece não houve um levantamento de quantitativo de pessoas que se

aposentam por invalidez, tendo em vista o aumento da idade mínima para concessão de aposentadoria que traz a PEC 287/2016.

Considerando o recorte temporal da pesquisa, como já informado, o Ministério do Meio ambiente informou que ocorreram 23 Aposentadorias voluntárias e 8 por invalidez, o que equivale a 30% das aposentadorias deste ministério.

Na Fundação Universidade Federal do Tocantins, de 17 aposentadorias concedidas, 10 foram por invalidez.

Na Companhia das Docas do Estado da Bahia, constatou-se 6 aposentadorias voluntárias e 2 por invalidez.

Na Eletrobrás, observou-se a efetivação de 65 voluntárias e 40 por

invalidez.

A partir destes dados, a comparação de aposentadorias voluntárias, diretamente influenciadas pelo fator idade/expectativa de vida, e a aposentadoria por invalidez, produziu a seguinte tabela:

Órgão	Aposentadoria Voluntária (A.V)	Aposentadoria por Invalidez (A.I)	Porcentagem (%) de
Ministério do Meio Ambiente	23	8	25,8
Fundação Universidade Federal do Tocantins	07	10	58,2
Companhia das Docas estado da Bahia	6	2	25,0
Eletrobrás	65	40	38,09

Tabela 1: Quadro comparativo de aposentadoria voluntária e aposentadoria por invalidez.

Sendo o valor gasto com a Previdência o principal motivo apontado pelo governo para que haja reforma, apresenta-se como coerente que o mote da reforma seja a busca de medidas de economia.

A PEC 287/2016, dentre outras alterações, terá como principal medida de economia a fixação de idade mínima para concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, bem como a aplicação de teto previdenciário para todos os servidores públicos do país.

De fato, dentre os requisitos atuais para aposentadoria por tempo de contribuição junto aos regimes geral e próprio de previdência social, não se faz presente a idade mínima, e por esta razão, em tese, é possível um trabalhador ou trabalhadora começarem a receber benefício de aposentadoria com 53 e 48 anos de idade, respectivamente. Ocorre que a incidência do fator previdenciário faz com que, na prática, um grande número de segurados optem por permanecer trabalhando o momento em que a soma da idade e o tempo de contribuição alcance 85 e 95, se tratando de mulheres e homens respectivamente, o que diminui o valor despendido com cada aposentado, já que a expectativa de sobrevida fica reduzida.

Quanto aos servidores públicos passarem a ter a incidência de um teto previdenciário, há que destacar que a própria PEC faz referência à sua aplicação condicionada à existência prévia de instituto de previdência complementar pública no próprio ente federativa, de forma a garantir ao servidor a possibilidade de arcar com uma contribuição extra caso pretenda aumentar o valor do seu benefício futuro. Ocorre que atualmente quase que a totalidade dos regimes próprios de previdência social, incluindo Estados e Municípios da federação, não possuem previdência complementar pública, o que implicaria, na prática, a não incidência desta nova regra para significativa parcela de entes federativos.

Portanto, fica evidente que estas duas medidas que figuram na PEC como protagonistas da reforma, apesar de representarem

retrocesso social, possivelmente não viabilizarão a economia que o governo federal pretende auferir quanto ao gasto público.

Mesmo com a aposentadoria voluntária, é notável que a proposta da PEC 287/16 apresenta quase a extinção total da aposentadoria por tempo de contribuição, o que conseqüentemente, fará com que as pessoas no meio do caminho alcancem a aposentadoria por invalidez.

Como pôde ser analisado a partir dos dados apresentados na tabela anterior, há um elevado índice de aposentadorias por invalidez, mesmo sendo esta considerado um benefício que deveria ser exceção, pois pressupõe um infortúnio (acidente, doença) que gera uma incapacidade.

Deve ser destacado que os dados coletados foram colhidos em uma realidade de trabalho pautada nas regras atuais de aposentadoria, ou seja, quando a incapacidade surgiu em uma fase da vida do trabalhador que pode ser considerada altamente produtiva. Porém, na hipótese de se prolongar o período laboral do trabalhador brasileiro, fazendo com que se torne comum um segurado ou segurada continuar trabalhando, sem direito de se aposentar por idade ou tempo de contribuição, com 60 anos ou mais, o mais provável seja que o índice de concessão de aposentadorias por invalidez cresça significativamente.

Portanto, fica evidente que deixou de ser considerado o impacto que a proposta de alteração do sistema previdenciário, especificamente quanto à fixação de idade mínima para concessão do benefício de aposentadoria por invalidez e o aumento da idade mínima para concessão do benefício de aposentadoria por idade, possa gerar na incidência de incapacidade para o trabalho, sobretudo em face dos acidentes ou doenças acometidas, pois estarão muito mais suscetíveis a estas ocorrências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A viabilidade da reforma do sistema previdenciário brasileiro, a partir da alteração do texto constitucional - PEC 287/2016, objetivando a obtenção do equilíbrio orçamentário, e por consequência, das contas públicas, afigura-se distante do seu desiderato, sobretudo quando se identifica as incidências eleitas pelo autor da proposta.

Segundo queixa-se o governo federal, a impossibilidade de se equiparar o que se arrecada com o que se gasta para manutenção dos serviços públicos, sem falar em investimento, seria o dispêndio com a manutenção do sistema previdenciário, e por isso, há a necessidade premente de aprovar uma ampla reforma para que a arrecadação previdenciária seja maior, e o gasto seja inferior.

Ocorre que ficou evidente neste trabalho, a partir dos argumentos teóricos, previdenciários e constitucionais, somados aos dados colhidos a partir de estudos realizados por diferentes setores interessados, que não só o discurso utilizado pelo governo federal para convencer a população e os seus representantes acerca da necessidade da reforma não condiz com a realidade, mas que também várias das alterações propostas não se mostram aptas a viabilizar a tão desejada economia.

O déficit alegado deixa de existir a partir do momento que se exija do governo federal a correta aplicação dos valores arrecadados com as contribuições sociais, ou seja, a alocação destes recursos exclusivamente no orçamento da seguridade social, onde se inclui a previdência.

A prorrogação do tempo em que trabalhador permanecerá trabalhando, visando exclusivamente a redução do lapso temporal que permaneceria recebendo benefício previdenciário (aposentadoria por idade e por tempo de contribuição), em face da diminuição da expectativa de sobrevida, também se mostra insuficiente por desconsiderar o impacto que tais medidas irão gerar quanto à concessão do benefício da aposentadoria por invalidez, que proporciona o pagamento de benefício permanentemente.

REFERÊNCIAS

AGENCIA BRASIL, Relatório de CPI do Senado diz que Previdência Social não tem déficit. Disponível em: <<https://istoe.com.br/relatorio-de-cpi-do-senado-diz-que-previdencia-social-nao-tem-deficit/>> Acesso em: 24/10/2017.

ANFIP, Estudo da ANFIP confirma superávit da Seguridade em 2015. Disponível em: <https://www.anfip.org.br/noticia.php?id_noticia=20901> Acesso em: 01/08/2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União nº 191 – A, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHERULLI, D. (2016). Origem jurídica do argumento do déficit da Previdência: desprezo na interpretação constitucional. São Paulo: Plataforma Política Social.

DI GIACOMO, ALMEIDA MICHAEL. A Pec 287/16 e a lesão a direitos fundamentais da pessoa com deficiência e ao idoso. Jus Brasil, 2012. Disponível em: <<http://https://jus.com.br/artigos/57285/a-pec-287-16-e-a-lesao-a-direitos-fundamentais-da-pessoa-com-deficiencia-e-ao-idoso>>.

E-SIC. Sistema de Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão. Disponível em: <<https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.html>>.

FRIGO, CNDH se manifesta contra a Reforma da Previdência. Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/cndh-se-manifesta-contra-reforma-da-previdencia/> Acesso em: 01/08/2017.

GIACOMO, A PEC 287/16 e a lesão a direitos fundamentais da pessoa com deficiência e ao idoso. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57285/a-pec-287-16-e-a-lesao-a-direitos-fundamentais-da-pessoa-com-deficiencia-e-ao-idoso>>. 15/08/2017.

GENTIL, Fernanda. “Em tese de doutorado, pesquisadora denuncia a farsa da crise da Previdência Social no Brasil forjada pelo governo com apoio da imprensa.”

GOMES, Eduardo et al, Direito Previdenciário em Debate, Curitiba, Juruá Editora, 2011.

GONCALVES, Ramos Marcus Vinícius. Reforma previdenciária: a verdade e a mentira. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57641/reforma-previdenciaria-a-verdade-e-a-mentira>>.

LEITÃO, Studart André. Manual de direito previdenciário. 3. Ed. São Paulo, p.27.

LODI, PEC 287: reforma ou implosão da Previdência Social?. Disponível em:

<<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/09/pec-287-reforma-ou-implosao-da-previdencia-social/>> Acesso em: 17/07/2017.

MONTENEGRO, Reforma da Previdência: será que vai resolver o déficit? Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57165/reforma-da-previdencia-sera-que-vai-resolver-o-deficit> 26/09/2017>. Acesso em: 26/09/2017.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 02/09/2017.

PRADO, Reforma da previdência: Deputados Catarinenses são contra a pec 287/16. Disponível em: <<http://www.clmais.com.br/informacao/104862/reforma-da-previd%C3%Aancia:-deputados-catarinenses-s%C3%A3o-contra-a-pec-287/2016>>. Acesso: 26/09/2017.

SABATOVSKI, Emilio; FOUNTOURA, IARA, Legislação Previdenciária, juruá,2010.

SESSÃO: 029.3.55.O, CÂMARA DOS DEPUTADOS – DETAQ. Disponível em:

<<http://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=029.3.55.O&nuQuarto=146&nuOrador=1&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=18:50&sgFaseSessao=OD%20%20%20%20%20%20%20%20%20&Data=14/03/2017&txApelido=LUIZ%20S%C3%89RGIO&txEtapa=Com%20reda%C3%A7%C3%A3o%20final>>. Acesso: 01/08/2017.

SETTE, André, Direito Previdenciário Avançado, Mandamentos, 2007.

SILVEIRA E CAVILINI, Desemprego fica em 13,3% em maio e atinge 13,8 milhões. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-133-no-trimestre-encerrado-em-maio.ghtml>. Acesso 01/08/2017.

NOTA:

[1] Orientador: Professor Universitário. Advogado e Consultor Jurídico. Possui graduação em direito pela Unievangélica de Anápolis (2000) e

Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2012). Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Atualmente é Professor de Graduação e Pós-graduação da Faculdade Católica do Tocantins. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, Direito Eleitoral e Direito Previdenciário.

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, PRIVILÉGIO OU GARANTIA?

TIAGO COSTA MENEZES: Bacharelando do Curso de Direito pela Faculdade Católica do Tocantins (FACTO)

ANTÔNIO CÉSAR MELLO(Orientador)[\[1\]](#)

RESUMO: O instituto do foro por prerrogativa de função tem origem na Constituição Republicana em 1891 no seu art. 57, § 2º, que deu competência ao Senado para julgar os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade e, ao STF, para julgar os juízes federais inferiores (art. 57, § 2º) e o Presidente da República e os Ministros de estado nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 59, II). Desde então ele se fez presente em todas as demais Constituições, mesmo recebendo muitas críticas da sociedade civil organizada. Contudo, a Constituição de 1988 não trouxe nenhuma vedação ao Foro por Prerrogativa de Função, ao contrário, ampliou essa garantia a outras funções dos três poderes. A presente obra tem por objetivo a análise do instituto do foro por prerrogativa de função. Abordando a sua origem, conceito, natureza jurídica e evolução histórica no direito constitucional brasileiro. Neste, serão discutidas as questões polêmicas que cercam o referido instituto e os princípios constitucionais que regem a Constituição Federal. Ao longo do desenvolvimento será analisado o atual cenário político e a ligação com o dispositivo em questão. Por fim, será examinada a Proposta de Emenda a Constituição 10/2013 que modifica drasticamente o instituto do foro por prerrogativa.

Palavras-chave: Instituto; Foro; Prerrogativa; Função; Princípios.

ABSTRACT: The institute of the forum by prerogative of function has its origin in the Republican Constitution in 1891 in its art. 57, § 2, which gave the Senate the power to judge the members of the Federal Supreme Court in crimes of responsibility and, to the STF, to judge the lower federal judges (article 57, § 2) and the President of the Republic and the Ministers of state in common crimes and responsibility (article 59, II). Since then he has been present in all other Constitutions, even receiving many criticisms from

organized civil society. However, the Constitution of 1988 did not bring any prohibition to the Forum by Prerogative of Function, on the contrary, extended this guarantee to other functions of the three powers. The objective of this work is the analysis of the institute of the forum by function prerogative. Addressing its origin, concept, legal nature and historical evolution in Brazilian constitutional law. In this, the controversial issues surrounding the institution and the constitutional principles that govern the Federal Constitution will be discussed. Throughout the development will be analyzed the current political scenario and the connection with the device in question. Finally, it will examine the Proposed Amendment of the Constitution 10/2013 that drastically modifies the institute of the forum by prerogative.

Keywords: Institute; Forum; Prerrogativa; Function; Principles.

SUMÁRIO: 1. Conceito e natureza jurídica; 2. Origem e evolução histórica; 3. O foro por prerrogativa de função diante dos princípios constitucionais; 3.1. Princípio da igualdade; 3.2. Princípio do juiz natural; 3.3. Princípio do duplo grau de jurisdição; 4. Atual cenário do foro por prerrogativa de função; 5. A incapacidade dos tribunais diante da prerrogativa de foro; 6. A pec 10/2013 e a necessidade de mudanças; 7. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

Um assunto que ganhou força nos últimos anos foi o Instituto do Foro por Prerrogativa da Função, popularmente conhecido como “Foro Privilegiado”. Instituto esse que foi criado com o intuito de garantir o julgamento de autoridades públicas por magistrados com o mesmo nível hierárquico ou superior ao réu que está sendo julgado. Dessa forma, evitando que essas pessoas estejam sujeitas a um julgamento parcial, já que, em tese um magistrado de instância inferior poderia estar sujeito a pressões políticas.

O objeto de pesquisa do presente trabalho está pautado na análise de dois entendimentos divergentes. Um que se posiciona contra a permanência de tal instituto em nosso ordenamento jurídico, pois entende

que ele viola princípios fundamentais previstos em nossa Constituição Federal. Outro posicionamento é o que vai de encontro aos ideais basilares da criação desse dispositivo e entendi que ele é fundamental para a segurança jurídica, porém, admite a necessidade de modificações para que ele produza o efeito desejado.

Posto isso, iremos ao final concluir se o Foro por Prerrogativa da Função é uma prerrogativa funcional destinada a resguardar o regular exercício do cargo público ou um privilégio assegurado a determinadas autoridades públicas, de apenas serem submetidas a julgamento em instâncias de grau superior, ao contrário do cidadão comum, sujeito a julgamento pelo Poder Judiciário comum, ou seja, perante magistrados de primeira instância.

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O Instituto do Foro por Prerrogativa de Função, se dá através da competência em razão da pessoa (*ratione personae*), estabelecida pela própria Constituição Federal de 1988. A competência em razão da pessoa, “consiste no poder que se concede a Órgãos Superiores da Jurisdição de processarem e julgarem determinadas pessoas”. (TOURINHO FILHO, 2003, p. 129)

Segundo Frederico Marques, aludida competência originária dos Tribunais constitui uma garantia:

No Processo Penal, o que se ensina é que, em lugar de privilégio, o que se contém nessa competência *ratione personae* constitui, sobretudo, uma garantia. Os dispositivos que a estabelecem, como dizia o Professor Beleza dos Santos, nas lições proferidas em Coimbra em 1919, longe de representarem um favor, muito ao contrário exprimem um dever de justiça. É o que também ensina Alcallá-Zamora, para que não se cuida na espécie de um privilégio odioso, e sim de elementar precaução para amparar a

um só tempo o acusado e a justiça e ainda para evitar por esse meio à subversão resultante de que inferiores julgassem seus superiores. (*apud* DELGADO, 2004, p. 10).

Fundada em uma espécie de competência originária que determinados órgãos de jurisdição superior possuem para conhecer, processar e julgar determinados cargos e funções públicas, esse instituto sobrepõe-se às demais espécies de competência previstas no ordenamento jurídico brasileiro em razão de sua especialidade.

Deste modo, é a importância do cargo público que está resguardada pela prerrogativa de foro e não o sujeito que a desempenha.

A prerrogativa de foro está ligada a função desempenhada, tanto que, ao cessar o desempenho desta, seja por aposentadoria, por término do mandato ou por exoneração, finda também os efeitos do mecanismo. E assim o indivíduo que ocupava o cargo que gozava desse dispositivo passa a ser julgado pelo juiz de primeira instância.

O legislador constituinte atribuiu essa garantia alguns cargos e funções públicas, com o objetivo de dar a eles em um possível julgamento, uma maior segurança nascida do fato de que passam a ser julgados por um órgão colegiado, o qual os magistrados que o compõem são mais experientes, já que em tese os juízes de primeira instância estariam mais pretensos a pressões políticas. Eugênio Pacelli de Oliveira ao comentar as regras que dispõem sobre Foro por Prerrogativa afirmou:

Tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar foros privativos para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais. (OLIVEIRA,

Eugênio Pacelli, de **Curso de Processo Penal**, 2015, p. 179).

O Foro por Prerrogativa de Função tem o caráter imperativo, devido a essa natureza jurídica ele não pode ser renunciado por aquele que goza dos seus efeitos, muitos menos, pode ser preterido por anseio de outros.

2. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Segundo os historiadores o foro por prerrogativa de função tem origem no Antigo Egito, onde se existia um tribunal composto por setenta juízes que eram responsáveis pelo julgamento de senadores, profetas, chefes militares, cidades e tribos rebeldes. Esse tribunal ficou conhecido como Sinédrio.

Depois disso, as notícias sobre esse dispositivo remontam a última fase do Império Romano no século V, no qual, sob a forte influência da igreja católica, senadores eram julgados por seus pares e os eclesiásticos pelas jurisdições superiores. José Augusto Delgado leciona que:

“a Igreja Católica influenciou (...) as regras do processo criminal, incentivando o foro privilegiado para determinadas pessoas, no século V, no fim do Império Romano. Defendeu e fez prevalecer à ideia de que os ilícitos criminais praticados por senadores fossem julgados pelos seus iguais. Os da autoria dos eclesiásticos processados e julgados, igualmente, por sacerdotes que se encontrassem e maior grau hierárquico. Os reis, a partir do século XII, começaram a lutar para que a influência da Igreja Católica fosse afastada nos julgamentos de pessoas que exerciam altas funções públicas. (...) [A] legislação processual daquela era passou a adotar foros privilegiados ‘não sobre natureza

dos fatos, mas sobre a qualidade das pessoas acusadas, estabelecidos em favor dos nobres, dos juízes, dos oficiais judiciais, abades e priores etc., fidalgos e pessoas poderosas, casos esses que se confundiam muitas vezes com os casos reais. (...) Durante o século XII ao XV, em Portugal, enquanto vigorou as Ordenações Filipinas, 'os fidalgos, os desembargadores, cavaleiros, doutores, escrivães da Real Câmara, e suas mulheres, ainda que viúvas, desde que se conservando em honesta viuvez, deputados da Real Junta do Comércio e da Companhia Geral da Agricultura das vinhas do Alto Doiro' (...) tinham o privilégio do relaxamento da prisão quando pronunciados, embora a lei determinasse que deveria se proceder a captura dos réus em tal situação, tudo em razão da qualidade pessoal que possuíam, ficando, apenas, à disposição do Juízo, sob promessa de cumprir as suas ordens".7. 7 DELGADO, José Augusto. "Foro por prerrogativa de função. Conceito. Evolução histórica. Direito comparado. Súmula 349 do STF. Cancelamento. Enunciados". In Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 329-30.

Dessa forma, percebe-se que as Ordenações asseguravam aos nobres privilégios, pois impediam que estes fossem sujeitados ao tormento (um tipo de interrogatório onde se empregava o método da tortura até que o réu confessasse a verdade ou aquilo que eles queriam ouvir).

Com a proclamação da primeira Constituição Política do Império do Brasil, em 25 de março de 1824 chegou ao fim as Ordenações do Reino, com isso estava extinto o foro privilegiado e surgia o Foro por Prerrogativa

de Função, mais próximo dos moldes que conhecemos hoje. O art. 179, inciso XVII da Constituição do Império é expresso ao banir os privilégios pessoais.

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, são garantidos pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

17.º À exceção das causas, que por sua natureza pertencem a Juizes particulares, na conformidade das Leis, não haverá fóro privilegiado, nem Comissões especiais nas causas cíveis ou crimes. (ALMEIDA, 1959, p.158)

Com isso, pois se fim ao julgamento de indivíduos levando em consideração as suas características pessoais.

A Constituição do Império criou o Tribunal de Justiça (art. 163) e previa a prerrogativa de foro em seu art. 164, ao dizer que: “A êste (sic) tribunal compete: §2º Conhecer dos delitos e erros de ofício que cometerem os seus ministros, os das Relações, os empregados do Corpo Diplomático e os Presidentes das Províncias” (ALMEIDA, 1959, p.157).

Esta Carta Magna, em seu art. 47, concedia foro por prerrogativa aos membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, Senadores e Deputados, estes durante o mandato, bem como, aos Secretários e Conselheiros de Estado para os crimes de responsabilidade. Essas pessoas, em razão do relacionamento que tinham com o Estado, eram julgadas pelo Senado, conforme o artigo mencionado da referida Constituição.

A Constituição de 1824 determinou, ainda, privilégio absoluto à pessoa do Imperador; este não estava sujeito a nenhum tipo de responsabilidade. (art. 99).

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição Republicana, previa que competia ao Senado julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e ao Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, cabendo, nos dois casos, à Câmara dos Deputados a acusação (art. 53 c/c 29 e 59, I, a).

A Constituição de 1934 não mais deu competência ao Senado para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. Em tal caso, o julgamento seria feito por um Tribunal Especial, constituído para esse fim (art. 58). Ela determinou, ainda, que a Corte Suprema, nome dado ao hoje Supremo Tribunal Federal, seria a competente para processar e julgar, pela prática dos crimes comuns: Presidente da República, Ministros da Corte Suprema, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, Juizes dos Tribunais Federais e das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, Ministros do Tribunal de Contas, Embaixadores e Ministros diplomáticos.

A Carta de 10 de novembro de 1937 foi inovadora. Deu competência originária a um denominado Conselho Federal, órgão composto por representantes dos Estados e por dez membros nomeados pelo Presidente da República (art. 50), para processar e julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade (art. 86).

A partir da Constituição Federal de 1946, em face do processo de democratização, foram configuradas várias situações de foro por prerrogativa, as quais permanecem hoje definidas, expressamente, na Constituição Federal de 1988.

O foro por prerrogativa de função deu origem à Súmula nº 394 do STF, que o alongava ao ex-agente público, para os casos de fatos ilícitos penais tentados ou consumados durante o exercício do mandato, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após a cessação daquele exercício. A referida Súmula resultou de interpretação dada pela jurisprudência aos artigos 59, I, 62, 88, 92, 100, 101, a, b e c, 104, II, 108, 119, VII, 124, IX e XII, da CF de 1946, e, ainda, das Leis nº 1.079/50 e nº 3.258/59.

Em 1967, foi outorgada uma nova Constituição que foi renovada pela Emenda Constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969, criando a Constituição da República Federativa do Brasil. Uma das inovações trazidas por essa Carta, foi em relação ao rito do processo e julgamento nos casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que passou a ser fundado em seu regimento interno, e outra advindo da aprovação da Emenda Constitucional nº. 7, de 13 de abril de 1977, que distribuiu a competência penal originária ao Tribunal Federal de Recursos, passando este a ser competente para processar e julgar os juízes federais, do trabalho e os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e os do Ministério Público da União nos crimes comuns e de responsabilidade.

Com o fim do Regime Militar, deu-se a promulgação da Constituição Federal de 1988. Que tem como características marcantes a democracia e o caráter garantista. A CF de 1988 delimitou o Poder Judiciário. Instituiu o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, os quais substituíram o Tribunal Federal de Recursos e deu ao Supremo Tribunal Federal o título de guardião supremo.

A CF 1988 trouxe todas as possibilidades e os tribunais que gozam de competência originária para, julgar as autoridades públicas que possuem a prerrogativa de foro dada função que exercem. A mesma manteve a jurisdição extraordinária dos órgãos políticos, atribuindo ao Senado Federal à competência originária de processar e julgar o Presidente, o Vice-Presidente da República pelos crimes comuns e de responsabilidades e os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas nos crimes de mesma natureza conexos com aqueles. Também previu a competência originária para o julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União.

Atribui ao Senado Federal a competência para julgar os membros do Congresso Nacional pela prática de crimes de responsabilidade.

3. O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DIANTE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para que a lei surta o efeito desejado para o qual ela foi criada, é de fundamental importância que esteja em consonância com os valores mais pertinentes que norteiam as regras de convivência da sociedade a qual ela foi destinada. Isso se faz necessário porque nem sempre o interesse do legislador coincide com os anseios da sociedade, muitas vezes contaminado pela corrupção ou por desejos que beneficiam apenas uma pequena parte privilegiada da população.

Dessa forma, os princípios buscam a garantia dos anseios sociais, orientando e ponderando o trabalho do legislador.

Um ordenamento jurídico que não esteja pautado nos princípios basilares de sua nação está condenado ao fracasso. De fato, os princípios são fundamentos nucleares que, por sua superioridade, influenciam em todo o sistema jurídico, difundindo seu conteúdo sobre as demais normas. Ao comentar sobre a importância dos princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 2002, p. 807-808).

A existência dos princípios garante a solução de casos difíceis, ao qual o direito positivado, em determinadas circunstâncias não conseguiu suprir os vazios jurídicos não abrangidos pela letra da lei. Desta forma, os princípios proporcionam variadas soluções que a exercício do direito exige para os casos mais complexos.

3.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Para a criação e a manutenção de um Estado Democrático de Direito, se faz necessário e indispensável, a aplicação do princípio da igualdade.

Esse é um dos princípios basilares para a criação de um ordenamento jurídico harmonioso, onde as leis possam ser aplicadas indistintamente a todos. O legislador constituinte estabeleceu na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, o preceito de que “todos são iguais perante a lei”.

Conforme esse princípio, todas as pessoas são iguais perante a lei em direitos e deveres, sendo inadmissível qualquer discriminação em razão de sexo, raça, crença religiosas e política. No entanto, a regra preceituada, não quer dizer que o legislador ao criá-la, quis que todos fossem tratados igualmente de forma indeterminada.

Para uma conclusão acerca desse princípio, se faz necessário uma análise sob dois aspectos. Dessa forma, encontraremos ao fundo o real sentimento que o legislador constituinte quis nos passar ao promulgar tal fundamento.

Em seu sentido formal, todos devem ser tratados de forma isonômica diante da lei, não havendo espaço para distinções entre os cidadãos. Isso fica evidente na redação do caput do art. 5º da Constituição Federal. Deste modo, sob seu aspecto formal, o princípio da igualdade procura evitar que o legislador, ao produzir alguma lei, promova desigualdades entre os cidadãos.

Porém, para extrairmos tudo o que se faz necessário para a aplicação correta desse princípio, se faz necessário à análise sob seu aspecto material, ou seja, buscar uma verdadeira efetivação da igualdade, afastando-a do seu caráter formal e conduzindo-a para um julgamento diante do caso concreto.

Ao publicar a redação que trata do princípio da igualdade na Constituição Federal, o legislador cuidou para que todas as normas que fossem criadas posteriormente, também obedecessem ao preceito que procura a constante efetivação dos direitos e garantias dos indivíduos, o que nada mais é do que a busca por sanar as desigualdades. Segundo Alexandre de Moraes,

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (MORAES, Alexandre de, 2006, p. 32).

Na busca para desenvolver critérios com o objetivo de facilitar o reconhecimento de possíveis violações ao princípio da igualdade, diversos doutrinadores criaram alguns conceitos que auxiliam nesse trabalho. Um deles, Alexandre de Moraes (2005, p. 32), sobre o assunto, ensina reconhecer a desigualdade pautando-se nas noções de razoabilidade e de proporcionalidade, sustentando que sua transgressão ocorre quando o tratamento desigual escapa a um critério objetivamente justificável. Em suas palavras:

Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e

garantias constitucionalmente protegidos.
(MORAES, Alexandre de, 2005, p. 32).

Posto isso, para uma aplicação efetiva do referido princípio, não basta apenas tratar de igual maneira a todos, levando em consideração apenas a norma positivada. Faz-se necessária uma análise diante do aspecto fático. Pois, apesar de criada para regulamentar as relações de seres de uma mesma espécie, os homens não são iguais. Dessa forma, se o sistema jurídico desse tratamento igualitário a pessoas distintas, por inúmeros fatores como, educação, condições financeiras, sociais, dentre outras. Nada mais estaria a fazer, do que apenas promover maiores desigualdades. Como é sabido, Aristóteles já dizia que a igualdade entre os homens somente poderia ser alcançada pelo tratamento igual para os iguais e pelo tratamento desigual para os desiguais, na medida de suas desigualdades. No mesmo sentido, destaca Alexandre de Moraes:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça [...] (MORAES, Alexandre de, 2006, p. 30).

Diante de tais ensinamentos, fica evidente que o Instituto do Foro por Prerrogativa de Função não viola o princípio da igualdade. Pois, os cargos e funções que gozam de tal garantia que é atribuída pela própria Constituição Federal, são de extrema relevância para a organização do Estado Democrático de Direito. Desse modo, é impossível dar aos indivíduos que ocupam esses cargos, o mesmo tratamento dado a um cidadão comum.

Outro ponto que comprova isso é o fato de apenas o cargo ou função está revestido de tal prerrogativa. De modo que, ao cessar ou extinguir-se o cargo ou função, finda também os efeitos desse dispositivo e a remessa da ação é enviada para o juízo de primeiro grau. Neste sentido temos a

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que culminou no cancelamento da Súmula 394.

PRERROGATIVA DE FORO - EXCEPCIONALIDADE - MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - INAPLICABILIDADE A EXOCUPANTES DE CARGOS PÚBLICOS E A EX-TITULARES DE MANDATOS ELETIVOS - CANCELAMENTO DA SÚMULA 394/STF - NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA "PERPETUATIO JURISDICTIONIS" - POSTULADO REPUBLICANO E JUIZ NATURAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O postulado republicano – que repele privilégios e não tolera discriminações - impede que prevaleça a prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, mesmo que a prática delituosa tenha ocorrido durante o período de atividade funcional, se sobrevier a cessação da investidura do indiciado, denunciado ou réu no cargo, função ou mandato cuja titularidade (desde que subsistente) qualifica-se como o único fator de legitimação constitucional apto a fazer instaurar a competência penal originária da Suprema Corte (CF, art. 102, I, "b" e "c"). Cancelamento da Súmula 394/STF (RTJ 179/912-913). - Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. O reconhecimento da prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nos ilícitos penais comuns, em favor de exocupantes de cargos públicos ou de ex-titulares de mandatos eletivos transgredir valor fundamental à própria configuração da ideia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade. - A

prerrogativa de foro é outorgada, constitucionalmente, "ratione muneris", a significar, portanto, que é deferida em razão de cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado, sob pena de tal prerrogativa - descaracterizando-se em sua essência mesma - degradar-se à condição de inaceitável privilégio de caráter pessoal. Precedentes. Inq 1376 AgR / MG - MINAS GERAIS. AG.REG.NO INQUÉRITO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 15/02/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 16-03-2007 PP-00021 EMENT VOL-02268- 01 PP-00110

Deste modo, percebe que o judiciário ao encontrar evidências de que o sentido do instituto está sendo desvirtuado, ele se manifesta para que não acabe a se transformar num "Foro Privilegiado". Portanto, nota-se que não há ofensa ao princípio da igualdade, pois, o tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais visa uma maior igualdade a todos os cidadãos.

3.2. PRINCÍPIO DO JUÍZ NATURAL

O Princípio do Juiz Natural previsto de forma implícita na Constituição Federal de 1988 consiste na necessidade de o ordenamento jurídico assegurar, anteriormente ao caso concreto, qual será o órgão judiciário competente para julgar o autor de um crime.

Segundo Nelson Nery Júnior (2009, p. 126), "o princípio do juiz natural tem uma característica tridimensional, sendo: a) não haverá juízo ou tribunal de exceção; b) todos terão direito a ser submetido a julgamento por juízes previamente constituídos na forma da lei e c) o juízo tem que ser imparcial".

Portanto, para que um órgão jurisdicional esteja de acordo com o princípio do juiz natural, é necessário que ele seja previsto anteriormente ao acontecimento do fato, de forma genérica e abstrata, definindo qual autoridade judiciária irá julgar determinados fatos. O referido princípio tem como objetivo evitar a criação de foros privilegiados, com julgamentos parciais.

É importante ressaltar que não se podem confundir Tribunais de exceção com Justiças especiais e foro por prerrogativa da função. As Justiças especiais, como a Justiça Eleitoral, são previamente previstas na Constituição Federal, de forma genérica e abstrata, instituídas para o processamento e julgamento de matérias específicas.

Com isso, não há que se falar em ofensa ao princípio do juiz natural, pois as Justiças especializadas não constituem tribunais de exceção, por serem antecipadamente asseguradas antes da ocorrência do fato. Neste sentido:

Assim como o poder do Estado é um só (as atividades legislativa, executiva e judiciária são formas e parcelas do exercício desse poder), a jurisdição também é. E para a facilitação do exercício dessa parcela de poder é que existem as denominadas justiças especializadas. Portanto, a proibição da existência de tribunais de exceção, *ad hoc*, não abrange as justiças especializadas. (NERY JÚNIOR, Nelson, 2009, p. 127).

Da mesma forma, a prerrogativa de foro em razão da função e a garantia do juiz natural coexistem harmonicamente. A prerrogativa de foro em razão da função, assim como as demais espécies de competência, está prevista na Constituição Federal e em alguns diplomas legais infraconstitucionais de forma prévia, genérica e abstrata no ordenamento jurídico.

Portanto, permanecendo à prerrogativa de foro em consonância com a característica tridimensional do princípio do juiz natural, não há como cogitar sua afronta a esse princípio constitucional.

3.3. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do Duplo Grau de Jurisdição adotado pelo ordenamento jurídico pátrio tem natureza Constitucional, tanto de forma implícita no texto normativo, quanto de forma explícita no Tratado de São José da Costa Rica. Como é sabido, a Constituição da Federal assegura que, “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 as emendas constitucionais”, o que aconteceu.

Sua principal característica se dá pela reanálise do processo, ainda que esse reexame aconteça na mesma jurisdição que proferiu o ato ora questionado.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacificado de que, com a ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o duplo grau de jurisdição foi constituído expressamente no ordenamento jurídico brasileiro como norma infraconstitucional. Neste sentido, advém a decisão no HC nº 79785, relatada pelo então Ministro Sepúlveda Pertence:

Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o

desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta

eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força abrogante da Constituição mesma, quando não dinamizadoras do seu sistema, o que não é de admitir. III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a

Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais ad quo, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada. RHC 79785 / RJ. Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 29/03/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 22-11 2002 PP-00057. EMENT VOL-02092-02 PP-00280. RTJ VOL-00183-03 PP-01010Parte(s).

Desse modo, percebe-se que o nosso ordenamento jurídico recebeu e deu previsão expressa ao princípio do duplo grau de jurisdição, e que essa

garantia possui natureza infraconstitucional. Com isso, observa-se que a prerrogativa de foro em razão da função não afronta o duplo grau de jurisdição. Por ter como característica a infraconstitucionalidade, o referido princípio não está em desacordo com uma norma de natureza constitucional sob a pena de inconstitucionalidade.

Por fim, é importante salientar que há possibilidade dos ocupantes de cargos revestidos com a prerrogativa de foro em razão de função, interporem recursos das decisões que os julgam. Neste sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

Entretanto, não poderá haver limitação ao cabimento do recurso especial ou extraordinário, como era permitido no sistema revogado (CF/1969 119, §1º), porque a atual Constituição Federal não estipulou nenhuma restrição. Os requisitos estão no próprio texto constitucional e somente eles devem ser exigidos do recorrente para que sejam conhecidos os recursos extraordinário e especial. (NERY JÚNIOR, Nelson, 2009, p. 280/281).

Com isso, é possível concluir que não é admissível para aqueles que gozam dos efeitos de tal prerrogativa, interporem recursos ordinários que tem por objetivo a revisão do mérito do processo. Nada obstante, é inteiramente possível o oferecimento de recursos que tenham por finalidade evitar ofensa à lei federal e à Constituição Federal, no caso em tela, o recurso especial e o extraordinário.

4. ATUAL CENÁRIO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

As hipóteses de foro por prerrogativa de função elencadas na Constituição Federal são distribuídas conforme o órgão jurisdicional competente, levando em consideração o princípio da simetria, ou seja, levando o indivíduo que o ocupa o cargo com referida prerrogativa a ser julgado por autoridades com nível hierárquico igual ou superior ao que ele ocupa.

A Constituição Federal de 1988 deu competência ao Senado Federal para julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade, que são às infrações político-administrativas cometidas no desempenho da função (art. 52, I e II). Ao STF cabe julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM), do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, “b” e “c”).

Ao Superior Tribunal de Justiça cabe julgar, nos crimes comuns, os Governadores de Estados e do Distrito Federal e, nestes e nos de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça, os membros de Tribunais de Contas dos Estados, TRFs, TRTs, TREs, Conselhos e Tribunais de Contas dos Municípios e agentes do Ministério Público que atuem nos Tribunais (art. 105, I, “a”). Aos Tribunais Regionais Federais atribui-se o julgamento, nos crimes comuns e de responsabilidade, dos Juízes Federais, Juízes do Trabalho, Juízes Militares e Procuradores da República, da área de sua jurisdição (art. 108, I, “a”).

Ao Tribunal Superior Eleitoral cabe julgar os Juízes dos Tribunais Regionais Eleitorais e, a estes, julgar os Juízes Eleitorais, nos crimes de responsabilidade. Finalmente, aos Tribunais de Justiça cabe o julgamento dos Prefeitos (CF, art. 29, VIII) dos Juízes de Direito e Promotores de Justiça, Secretários de Estado e outras autoridades conforme previsão nas Constituições Estaduais.

Em todos esses casos é importante salientar que os crimes comuns alcançam desde os crimes dolosos contra a vida, até mesmo as contravenções penais, desde que a prerrogativa de função não esteja prevista em Constituição Estadual, em lei processual ou em normas de organização judiciária. Nesses casos, deverá prevalecer a norma constitucional. Nas outras hipóteses o Tribunal do Júri tem a competência jurisdicional para julgar.

No entanto, quando se trata de crimes eleitorais a jurisprudência pacificada do STJ, entende que à competência recaí sobre Justiça

Eleitoral. O Tribunal Superior Eleitoral é o órgão jurisdicional competente para conhecer, processar e julgar o delito.

Destarte, é importante ressaltar que os crimes cometidos por aqueles que gozam da prerrogativa de função sempre serão julgados pelo tribunal competente, não levando em consideração o local onde o delito foi cometido.

É importante salientar que em caso de concurso de pessoas, a prerrogativa de foro também alcançara os indivíduos que não aproveitam dos efeitos do referido dispositivo, haja vista os arts. 77, I, e 78, III, do CPP. No entanto, conforme a jurisprudência, se a acusação em face da autoridade que frui dos efeitos desse instituto for renunciada, os demais envolvidos que não são apreciados originalmente, serão processados e julgados pela justiça comum.

O artigo 85 do Código de Processo Penal garante o foro especial por prerrogativa de função a pessoas que originariamente dele não poderiam usufruir. Isso acontece numa possível ação movida contra autoridade que desfruta da prerrogativa de foro, porém, numa situação oposta o processo corre na justiça comum. Isso ocorre para os casos de calúnia, pois na injúria não se admite a exceção de verdade e na difamação, ainda que admitida, não há imputação de fato definido como crime, mas apenas de fato ofensivo à reputação.

Como já foi dito, a competência por prerrogativa de função tem a finalidade de garantir o cargo ou função que a autoridade ocupe ou exerça, dessa forma os delitos praticados após o cessar do exercício da função ou cargo, serão julgados pela justiça comum, conforme a Súmula 451 do STF.

5. A INCAPACIDADE DOS TRIBUNAIS DIANTE DA PRERROGATIVA DE FORO

Com o desenrolar da maior operação de combate à corrupção na história do Brasil, a Operação Lava Jato, criada para investigar os esquemas de desvio de dinheiro e o pagamento de propinas em contratos na Petrobras. Vieram à tona informações que mostram o quanto o Instituto do Foro por Prerrogativa de Função teve a sua finalidade desvirtuada, transformando-se num verdadeiro “foro privilegiado”.

Segundo levantamento da Consultoria Legislativa do Senado, existem hoje cerca de 55 mil autoridades no Brasil que possuem foro especial por prerrogativa de função. Sendo aproximadamente 38,5 mil casos na esfera federal e 16,5 mil na esfera estadual. Não há no mundo nenhum outro país que prevê tantas hipóteses de foro por prerrogativa de função igual ao Brasil.

Deltan Dallagnol, procurador chefe da Operação Lavajato, afirma ainda que “Enquanto a Suprema Corte Americana julga aproximadamente 100 processos por ano, nossa Suprema Corte brasileira julga 100 mil processos por ano. O que mostra que não existem condições operacionais para que isso seja processado em uma Corte tão especial. O Supremo Tribunal Federal deveria ser reservado para assuntos mais restritos”.

Com o surgimento das delações premiadas feitas por executivos de empreiteiras e ex-diretores da Petrobrás no desenvolvimento das investigações da Lava Jato, os debates a respeito do foro por prerrogativa ganharam força.

O juiz federal Sérgio Moro, titular das ações em primeira instância da Operação Lava Jato em Curitiba, expressou à posição de grande parte do Poder Judiciário, antagônica ao instituto. Segundo Sérgio Moro, “na avaliação da magistratura federal, o foro privilegiado é instrumento de impunidade. É um resquício aristocrático e acaba tornando o sistema penal ineficiente. (...) Os juízes federais, por meio da Ajufe, são absolutamente contra qualquer tentativa de ampliação do foro privilegiado. Se houvesse algum movimento no sentido de modificar o foro privilegiado, deveria ser no sentido ou de eliminá-lo ou de extingui-lo, mas jamais de ampliá-lo”.

Em 30 de janeiro, a ministra Cármen Lúcia, a presidente do STF, homologou os 950 depoimentos, de 77 delatores, da maior empreiteira do Brasil, a Odebrecht. Delações quem podem embasar a denúncia de um grande número de autoridades que gozam de prerrogativa de foro, que tem o Supremo Tribunal Federal como o órgão jurisdicional competente para julgá-los. Uma corte que foi criada para julgar recursos e a constitucionalidade das normas, não tem capacidade para suportar o grande número de processos, ficando assim, comprometido o julgamento

dos envolvidos. Sob o risco da prescrição dos crimes cometidos pelos indiciados.

É consensual entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que da forma que está à prerrogativa de foro se transformou num foro privilegiado, perdendo totalmente a essência do fim para qual foi criado. Os ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia defendem a limitação do foro, pois entendem que refugia pessoas demais, muitas interessadas em tirar proveito da morosidade que os processos correm e assim praticarem crimes.

O ministro Alexandre de Moraes, na sabatina do Senado que avaliou sua indicação ao Supremo Tribunal Federal, também reiterou a necessidade de mudanças, segundo ele o país é “extremamente generoso com o foro privilegiado”. Já os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio Mello são críticos ferrenhos a esse mecanismo, defendem que é necessário extinguir tal dispositivo do ordenamento jurídico brasileiro no que tange a matéria criminal. “Não se julga o cargo, julga-se o ocupante do cargo que cometeu o desvio de conduta”, diz Marco Aurélio. “Todos são iguais perante a lei”, diz Celso de Mello. “Não há razão para tratamento diferenciado.”

Posto isso, diante da demanda de processos fica evidente a falta de estrutura dos órgãos jurisdicionais competentes para processar e julgar feitos de natureza penal. Por estarem distantes da localidade onde o crime foi cometido os tribunais, tem pouca agilidade, o que implica na morosidade das decisões, dessa forma, atrasando os atos da instrução criminal.

Ciente dessa lentidão, as partes envolvidas impetram diversos recursos com o intuito de protelar ainda mais o processo, delongando as decisões sobre ato. De 2001 até julho de 2016, segundo estudo técnico da Câmara dos Deputados, o Supremo Tribunal Federal recebeu cerca de 560 casos. Em 2003, o Tribunal levava em média 277 dias para julgar ações penais contra autoridades detentoras de foro privilegiado. Em 2016, esse prazo ultrapassa 1.200 dias, num aumento de 346%. Esse quadro é ainda

mais agravado quando se tem em conta que o número de novas ações que chegaram à Corte aumentou em 132%.

Em 2014, o STF, com intuito de dar celeridade aos processos, definiu que essas pessoas poderiam ter seus processos apreciados pelas Turmas. Tal decisão foi inútil, o prazo aumentou de 1.396 dias, em 2014, para 1.536, em 2015. Em 2016, o STF findou o primeiro semestre com 59 inquéritos, 11 denúncias e 38 denunciados apenas em relação à Operação Lava-Jato, havendo já 134 pessoas investigadas com foro no Tribunal. Quase como regra, o prazo médio para recebimento de uma denúncia no STF é de 617 dias, enquanto em um juízo de primeiro grau a média é de uma semana.

O que acabou por violar o princípio da razoável duração do processo, consagrado pelo art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal. Essa demora em muitos casos gera impunidade aos acusados, e graves prejuízos aos cofres públicos, pois seus crimes acabam prescrevendo.

6. A PEC 10/2013 E A NECESSIDADE DE MUDANÇAS

Ao longo dos últimos anos, várias foram as propostas de emendas a Constituição (PECs). Contudo, nenhuma delas esteve tão próxima de ser aprovada como a PEC 10/2013, de autoria do senador Álvaro Dias (PV-PR) e relatoria do senador Randolfe Rodrigues (Rede-AP).

Por se tratar de uma emenda a constituição é necessária a sua aprovação em dois turnos do senado e da câmara dos deputados. No Pleno do Senado Federal a proposta já foi aprovada em dois turnos, agora é necessária a aprovação em dois turnos de votação pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

A PEC 10/2013 tem por objetivo a modificação do instituto do foro por prerrogativa de função, conhecido popularmente como foro privilegiado. Desta forma, caso seja aprovada, a emenda extinguiria a prerrogativa de foro em caso de crimes comuns para diversas autoridades, dentre elas, deputados, senadores, ministros de estados, governadores, ministros de tribunais superiores, desembargadores, embaixadores, comandantes militares, integrantes de tribunais regionais federais, juízes federais,

membros do Ministério Público, procurador-geral da República e membros dos conselhos de Justiça e do Ministério Público.

Depois de aprovada em dois turnos na câmara dos deputados, e em seguida sancionada pelo presidente. As autoridades e agentes públicos agraciados pela prerrogativa de foro passaram a ter seus processos iniciados na primeira instância da justiça comum. Resguardada a prerrogativa para os crimes cometidos no decorrer do exercício do cargo ou função pública, os chamados crimes de responsabilidade, como os contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; a segurança interna do país; a probidade na administração; a lei orçamentária; e o cumprimento das leis e das decisões judiciais, entre outros.

“Art. 102 [...]

c) nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no inciso I do art. 52, os membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

“Art. 105 [...]

a) nos crimes de responsabilidade, os membros dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, bem como os membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

A PEC manteve a prerrogativa de foro para os chefes dos três poderes e o vice-presidente da República. Na sua redação original a PEC não previa a manutenção do foro para essas autoridades. Contudo, através de uma emenda proposta pelo senador Ricardo Ferraço (PSDB-ES), preservouse o foro privilegiado para os presidentes da República, do Senado, da Câmara e do STF nos exercícios dos mandatos.

“Art. 102.

I – [...]

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o VicePresidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

No decorrer da sua tramitação no senado a PEC passou por algumas alterações, a mais importante foi a retirada do texto inicial, do trecho que versava sobre a prisão de parlamentares após condenação em segunda instância. A PEC também manteve a prerrogativa que cabe ao Congresso Nacional decidir sobre o relaxamento de prisão de senador ou deputado preso nos casos de flagrante por crime inafiançável. O texto aprovado manteve o parágrafo 2º do artigo 53 da Constituição Federal, que prevê que parlamentares não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Em casos como esses, os autos devem ser remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa Legislativa respectiva, para que, pelo voto da maioria dos integrantes, resolva sobre a prisão.

A PEC vedou expressamente ao incluir no art. 5º da Constituição a proibição de que seja instituído qualquer outro foro por prerrogativa de função no futuro.

“Art. 5º

LIII-A – é vedada a instituição de foro especial por prerrogativa de função;

A quem diga que, o fato de levar políticos do alto escalão a serem julgados na justiça comum de seus estados, não trará a solução para o problema da impunidade que foi gerada ao longo dos anos devido à desvirtualização do referido dispositivo. Pois, segundo a corrente que pensa dessa forma, devido a influência desses políticos nas primeiras instâncias de seus estados, os processos que os envolvam poderiam levar mais tempo ainda para serem julgados, além de estarem expostos a fortes pressões políticas regionais.

No entanto, para aqueles que defendem a PEC os tribunais superiores estão sucateados, devido ao grande numero de processos, o que acaba por muitas

vezes terminando na prescrição dos crimes, pois, os tribunais superiores não tem estrutura para julgar crimes comuns.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Criado com o intuito de resguardar o exercício de determinadas funções ou cargos que, na Constituição vigente, a de 1988, foi instituído o Instituto do Foro por Prerrogativa de Função. Com esse dispositivo, visava-se resguardar isenção a julgamentos e evitar instabilidades no País. Porém, o atual cenário do nosso país é desolador, envolto a grandes esquemas de corrupção, o sistema político passa por uma profunda crise ética e moral. Em meio a esse panorama de desconfiança total da classe política, o papel desse dispositivo tem sido alvo de controvérsias, sob o argumento de que teria efeito contrário ao motivar a impunidade.

A maior crítica recebida pelo Instituto do Foro por Prerrogativa de Função, é que esse, na verdade, constitui um privilégio conhecido popularmente como “Foro Privilegiado”, pois, tem como interesse a proteção da classe política, que dessa forma, estão sujeitos há um julgamento por uma espécie de tribunal de exceção, já que esse dispositivo é conhecido pela morosidade em que os seus processos tramitam e também pelo alto índice de absolvição. Levando a crer que a lei não é aplicada da mesma maneira aos que gozam da referida prerrogativa. Desta forma, violando princípios fundamentais da nossa Constituição Federal, como o princípio da igualdade.

Com tamanha impunidade, o foro privilegiado contribui para o crescimento da corrupção. O que tem prejudicado em muito o desenvolvimento do nosso país. Pois, ao analisarmos os casos que envolvam autoridades que gozam desse privilégio, a grande maioria saiu ilesa, livre de qualquer acusação, em muitos casos nem chegaram a ser julgadas, pois seus crimes prescreveram.

Por outra senda, há cargos ou funções públicas que representam grande importância para o sistema político e administrativo do nosso país, dessa forma, num possível julgamento em que as pessoas que ocupam esses postos sejam submetidas à justiça comum, poderiam existir fatores

externos ligados à inexperiência do magistrado que os julga, ou pressões políticas causadas por subversões que tem por objetivo prejudicar a imagem da autoridade em tese, o que causaria um dano não só a imagem da pessoa, mas também acarretaria prejuízos à imagem do país, por exemplo, o cargo de Presidente, de Ministro e de Governador na esfera estadual.

Por todo exposto, faz-se necessário uma análise profunda do referido instituto, a fim de encontrar eventuais irregularidades que estão a causar tamanha revolta da opinião pública. É chegada a hora de uma mudança, na busca de uma Constituição moderna, onde não haja espaço para privilégios individuais ou de determinadas classes, porém, respeitando o princípio da igualdade, passando pelo ideal pregado por Aristóteles “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Na conclusão da presente obra, entendemos que para a aplicação correta do instituto do foro por prerrogativa de função, passa pela aprovação da PEC 10/2013. Desta forma, estaremos a resgatar o sentido para qual esse dispositivo foi criado.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Julla. MACEDO, Fausto. BRANDT, Ricardo. 22 mil pessoas têm foro privilegiado no Brasil, aponta Lava Jato. **20 Maio 2015.** Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/22-mil-pessoas-tem-foro-privilegiado-no-brasil-aponta-lava-jato/>. Acesso em: 18 maio 2017.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freiras Bastos, 1959.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2002, pág. 807/808)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus – RHC 79785/DF-Distrito Federal. Relator. Ministro Sepúlveda Pertence. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 29 março 2000. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/780119/recurso-em-habeas-corporus-rhc-79785-rj>> Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental – AgR 1.376-4/DF-Distrito Federal. Relator. Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 15 fevereiro 2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409740> > Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Proposta de Emenda Constitucional nº 10, de 2013. Altera os arts. 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função nos casos de crimes comuns. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574> > Acesso em: 02 nov 2017.

DELGADO, José Augusto. “**Foro por prerrogativa de função. Conceito. Evolução histórica. Direito comparado. Súmula 349 do STF. Cancelamento. Enunciados**”. In **Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 329-10.

FREIRE DE CARVALHO, Gustavo Alves. **Foro por prerrogativa de função: aplicabilidade**. Artigo de pesquisa. Orientador: Gabriel Leal. Brasília, DF. 2013. Curso de Direito. F.

GÊNOVA, William Jaques. **Foro por prerrogativa da função**. Orientador: Carlos Ricardo Fracasso. Marília, SP: [s.n.]. 2009. Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2009.

GROBA, Paula. **Senado aprova o fim do foro privilegiado, que segue para a Câmara.** 31 maio 2017. Disponível: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/31/senado-aprova-o-fim-do-foro-privilegiado-que-segue-para-a-camara>. Acesso em: 02 nov 2017.

Manual para apresentação de trabalhos acadêmicos da Universidade Católica de Brasília/coordenação Maria Carmen Romcy de Carvalho... [et al.], Universidade Católica de Brasília, Sistema de Bibliotecas. – 7.ed.- Brasília : [s.n.], 2014. Disponível.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo.** 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 179.

TAVARES FILHO, Newton. **Foro Privilegiado: Pontos Positivos E Negativos.** Câmara dos Deputados. Estudo Técnico julho/2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2.

[1] Professor orientador da Faculdade Católica do Tocantins; Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (Canoas - RS - 1996), é especialista em Direito e Estado pela Universidade do Vale do Rio Doce (Governador Valadares - MG), é Mestre em Ciências do Ambiente pela Fundação Universidade Federal do Tocantins (Palmas - TO). É doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

O ARTIGO 48 DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E A TEORIA DA SOBERANIA E DO ESTADO DE EXCEÇÃO DE CARL SCHMITT

VINÍCIUS CUNHA MAGALHÃES: Advogado inscrito na OAB/MG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF/MG.

RESUMO: O presente trabalho objetiva expor a teoria da soberania e do estado de exceção formulada na década de 1920 pelo jurista alemão Carl Schmitt, com base no artigo 48 da Constituição de Weimar. Para cumprir este desiderato, o trabalho inicia com uma breve exposição da vida e obra de Schmitt, seguida de considerações históricas, políticas e jurídicas sobre o período em que os escritos se inserem.

Palavras-chave: Soberania. Estado de Exceção. Carl Schmitt. Constituição de Weimar.

ABSTRACT: This paper aims at explaining the theory of sovereignty and the state of exception formulated in the 1920's by the German jurist Carl Schmitt, who based it on article 48 of the Weimar Constitution. The paper starts with a brief exposition of Schmitt's life and work followed by historical, political and legal considerations about the period in which the writings were made.

Keywords: Sovereignty. State of exception. Carl Schmitt. Weimar Constitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Excurso preliminar sobre a vida e obra de Carl Schmitt 3. A crise constitucional da República de Weimar e o artigo 48 da Constituição do *Reich* 4. Soberania e estado de exceção em Carl Schmitt 4.1. A teoria da soberania e do estado de exceção como teoria jurídica 4.2. O soberano e o estado de exceção 4.4. Decisionismo schmittiano 4.5. Soberania e poder constituinte na teoria da constituição - ruptura ou continuidade? 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva expor e analisar a teoria da soberania e do estado de exceção formulada pelo jurista alemão Carl Schmitt, na primeira metade do século XX, a partir de uma exegese muito particular feita pelo autor do famigerado artigo 48 da Constituição alemã de 1919.

Quanto à estrutura, o artigo será dividido em três seções. Na primeira, será feito um breve excurso sobre a vida e o pensamento de Carl Schmitt, com um especial destaque para suas principais obras jurídicas. A segunda parte analisará o contexto em que o pensamento do autor se insere, com especial destaque para o cenário político-jurídico na República alemã de 1919 e para o texto do artigo 48 da Constituição então vigente. Por fim, a última seção se debruçará sobre a teoria da soberania e do estado de exceção propriamente dita.

Partindo da constatação de que é impossível a compreensão da obra de Carl Schmitt através de um enfoque estritamente jurídico ou dogmático, o trabalho se valerá de contribuições da história e da ciência política, na tentativa de reconstruir o contexto em que o pensamento do autor foi elaborado, expondo assim as conexões entre as teses jurídicas formuladas e as questões políticas e sociais da época.

No que tange à metodologia, o artigo empregará os raciocínios dedutivo, indutivo e dialético, reconstruindo e analisando o contexto histórico, jurídico e social da República de Weimar, em que os mais importantes textos de Carl Schmitt foram escritos, e extraindo, a partir do pensamento schmittiano, um conjunto de premissas articuladas que, em conjunto possam ,ser encaradas como uma teoria completa sobre a soberania e do estado de exceção.

2 EXCURSO PRELIMINAR SOBRE A VIDA E OBRA DE CARL SCHMITT^[1]

Carl Schmitt nasceu na cidade de Plettenberg, na Alemanha, em 11 de Julho de 1888, em uma família católica cuja orientação foi determinante para sua formação intelectual. Apesar da preferência familiar pelo catolicismo, Plattenberg tinha forte presença do protestantismo em sua composição populacional, uma exceção no então majoritariamente católico

estado da Renânia. Este contraste religioso possibilitou a emergência de um palco de disputas, inclusive violentas, entre adeptos das duas reigiões, algo bastante comum na Alemanha neste período.

Schmitt ingressou, em 1907, na Universidade de Berlim, onde foi aluno destacado pela sua erudição, e no ano seguinte transferiu-se para Munique e depois para Strasbourg, onde se graduou em Direito em 1910. Embora a carreira acadêmica de Schmitt tenha começado ainda no final do período imperial na Alemanha (1871-1918), seus mais influentes trabalhos como constitucionalista foram escritos sob a égide do período weimariano (1919-1933), primeiro na cidade de Bonn e depois na capital Berlim.

Antes do advento da República em 1919, as preocupações do primeiros textos de Schmitt dividem-se entre temas do direito interno (como a teoria da decisão judicial e os fundamentos do direito penal) e a filosofia do direito. Neste período, são célebres os textos *Gesetz und Urteil Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, de 1912, que trata da teoria da decisão judicial e já trás uma prévia do pensamento decisionista e *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, de 1914, que denota a preocupação e a centralidade com a problemática do Estado em relação aos direitos do indivíduo.

Entretanto, de maior significação doutrinária são as seis obras produzidas durante os anos 1920 e 1930^[2]: a *Teologia Política* de 1922, apresenta a concepção schmittiana sobre o estado de exceção e a soberania, e será o objeto das maiores considerações deste artigo; *A Crise da Democracia Parlamentar*, de 1923, é uma obra destinada a contrapor-se à legitimidade do governo parlamentar; *O Conceito do Político*, de 1928, a "chave para o entendimento da teoria constitucional de Schmitt"^[3], notável pela sua formulação da política como a distinção entre "amigo-inimigo".

A culminação da produção do autor neste período se dá em 1928 com a publicação da *Teoria da Constituição*, que consiste na aplicação sistemática do pensamento de Schmitt na exegese da Constituição de 1919 e, dentre vários feitos, vem a reformular de forma importante a teoria da soberania, como será tratado adiante; *Legalidade e Legitimidade*, de

1932, escrita já nos auspícios do golpe nazista, trata das causas da ruptura da democracia parlamentar na Alemanha; e, por fim em O Guardião da Constituição, de 1931, o autor trava sua célebre polêmica com Hans Kelsen sobre quem deve ser o responsável pelo controle de constitucionalidade, optando pela figura do Chefe do Executivo em detrimento de um Tribunal Constitucional.

Em 1932, Schmitt apoia o golpe de 20 de julho, desferido pelo Presidente Paul von Hindenburg contra o governo socialdemocrata da Prússia (Preußenschlag), e representa como Advogado o governo do Reich do chanceler von Papen no processo judicial subsequente, formulado na Corte Estadual de Leipzig, tendo como adversário o célebre jurista Herman Heller, escalado para a defesa dos interesses da Prússia.

Com base no artigo 48 da Constituição de Weimar, o Presidente do Reich von Hindenburg promulgou um decreto autorizando o governo do Chanceler von Papen a intervir na Prússia sob o pretexto de que a colisão entre comunistas e nazistas naquela região estaria gerando uma crescente instabilidade política na Alemanha. O episódio foi um importante capítulo na longa série de crises da República de Weimar e é considerado como um dos principais antecedentes da tomada do poder pelos nazistas.

Com a instalação da ditadura do partido nacional-socialista em 1933, inicia-se o período mais controvertido da carreira do publicista alemão, e que explica a cautela e as reservas que inúmeros juristas têm, até os dias atuais, no engajamento com a sua obra: o envolvimento de Schmitt com o nacional-socialismo. Muito embora não fosse membro do partido antes da ascensão de Hitler, Carl Schmitt rapidamente se posiciona ao lado da nova ditadura no 1º de maio daquele mesmo ano, com a finalidade de obter posições destacadas nas universidades da Alemanha, a ponto de ser considerado p "jurista da coroa" do regime.

Segundo os relatos biográficos de MEHRING (2014) e Neumann (JACOBSON & SCHLINK, 2002), Schmitt dedicou-se com empenho e entusiasmo à tarefa de defender, na academia jurídica, os interesses do governo nazista, seja através da justificação dos assassinatos extrajudiciais perpetrados por Hitler^[4], passando até mesmo pela elaboração de

conferências em que o autor "denunciava" a influência dos judeus na formulação do pensamento positivista na Alemanha (por exemplo, através do pensamento de Hans Kelsen, um de seus frequentes adversários na teoria jurídica), clamando assim por uma "purificação" da doutrina através da eliminação destas influências da tradição alemã.

O ocaso de Carl Schmitt se deu, ao fim, em 1936, quando, em meio a embates pessoais e profissionais com juristas-competidores e membros oficiais do regime, foi retirado da academia alemã sob as acusações de ser um mero oportunista, alguém que teria aderido à ditadura nazista não por convicção mas apenas de maneira estratégica para obter, com isto, a fama e o prestígio desejados.

Já naquilo que diz respeito à sua produção jurídica durante o período tardio do regime nazista, após sua queda em 1936, o foco Schmitt se muda para as questões do Direito Internacional Público, talvez com o ânimo de justificar o ímpeto pelo expansionismo da Alemanha de Hitler, sem no entanto obter com isto qualquer proeminência política. Seu interesse pela fundamentação do Direito Internacional o levou a escrever *O Nomos da Terra*, escrito na década de 40 mas publicado apenas nos anos 50.

Após a desnazificação, Schmitt foi proibido de retornar à vida pública e à universidade, tendo se mantido sem qualquer remorso e arrependimento por aquilo que ocorreu em sua vida nas décadas de 1930 e 1940. Não obstante seu isolamento, o autor continuou a exercer uma "influência clandestina" sobre a cena política alemã, sobretudo nos círculos políticos conservadores, até a sua morte em 1987.

Ainda há intensos debates sobre a existência ou não de uma conexão interna entre o pensamento de Carl Schmitt e seu "pecado político" de adesão ao nazismo. Por um lado, há aqueles autores, como SCHWAB (1989), seguido no ponto por POSNER e VERMEULE (2010), que apontam para a personalidade oportunista e ambiciosa do jurista, negando assim qualquer afinidade ideológica de Schmitt com o regime. A tese seria a de que o autor teria enxertado, de forma artificial, diversas passagens antissemitas em seus textos a fim de obter a aprovação das autoridades,

sem que com isso o conteúdo do seu pensamento - e a ulterior possibilidade do seu aproveitamento nos dias atuais - fosse prejudicado.

Por outro lado, autores como SCHEUERMAN (1996) e DYZENHAUS (1997) e argumentam que haveria sim um elemento indissociável entre a prática política do autor e seus antissemitismo fervente e antiliberalismo militante.

Em abono a este entendimento, Volker Neumann, em JACOBSON & SCHLINK (2002), traz quatro argumentos: primeiro, o de que Schmitt não estaria apenas "imitando" declarações antissemitas dos nazistas, tendo contribuído pessoalmente com alguma "pesquisa inédita" no tema ao "provar" o background judeu do jurista Stahl em 1933; em segundo lugar, as citações antissemitas retroagem ao ano de 1933, quando Schmitt critica o mesmo Stahl, convertido ao protestantismo, como uma influência judaica perniciosa sobre a Prússia; em terceiro lugar, a conexão interna pode ser comprovada pela aversão de Schmitt ao liberalismo, positivismo e ao "normativismo abstrato", que ele equacionava com a "Escola de Viena do judeu Hans Kelsen". Por fim, Neumann aponta as entradas nos diários de Schmitt entre 1947 e 1951 (após o fim da Segunda Guerra, portanto), que revelariam Schmitt como um comprometido antissemita mesmo após a destruição do Terceiro Reich: "o judeu assimilado em particular é o verdadeiro inimigo. Não é preciso, para isto, que se prove a falsidade dos Protocolos dos Sábios de Sião[5]".

Desta forma, é legítimo que se pergunte então o porquê de ainda insistir no estudo do pensamento de Schmitt. Em primeiro lugar, deve-se levar em conta que trata-se de um autor que viveu durante um longo período, abarcando desde o Império Alemão até a moderna República Federal de 1949, dotado de capacidade intelectual extraordinária para a identificação de problemas e o equacionamento de diagnósticos políticos e jurídicos, ainda que se possa discordar veementemente dos prognósticos que o autor oferece em solução aos dilemas trabalhados.

Além disto, está a necessidade, imperiosa para a subsistência do regime democrático e de suas instituições, de promover a "desbanalização do mal"[6], de modo a identificar, no seu pensamento, todos os elementos

antiliberais e antidemocráticos que, infelizmente, ainda se encontram presentes em vozes não tão isoladas do debate público atual no Brasil, em especial o recurso à "excepcionalidade" das situações concretas como um meio de se fugir as amarras estreitas da legalidade.

3 A CRISE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DE WEIMAR E O ARTIGO 48 DA CONSTITUIÇÃO DO REICH^[7]

É impossível compreender o pensamento de Carl Schmitt sobre o estado de exceção sem antes se fazer referência à ideia de crise constitucional. Pode-se conceituar a crise constitucional, brevemente, como aquela situação na qual, não obstante uma comunidade política esteja vivendo formalmente sob a égide de uma ordem jurídica legitimamente estabelecida, esta ordem jurídica - em especial a sua Constituição - não consegue entregar respostas satisfatórias para superar um conflito político interno de grande intensidade, o que coloca sob risco a própria intangibilidade desta mesma ordem constitucional.

A crise constitucional vivenciada na República de Weimar é importante não apenas pelo pano de fundo que forneceu para o desabrochar de inúmeras teorias constitucionais na Alemanha da primeira metade do século XX, dentre as quais a de Carl Schmitt, mas também pelo exemplo trágico que oferece para aqueles Estados nos quais a ordem constitucional e o Estado de Direito tem de se chocar diuturnamente contra forças antiliberais e antidemocráticas arraigadas, como o Brasil.

Como lembram JACOBSON & SCHLINK (2002), deve-se ter em mente que, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, na Alemanha o Estado antecede a Constituição e não a Constituição antecede o Estado. Com efeito, esta precedência se dá não só historicamente como também no âmbito do pensamento jurídico.

Isto significa que, advento da Lei Fundamental de 1949, a Constituição não era entendida como um documento que funda a comunidade política, como sugere uma interpretação mais literal da metáfora do contrato social, mas sim como um conjunto de normas que restringe, limita e dá forma concreta a uma organização política já

existente, e que possuiria inclusive poderes naturalmente ilimitados. Como resultado, uma crise do Estado, como aquela vivenciada em Weimar, pode produzir discursos que desafiam e competem com o discurso de respeito à ordem vigente.

A crise constitucional weimariana não tinha por efeito reafirmar a superioridade hierárquica e a força normativa da Constituição sobre a vontade dos inúmeros atores políticos que se antagonizavam no cotidiano político da República, mas, muito pelo contrário, colocava em xeque a própria credibilidade e confiança na ordem constitucional estabelecida, aparentemente impotente para solucionar os impasses experimentados.

Por isto é que, nas décadas de 1920 e 1930, os publicistas alemães foram forçados a repensar o direito público desde a sua fundamentação até seus institutos mais concretos, ao ponto de verem-se envolvidos na chamada "disputa sobre métodos e objetivos" (Methoden und Richtungsstreit). A preocupação com a explicitação dos próprios pressupostos do governo constitucional torna os textos escritos neste período comparáveis ao Federalista, na medida em que são fonte essencial para a compreensão específica da fundação do Estado democrático alemão e, assim como o Federalista, são dotados também de significação universal.

O início da disputa se dá a partir da contestação do positivismo jurídico clássico, que era a filosofia do direito hegemônica durante o período da Constituição Imperial de 1871, e portanto, durante o final do século XIX e início do século XX. A Constituição Imperial, como se sabe, foi o produto da derrota da revolução burguesa de 1848-1849 e do sucesso militar da monarquia prussiana em 1866 e 1870-1871.

De acordo com esta Constituição, o Parlamento (Reichstag), composto pelo sufrágio de eleitores masculinos acima dos vinte e cinco anos, tradicionalmente visto como um reduto da burguesia alemã em oposição ao Imperador, teve seu poder de fato muito reduzido, seja pela divisão de suas competências legislativas com outra Casa, o Bundesrat, de tendências claramente monárquicas, seja pelo controle, nas mãos do Imperador, do exército, da administração, e da nomeação do Chanceler.

Além do mais, qualquer tendência revolucionária burguesa se esvaziou na segunda metade do Império (final do século XIX), quando os liberais se uniram aos monarquistas, pondo fim a um período de oposição, temendo que a ascensão do proletariado, pela via do fortalecimento do movimento operário e da socialdemocracia, levasse o país a um desfecho revolucionário bem-sucedido, mas desta vez pelas mãos dos comunistas.

No plano jurídico, a filosofia vencedora no período foi o positivismo jurídico, importado do direito privado, e que teve sua formulação mais célebre na obra de Paul Laband. Muito embora o positivismo se originasse de um pensamento político indiscutivelmente burguês e liberal, a sua utilização política no Império alemão não foi ausente de ambivalências.

Na medida em que pregava a neutralidade metodológica e uma estrita separação da matéria jurídica de considerações filosóficas e políticas, o positivismo por um lado não forneceu nenhuma ferramenta para que os burgueses pudessem se insurgir contra seus adversários monárquicos. Definindo que a tarefa dos juristas deveria ser confinada à interpretação dos textos legais vigentes, sem que se entrasse no mérito da sua legitimidade, o positivismo não questionava a separação de Poderes como concebida na Carta de 1871, tratando-a, na verdade, como um mero dado da realidade que deveria ser levado em consideração pelo jurista .

Entretanto, seu foco aberto na temática da restrição do poder político e na afirmação de uma esfera de liberdade individual livre de qualquer ingerência por parte do Poder Público também não servia politicamente aos aliados do rei, na medida em que atuava na desmistificação da Monarquia perante a sociedade. O Imperador era visto funcionalmente, como uma autoridade dotada de competências limitadas pelo Direito e que não se assentava em pressuposições metafísicas.

É lícito concluir, assim, que se por um lado o positivismo clássico tomava como um axioma a separação de Poderes entre a burguesia e os monarquistas, ele por outro lado a desnudava, retirando dela qualquer fundamentação religiosa, filosófica ou política que pudesse ser instrumentalizada pelo regime. Natural, portanto, que no regime político

posterior, inaugurado com a revolução de 1918, fosse ele questionado pelos novos teóricos do Direito e do Estado.

A Constituição de Weimar de 1919 foi o resultado da derrota alemã na Primeira Guerra Mundial. Com efeito, o despertar dos autores alemães, e de Schmitt em particular, para a necessidade de uma nova teoria do Estado que lidasse de maneira satisfatória com o problema da excepcionalidade, obviamente, se relaciona com as experiências vividas durante este primeiro conflito de escala global.

Segundo KENNEDY (2004, p. 81-82), "em nenhum lugar na Teologia Política Carl Schmitt se refere à [Primeira] Grande Guerra ou à Revolução Alemã, mas o leitor atento reconhecerá estes eventos como o pano de fundo do argumento decisionista desenvolvido no segundo capítulo." [8].

As conjunturas políticas e sociais que marcaram a transição do século XIX para o século XX foram, certamente, decisivas para a formação da convicção de Schmitt de que o positivismo clássico do século XIX, ainda reinante na República de 1919, deveria ser abandonado em prol de uma metodologia mais ampla e profunda, e, por isso, inteiramente nova na teoria do Direito Público (STOLLEIS, 2004). Como o próprio Schmitt coloca:

"Quando as teorias e conceitos do direito público se modificam em razão do impacto de eventos políticos, a discussão é influenciada, por um tempo, pelas perspectivas práticas da época (...). Assim, é possível que esse tipo de situação política possa produzir diversas tendências e correntes científicas" [9]. (SCHMITT, 2006, p. 16).

A seguir, far-se-á uma breve explanação dos principais dispositivos da Constituição de 1919, com ênfase no artigo 48, a fim de que se contextualize a pesquisa também no que diz respeito à ordem constitucional então vigente, que foi o ponto de partida para as considerações de Schmitt.

Entretanto, advirta-se, desde logo, que é equivocado tentar encontrar a chave para a compreensão da crise weimariana no seu texto constitucional. A República se inviabilizou, basicamente, pelas consequências da derrota na Primeira Guerra: as dificuldades de soerguimento da economia, a desmobilização de milhões de soldados, a superinflação galopante, o fardo imposto pelo Tratado de Versalhes e as ocupações francesa e belga, tudo isto num ambiente de intensa agitação social com inúmeras greves e tentativas de golpe, seja da direita (Kapp Putsch em 1920), seja da esquerda (Saxônia-Turingia em 1923), tudo a ser posteriormente acentuado pela Grande Depressão.

Ainda, mencione-se que o sistema partidário, herdado do período anterior não foi capaz de produzir maiorias qualitativas, de modo que nenhuma legislatura do Reichstag chegou ao fim sem que o Parlamento fosse dissolvido pelo Presidente de forma prematura como tentativa de resolver alguma crise política. Os inúmeros partidos eram formados na base da convicção e da luta, representando interesses sociais, regionais e religiosos distintos, de modo que quase nunca eram capazes de agir pragmaticamente, encontrar meios-termos ou formar coalizões duradouras.

Ao passo que o Preâmbulo da Constituição de 1871 mencionava que a legitimidade do Estado derivava dos monarcas e dos governos dos Estados, o artigo 1º da Constituição de Weimar se referia ao povo alemão em sua totalidade, inaugurando assim o princípio da soberania popular. Entretanto, a Carta manteve o desenho federativo do Império, sem que o pacto fosse reestruturado. Em especial, não houve a dissolução do Estado da Prússia, que mesmo com as perdas do Tratado de Versalhes ainda correspondia a 60% do território e da população do Reich, o que se mostraria altamente problemático na medida em que maiores parlamentares diversas podiam emergir na Prússia e no Reich, dificultando assim a coordenação entre ambos.

Além disto, na maioria das áreas, a Constituição de Weimar dava ao Reich (ente político central que representava a federação) competência legislativa plena, ou ao menos competência legislativa concorrente, de modo que os Estados (Länder) podiam editar leis apenas até que sobreviesse norma federal apta a regulamentar o tema. Além disso, outra

tendência centralizadora se viu na seara fiscal, uma vez que a maioria da competência tributária foi depositada nas mãos do Reich, de modo que os Länder passaram a depender de repartições de recursos a fim de fazer frente a sua despesas públicas.

Finalmente, se um Estado-membro não viesse a adimplir suas obrigações legais e constitucionais, o Presidente do Reich teria, ao seu dispor, o artigo 48(1), que autorizava a intervenção federal, inclusive mediante o uso das Forças Armadas, e que foi colocado em prática pelo Presidente Ebert em inúmeras ocasiões na década de 20 para lidar com as constantes ameaças de golpe de Estado sofridas. Em 1932, no já mencionado Preußenschlag, o artigo 48(1) foi mais uma vez utilizado, desta vez contra o governo socialdemocrata de Otto Braun na Prússia.

Os Estados (Länder) eram representados no Reich pelo Reichsrat, sendo que os membros deste corpo legislativo eram emissários dos Estados vinculados à obedecer suas instruções, sendo que o número de representantes era proporcional ao número de habitantes de cada Land, o que daria uma vantagem enorme à Prússia sobre os demais Estado, não houvesse a regra que proibia que um único Land tivesse mais de um quinto das cadeiras do Reichsrat. Entretanto, ao contrário do que previa a antiga Constituição Imperial, o Reichsrat possuía apenas o poder de veto suspensivo sobre projetos de lei aprovados pelo Reichstag, embora possuísse também importante competência regulamentar.

O órgão central do Reich era o Reichstag. Composto pela eleição direta de membros nas bases de autêntico sufrágio universal - incluindo as mulheres - e de acordo com o princípio proporcional, o Reichstag exercia controle sobre o Chanceler e seus Ministros através do voto de confiança do artigo 54. Outrossim, o Presidente também era eleito diretamente pelo voto direto da população, para um mandato de sete anos. De acordo com a Constituição, o Presidente deveria ter um papel político ativo e atuar como uma espécie de contrapeso do Reichstag, e garantir a continuidade do Estado frente às constantes mudanças no Parlamento. Não podia ser eleito dentre os membros do Parlamento (artigo 44).

O poder conferido ao Presidente de nomear e demitir o Chanceler e seus Ministros (artigo 53) criava uma certa tensão, na medida em que aqueles também precisavam do voto de confiança do Reichstag para manterem-se no governo, o que significava que nenhum Chanceler conseguiria manter-se no poder por muito tempo sem a aprovação de ambos os órgãos, com a balança pendendo para o lado do Poder Executivo, que mantinha a prerrogativa de dissolver, a qualquer tempo, o Parlamento.

Na imaginação dos constituintes, isto seria contrabalançado caso fossem eleitas maiorias expressivas no Reichstag, que possibilitassem a formação de rápidos consensos e a eleição de um governo em negociação com o Presidente. A prática, no entanto, demonstrou que estas maiorias nunca vieram a se materializar: pelo contrário, a história da República de Weimar é a história de uma série de facções que competiam incessantemente, entre si, pela tomada do poder, num cenário de grande instabilidade.

Adicionando ainda mais ingredientes nesta mistura explosiva, tem-se, no artigo 45, que Presidente era o supremo-comandante das Forças Armadas, nomeava seus oficiais e, nos termos do art. 48(2) - a infame cláusula dos "poderes emergenciais" - tinha a autoridade para tomar as "medidas apropriadas", incluindo o uso das Forças Armadas e a suspensão dos direitos fundamentais, quando ocorresse algum distúrbio relevante na ordem ou segurança públicas. Dada a sua importância, transcreve-se, a seguir, em tradução livre, o dispositivo:

Artigo 48

(1) Se um Estado-Membro inadimplir os deveres que lhe forem impostos pela constituição nacional ou pelas leis nacionais, o Presidente do Reich pode compeli-lo ao adimplemento com o auxílio das Forças Armadas

(2) Se a ordem e segurança públicas forem gravemente comprometidas ou ameaçadas dentro do Reich alemão, o Presidente do Reich poderá tomar as medidas necessárias para restaurar a ordem e

segurança públicas; se necessário, com o auxílio das Forças Armadas.

Com este propósito, ele poderá suspender temporariamente, no todo ou em parte, os direitos fundamentais enumerados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.

(3) O Presidente do Reich deve comunicar imediatamente ao Reichstag acerca de todas as medidas tomadas em virtude dos parágrafos 1º e 2º deste artigo. Sob ordem do Reichstag, estas medidas deverão ser ab-rogadas.

(4) Se houver perigo da demora, o Governo de um Estado-Membro poderá, para o seu próprio território, tomar medidas temporárias na forma do parágrafo 2º. Sob ordem do Presidente do Reich ou do Reichstag, estas medidas deverão ser ab-rogadas.

(5) A regulação deste artigo deverá ser feitos por uma Lei nacional^[10].

Certamente, a combinação destas competências para (i) nomear e demitir o Chanceler e seu Gabinete; (ii) dissolver o Reichstag; e (iii) fazer uso a qualquer tempo dos poderes emergenciais do artigo 48, num cenário de instabilidade política e de não-formação de maiorias parlamentares, levou a uma concentração excessiva de poderes na figura do Presidente do Reich. Tal fato não só foi notado por Schmitt como foi utilizado como a base para a elaboração da sua teoria sobre a soberania e sobre o estado de exceção, e que consiste basicamente numa extrapolação daquilo que se extrai do sistema da Constituição de Weimar (art. 48) com relação ao Presidente.

4 SOBERANIA E ESTADO DE EXCEÇÃO EM CARL SCHMITT

4.1. A TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO COMO TEORIA JURÍDICA

O objetivo deste tópico será o de fornecer uma visão compreensiva sobre a teoria da soberania e do estado de exceção, com especial ênfase nas considerações na Teologia Política (1922), posteriormente revistas na Teoria da Constituição (1928).

Dotado de um estilo bastante idiossincrático e, por isso mesmo, singular e sem paralelos na produção jurídica intelectual da Alemanha da primeira metade século XX, Schmitt preferia ser considerado mais como um representante do "ius publicum europaeum" do que como um filósofo crítico ou político. Essa advertência preliminar é de suma importância para a correta compreensão do argumento que desenvolve.

O simples fato de que em seus escritos, "aos elementos jurídicos sobrepõem-se temas filosóficos, teológicos e políticos nem sempre de forma clara" (SOLON, 1997, p. 79) não autoriza uma interpretação que enxergue, na obra, uma espécie de sincretismo metodológico, no qual temas jurídicos são mesclados de maneira inadvertida com considerações morais ou políticas, e que obscurecem, de maneira deliberada ou não, a possibilidade de objetividade no campo do Direito.

Com efeito, se Schmitt pretende realizar uma "sociologia do conceito de soberania"^[11] (SCHMITT, 2006, p. 42) para demonstrar que "todos os conceitos significativos da teoria moderna do Estado são conceitos teológicos secularizados" ^[12] (idem, p. 36), ou se denota, a todo tempo, a específica natureza política deste conceito, incompreensível "quando não se sabe quem, em concreto, deve ser atingido, combatido, negado ou refutado com tal palavra" (SCHMITT, 1994, p. 56), isso está menos relacionado com um sincretismo metodológico diletante do que, verdadeiramente, com uma proposta de realização de uma nova ciência do Direito, ainda rigorosa e objetiva, mas forçosamente antipositivista.

O essencial reside em se reconhecer que, para Schmitt, toda teoria normativista do direito - na qual ele inclui tanto o positivismo clássico quanto modelos mais avançados como o de Hans Kelsen - é falha ao pressupor, quanto ao substrato fático objeto de regulação pelo direito, uma ideia de normalidade e tranquilidade que não se verifica justamente nos

momentos mais essenciais da vida política, isto é, naqueles de crise. O capítulo segundo da Teologia Política pode ser lido, e é comumente considerado, como uma crítica aberta à proposta de Kelsen.

4.2. REAÇÃO À TENDÊNCIA NORMATIVISTA

Mais de uma década após o fim da Segunda Guerra Mundial, Schmitt escreveu, com relação à sua obra durante Weimar, que possuía uma firme concepção de que a ciência do direito, "liberta de abstrações que só levam a caminhos sem saída" seria superior a qualquer forma de filosofia (KENNEDY, 2004, p. 56).

Essa consideração é bastante instrutiva. Com efeito, se o autor queria se distanciar do modelo de positivismo jurídico moldado a partir da transposição do pandectismo civilista às matérias do Estado no século XIX, isto implicaria numa negação direta da ideia de que seria útil a utilização de abstrações na ciência do Direito. A abstração simplifica, de maneira excessiva, os problemas do direito, da política, e do Estado.

O início da teoria de Schmitt se localiza, portanto, na constatação de que o direito público em seu viés normativista - isto é, que equaciona o direito com um sistema de normas, tão somente - se silencia em relação às questões que ligam a teoria com a prática, como no caso da questão de o que autoriza o poder do Estado, ou o que legitima o direito positivado, determinações que passam fora da esfera de interesse dos juristas daquele período (KENNEDY, 2004, p. 64).

Isso significa dizer que, para o autor, quando uma ciência do direito se torna uma ciência do direito positivo, estritamente, se desligando, assim, de questões mais amplas relacionadas à legitimidade da ordem política vigente, ela se perde num formalismo excessivo que reduz o direito a uma técnica de operação da burocracia estatal, nos estritos termos weberianos (WEBER, 2004).

Para Schmitt, a formalização abstrata das teorias normativistas seria perigosa por dois motivos: por um lado, produz alienação quanto às questões de fundamentação da ordem jurídica; por outro permitiria a

manipulação dos conceitos jurídicos segundo o alvedrio das necessidades políticas da época (SCHMITT, 2006). Portanto, o ponto de partida é o de recompor a relação do direito com a política, justamente aquele onde os juristas do século XIX anunciavam: "aqui é onde o direito público para "[13] (SCHMITT, 2006, p. 4).

Antes da Guerra, durante o Império Alemão, a metodologia positivista do direito público foi cunhada a partir da obra do civilista Carl Friedrich von Gerber (1823-91). Segundo Gerber, os objetivos e as limitações da teoria do Estado estariam em excluir os "aspectos puramente políticos", enquanto se mantivessem os "aspectos jurídicos" (JACOBSON & SCHLINK, 2002, p. 42).

O tratamento do direito público consistiria, dessa maneira, na construção de institutos jurídicos a partir de normas positivadas, e de derivar consequências normativas desses mesmos institutos, na tentativa de se criar um "método jurídico" próprio, em analogia ao que se estabelecia no terreno do direito privado.

Essa concepção teve um efeito político salutar durante o Império Alemão, ao isolar o direito de seus fatores determinantes, neutralizando assim o terreno jurídico de conflitos políticos potencialmente latentes durante o Império, sobretudo em relação a precária convivência da burguesia com a monarquia (idem, p. 43-44).

A partir do momento em que, durante a década de 1920, a ideologia liberal que subjaz a essa concepção de direito se escancara, e a crise do Estado traz um turbilhão de novos acontecimentos e realidades as quais uma teoria tradicional não pode responder satisfatoriamente, formam-se duas tendências opostas que levam à "disputa sobre os métodos e objetivos" da teoria do Estado na República de Weimar.

Por um lado, há o conjunto de autores que prosseguem no programa do positivismo jurídico. No entanto, estes tentam avançar ao explicar mais precisamente em que consiste a autonomia do raciocínio jurídico e da argumentação e, em particular, prover uma base epistemológica para uma diferenciação entre direito público, por um lado, e

as análises sociológicas e políticas do Estado, por outro. Representantes desse pensamento são Georg Jellinek, Max Weber, e, distanciando-se muito dos primeiros quanto às suas conclusões, Kelsen.

Por outro lado, existe um conjunto de autores que, ao contrário dos acima mencionados, se distanciou do programa do positivismo jurídico. Muito embora abarque um grupo de metodologias e objetivos muito variados, pode-se dizer com segurança que se trata de um conjunto de autores que, a pretexto de eliminar ou suprimir as limitações do positivismo, advogava o abandono de concepções formais do Direito em prol de noções de substância - nesse segundo grupo, inclui-se não só Schmitt, como também Rudolf Smend, Hermann Heller e Erich Kaufmann.

A emergência deste antipositivismo, como Stephen Koriath assinala (JACOBSON & SCHLINK, 2002), marcava a emergência de preocupações com as "forças vitais", em contraposição à noções técnicas e mecânicas do fenômeno jurídico. Esses autores expressam um desconforto em relação à um mundo crescentemente complexo, corolário das revoluções liberal e industrial, caracterizado pela crescente mecanicização e industrialização de todas as esferas da vida.

Há, nesses autores, traços de um ceticismo crescente em relação à modernização do mundo, à massificação das populações, à democratização dos Estados, à abertura dos mercados e ao crescente fenômeno do pluralismo. É interessante notar que outros pensadores compartilham dessas mesmas angústias e experiências, não sendo despiciendo falar em uma afinidade entre a obra de Schmitt e movimentos primordiais da Escola de Frankfurt (SCHEUERMAN, 1997).

Dessa forma, Schmitt abre a Teologia Política com a famosa formulação de que "o soberano é aquele que decide no estado de exceção". Essa constatação tem dois objetivos imediatos que merecem ser mencionados. Por um lado, representa a tentativa do autor de introduzir o conceito de exceção na teoria do direito público, ao lado do conceito de norma. Por outro lado, representa um ataque direto ao normativismo, particularmente na sua encarnação kelseniana.

4.3 O SOBERANO E O ESTADO DE EXCEÇÃO

Inicialmente, no intuito de se evitarem as dúvidas, o conceito de estado de exceção deve se interpretado, como Georg Schwab sugere em nota de tradução à edição americana da *Teologia Política* (SCHMITT, 2006, p. 5), como qualquer estado de "severos distúrbios de ordem política ou econômica, que requerem a aplicação de medidas de índole extraordinária" [14] - tal qual ocorria nos termos da previsão do artigo 48 da Constituição de Weimar, centro das preocupações de Schmitt.

O estado de exceção, contudo, pressupõe um ordenamento constitucional que preveja linhas de guia sobre o modo como confrontar uma crise para o reestabelecimento da ordem e da estabilidade, não se tratando, portanto, de um "caos jurídico" no sentido da abolição completa do sistema de normas. Com muito mais razão, o poder do soberano é, em última análise, o de suspender temporariamente a ordem vigente, mas com o fim de protegê-la e restaurá-la.

Durante o período de elaboração da Constituição de Weimar, Schmitt formulou dois estudos distintos com a finalidade de prover uma interpretação adequada ao novo modelo vigente na Alemanha, diretamente relacionados com a questão da soberania. O resultado desses estudos, *A Ditadura e a Teologia Política* são obras que devem, necessariamente, ser analisadas em conjunto, tendo-se em vista o intercâmbio de conclusões que o autor promove entre elas.

Enquanto as preocupações da *Teologia Política* são eminentemente teóricas, o estudo da ditadura desde Roma até os exemplos mais próximos da Revolução Francesa e da Ditadura do Proletariado almeja uma tradução dessa concepção teórica de soberania para termos práticos da Alemanha de então (SCHMITT, 2006, p. xix-xxiii). Assim, Schmitt projeta uma diferenciação entre ditadura soberana e ditadura comissarial, para chegar à conclusão de que a ditadura exercida sob o manto do artigo 48, e englobada pela teoria da *Teologia Política*, é aquela do último tipo, comissarial.

Isso significa dizer que, em tempos de crise, quando a atuação de um Executivo forte é necessária, e essa atuação se desamarra das limitações legais preexistentes, se instaura uma forma de "ditadura" que não se qualifica pela abolição completa da ordem jurídica vigente para todo o sempre, mas tão somente por um conjunto de decisões concentradas na eliminação de um perigo concreto para a conservação e continuação de uma comunidade politicamente organizada (SCHMITT, 1999).

Por isso mesmo, o conceito de soberania é um conceito fronteiro, que não se refere a problemas de normalidade, mas tão somente a situações excepcionais - e aqui, denota-se a importância que o conceito de exceção possui para o autor. Em situações de normalidade institucional, nas quais a unidade política do povo não é ameaçada por perigos de qualquer natureza, não é necessária a manifestação de um poder soberano, que fica, assim, contido nas amarras do sistema jurídico.

Porém, uma vez presente o perigo, o soberano deve imediatamente se utilizar dos poderes que dispõe para tomar todas as medidas necessárias para aboli-lo e restaurar a ordem vigente na comunidade estatal, como num exercício de um direito inerente de autopreservação. O soberano, assim, ao mesmo tempo, se encontra dentro da ordem constitucional e transcende essa mesma ordem (SCHMITT, 2006, p. 7).

O fato de que a Constituição não possa prever todos os tipos de situação excepcional e somente possa se valer de termos vagos para indicar tais situações, como "segurança pública" e "ordem" somente demonstra que o poder soberano comporta não somente a decisão sobre quais as "medidas necessárias" para a eliminação do perigo público, como também de quais situações constituem as próprias situações de perigo.

É precisamente a exceção que torna relevante o sujeito da soberania. Os detalhes precisos de uma emergência não podem ser antecipados, nem se pode imaginar o que pode acontecer em tal caso, especialmente quando se trata realmente de uma questão emergencial, e de como ela deve ser eliminada. A pré-condição e o conteúdo da competência jurídica nesse caso deve ser, necessariamente, ilimitada. O

máximo de guia que a Constituição pode prover, nessas situações, é indicar quem pode agir. Essa indicação qualifica o soberano. (SCHMITT, 2006, p. 6-7).

Justamente nesse ponto, Schmitt se distancia de Hans Kelsen e dos demais proponentes de um modelo neokantista. No afã de construir o Direito como um simples sistema de normas, esses autores aboliram a ideia de exceção de suas considerações epistemológicas, equacionando o Estado com a ordem legal vigente. Porém, existem casos nos quais há uma indeterminação por parte do sistema jurídico em decantar concretamente todas as situações excepcionais e o rol de medidas possíveis de serem adotadas ou não pelo soberano.

Essa falha de indeterminação do sistema positivo não deve ser atribuída a um defeito técnico do legislador ou do poder constituinte, mas, com muito mais razão, aos próprios limites de uma concepção exclusivamente normativista de direito, que não consegue abarcar a exceção. Com base nessa revelação teórica, Schmitt abomina as tentativas do constitucionalismo liberal de regular as situações excepcionais com a maior precisão possível, as quais considera meros exercícios de futilidade.

Mas não é somente em relação ao problema da impossibilidade de subsunção da exceção à norma que se dirige a crítica schmittiana. Igualmente, o reconhecimento do soberano como aquele que decide no estado de exceção repercute na questão relativa ao próprio fundamento da ordem jurisdicional. Ao contrário da tese advogada por Kelsen, de que o fundamento de validade de uma norma jurídica pertinente ao sistema somente pode ser obtido através de referência à outra norma jurídica válida e de hierarquia superior, culminando na norma fundamental pressuposta, Schmitt entende que o fundamento de toda e qualquer ordem normativa reside numa decisão fundamental:

"Ao fim e ao cabo, toda e qualquer ordem jurídica é baseada numa decisão, e também o próprio conceito de ordem jurídica, que é abordado como algo evidente em si mesmo, contém internamente o

contraste entre dois elementos distintos do fenômeno jurídico - norma e decisão. Como qualquer outro ordenamento, o ordenamento jurídico se fundamenta numa decisão, e não numa norma." [15] (SCHMITT, 2006, p.10).

Esse ataque perpetrado nas concepções normativistas abre o caminho para uma possível segunda face da teoria da soberania - aquela apelidada pelo próprio autor de *decisionismo*, ou seja, que foca a natureza do jurídico na decisão de uma autoridade.

4.4 DECISIONISMO SCHMITTIANO

Aspectos de uma concepção decisionista do Direito, isto é, que coloca o fenômeno da decisão política da autoridade em um lugar privilegiado, não são inovações no pensamento schmittiano neste ponto de sua carreira. Com efeito, desde sua exposição sobre a natureza da decisão judicial, *Gesetz und Urteil* (traduzida para o inglês como *Statute and Judgement*) datada de 1912, primeiro trabalho de maior expressão do autor desde sua tese de doutoramento sobre a culpa no direito penal, datada de 1910, os traços de uma concepção decisionista do direito já se colocam em estágio embrionário.

Gesetz und Urteil é a primeira tentativa efetiva de Schmitt de romper com o positivismo jurídico alemão, sobretudo na forma em que se apresentava na obra hegemônica de Paul Laband (JACOBSON & SCHLINK, 2002). Espelhando a doutrina já fartamente conhecida, Laband advogava que o trabalho jurisdicional não seria mais do que a reprodução concreta da vontade abstrata do legislador, ou seja, que o Judiciário atuaria como mera "*viva vox legis*" do Poder Legislativo.

Contrariando essa posição que coloca o juiz como um mero autômato, Schmitt se foca naqueles casos *excepcionais*, nos quais não há norma jurídica preexistente e o juiz deve atuar a partir de uma decisão inteiramente livre das amarras normativas - antecipando muito do debate atual sobre a inevitabilidade da atividade criativa dos Tribunais quando da

aplicação do direito ao caso concreto através da "interpretação" (JACOBSON & SCHLINK, 2002, p.73-75).

Muito embora a concepção decisionista incorporada na teoria da soberania seja apresentada como uma novidade em relação aos adversários teóricos de Schmitt, incapazes de perceber que o fundamento de validade da ordem jurídica se encontra numa decisão fundamental e não numa norma lógica pressuposta, o autor faz esforços para demonstrar, numa retrospectiva histórica, que o conceito de soberania que defende remonta a Bodin, e mais especificamente, a Hobbes.

Conforme Schwab aponta em seu prefácio à tradução já citada da *Teologia Política*:

"Enquanto que para Schmitt, o neokantiano, o Estado era governado pelos direitos subjetivos, para Schmitt, o realista, ele é governado pela possibilidade latente de conflito. (...) Não é nenhuma surpresa, assim, que ele tenha retornado diversas vezes em seus escritos a Thomas Hobbes e sua relação mútua entre Proteção e Obediência, e que compartilhasse com Hobbes a crença de que *autoritas, non veritas facit legem*"^[16](SCHMITT, 2006, pp. xii-xiii).

Segundo Ari Marcelo Solon (1997, p. 80), "Hobbes é saudado [por Schmitt] como um representante clássico do pensamento decisionista. Posteriormente, foram reconhecidos elementos de Estado de Direito em sua doutrina, que pouco teriam em comum com o poderoso símbolo do Leviatã. Como ninguém, Schmitt percebeu as aporias únicas da filosofia de Hobbes".

O decisionismo de Hobbes era expresso na sua concepção anteriormente referida segundo a qual *autoritas non veritas facit legem*. Com efeito, para o autor inglês, importante não é o conteúdo de uma decisão, mas sim a sua adoção, qualquer que seja seu fundamento (SOLON, 1997, p. 83). Isso autoriza Schmitt a definir, igualmente, a

soberania como o "monopólio da decisão", ao lado da famosa formulação do estado de exceção.

É importante salientar outro ponto da concepção decisionista de Schmitt. Aqui, mais uma vez, as críticas são dirigidas contra o modelo normativista do constitucionalismo liberal de Kelsen e dos positivistas, que criaram o mito de uma "ordem jurídica despersonalizada" a partir das restrições impostas ao poder político (*idem*, p. 90).

Nesse sentido, o autor argumenta que, através da história, seria possível perceber um gradual processo de secularização através do qual conceitos fundamentais de teologia são transpostos para a teoria política e do Estado. Representativo dessa tendência é a transposição da ideia de um Deus onipotente para a ideia de um legislador onipotente (SCHMITT, 2006, p. 38).

No entanto, conforme aponta Schwab, enquanto que, nos séculos XVII e XVIII, essa figura do legislador onipotente era necessariamente associada com um elemento personalista, esse elemento foi dissipado pelas teorias jurídicas dos séculos XIX e XX (*idem*, p. xvi). A reação natural aos abusos da monarquia constitucional fez com que o exercício concreto das constituições europeias viesse a impor uma série de restrições ao poder soberano, que terminaram por desfigurá-lo culminando na eliminação de aspectos personalistas.

Essa fragmentação da pessoa do soberano em "competências constitucionais" ocorre através da introdução de mecanismos como a "legitimação democrática", o princípio da divisão dos poderes, a doutrina de que somente o poder pode vigiar e conter o poder, e a adoção da "soberania das leis" em detrimento da "soberania dos homens" - ou seja, basicamente as ideias que compõem o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito nas Constituições contemporâneas.

Muito embora não fosse abertamente contrário a tais positivismos e evoluções constitucionais, Schmitt está preocupado em reinstalar o elemento personalista da teoria da soberania. Essa necessidade não era derivada de um saudosismo de concepções

passadas, mas se fundava na crença de que somente através de um personalismo forte, poder-se-ia contornar a possibilidade sempre presente de conflito político no Estado, seja externo ou interior.

Essa concepção também é devida a Hobbes, uma vez que Schmitt compartilha com o autor a pressuposição de que o homem seja essencialmente perigoso e que se deveria optar por um Estado forte que pudesse garantir a ordem, paz e estabilidade - Schmitt chega até mesmo a mencionar que é um pressuposto ontológico inafastável de qualquer teoria política a consideração de que qualquer homem possa se tornar, a qualquer momento o inimigo político da comunidade (SCHMITT, 1994).

Por fim, é imperioso assinalar que, no prefácio à segunda edição da *Teologia Política*, Schmitt faz uma importante concessão no sentido de relativizar sua postura decisionista, reconhecendo suas limitações. O autor caminha no sentido de aceitar que o pensamento decisionista somente tem validade durante os momentos de crise excepcional - o estado de exceção -, mas que é inútil no que diz respeito aos momentos de prosperidade e ordem do Estado, que foram vividos por todas as grandes nações da História.

Sendo assim, ele adiciona, ao lado do normativismo e do decisionismo, um terceiro modo de compreender o Direito, denominado de *institucionalismo*, derivado da leitura da obra de Maurice Hauriou. Isso pode ser detectado, por outro lado, pela inserção da categoria das "garantias institucionais" na *Teoria da Constituição*, de 1928, que não é objeto de estudo imediato neste trabalho. Com relação às três formas de pensamento jurídico, Schmitt assevera que:

"Eu distingo agora não entre dois, mas entre três tipos de pensamento jurídico; adicionalmente aos tipos normativista e decisionista existe um tipo institucionalista. (...) enquanto o normativismo, com suas distorções, transforma o direito em mero modo de operação da burocracia estatal, e o decisionismo, focado no momento, corre o risco de não apreender o conteúdo estável inerente a todo grande movimento

político, um pensamento institucional isolado leva a um pluralismo característico de do corporativismo feudal, no qual a soberania é ausente"(SCHMITT, 2006, p. 2-3)[17].

Dessa maneira, a única forma de compreender racionalmente o Direito seria a partir de uma conjugação entre as três formas de pensamento jurídico que se complementariam em suas falhas, com especial destaque para o decisionismo e o institucionalismo, em detrimento do normativismo, que só aparece em menor escala.

4.5 SOBERANIA E PODER CONSTITUINTE NA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO - RUPTURA OU CONTINUIDADE?

Conforme assinala Renato Cristi, a Teoria da Constituição (1928) figura talvez como a mais sistemática e menos circunstancial obra de Carl Schmitt, autor cujos outros trabalhos são marcados por uma "Extraordinária sensibilidade em relação à situação concreta"[18] (CRISTI, 1997, p. 189). Na obra, os grandes temas do pensamento schmittiano aparecem rearranjados na forma de uma teoria compreensiva da Constituição de Weimar.

A estrutura deste trabalho consiste na separação, de um lado, do chamado "elemento político de uma Constituição" e, de outro, o "elemento liberal", equacionado com o princípio do Estado de Direito (SCHMITT, 1982). Schmitt argumenta que o constitucionalismo liberal, pano de fundo ideológico para a elaboração da Constituição de Weimar, tem por objetivo a eliminação do elemento político da Constituição - essencialmente conectado à noção de soberania -, para a formação de uma Constituição puramente informada pelo princípio do Estado de Direito, na qual todas as prerrogativas políticas do Estado estariam confinadas estritamente em normas jurídicas (CRISTI, 1997, p. 193).

Muito embora o tema da soberania não seja diretamente discutido, o conhecimento da teoria da soberania de Schmitt é um pressuposto para a exata compreensão da obra, na medida em que, aqui, o autor se esforça para resgatar o elemento político da Constituição e

conjugá-lo com seu elemento propriamente liberal, contrariando a tendência totalizante acima exposta. No entanto, a ideia de soberania discutida aqui já não é mais a mesma noção contida na *Teologia Política*.

Enquanto que, na primeira versão de sua teoria, o sujeito da soberania estatal parece ser concebido como um líder carismático individualizado, dotado de competências executivas amplas e poderes de índole ditatorial para servir aos objetivos da Constituição, embora excepcionando-a temporariamente, na superação de uma crise institucional, na *Teoria da Constituição* Schmitt introduz um novo sujeito da soberania que parece ser incompatível com esse primeiro modelo - o Povo. Adquire proeminência, aqui, o conceito de poder constituinte.

No modelo democrático alemão, é o povo que, na qualidade de sujeito do poder constituinte, exerce a função de soberano, e não mais um ditador ou monarca. Isso parece corroborar a tese de que o soberano somente se manifesta nos momentos de excepcionalidade, já que a aparição do poder constituinte, pelo menos em sua forma originária, somente se dá naquelas situações nas quais uma Constituição é eliminada para a construção de uma nova ordem jurídica. A decisão fundamental do povo alemão consiste no momento existencial que é traço distintivo do poder soberano.

Da mesma maneira, a Assembleia Nacional Constituinte de 06 de Fevereiro de 1919 deu concretude à decisão política fundamental na forma de uma proposta de texto constitucional, agindo como comissária do verdadeiro titular da soberania, o povo alemão. Porém, como, no exercício de sua comissão, a Assembleia não possuía qualquer restrição de cunho normativo, o que se apresentava seria uma verdadeira forma de ditadura soberana que se findou com a promulgação do novo texto constitucional (CRISTI, 1997, p. 197).

O povo preenche os requisitos da teoria da soberania expostos no primeiro capítulo deste trabalho. O ponto central consiste em se reconhecer que o povo tem a qualidade de se colocar, ao mesmo tempo, acima e fora da ordem constitucional, já que o exercício do poder constituinte transcende a uma ordem normativa positiva, que não pode

prever os modos de sua atuação. Como Renato Cristi (1996, p. 199) anuncia:

"A atividade constituinte persiste autônoma e independente em relação à qualquer normatização positiva. Isso é um traço indicativo da soberania. O poder constituinte não pode ser destruído, modificado ou alterado de qualquer maneira; ele se preserva como o fundamento extra constitucional da Constituição e de todo o direito constitucional" [19].

As duas situações radicais de excepcionalidade que confirmariam a estrita relação entre soberania e poder constituinte, segundo a interpretação que Cristi (1996, p. 200) faz de Schmitt seriam, primeiramente, a possibilidade de destruição de uma ordem constitucional (*Verfassungsvernichtung*) durante momentos revolucionários, na qual o sujeito da soberania é violentamente alterado; e, por outro lado, a possibilidade de ab-rogação da Constituição (*Verfassungsbeseitigung*), na qual a Constituição é rescindida sem haver, no entanto, a alteração do sujeito do poder constituinte.

Essas considerações demonstram, portanto, a modulação argumentativa promovida por Schmitt no desenvolvimento de sua teoria. Muito mais do que uma continuidade, deve-se reconhecer, como propõe Renato Cristi, que a *Teoria da Constituição* constitui uma reformulação na teoria da soberania de Schmitt para reconhecer que o povo, e não somente um ditador, pode ser o sujeito da soberania, sem que essa, com isso, perca seus traços essenciais.

5 CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se perceber que a teoria jurídica da exceção e da soberania de Schmitt foi formulada sobre bases antipositivistas e decisionistas notórias, como uma forma de reação à crise do Estado e da Constituição vivenciada na década de 1920. Seu intuito é o de demonstrar a insuficiência de uma abordagem estritamente normativista da ciência do direito, ao argumentar que o diferencial da matéria jurídica

reside nas situações excepcionais e na ligação estreita do fenômeno jurídico com o fenômeno político, ou como formulava Hobbes, *auctoritas non veritas facit legem*.

Em que pese a importância histórica e dogmática da teoria, não se pode defender a sua aplicação dentro de um Estado Democrático de Direito. Com efeito, atentaria contra o princípio democrático, da legalidade e da segurança jurídica conceber que o Chefe do Poder Executivo poderia ter competências tão alargadas e graves como aquelas que Schmitt atribui ao soberano em seu trabalho e que constituem, elas próprias, uma estilização do artigo 48 da República de Weimar, dispositivo este que, como mencionado, foi abusado renitentemente pelos Presidentes alemães durante o conturbado período republicano, sem esconder assim sua faceta declaradamente autoritária.

Por isto mesmo, o jurista deve sempre estar precavido contra o argumento da exceção, que tristemente volta a ser empunhado por agentes estatais e membros do Poder Judiciário no Brasil como instrumento legitimador da violação dos direitos e das garantias fundamentais dos cidadãos pelo aparelho repressivo. Somente dentro de um regime francamente autoritário, como aquele concebido por Schmitt, em que o Parlamento perde proeminência e o Poder Judiciário não pode sequer controlar a validade dos atos inconstitucionais da Administração Pública, é que pode prosperar a competência emergencial irrestrita, baseada na exceção constante.

Da mesma forma, deve-se criticar a apropriação das concepções teóricas de Schmitt por autores ditos "progressistas" na Europa e nos Estados Unidos, que ignoram, estrategicamente, a conexão interna entre o pensamento schmittiano e as predileções pessoais do autor pelo autoritarismo e pelo antisemitismo. A estes, fica a advertência perene de que as instituições democráticas não podem ser reconstruídas teoricamente tendo como ponto de referência conjuntos de pensamento formulados em contextos políticos marcadamente antidemocráticos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DYZENHAUS, David. Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Durham: Duke University Press, 1998.

_____. Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, Oxford: Oxford University Press, 1997.

KENNEDY, Ellen. Constitutional failure: Carl Schmitt in Weimar. Durham: Duke University Press, 2004.

MEHRING, Reinhard. Carl Schmitt: A Biography. Cambridge: Polity, 2014.

POSNER, Eric A. and VERMEULE, Adrian, 2010, The Executive Unbound. After the Madisonian Republic. Nova York: Oxford University Press.

SCHMITT, Carl. Political theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

_____. O Conceito do político. Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hastala lucha de classes proletária. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1999.

_____. Teoria de la constitución. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1982.

SCHEUERMAN, W.E., "Legal Indeterminacy and the Origins of Nazi Legal Thought: The Case of Carl Schmitt," History of Political Thought, 1996, 17 (4): 571-590.

_____. Between the norm and the exception. The Frankfurt School and the Rule of Law. Cambridge, Massachussets: The MIT Press, 1997.

SCHLINK, Bernhard e JACOBSON, Arthur (org.). Weimar: A Jurisprudence of Crisis. 2ª ed. California: University of California Press, 2002.

SOLON, Ari Marcelo. Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

STOLLEIS, Michael. A history of public law in Germany 1914-1945. Oxford: Oxford University Press, 2004.

VINX, Lars, "Carl Schmitt", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponível *online* para consulta no endereço <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/schmitt>. Acesso em 06.11.2017.

NOTAS:

[1] Para maiores informações sobre a vida de Carl Schmitt, cite-se a monumental biografia escrita por MEHRING (2014), recentemente traduzida para o idioma inglês. Da mesma forma, Volker Neumann traz um instrutivo resumo na coletânea de JACOBSON & SCHLINK (2002, pp 280-290).

[2] VINX, Lars (2016).

[3] Segundo o título do artigo de autoria de Ernst-Wolfgang Böckenförde, em DYZENHAUS (1998, pp. 37-55).

[4] O infame artigo "O Führer protege o Direito" (*Der Führer schützt das Recht*) foi escrito por Schmitt em 1934 para justificar os assassinatos perpetrados pelo regime na chamada Noite das Facas Longas (*Röhm-Putsch*) na qual Hitler, logo após se tornar Chanceler, ordenou a execução de membros de uma facção inimiga dentro do próprio partido nacional-socialista, bem como de políticos conservadores antinazistas proeminentes.

[5] No original: "The assimilated Jew in particular is the true enemy. There is no point in proving the Protocols of the Elders of Zion to be false".

[6] A expressão é de Bernhard Schlink (JACOBSON e SCHLINK, 2002, pp. 280-290).

[7] Para este tópico, v. sobretudo a excelente introdução ao volume de JACOBSON & SCHLINK (2002), escrita por estes mesmos autores, que faz um sumário da história constitucional alemã de 1871 a 1949, com detalhadas menções à Constituição de Weimar e ao contexto da época.

[8] "Nowhere in *Politische Theologie* does Carl Schmitt refer directly to the Great War and the German Revolution, but the attentive reader will recognize these as the background of his decisionist argument in the second chapter"

[9] When theories and concepts of public law change under the impact of political events, the discussion is influenced for a time by the practical perspectives of the day (...). It is thus possible that this kind of political situation might produce various scientific tendencies and currents"

[10] Artikel 48

(1) Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten.
(2) Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten.

Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln [114](#), [115](#), [117](#), [118](#), [123](#), [124](#) und [153](#) festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.
(3) Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen.
(4) Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maßnahmen der in Abs. 2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstags außer Kraft zu setzen.
(5) Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz.

[11] "Sociology of the concept of sovereignty"

[12] " All significant concepts of the modern theory of the state are secularized theological concepts"

[13] "Here is where public law stops"

[14] "Severe economic or political disturbance that requires the application of extraordinary measures"

[15] "After all, every legal order is based on a decision, and also the concept of the legal order, which is applied as something self-evident, contains within it the contrast of the two distinct elements of the juristic - norm and decision. Like every other order, the legal order rests on a decision and not on a norm."

[16] "Whereas for Schmitt the neo-kantian the state was governed by right, for Schmitt the realist it was governed by the ever-present possibility of conflict (...). It is not surprising, therefore, that he returned again and again in his writings to Thomas Hobbes's 'mutual relation between Protection and Obedience', and shared with Hobbes the belief that *autoritas, non veritas facit legem*."

[17] "I now distinguish not two but three types of legal thinking; in addition to the normativist and the decisionist types there is the institutional one (...). Whereas the normativist in his distortion makes of law a mere mode of operation of a state bureaucracy, and the decisionist, focusing on the moment, always runs the risk of missing the stable content inherent in every great political moment, an isolated institutional thinking leads to the pluralism characteristic of a feudal-corporate growth that is devoid of sovereignty."

[18] "Extraordinary sensibility towards the concrete situation"

[19] "Constituent activity persists autonomously and independently from any positive constitutional legislation. This is an indication of sovereignty. Constituent power cannot be destroyed, changed or altered in any way; it perseveres as the extra-constitutional ground of constitutions and constitutional laws"

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO DO IDOSO

CRISLAYNE RODRIGUES FERNANDES:
Bacharelanda em Direito pela Faculdade
Católica do Tocantins - TO.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA

(Orientadora)^[1]

RESUMO: Esse estudo abordará a existência da possibilidade de reparação civil decorrente do abandono do idoso. O objetivo principal do referido estudo é que seja analisado como os casos de abandono dos idosos são tratados pelo judiciário e se é possível à reparação dos danos causados aos mesmos por seus familiares. Para isso, por meio do método dialético, foi realizada uma análise da evolução dos direitos dos idosos de forma fundamentada, elucidando os principais aspectos do tema abordado. A técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica, retirando das doutrinas, da legislação e jurisprudências os pontos mais pertinentes ao assunto. Por fim, o exame da presente temática se iniciou a partir da constatação do crescimento contínuo da população idosa e a necessidade de proteção dos mesmos em razão da negligência da família, com embasamento na Constituição Federal, nos princípios norteadores do direito de família, decisões recentes e o projeto de lei em tramitação que tem como objetivo a inclusão da reparação do abandono do idoso na legislação.

PALAVRAS CHAVES: Abandono de Idoso; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This study will address the existence of the possibility of civil repairs arising from the abandonment of the elderly. The main objective of the said study is that an examination of how the cases of abandonment of the elderly are treated by the judiciary and if it is possible to repair the damages caused by their relatives. For this, through the dialectical method, an analysis of the evolution of the rights of the elderly was conducted in a reasoned way, elucidating the main aspects of the topic addressed. The research technique employed is the bibliographical, the doctrines, the legislation and jurisprudence the most pertinent points to the subject. Finally, the examination of the present thematic was initiated from the

realization of the continuing growth of the elderly population and the need for protection of them because of the negligence of the family, with the basis of the Federal Constitution, in the guiding principles of Family Law, Recent decisions and the bill of law in proceedings that aims to include the reparation of the abandonment of the elderly in legislation.

KEYWORDS: Abandonment of elderly; Civil Liability.

SUMÁRIO: Resumo. Abstract. Introdução. 1. Responsabilidade Civil no direito brasileiro; 2. As formas de abandono dos idosos e os princípios protetores; 3. Os direitos da pessoa idosa na legislação pátria e a consequente responsabilização jurídica pelo seu abandono; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a responsabilidade civil decorrente do eventual abandono do idoso. Essa culpabilidade civil incide na obrigação de reparar os danos acarretados a pessoa idosa pela violação de seus direitos.

O abandono pode ser material, afetivo e afetivo inverso, o primeiro incide na ação ou omissão de dar provimento na subsistência da pessoa com mais de 60 anos de idade, já o segundo, decorre da ausência de afeto e o terceiro é proveniente da ausência de afeto dos filhos para com os pais idosos. Essas três espécies acarretam danos psicológicos irreparáveis como o sofrimento, angústia, desprezo, condições de sobrevivência desumanas e degradantes.

A legislação traz direitos e deveres para a família e a sociedade no que tange na proteção da pessoa idosa. A Constituição Federal, estabelece que ninguém deverá ser abandonado quando atingir a velhice. Para corroborar com os direitos estabelecidos na Carta Magna, foi criado o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Será demonstrada a Responsabilidade Civil no nosso ordenamento jurídico, as espécies de abandono, previsão do dano moral/extrapatrimonial e material no contexto da responsabilidade por abandono do idoso.

Também serão abordados os princípios aplicáveis ao direito de família, a obrigação dos descendentes para com os ascendentes idosos, analisada legislação com relação aos direitos dos idosos, julgados favoráveis à indenização por abandono afetivo e material dos idosos e o Projeto de Lei nº 4.294/2008 que tem como objetivo a alteração do artigo 3º do Estatuto do Idoso para que seja introduzida a indenização por abandono dos idosos.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

A responsabilidade é tratada no ordenamento jurídico brasileiro no atual Código Civil, que sustenta o princípio da responsabilidade com base na culpa, assim como é estabelecido no artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Definindo o ato ilícito no artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Segundo o célebre doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 3), comentando o artigo citado acima, “que foi acrescentada a possibilidade de indenização pelo dano exclusivamente moral, como fora apontado pela Constituição de 1988, algo que há muito reclamado pela sociedade e pela doutrina sistematicamente repellido até então pelos tribunais”.

O dano moral recai contra a pessoa, atingindo o que ela é em sua profundidade, sendo um dano pessoal, insuscetível de reposição por ser financeiramente imensurável, pois a pecúnia não retira a dor, podendo tão somente amenizá-la. Por essa razão era muito difícil de ser aplicado pelos tribunais.

Atualmente, a responsabilidade civil tem o objetivo de restaurar um equilíbrio moral e patrimonial que foi desfeito. Maria Helena Diniz (2010, p.

7) explica que a responsabilidade civil limita-se à reparação do dano causado a outrem, desfazendo, tanto quanto possível, seus efeitos, e restituindo o prejudicado ao estado anterior.

Há condutas que desobedecem à norma civil e a norma penal simultaneamente, quando isso ocorre, o agente sofrerá um duplice processo, pois as jurisdições são diferentes.

De tal modo, nos casos em que alguém abandona a pessoa idosa, está violando uma norma penal, tendo em vista que o abandono é crime de acordo com o artigo 245 do Código Penal e artigo 98 do Estatuto do Idoso. O crime de abandono também desobedece a uma norma civil, pois o dever de amparar os idosos é garantido constitucionalmente e a violação desse direito acarreta responsabilização civil.

O art. 3º, parágrafo único, inciso V do Estatuto do idoso, traz a família como principal responsável quando se refere ao cuidado com os seus idosos. A família tem o dever de garantir a proteção e auxílio, tanto de caráter alimentar como no aspecto imaterial. Tal estatuto assegura também ao idoso a priorização do atendimento por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, pois a opção de encaminhar os genitores para um asilo deve ser feita de forma excepcional pelos que não possuam ou careçam de condições financeiras sem prejudicar sua própria sobrevivência.

Os crimes de abandono material e moral que podem ser praticados pelos descendentes da pessoa idosa, encontram-se qualificados respectivamente nos artigos 244 e 247 do Código Penal: Dos Crimes contra a Família e Dos Crimes contra a Assistência Familiar, que consistem em “deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou do filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho ou de ascendente inválido ou valetudinário”. E prossegue o artigo na sua segunda parte: “Deixar sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo”. No artigo 245 encontra-se um crime que é ao mesmo tempo de abandono material e moral.

Os bens jurídicos tutelados no artigo 244 do Código Penal são a estrutura e a organização familiar, particularmente sua preservação, referente ao amparo material devido por ascendentes, descendentes e cônjuges, reciprocamente. Especialmente ascendente inválido ou maior de 60 anos.

Já o artigo 1.696 do Código Civil estabelece a reciprocidade entre pais e filhos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros o direito à prestação de alimentos. Todos os parentes em linha reta estão obrigados a prestar alimentos uns aos outros. Continua estabelecendo essa regra no artigo 1.697 na falta dos ascendentes cabe à obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Dito isso, no âmbito civil a obrigação alimentar quando descumprida gera prisão civil do devedor de alimentos. Assim, resta claro o grande amparo legal que o instituto da responsabilidade civil possui no ordenamento pátrio e como a sua inobservância gera efeitos na vida dos envolvidos.

2. AS FORMAS DE ABANDONO DOS IDOSOS E OS PRINCÍPIOS PROTETORES

2.1 O ABANDONO AFETIVO E MATERIAL DOS IDOSOS

Atualmente o Brasil apresenta elevados índices de casos de abandono de idosos. De janeiro a junho de 2016, o Ministério dos Direitos Humanos, através do Disque 100 (serviço do Governo Federal) recebeu 16.014 denúncias de violência contra pessoas com 60 anos ou mais, uma média de 43 denúncias ao dia. No primeiro semestre de 2015, foram registradas 13.752 denúncias de violações contra esse grupo.

A negligência ou abandono corresponde à maior parte das denúncias, apontada em 77,6% dos casos. Em seguida, estão registros de violência psicológica (51,7%), abuso financeiro (38,9%) e violência física (26,5%).

De 2011 até 2017, segundo informações do Disque 100, foram registradas 614 denúncias no Estado do Tocantins. Dentre essas, 314 foram por violência psicológica que representa metade das denúncias.

A Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional, em especial o Estatuto do Idoso, reconhecem a vulnerabilidade dos idosos e visam a assegurar especial proteção a essa parcela da população. Também são de conhecimento público que muitos idosos são vítimas de abandono por seus familiares, não apenas material, mas também no aspecto afetivo.

Por tal razão, é dever da família e da sociedade, amparar a pessoa idosa garantindo direitos estabelecidos no ordenamento jurídico. Também há a obrigação de respeito e afeto para com o idoso que não é regulamentada e que deve ser cumprida pela família, mas ainda assim há muitas pessoas idosas que são abandonadas por seus familiares em asilos, vivendo da caridade alheia. Tal situação ocorre porque a família descumpriu o seu dever de cuidado e proteção, caracterizando o abandono afetivo.

Os ilustres doutrinadores Calissi e Coimbra (2013, p. 345) tratam sobre o tema em sua obra: “Pode-se afirmar que o primeiro ente responsável pelo idoso é a família e os programas de amparo ao idoso esclarecem que este deve ser cuidado em seu lar e só em último caso utilizando-se de abrigos que deverão ficar para os idosos abandonados”. (CALISSI e COIMBRA, 2013, p. 345).

O abandono afetivo afeta, de forma sensível, o perfil da família, cuja unidade é a melhor representação do sistema.

O abandono material, tem previsão no Código Penal em seu artigo 244:

Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando

ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

Esse crime tem como fundamento o artigo 229 da Constituição Federal, que estabelece que os filhos maiores têm o dever de amparar os pais na velhice. Essa obrigação é dos descendentes não importando o grau de parentesco e também não implica se o idoso está apto ao trabalho, pois se este não possuir condições necessárias para a sua subsistência, esse dever recai sobre os parentes.

Segundo Rogério Greco (2012, p. 702): “Por meio da incriminação do abandono material, busca-se proteger a família, mas especificamente o *dever de assistência* que uns devem ter com relação aos outros no seio familiar”.

2.2 O ABANDONO AFETIVO INVERSO

O abandono afetivo inverso, disposto no artigo 229 da Constituição Federal, consiste na falta de cuidado dos filhos para com os genitores na velhice destes. Assim, não há como negar que, observando os valores morais da sociedade, o abandono constitui um desvio perturbador do valor jurídico estabilidade familiar, recebendo aquele uma estrutura jurídica e jurisdicional capaz, agora, de defini-lo para os fins de responsabilização civil.

Segunda a Ministra Fátima Nancy Andrighi da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no acórdão de REsp 1159242/SP, em julgado proferido em 2012 diz “Amar é faculdade, cuidar é dever”.

Portanto, se o dever de cuidar é descumprido, cabe a reparação civil por meio de indenização. Desde esse julgamento, ficou estabelecido na jurisprudência o cabimento de pena civil em razão do abandono afetivo.

O conceito de abandono afetivo inverso, segundo o desembargador Jones Figueirêdo Alves (PE), diretor nacional do Instituto Brasileiro de

Direito de Família (IBDFAM) é “a inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos”. Segundo o diretor, esta falta do cuidar serve de precedente de base para a indenização. (IBDFAM/2013)

A possibilidade de reparação civil em casos de abandono afetivo do idoso, não deve ser entendida com uma imposição aos filhos, pois é necessário a aplicação de políticas públicas que devem empregar esforços, inclusive de assistência social, para monitorar, continuamente, a qualidade de vida da pessoa idosa, sob pena de o abandono afetivo inverso ser apenas um instituto jurídico de efeito reparatório civil ou repressivo penal, sem qualquer fiscalização sócio-criminal que o impeça acontecer. A lei servirá como um meio de conscientização da sociedade para que se torne mais solidária.

2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios são norteadores do ordenamento jurídico que consistem em juízos de valores utilizados na aplicação e interpretação do Direito. São obrigações e deveres que devem ser respeitados, pois a violação de um dos princípios torna a conduta ilegal. O direito de família deve ser analisado pelo aspecto constitucional. Assim explica Rolf Madaleno:

No Direito de Família é de substancial importância a efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e da solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus componentes, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional da realização do homem em sua relação sociofamiliar. (MADALENO, p. 45, 2013)

Os princípios são direitos fundamentais e fontes primárias do Direito devendo ter vinculação obrigatória com a lei. Devido à tendência de constitucionalização do Direito Civil e do Direito de Família, serão

abordados alguns princípios que são aplicados no direito de família em relação à pessoa idosa.

2.3.1 Princípio da Dignidade Da Pessoa Humana

A dignidade humana é considerada princípio fundamental pela Carta Magna, previsto em seu artigo 1º, inciso III: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

De acordo com o artigo 230 da Constituição Federal, tem a família, a sociedade e o Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurar sua participação na comunidade, defender sua dignidade e bem-estar e garantir-lhes o direito à vida.

Relacionado à inserção do idoso no âmbito de proteção fundamental de sua dignidade humana, não sendo do desconhecimento público que as pessoas de mais idade têm sido vítimas da omissão de seus familiares, da sociedade e do Estado. Discriminado e isolado pela família e pela sociedade por culpa de sua fragilidade física e mental, deixa o idoso de ser considerado útil e experiente, e passa a ser excluído, por não se adaptar as rápidas transformações principalmente tecnológicas, enquanto os mais jovens tem mais facilidade de se adaptarem.

2.3.2 Princípio da Solidariedade

A solidariedade deve ser entendida em sentido amplo, ou seja, contendo caráter moral, espiritual, afetivo, patrimonial. A aplicação deste princípio é basilar nas relações familiares, especificamente quanto perante os mais vulneráveis, no assunto abordado: “os idosos”.

Segundo Rolf Madaleno (2013, p. 96): “A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário”.

Este princípio também se faz presente no âmbito dos alimentos em relação do dever da mútua assistência material as necessidades dos idosos. Conforme o artigo 12 do Estatuto do Idoso, a pessoa idosa tem privilégio quanto a escolha do seu devedor entre os prestadores de seus alimentos, não sendo aplicada a regra do Código Civil de os parentes mais próximos serem chamados em primeiro lugar e recaindo a obrigação sempre no mais próximo em grau de parentesco.

Assim explica Marco Antonio Vilas Boas (2012, p. 32): "Sendo vários os obrigados na cadeia alimentar, o idoso poderá optar entre um dos prestadores", em qualquer grau de parentesco na linha reta e até o segundo grau na linha colateral, ao passo que os demais credores precisam acionar primeiro os familiares mais próximos no grau de parentesco, para só depois e na falta desses ou de condições financeiras de prestarem alimentos, e sendo insuficientes os alimentos por eles prestados, serem chamados os parentes de grau mais afastado.

2.3.3 Princípio da Afetividade

O afeto é fundamental para a sobrevivência dos indivíduos e deve ser presente nas relações familiares, pois o carinho, a atenção e o amor são essenciais para os seres humanos. Segundo Rolf Madaleno (2013, p. 98) "O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana".

Este princípio é decorrente do princípio da dignidade humana e a partir do reconhecimento de tal princípio, o direito de família passa a ter fundamento na comunhão de vida, na estabilidade das relações socioafetivas, restando em segundo plano às considerações de caráter patrimonial e biológico.

Apesar de o vocábulo afeto não se encontrar expresso na Constituição Federal, as manifestações desse princípio estão no Código Civil: na igualdade da filiação, em seus artigos 1.596, na maternidade e paternidade socioafetivas e nos vínculos de adoção, como consagra esse

valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea, no artigo 1.593, Código Civil.

Em relação aos idosos, ainda que haja previsto constitucionalmente e pelo Estatuto do idoso o dever de cuidado imposto à família, há um dever determinado pelo respeito e pelo afeto dos laços familiares que independem de competência, que não necessitam de regulamentação. A afetividade é, então, meio principal para tutelar a dignidade garantida expressamente a cada um dos entes familiares.

3 OS DIREITOS DA PESSOA IDOSA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA E A CONSEQUENTE RESPONSABILIZAÇÃO JURÍDICA PELO SEU ABANDONO

O artigo 1º da Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso, dispõe que idoso é considerado “pessoa com idade igual ou superior a 60 anos”. Esse critério etário utilizado pelo Estatuto do Idoso é o mais prudente para qualificar a pessoa idosa, pois ao completar 60 anos, para todos os efeitos legais, toda e qualquer pessoa física é considerada idosa.

A Carta Magna, no seu artigo 1º, inciso III, destaca os princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, considerando valores absolutos e fundamentais para a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Segundo Roberto Mendes de Freitas Junior:

O direito a? vida, portanto, deve ser observado de tal forma que garanta ao idoso o pleno exerci?cio da cidadania; em outras palavras, deve garantir que o anciao tenha efetiva participac?a?o no destino e desenvolvimento da sociedade, com total possibilidade de usufruir de todos os direitos civis previstos na Constituc?a?o Federal e na legislac?a?o ordinaria. (2014, p. 47)

Um dos objetivos mais importantes estipulados no artigo 3º, inciso IV, da Constituição federal de 1988, é o de promover o bem de todos, sem preconceito ou discriminação em face da idade do cidadão, bem como de origem, raça, sexo, cor e outras formas de discriminação.

Os idosos sofrem muito com a discriminação atualmente, devido a sua idade avançada que os limitam de fazer atividades com rapidez e agilidade, acabam sendo excluídos. Isso não deveria ocorrer, uma vez que está estabelecido na Carta Magna como objetivos fundamentais a promoção do bem de todos sem discriminação em face da idade.

O inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, traz a ideia de que o nosso país deve ter mais respeito com o próximo, amparando aos que mais precisam como é o caso das pessoas idosas que necessitam de mais atenção da sociedade.

Os direitos inerentes à família estão estabelecidos constitucionalmente, nos artigos 226 e seguintes, sendo esta, uma instituição responsável pela formação da pessoa humana.

No artigo 229, está estabelecida a obrigação de forma recíproca, o dever de sustento dos pais em relação aos filhos, e destes em relação aos pais: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

A Constituição Federal apresenta no artigo 230, a seguinte redação: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

O referido artigo estabelece uma relação jurídica obrigacional, sendo o idoso sujeito ativo, titular dos direitos e a família, a sociedade e o Estado, são os sujeitos passivos com deveres jurídicos.

É importante ressaltar ainda que ao analisar o disposto no artigo 230, a família é a que primeiro aparece como protetora de seus idosos,

elencando os seus direitos como, direito à vida, à liberdade, à manifestação, à saúde, à habitação, à segurança social, à educação, dentre outros. Assegurando os princípios da dignidade e da solidariedade.

Como a Constituição Federal trata os direitos dos idosos de forma genérica, o Estatuto do idoso realça esses direitos fundamentais, estabelecendo em seu artigo 10 que o Estado e a sociedade têm obrigação de assegurar a pessoa idosa o direito à liberdade, o respeito e a dignidade da pessoa humana. Assegurando também os direitos civis, políticos, individuais e sociais.

Especificamente no artigo 3º do referido estatuto, está disposto que é um dever de todos cuidar para que os direitos fundamentais da pessoa idosa não sejam violados, não permitindo que ocorram tratamentos desumanos, violentos, constrangedores dentre outros. Este artigo priorizou a família como a principal instituição para garantir os direitos dos idosos estabelecidos no decorrer dos incisos, depois a comunidade em seguida a sociedade.

Ricardo Castilho, explica a necessidade de ser identificado um responsável legal para o idoso, para que os mesmos não fiquem desamparados pela família:

A par de tais garantias existe lacuna legislativa em relação a? identificação do responsável legal pelo idoso. Tal faz-se necessário porque as constantes mudanças do estado civil, a diminuição da taxa de natalidade e o aumento da expectativa de vida aumentam o risco de o idoso ficar desprovido de familiares para assumir tal responsabilidade. De todo incontestável a dificuldade de tal enfrentamento. (2015, p. 396)

O crime por abandono do idoso é tratado no artigo 98 do Estatuto, no qual o bem jurídico tutelado é a periclitção da vida e da saúde. Comete esse ato ilícito, quem desamparar, largar, abandonar a pessoa idosa

nesses locais que foram estabelecidos na lei: Artigo 98. “Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa”.

A segunda parte do presente artigo pode ser encaixada no abandono material, previsto no artigo 244 do Código Penal.

O abandono em hospitais ou instituições congêneres, nos casos que menciona, não deixa de ser, à primeira vista, um abandono material e, à segunda vista, um abandono moral. É de se notar que o Código Penal foi mais rígido que o Estatuto ao não exigir que o agente estivesse obrigado ao sustento de seus dependentes ou parentes próximos, por lei ou mandado. Na verdade, não precisa de lei, contrato ou mandado para que o filho socorra seus pais na velhice ou nas necessidades. Pode ter havido no Estatuto um mero artificialismo.

3.1 JULGADOS FAVORÁVEIS A REPARAÇÃO PELO ABANDONO

Como já mencionado anteriormente, segundo o desembargador Jones Figueiredo Alves, diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), denomina-se abandono afetivo inverso “a inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos”.

Pode-se afirmar, em consonância com o artigo 229 da Constituição Federal de 1988, que, no binômio da relação pais e filhos, dado o dever de cuidado recíproco, “os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade”.

Para a ministra do STJ, Nancy F. Andrichi, no julgamento do Resp. 1.159.242/SP (2006), considerando o dever dos filhos para com seus genitores, a falta do cuidar serve de premissa e base para a indenização, por dano moral, pela infração do princípio da afetividade. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. 1.159.242/SP, manifestou entendimento favorável à aceitação de indenização por dano moral por abandono afetivo. Ainda demonstrou que inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

Apesar de ter sido caracterizado o dano moral por abandono afetivo na relação entre pai e filho, passou a servir de precedente para decisões de instâncias inferiores. Dessa forma, em casos de abandono afetivo de idoso, referido julgado pode servir como fundamento para reparação dos danos morais quando caracterizada a negligência familiar, conforme Recurso Especial nº 1.159.242/SP, do STJ, relatora ministra Nancy Andrighi, condenação de o pai a pagar à filha o valor de 200 mil reais.

Com a possibilidade de cumular danos morais com danos materiais, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no julgamento do Recurso APL: 15391645 PR 1539164-5 (Acórdão), Relator: Gilberto Ferreira, em ação indenizatória deu provimento ao recurso, pois restou comprovado danos morais pelo abandono afetivo da idosa e danos materiais.

3.2 PROJETO DE LEI Nº 4.294/2008

O Projeto de Lei nº 4.294/2008, do deputado Carlos Bezerra, apresentado em 12 de novembro de 2008, tem o objetivo de alterar o artigo 1.632 do Código Civil e artigo 3º do Estatuto do Idoso, passando a prever também a indenização no caso do abandono de idosos por sua família. A importância de tal projeto está em tentar trazer para o sistema legal brasileiro uma defesa mais específica para os idosos, pois se os filhos podem recorrer ao judiciário para obter indenização por abandono afetivo, os pais idosos também podem. Atualmente a família descumpra seu dever de cuidar de seus idosos, os abandonam não lhes dão carinho e atenção. Conduta contrária da que está prevista na Carta Magna.

O projeto almeja acrescentar parágrafo ao artigo 3º do Estatuto do Idoso, dispondo que “o abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral.”

A justificação do projeto de lei segue exatamente a linha apresentada no presente artigo, enfatizando que é necessário um suporte afetivo da família e não só material, devendo-se garantir reparação pelo dano moral experimentado pelo prejudicado:

Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida.

Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado (Justificação Projeto de Lei n. 4.294/2008).

Em 16 de outubro de 2010 foi apresentado parecer da Relatora Deputada Jô Moraes (PCdoB-MG) pela aprovação do projeto de lei na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), em seu voto a Relatora enfatizou a necessidade de conscientizar aqueles que cometem o abandono afetivo, sobre suas consequências e sobre ser extremamente útil a introdução na lei da obrigação presumida de indenizar por dano moral, tornando uma consequência do abandono afetivo para os familiares e fortalecerá os laços familiares.

Após isso, em 07 de março 2012, foi apresentado parecer favorável ao projeto de lei, elaborado pelo relator, o deputado Antônio Bulhões (PRB-SP), está pronto para ir à votação na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Em seu relatório, Bulhões defendeu o PL, argumentando que as obrigações existentes entre pais e filhos não se limitam à prestação de auxílio material, mas também ao suporte afetivo. "Embora seja verdade que não se possa obrigar alguém a amar ou manter relacionamento afetivo, há casos em que o abandono ultrapassa os limites do desinteresse e, efetivamente, causa lesões ao direito da personalidade do filho ou do pai, sujeitando-os a humilhações e discriminações", justificou o relator, acrescentando que seria nesses casos que estaria configurado o abandono afetivo gerador do direito à indenização moral.

Atualmente o projeto encontra-se pronto para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

3.3 DANO MORAL OU EXTRAPATRIMONIAL E DANO MATERIAL NO CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE POR ABANDONO DO IDOSO

Nos casos do abandono do idoso incidem a indenização por dano moral ou material prevista no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal o qual estabelece que:

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.

Podendo também ser possível à cumulação do dano moral com o dano patrimonial, conforme Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

O direito ao respeito dos idosos está delineado no artigo §2 do artigo 10 do Estatuto do idoso: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.” A inviolabilidade psíquica consiste em qualquer conduta omissiva ou comissiva que venha ocasionar perturbação ao idoso trazendo danos que devem ser reparados.

O dano é a consequência do ato ilícito que consiste na lesão a um bem jurídico e se produz por um prejuízo suportado pelo titular de um bem jurídico afetado, qual seja, a vida, a dignidade e a liberdade psíquica dos idosos.

Para ocorrer à responsabilidade civil decorrente de uma lesão extrapatrimonial, que ocorre no caso do efetivo abandono do idoso, deve o ato ilícito atingir os direitos da personalidade do ofendido (Artigo 12, Código Civil) e afetar diretamente a dignidade da pessoa humana (Artigo 1º, III, Constituição Federal).

O dano moral, não é materializado, mas deve ser efetivo. É um dano pessoal, presumido e imensurável, pois o dinheiro não retira a dor, podendo tão somente amenizá-la, trazendo um amparo financeiro para a pessoa idosa.

Assim, somente é possível a reparação como forma de indenização, procurando-se compensar ou atenuar o sofrimento suportado, pois nada destrói mais em uma família do que o dano causado pelos seus próprios membros, a reparabilidade do dano moral funciona como uma forma de fortalecer os valores atinentes à dignidade e ao respeito humano para o idoso que sente falta de receber afeto.

No entendimento de doutrinador Arnaldo Rizzardo:

Dano moral, ou não patrimonial, ou ainda extrapatrimonial, é aquele que atinge a honra, a paz, a reputação, a tranquilidade de espírito e o indivíduo como ser humano, sem atingir a esfera patrimonial, os bens do indivíduo ou sua integridade física. Evidencia-se na dor, na angustia, no sofrimento, no desprestígio, no descrédito, no desequilíbrio da normalidade psíquica, na depressão, etc. (RIZZARDO, 2011, p. 232).

Infelizmente no Brasil a maioria dos idosos sofrem os mais variados tipos de abandono e maus tratos, muitos cometidos pelos próprios familiares. O caso mais comum é de abandono de idoso em casa de saúde ou em asilos.

Valéria Galdino Cardin (2011, p. 70) entende que: “Em sendo negada a reparação por danos materiais e morais causados por um membro da família ao outro, estar-se-ia estimulando a sua reiteração, que, provavelmente, aceleraria o processo de desintegração familiar.”

Embora a reparação civil não esteja prevista no Estatuto do Idoso, essa tem previsão na Carta Magna, entende-se que a garantia de uma compensação de um desgosto, pelo sofrimento ou humilhação deste, representa uma sanção ao culpado.

A indenização não tem o objetivo de restituir ou assegurar o afeto, mas por meio dela os danos podem ser minorados por tratamentos psicológicos, pois o dano extrapatrimonial causa prejuízos psicológicos nas vítimas.

Conclui-se que a responsabilidade por dano moral no âmbito familiar deve ser analisada de forma casuística, com provas indiscutíveis para que não ocorra a banalização do dano moral, uma vez que o relacionamento familiar e permeado não apenas por momentos felizes, mas também por sentimentos negativos. Nas ações de indenização por danos morais provenientes das relações familiares aplica-se o prazo de 3 (três) anos previsto no inciso V do § 3º do art. 206 do Código Civil brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acentua-se que os conflitos abordados ao longo do trabalho são existentes, é possível verificar que após a Constituição Federal de 1988 o idoso passou a ser tratado, ainda que de forma incipiente, com um pouco mais de visibilidade, tanto que foi necessário o Estatuto do Idoso para que regulamentasse a previsão constitucional e garantisse uma ampla gama de direitos. O cuidado com estas pessoas é algo que deve ser cada dia mais valorado, uma vez que é o necessário para uma vida saudável e sem transtornos. Neste contexto, a aplicação do princípio constitucional da dignidade humana e do princípio da afetividade foram ressaltados no presente trabalho em razão de que a sua aplicação e respeito possibilitam uma vida digna ao idoso, ao passo que, quando há ausência da aplicabilidade dos princípios começam a surgir problemas e conflitos, podendo incidir então no abandono afetivo ou material do idoso por parte de sua família e, então, na responsabilidade civil.

O abandono além de ser um ato deplorável é crime no ordenamento jurídico, podendo ter punições severas para o agente e a responsabilização por meio da ação de indenização a vítima.

O abandono acarreta também danos morais que também pode ser caracterizado como extrapatrimoniais, pois as consequências do abandono atingem o idoso profundamente causando doenças psicológicas. O dano material é tipificado como crime no Código Penal Brasileiro e incide na subsistência da pessoa idosa.

O Poder Judiciário já revela ações que tem como ensejo o abandono moral dos idosos, condenando os familiares que faltaram com o dever de assisti-los moralmente, como os casos de ações de alimentos, abandono em hospitais, falta de cuidado com a higiene e saúde.

Ressalta-se que está tramitando o projeto de Lei nº 4.294-A de 2008, proposto pelo Deputado Federal Carlos Bezerra, sendo o seu objetivo a regulamentação da possibilidade de indenização, demonstrando assim, a preocupação com a população idosa e com a relação que mantém com seus familiares, que deve ser de apoio e afeto.

Desta maneira entende-se que embora a reparação civil não esteja presente no Estatuto do Idoso, mas que seus pressupostos estejam já haverá formas para tal intento. Assim, não é concebível qualquer violação aos direitos do idoso e aos princípios da dignidade humana e da afetividade, de forma que se isto ocorrer, a violação em especial pelo abandono do idoso pode ser indenizado claro, com a devida comprovação, fazendo-se a distinção se o abandono foi afetivo e material ou se foi apenas afetivo, tudo no interesse e resguardo dos direitos dos idosos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 4.294-A**, de 2008. Disponível em: Acesso em: 04 de outubro de 2017.

_____. **Código Civil**, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado: 2002.

_____. **Constituição (1988)**: Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Código Penal**, Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Senado, 1941.

_____. **Estatuto do idoso**: Lei Federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Senado, 2003.

JUNIOR, Freitas, Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias do Idoso: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. 3ª edição. Atlas, 11/2014. [Minha Biblioteca].

_____. **Ministério dos Direitos Humanos- Disque 100**. Disponível em: . Acesso em 12 de outubro de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma)**. Recurso Especial nº 775.565/SP(2005/0138767-9). Recorrente: Roberto Wagner de Souza. Recorridos: Francisco De Souza Filho e Outro. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de junho de 2006.

_____. **Tribunal de justiça do Paraná (8ª Câmara Cível)**. Apelação Cível nº15391645/PR (1539164-5) (Acórdão). Apelante: Nair de Almeida Molinari. Apelados: Idalina de Almeida e Outros. Relator: Desembargador Gilberto Ferreira. Curitiba, 30 de março de 2017.

BOAS, VILAS, Marco Antonio. **Estatuto do Idoso Comentado - Artigo por Artigo**, 5ª edição. Forense, 06/2015. [Minha Biblioteca].

CALISSI, J. G.; COIMBRA, M. **Conceitos básicos: o sistema jurídico brasileiro e os aspectos relacionados ao envelhecimento**. In: SIQUEIRA, D. P.; SILVA, N. T. R. C. (org.). *Minorias & grupos vulneráveis: reflexões para uma tutela inclusiva*. Birigui: Boreal, 2013, p. 345.

CARDIN, Valéria Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. 1ª edição. Saraiva, 11/2011. [Minha Biblioteca].

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**, 3ª edição. Saraiva, 7/2015. [Minha Biblioteca].

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 Ed. Rio de Janeiro: Editora

Forense, 2011.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Manual de Direitos Difusos**. Vidal Serrano Nunes Júnior (Coord.) Verbatim, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

Artigo elaborado: Palmas – TO, 18 de outubro de 2017.

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutoranda em Tecnologia Nuclear IPEN/USP; orientadora deste artigo de conclusão de curso.

A VIABILIDADE DO BACEN JUD COMO PROPOSTA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO A SAÚDE

GIANNA NATHALYA DA SILVA ALVARENGA:
Bacharelanda em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins - TO.

FÁBIO BARBOSA CHAVES
(Orientador)^[1]

RESUMO: O presente artigo aborda a saúde como direito social elencado na Constituição Federal, representando garantia à todos e dever do Estado, mediante a consecução de políticas públicas voltadas ao acesso universal e igualitário, às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. É uma norma de eficácia plena, por produzir efeito imediato, não necessitando de prévia regulamentação. É um direito que quando lesionado faz-se socorrer à procura do poder judiciário como medida de lúdima justiça. A Judicialização da saúde é a busca da população ao poder judiciário como alternativa para satisfação dos seus direitos, seja na requisição de medicamento, cirurgia, ou tratamento integral da patologia. Ressalte-se que a procura é excessiva e se efetiva, na maioria das vezes, em face da insuficiência de equipamentos disponibilizados à rede pública por parte do Estado. A atuação do Poder judiciário deve se encontrar respaldado no direito, seja através de lei, princípios ou regras consagradas na carta magna. Há muitos conflitos de entendimento ou principiológicos que contrariam as dialéticas sobre a proteção da saúde. No intuito de enfatizar a celeridade e efetividade processual, cabe trazer a tona o instituto processual da penhora online, conhecido popularmente como “Bacen jud”, (decorrente de um convênio entre o poder judiciário e o banco central), como meio mais célere para a prestação de ações de saúde dando credibilidade e eficácia na prestação do pedido.

Palavra chave: Saúde. Judicialização. Efetividade. Penhora *on line*.

ABSTRACT: This article deals with health as a social right listed in the Federal Constitution, being the right of everyone and the duty of the State to guarantee it, through the pursuit of public policies the universal and equal access to the actions and services for their promotion, protection and recovery. It is a rule of full and contained effectiveness, for producing

immediate effect, not requiring prior regulation. It is a right that when affected, the search for the judiciary occurs as a measure of legitimate justice. This phenomenon is called Health Judicialization which is the search of the population to the judiciary as the last alternative for the satisfaction of their rights, whether in the request of medication, surgery or integral treatment of the pathology. It should be stressed that the demand is excessive and it is due to a disorganization of the Public Administration. All actions of the judiciary have support by the law, either through principles, rules enshrined in the Carta Magna or decisions of political content, while there are many conflicts of understanding or principles that contradict the dialectic on health protection. In order to emphasize quickness and procedural effectiveness, it is important to bring up the online pledge, popularly known as "Bacen jud", (the outcome from an agreement between the judiciary and the Central Bank), as a faster way for the provision of health actions giving credibility and effectiveness in the delivery of the request.

Keywords: Judicialization. Effectiveness. Online attachment.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Saúde como direito social de eficácia plena e contida; 2 O poder Judiciário como alternativa para a concretização do direito a saúde; 3. Os mecanismos processuais voltados ao cumprimento da obrigação de prestação do serviço a saúde; 4 Os conflitos principiológicos decorrentes da Judicialização da saúde; 5 O convênio 'BACEN JUD' como instrumento de efetivação e celeridade;6-Conclusão;

INTRODUÇÃO

O direito à saúde foi erigida pela carta magna de 1988, como direito social fundamental, que junto com outros direitos e garantias individuais, possui aplicabilidade plena e imediata (CF, art.5º, §1º), sendo dever do Estado o fornecimento, e direito de todos ao recebimento (CF, art.196). A partir do momento que este direito não é concedido, ocorre o fenômeno da Judicialização.

A forma de se efetivar o cumprimento das decisões judiciais é através da atividade jurisdicional do Juiz, que diante da situação, promove mecanismos processuais voltados ao cumprimento da obrigação de prestação no serviço a saúde. No entanto, há meios de cumprimento que se mostram insuficientes à impedir a ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação, levando-se em consideração, sobretudo, o tempo de efetivação da medida, mesmo que sejam objeto de decisões proferidas em caráter antecipatório.

Pressupõe-se que a atuação do Poder Judiciário possui respaldo no direito, incluindo seus componentes como a lei, os princípios, as regras consagradas na carta magna, e até mesmo aspectos de caráter político e econômico. Ao passo que há muitos conflitos de entendimento ou principiológicos que contrariam as dialéticas sobre a proteção da saúde. econômico. Ao passo que há muitos conflitos de entendimento ou principiológicos que contrariam as dialéticas sobre a proteção da saúde. Cabe informar que, para cumprimento das decisões judiciais na prestação do serviço a saúde, o poder judiciário usa de mecanismos processuais a fim de dar credibilidade ao Poder Judiciário e eficácia na resolução do pleito. Embora possua meios que tornam o processo mais moroso, em vez da constituição de um processo célere, conforme assevera o princípio da efetividade e do devido processo legal, o judiciário ainda se vê obrigado ao uso de sistemas obsoletos.

Sendo assim, serão apresentadas ponderações sobre os princípios mais intitulados na Judicialização da saúde e suas finalidades, demonstrando suas contribuições para instrução de decisão judicial cuja abordagem concreta seja lesão a direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, principalmente à saúde.

Enfim o presente artigo, busca evidenciar a exequibilidade do meio sub-rogatório “Bacen Jud”, como meio mais eficaz e célere, no intuito de vencer a resistência da Administração Pública e dar credibilidade á prestação da Justiça.

Cabe apontar que as informações apresentadas sobre este assunto são com base em demandas judiciais já solucionadas, doutrinas, nos princípios constitucionais e no procedimento previsto para o cumprimento das obrigações judiciais, demonstrados nos termos da

Constituição federal de 1988 e no código de processo civil. A metodologia usada fora à indutiva.

1 A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL DE EFICÁCIA PLENA E CONTIDA

O direito à saúde encontra-se disposto no artigo 196 da Constituição Federal como sendo direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas, buscando o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. É um direito de cunho fundamentalmente social, e que possui inegável eficácia plena, por produzir efeito imediato, não necessitando de prévia regulamentação.

O direito à saúde, infiltrado na Carta Magna como um direito social, origina-se de um grande processo de valorização do trabalho humano, que emerge da conquista gradual e consecutiva de direitos, postulados a partir do século XX, após o acontecimento da Revolução industrial juntamente com as influências do Marxismo e socialismo.

Cumprir informar que esta norma constitucional possui eficácia tanto jurídica como social, pois está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas, e possui potencialidade para regular determinadas relações efetivamente aplicadas a caso concretos (TEMER, 2008).

É sabido que a eficácia advinda desta norma social, Saúde, interfere diretamente na instituição constitucional dos outros direitos, pois este é inteiramente ligado à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República.

As normas constitucionais de eficácia plena, no momento em que entram em vigor, se encontram aptas a produzir efeitos imediatos, sem necessidade e interferência de uma norma infraconstitucional, e por esta razão, desde a sua criação, o Constituinte despejou total aplicabilidade a sua atuação.

Urge mencionar que muitos doutrinadores defendem a saúde como um direito social que possui eficácia limitada. A exemplo Pedro Lenza, que aduz:

A saúde é norma Constitucional de eficácia limitada programática veiculada a programas a serem implementados pelo Estado. São normas

financeira de comprá- los. Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento acima identificados, (TJPB-acórdão/decisão do processo nº 00004059820158150751, 2ª câmara especializada cível, Relato Desembargador Abraham Lincoln da C Ramos, j em 22-03-2016)

Deste modo, a saúde por ser um direito público subjetivo inteiramente ligado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, não pode o poder público deixar de cumprir com seu dever constitucional, principalmente com as políticas públicas garantidas na Constituição Federal de 1988. É um direito que não pode ser convertido em promessa institucional, em razão dos seus efeitos, pois implica em descumprimento de preceito constitucional.

2 O PODER JUDICIÁRIO COMO ALTERNATIVA À CONCRETIZAÇÃO

DO DIREITO À SAÚDE

O poder Judiciário é um dos três poderes do Estado, a qual a este é intitulado a função judiciária, de administrar à justiça e dar cumprimento às normas judiciais constitucionais e infraconstitucionais.

Michel Temer defende que:

É função típica , prevalecente do Judiciário exercer a jurisdição. Esta , por sua vez, consiste no poder de dizer o direito (juris dicere) aplicável a uma controvérsia, deduzida processualmente em caráter definitivo e com a força institucional do Estado. A definitividade de suas decisões e a possibilidade de utilizar toda a força institucional do Estado tipificam o exercício da função primordial do poder judiciário: a jurisdição (2008, pág.172 e 173).

Exercendo o desiderato jurisdicional, e diante do esgotamento das vias administrativas na área da saúde, uma vez provocada, e evidenciado o descumprimento deste direito social, faz-se necessária a intervenção excepcional como alternativa para a concretização do direito, a fim de tutelar o interesse lesionado.

Explica Flávia de Almeida Viveiro de Castro, em obra coletiva acerca da Análise do impacto das decisões judiciais sobre o orçamento da União no caso da saúde Pública previsibilidade e contingenciamento dos riscos, que:

Judicialização das políticas públicas acontece, via de regra, na concretização de direitos fundamentais e não deve ser vista como uma intromissão anômala de um poder sobre o outro. Não se trata de uma disfunção em face do princípio da separação de poderes, mas corrobora a regra do check and balance, pela qual existe a saudável possibilidade de cada poder estatal interferir no outro, para controle e alinhamento das respectivas atuações, em busca da melhor concretização do projeto de país e sociedade que foi desenhado na carta constitucional. (2012, p.07)

Isto posto, o papel do poder judiciário é salvaguardar a constituição Federal e os direitos garantidos, interferindo quando há a omissão Estatal ou risco de lesão, buscando sempre a harmonização entre os poderes.

Em relação à saúde, a Constituição Federal traz graciosamente um modelo ímpar de organização e concretização, mediante políticas públicas e regulamentação concreta capaz de alcançar o ápice de um bom fornecimento de serviços de saúde que um ordenamento jurídico pode fornecer.

Ocorre que, tal gracejo nem sempre é aplicado de maneira eficaz. Muitas pessoas padecem por falta de tratamento digno, incluindo cirurgias, medicamentos, UTI's, ocasionando a procura dessas pessoas pelo poder judiciário na intenção de garantir o direito à saúde.

O Fenômeno chamado de Judicialização da Saúde começou a ser evidenciado, merecendo abordagem crítica-doutrinária a partir de meados do século XIX. Luis Roberto Barroso (2007) afirma que a intervenção do poder judiciário mediante requisições à Administração Pública, na busca do direito fundamental social à saúde nas diversas situações, visa concretizar a determinação constitucional de prestação universal e igualitária a todos.

Convém ressaltar que também é papel do Estado-Juiz a resolução de conflitos extrajudiciais, o que demonstra a atuação positiva do Estado em proteger e dar eficácia aos direitos sociais, principalmente a saúde.

Odete Grasseli em seu artigo “Efetividade Judiciais de direitos sociais”, destaca acerca do comportamento judicial em dirimir conflitos.

Ao julgador incumbe, também, dentro de sua jurisdição, em última instância, a mediação dos conflitos em nome e pelo Estado, garantindo a paz social especialmente na efetivação dos direitos fundamentais, tendo em mente que a solução a ser encontrada no caso de conflito de dois valores jurídico constitucionais não pode anular um deles para a sobrevivência do outro, mas sim, compatibilizá-los. Em virtude disso, cabe ao poder Estatal a organização do fornecimento deste direito social a saúde, a fim de dirimir conflitos tanto na esfera judicial como extrajudicial, em prol de uma boa relação entre os poderes, de modo que a prestação pacífica é célere e garantirá com eficiência o bom funcionamento do ordenamento jurídico (2008, p. 351).

A análise do caso concreto à luz das normas aplicáveis e do direito que se relaciona ao fato é incumbência do Poder Judiciário, e por mais que a legislação seja apta a regulamentar determinada situação fática, manterá a característica da generalidade e da abstração.

3 OS MECANISMOS PROCESSUAIS VOLTADOS AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE

Cabe informar que para o cumprimento das decisões judiciais na prestação do serviço à saúde, o poder judiciário usa de mecanismos processuais a fim de dar credibilidade ao Poder Judiciário, bem como eficácia na resolução do pleito. Embora possua meios que tornam o

processo mais moroso, em vez da constituição de um processo célere, conforme assevera o princípio da efetividade e do devido processo legal, o judiciário ainda teme no uso destes meios obsoletos.

O código de Processo Civil de 2015 traz a cortejo medidas para a satisfação do direito do credor na fase de cumprimento de sentença. O artigo

536 §1º que possui expressa previsão de meios atípicos para assegurar o cumprimento das decisões.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1o Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. (CPC, 2015)

No mais o artigo 139 do mesmo código disciplina quanto aos poderes do Juiz. Vejamos:

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

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Conclui-se que a legislação busca dar um resultado mais célere ao processo, pois não expõe limites ao magistrado em aplicar medidas, e sim o deixa “à vontade” em decidir e cumprir com o fim pretendido.

Os mecanismos processuais voltados ao cumprimento das demandas judiciais na área da saúde são divididos em dois grandes grupos: Medidas coercitivas e medidas sub-rogatórias.

As medidas coercitivas são medidas executórias em que o Estado juiz atua de forma indireta, coagindo a Parte do processo, mas não substituindo a sua vontade, ou seja, é um meio de pressionar, coibir a Parte, no intuito de convencê-la a cumprir determinação judicial a qual foi obrigada, a exemplo as multas “Astreintes”.

Conquanto, as medidas sub-rogatórias também são medidas de caráter executório, mas sua atuação se dá de forma direta, ou seja, é ato ocorrido exclusivamente no Estado, substituindo a vontade da parte Executada, a exemplo da busca e apreensão, da expropriação e do próprio Sistema Bacen jud.

A fim de ilustrar, convém citar o sistema contempt of court que nada mais é que um sistema de origem anglo-americana que representa uma multa de natureza administrativa, aplicada para atender um caráter punitivo-pedagógica aplicado pelo Juízo ao indivíduo que viole os deveres processuais previstos no artigo 77 inciso IV do novo código de processo civil (FERREIRA, 2013).

Este sistema é pouco conhecido na prática forense brasileira, mas estima a efetividade da tutela jurisdicional, muito mais do que o acesso à justiça. O Juiz utiliza-se do seu poder de polícia administrativa, para fiscalizar as partes do processo, almejando o cumprimento das decisões, tendo como finalidade a natureza coercitiva e punitiva.

Desse modo, em ações de saúde a aplicação dessas medidas é mais célere, posto que o efetivo cumprimento das decisões judiciais, não podem ser tratados a mero dissabor das partes obrigadas a cumprir. Os articulistas Manuel de Faria Reis Neto e Jocy Gomes de Almeida exemplificam que:

Como exemplo de ato atentatório temos a prática corriqueira do Estado em deixar de entregar medicamento às partes, mesmo quando determinado em decisão judicial. A desobediência é um descumprimento à ordem judicial que, no caso, pode o magistrado determinar medidas coercitivas (mandar entrega o medicamento sob pena de

multa) ou sub-rogatórias (bloqueio de verbas pelo sistema BacenJud, visando adquirir o medicamento). Como determinado nos dispositivos acima transcritos, as medidas coercitivas ou sub-rogatórias aplicadas ao descumpridor (contemptor) não impede, ainda, que sejam impostas multas que, pelo caráter pedagógico, tendem a inibir condutas futuras semelhantes (2016, pág.12)

As medidas coercitivas, nominadas ou não, estão previstas no CPC a fim de viabilizar a efetivação de uma obrigação de fazer, podendo ser convertida em pecúnia na hipótese de continuação do referido descumprimento.

4 OS CONFLITOS PRINCIPIOLÓGICOS DECORRENTES DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A Judicialização é um fenômeno de aplicabilidade imediata do direito à saúde, que, para ser acionado é necessário que o poder judiciário seja provocado, a fim de se manifestar sobre direito lesionado, posto que é papel deste órgão a proteção da Constituição e suas garantias.

Toda atuação do poder judiciário possui respaldo na lei, seja através de princípios, regras consagradas na carta magna ou decisões de teor político. Ao passo que há muitos conflitos de entendimento ou principiológicos que contrariam as dialéticas sobre a proteção da saúde.

Urge apresentar o princípio que o Estado traz como essencial para a não incidência da Judicialização da Saúde. É o princípio da reserva do possível na qual determina que a efetivação dos direitos sociais esteja condicionada ao recurso público disponível, ou seja, se há um direito lesado, só terá sua resolução se o Erário tiver uma reserva pública possível para suprir.

Rizzato Nunes assevera que “os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico, assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo ordenamento jurídico se corromper” (2009, p.30).

Percebe-se que os princípios exercem um papel importante dentro do ordenamento jurídico, de modo que orientam a interpretação das normas em geral, e sua imposição é de forma absoluta. Diante disso, a aplicação dos princípios constitucionais para a satisfação das demandas judiciais na área da saúde sobrepõe qualquer argumento principiológicos que corrompa tal fundamentação.

Insta pontuar que os princípios mais intitulados na Judicialização da saúde é o da dignidade da Pessoa humana, da proporcionalidade-razoabilidade e efetividade, em razão de que, suas finalidades, contribuem para instruir qualquer decisão judicial que possui como teor lesão aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, principalmente a saúde.

A dignidade da pessoa humana é um conceito amplo, racional, que possui diversas aplicações, tanto no âmbito social como jurídico. Jose Renato Nalini afirma que o “termo dignidade foi inspiração do Constituinte para pavimentar toda vida pública, é um supra princípio irrecusável que necessita ser efetivamente observado” (2014, p. 29).

Embora seja um supra princípio, não possui caráter absoluto, pois se trata de um valor convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, servindo como justificção moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais (BARROSO, 2010).

Em relação ao princípio da proporcionalidade-razoabilidade, convém informar que esta aplicação conjunta é essencial para o devido processo legal, pois sua aplicação ocorre quando há conflitos entre interesses que vão além da soberania do interesse público, visto que buscam o resultado satisfativo.

Barroso consagra que:

Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde

com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto” (2010.pág.312).

A efetividade encontra-se interligado aos princípios anteriores, pois busca a satisfação e a realização de um direito garantido na Constituição. Novamente, Barroso ressalta que:

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador (2010. Pág.313).

Portanto, em demandas judiciais na área da saúde, os princípios já mencionados são costumeiramente acionados, pois a efetivação de um direito que fora lesionado só será garantido quando for conflitado com a negativa do Estado em fornecer o direito postulado, e o direito à vida justapõe qualquer argumento que prejudique o indivíduo no que pertine ao seu direito à saúde.

5 O CONVÊNIO “BACEN JUD” COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO E CELERIDADE

No intuito de enfatizar a celeridade e efetividade processual, cabe trazer a tona a penhora online, conhecido popularmente como “Bacen jud”. Este tipo de penhora decorre de um convênio entre o poder judiciário e o banco central. É um meio de cumprimento de decisão judicial sub-

rogatório que visa à satisfação do pleito de modo direto, através do próprio Erário, contrariando a vontade deste.

O Bacen Jud permite ao Juiz solicitar informações sobre as contas bancárias e movimentações dos clientes das instituições financeiras na intenção de determinar o bloqueio de contas ou qualquer fundo, em prol da satisfação do direito do Solicitante.

Caio de Sousa Galvão em seu artigo “O Sistema Bacen Jud no processo de Execução” explana que:

Com a Utilização do sistema Bacen Jud nas ações executórias, observa-se a eficácia, celeridade, agilidade, economia processual e credibilidade na prestação jurisdicional, uma vez que se localiza o valor integral da execução por meio do sistema concretiza-se o direito do cidadão. (2012, p.58).

Trata-se de medida já aplicada em decisões judiciais que versam sobre saúde, em casos que o resultado útil ao processo é inexitoso e quando o risco eminente confirma, através das documentações médicas juntadas aos autos do pedido judicial.

Para acontecer este bloqueio judicial é necessário que haja a priori uma petição inicial, em forma de obrigação de fazer/dar, ou mandado de segurança, solicitando o tratamento, medicação etc. para posteriormente o Julgador analisar e se manifestar através de decisão judicial, determinando o fornecimento do tratamento ora pleiteado pelo cidadão.

Ocorre que é de praxe acontecer o descumprimento de uma decisão judicial. Muitas demandas que versam sobre saúde não são cumpridas no prazo estimulado pelo Julgador, fazendo com que o direito à saúde no sentido amplo, seja postergado.

Diante disso, há várias medidas de caráter satisfativo para coibir o Ente Público responsável pelo cumprimento da demanda, de modo que o bloqueio de valores, por meio de penhora online, é meio alternativo e adequado para garantir o cumprimento da decisão judicial, garantindo assim a celeridade na prestação jurisdicional e efetivação de um direito social garantido na Constituição Federal.

Ressalte-se que em grande parte das demandas judiciais da saúde, o Magistrado estipula um meio coercitivo caso não ocorra à efetivação da obrigação, porém este meio de cumprimento é protelatório, tendo em vista que até a sua ocorrência, e o Erário voluntariamente decidir cumprir o pleito individual, o ser humano padecerá na espera do medicamento, cirurgia ou tratamento da sua patologia.

Diante disso, vale demonstrar que para o cumprimento das demandas judiciais da saúde, o meio mais eficaz e mais célere, no intuito de vencer a resistência do erário e dar credibilidade à prestação da justiça, é o sub-rogação “Bacen jud” que na realidade decorre da efetivação de um convênio entre poder judiciário e Banco Central.

É incontestado que os argumentos e as medidas impostas para cumprimento das decisões, principalmente o bloqueio de verba pública, contraria os princípios sustentados pelo poder público para não incidência destas, pois a Judicialização só ocorre quando o direito minimamente existencial é lesado. Porém, não poderá haver direitos sociais que fique a mercê da espera de organização da Administração Pública, pois resta comprovado, através de demandas excessivas na busca pela saúde, que a organização do Ente Público é escassa, necessitando de prévios regulamentos de políticas públicas ou preparo de orçamento claro a fim de evitar dispêndio de recursos.

Corroborando com o exposto, Gilmar Mendes defende que:

O administrador não age na implementação dos serviços de saúde com plena discricionariedade, haja vista a existência de políticas governamentais já implementadas. Nesse sentido o Judiciário, ao impor a satisfação do direito a saúde no caso concreto, em um número significativo de hipóteses, não exerce se não o controle judicial dos atos e omissões administrativas. (2012, pág. 929)

Sendo assim, para a prestação célere e efetiva da demanda judicial e para satisfazer o direito à saúde, o Convênio Bacen jud, através da efetivação de bloqueio de verba pública mostra-se eficaz, pois a espera

pela solução administrativa mediante a aplicação das políticas públicas protela o direito do Paciente, que aguarda pelo tratamento requestado.

Destarte, o argumento principiológico de que os bens públicos são inalienáveis e impenhoráveis é insuficiente a impedir o bloqueio de verba pública, tendo em vista que diante de um conflito entre princípios, e com base no princípio da proporcionalidade, o direito à saúde, interligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, sobrepõe qualquer restrição legal.

6- CONCLUSÃO

A saúde é um direito social intitulado na Constituição Federativa de 1988 nos artigos 6º e 196, sendo destinado à todos como um dever do Estado, com garantia universal e igualitário. No entanto, quando este direito não é concedido integralmente, faz com que a sociedade procure o poder Judiciário, (ultima ratio) a fim de obter a efetivação deste direito.

Ocorre que não basta ter a declaração do direito, e a imposição de obrigação de cumprimento do que fora decidido, mas a imposição de medidas que sejam consideradas aptas a compelir o Estado a executar a medida. Diante disso, vale demonstrar que para o cumprimento das demandas judiciais da saúde, o meio mais eficaz e mais célere, no intuito de vencer a resistência do erário e dar credibilidade à prestação da justiça é o sub-rogação denominado “Bacen jud”, que na realidade decorre da efetivação de um convênio entre poder judiciário e Banco Central.

O Bloqueio de valores em conta corrente ou outro ativo financeiro pertencente ao Estado (BACEN JUD) é uma medida que tem se tornado mais acessível e mais eficaz a exequibilidade da prestação jurisdicional, neste caso voltado à saúde, apesar de impactar o orçamento público. Sua garantia é mais célere e efetiva, a única forma de salvar uma vida, visto que a determinação do bloqueio judicial já pode ser solicitada a partir do descumprimento de uma decisão ou sentença.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de

medicamentos e parâmetro para a atuação judicial.2007.37 folhas. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> acesso em 18 de abril de 2017

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão Provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.2ª edição. Editora Saraiva,2010

BRASIL. Código de processo civil. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art323

> Acesso em 19 de abril de 2017.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Acórdão/decisão nº:00004059820150751. 2ª câmara especializada cível. Relator: Desembargador Abrahan Lincoln da C.Ramos,Paraíba,2016.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de; VALLE, Caroline; ANSCHAU, Lorena Coser Doano. Análise do impacto das decisões Judiciais sobre o orçamento da União no caso da saúde Pública previsibilidade e contingenciamento dos riscos. Revista Tributária e de finanças públicas, vol.102/2012, p.15-40,

Jan-fev/2012 DTR/212/83.Disponivel em < em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 12 março de 2017.

DIMOULIS, Dimetri. Martins Leonardo. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5ª edição.rev.atual e ampliada-São Paulo:Editora Revista dos Tribunais,2014.

FERREIRA, Marco Aurélio de Carvalho. Contempt of court. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2013. Disponível em < em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n1_2013/pdf/MarcoAurelioCarvalhoFerreira.pdf>. Acesso em: 07 outubro de 2017

GALVÃO, Caio de Souza. O Sistema Bacen Jud no processo de Execução. Direito em ação, Brasília, volume 9, número 1, jul./dez.2012.

GRASSELLI, Odete. Efetividade judicial de direitos sociais. Livro: Direitos Sociais na Constituição de 1988:Uma análise crítica vinte anos depois.

Coordenadores: Cláudio José Montesso, Marco Antônio de Freitas, Maria de Fátima Coelho Borges Stern. São Paulo .Editora LTDA, 2008

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado.18ª edição. rev. atual. e ampl. São Paulo; Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet .Curso de Direito Constitucional. Direitos Sociais, 7ª Edição rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012.

NALINI, Jose Renali. Ética Geral e profissional. 11ª edição. Rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NETO, Manuel de Farias Reis. ALMEIDA, Joyce Gomes de . O direito à saúde e o acesso à justiça. Modos de efetivação da tutela jurisdicional no CPC/2015. Universidade Federal do Tocantins programa de pós-graduação stricto sensu – mestrado profissional em prestação jurisdicional e direitos humanos. Escola Superior da Magistratura Tocantinense.2016

NUNES, Rizzato. O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana. Os princípios constitucionais, 2ª edição rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEMER., Michel. Elementos de Direito Constitucional. 22ª edição. revista e ampliada São Paulo: Malheiros, 2008.

CONSEQUÊNCIA DO NÃO ADIMPLEMENTO DOS AVÓS EM PRESTAR ALIMENTOS AOS NETOS

DANIELA RIBEIRO PEREIRA:
Bacharelada em Direito pela Faculdade
Católica de Tocantins-TO.

ANTÔNIO CÉSAR MELLO(Orientador) [\[1\]](#)

RESUMO: O presente artigo visa à discussão acerca da inadimplência dos avós nas prestações alimentícia aos netos crianças e adolescentes. Sabe-se que as primeiras necessidades básicas de qualquer ser humano logo ao nascer, além do carinho e do amor, é sem dúvidas, a alimentação. Entendesse-se que “alimentos” refere-se às prestações relacionadas à sobrevivência básica da criança e do adolescente. O dever de suprir os alimentos é dos genitores, que são responsáveis pela criação e proteção e, subsidiariamente, dos parentes, unindo os membros do núcleo familiar pelo princípio da solidariedade. Quando os genitores da criança ou do adolescente não tiver condições de cumprir a obrigação alimentar, seja pela falta originária da morte, a falta absoluta ou até mesmo na ausência de pai, ao cumprimento da obrigação alimentícia está obrigação recai para os avós. As decorrências objetivas e subjetivas do descumprimento da obrigação, observando, que a Constituição da República Federativa do Brasil defende que todo ser humano tem o direito de receber todas as necessidades básicas, bem como todo idoso tem o direito de ter sua dignidade garantida, como materialização ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na produção deste artigo utilizou-se o método dedutivo, com estudo doutrinário, artigos científicos e legislação.

Palavras-chave: Obrigação Alimentar. Avós. Prisão Civil. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Princípio da Afetividade.

ABSTRACT: The present article aims at the discussion about the default of the grandparents in the nutritional benefits to the grandchildren children and adolescents. It is known that as the first needs of any human being at birth, besides affection and love, is without doubt, a diet. It should be understood that "food" refers to benefits related to the basic survival of the child and adolescent. The duty to provide for food and foodstuffs, which are created

in the creation and protection, subsidiarily, of the relatives, uniting the family members by the principle of solidarity. When the parents of the child or adolescent are not able to fulfill the obligation of food, due to lack of authorization for payment, absolute lack or even in case of non-payment, compliance with the maintenance obligation is an obligation for the grandparents. As a result, as the Constitution of the Federative Republic of Brazil argues that every human being has the right to receive all the necessities, as well as all the time of the right of his or her guaranteed dignity, as materialization to the principle of the dignity of the human person. In the production of the article the deductive method was used, with doctrinal study, scientific articles and legislation.

Keywords: Food Obligation. Grandparents. Civil Prison. Principle of the Dignity of the Human Person. Principle of Affectivity.

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspecto da Obrigação Alimentícia. 2.1 Obrigação de Prestar Alimentos. 2.2 Das Características da Obrigação Alimentar. 3 Dos Alimentos Avoengos. 3.1 Critérios de Fixação da Obrigação Alimentar Avoenga. 4 Confronto entre o Direito aos Alimentos da Criança/Adolescente e do Idoso. 5 Do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica. 6 Do Princípio Jurídico da Afetividade. 7 Aspectos da Prisão Civil pelo Inadimplemento das Prestação Alimentícias. 8 Considerações Finais. Referências

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, todo e qualquer indivíduo tem direitos e garantias individuais prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nessa linha, o presente artigo tem o objetivo de analisar a responsabilidade alimentar dos avós em prestar alimentos aos netos tal como as consequências do não adimplemento dessas prestações de acordo com o ordenamento brasileiro vigente.

Sabe-se que quando se fala em pensão alimentícia paga pelos avós sendo estes idosos, gera uma certa polêmica dentro do Direito de Família, no Estatuto da Criança e do Adolescente, como no Estatuto do Idoso.

Partindo deste ponto, sabe-se que todos tem o direito de receber todas as suas necessidades básicas, bem como todo idoso tem o direito de ter sua dignidade garantida, principalmente a consequência do não adimplemento das prestações alimentícias pega pelos avós.

Em contrapartida, temos a criança que para crescer e desenvolver necessita de alimentos e para isso depende de sua família, por um longo período. Quando se fala em “alimentos”, no que tange ao Direito, refere-se as prestações relacionadas a sobrevivências básicas da criança, tudo aquilo que é necessário à sua sobrevivência humana. Portanto, primeiramente quem tem o dever de suprir os alimentos é dos genitores, responsáveis pela criação e proteção de seus filhos e, em seguida subsidiariamente, dos parentes, pelo princípio da solidariedade que une os membros do núcleo familiar.

2 ASPECTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA

A Constituição da República Federativa de 1988 promoveu uma transformação na legislação do País ao consagrar no seu texto direitos e garantias individuais de todos os cidadãos brasileiros, sendo garantido por meio do art. 5º caput, a inviolabilidade do direito à vida e a dignidade da pessoa humana, assim foi definido um conjunto de leis acessórias ao texto constitucional, complementando-se a ideia de valorização da pessoa humana com a edição da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, (novo Código Civil).

Sabe-se que o respeito para com o semelhante é a chave para compreensão dos direitos fundamentais, que estão inseridos no ordenamento jurídico (artigos 5º ao 17 da CRFB), sendo o princípio da dignidade da pessoa humana diretamente ligado ao conceito de direitos fundamentais.

Assim, nos dias atuais não se fala em direito sem a ideia de dignidade, tanto na esfera do Direito de Família, como no o Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto do Idoso, garantindo a todos a dignidade da pessoa humana, como o princípio que dá suporte a todos os outros.

Consoante está disposto na Constituição da República Federativa do Brasil que todos têm direito à vida, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à dignidade, o direito à alimentação, o direito à cultura, o direito ao respeito, o direito à convivência familiar, o direito à liberdade.

Assim, a dignidade corresponde a um direito indisponível e inestimável.

No caso em análise aproximar-se especificamente o tema relacionado a netos menores e avós em idêntica situação de vulnerabilidade, principalmente quando fala na possibilidade da prisão civil dos avós pelo não adimplemento das prestações alimentícias.

Tal assunto se manifesta através da polêmica da obrigação subsidiária dos avós de prestar alimentos aos netos, tanto no âmbito jurídico, como social. Tendo o seguinte questionamento quando ao momento em que deverá ser cobrada a pensão alimentícia dos avós, sendo estas pessoas idosas.

Houve grande progresso na legislação com o objetivo de valorizar e proteger tanto o idoso quanto a criança, com medidas específicas direcionadas às condições de cada faixa etária.

Porém, a consequência nasce quando colocamos em polos distintos, com o intuito de satisfazer a necessidades mínimas vitais de cada um.

Conhecendo a importância que têm o valor das questões alimentares e reforçando a importância do amparo material, o legislador inseriu na Constituição da República Federativa de 1988 o dever recíproco de assistência entre pais e filhos, como dispõem o artigo 229 “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidades”.

2.1 OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

Portanto, o Código Civil de 2002, disciplina nos artigos 1.694 a 1.710, estabelecendo a obrigação de prestar alimentos à criança e ao adolescente já que estes não são capazes de prover por conta própria seu sustento, vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação. Constituindo uma obrigação sendo está uma relação jurídica estabelecida de um lado pelo sujeito passivo e de outro um sujeito ativo, tendo como objetivo principal a obrigação negativa ou positiva de dar, fazer ou não fazer, igualando os encargos de tal obrigação entre o homem e a mulher, bem como, sendo a obrigação alimentar de interesse do Estado e da Sociedade.

Tendo o Estado interesse em ver a norma do dever alimentar sendo cumprida.

“O Estado tem interesse direto no cumprimento das normas que impõem a obrigação legal de alimentos, pois a inobservância ao seu comando aumenta o número de pessoas carentes e desprotegidas, que devem, em consequência, ser por ele amparadas”.
(GONÇALVES, Carlos, 2012, p.433)

Nesse sentido, sabe-se que o ser humano nasce totalmente incapaz, necessitando de auxílio de terceiros para sobreviver até que a idade ou a condição social e financeira de prover seu próprio alimento, sem haver dependência.

2.2 DAS CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

O conceito de família ao longo dos anos vem mudando de forma evidente, e com ele também a compreensão de alimentos. É de conhecimento de todos que a família tem um papel fundamental perante a sociedade, sendo seus laços familiares de grande importância não só aos membros da família, mas toda sociedade de um modo geral, pois são os responsáveis pelo afeto, pelo amor, refletindo de forma positiva na sociedade.

Neste contexto, cabe ressaltar o princípio da solidariedade traduzida na responsabilidade recíproca entre membros da família, tendo como dever e amparo, apoio material e moral.

Portanto, o princípio da solidariedade está inserido no núcleo familiar que consiste em pais e filhos, sendo está obrigação alimentar recíproca entre estes, podendo ainda ser estendida aos demais parentes na ordem sucessiva, mas subsidiária e não solidária.

“O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou os parentes. Há “um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou na *caritas*”. (GONÇALVES, Carlos Roberto, 2012, p.433)

O artigo 1.694 estabelece, que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Portanto, os alimentos compreendem tudo aquilo que é estritamente necessário à manutenção da vida de uma pessoa, como a alimentação, os tratamentos de saúde, o vestuário, a habitação, também as necessidades intelectuais e marais, como a educação.

A responsabilidade de amparar aqueles que não podem prover a própria subsistência é obrigação do Estado, e este a transfere às pessoas pertencentes ao mesmo grupo familiar, tendo essas pessoas o dever moral e automaticamente uma obrigação jurídica de prestar auxílios às crianças ou adolescentes.

3 DOS ALIMENTOS AVOENGOS

Quando se fala em obrigação alimentar, logo pensamos no(a) genitor(a) não guardião pagando alimentos ao(s) filho(s) menor(es), mas,

conforme dispõem nos artigos a 1.694 ao 1.710, ante a ausência do(s) genitor(es) ou ainda este(s) tiverem presentes e não ter a condições suficientes de arcar com o valor devido, caberá aos avós complementar ou arcar com tal obrigação, sendo denominada pela doutrina e Tribunais como obrigação avoenga.

Essa obrigação decorre de Lei, existindo uma pretensão legal indicando uma ordem sucessiva para o chamamento ao processo, recaindo está obrigação aos parentes mais próximos em grau e aos mais remotos uns na falta de outros, caracterizando como parentes mais próximos os avós.

A obrigação avoenga consiste no dever dos avós, na prestação de alimentos fornecida aos seus netos frente à impossibilidade financeira dos pais de fazê-lo.

Nesse sentido, o artigo 1.696 do Código Civil, delimita a obrigação dos avós em prestar alimentos, “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Assim, quando se utiliza o termo “falta” considera-se que tanto a falta originária da morte, a falta absoluta ou até mesmo na ausência de pai, ao não cumprimento da obrigação alimentícia. A obrigação recai em primeiro lugar aos parentes mais próximos, passando-se aos mais distantes na faltas destes “deve-se pedir alimentos ao pai ou à mãe; na falta destes, aos avós maternos e paternos; na ausência destes, aos bisavós maternos e paternos”. Vale lembrar, que para pleitear os alimentos somente diante de demonstração da inexistência ou da possibilidade dos genitores de não arcar com o ônus da pensão alimentícia.

Vale ressaltar, que não serão todas as vezes que os avós são chamados para arcarem com o valor total devido, podendo ser chamados de forma complementar a prestação que está sendo paga pelo(a) genitor(a), neste caso os avós irão somente complementar o valor faltante.

Os avós não estarão obrigados a prestar alimentos aos netos diante da presença do devedor principal qual seja o genitor do menor tendo este comprovada condição financeira em suporte os encargos com a sua prole, assim a ação de alimentos não poderá ser promovida contra o ascendente de um grau sem a prova de que o mais próxima não pode satisfazê-la.

Nesse sentido também é o entendimento jurisprudencial conforme ementa colacionada:

AÇÃO DE ALIMENTOS - AÇÃO MOVIDA CONTRA O AVÔ PATERNO – POSSIBILIDADE – ADEQUAÇÃO AO BINÔMIO NECESSIDADE PROPORCIONALIDADE – VERIFICAÇÃO – VALOR ARBITRADO DENTRO DA POSSIBILIDADE DO AVÔ – SENTENÇA MANTIDA. A responsabilidade dos avôs pela prestação de alimentos é subsidiária e complementar aos pais, nos termos do art. 1696 do Código Civil. (AC 10024094797800002 MG; Câmara Cíveis / 1ª Câmara Cível; Publicação: 03/04/2014; Julgamento: 24/03/2014; Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade).

Portanto, os avós não são responsáveis pela subsistência de seus netos, esta responsabilidade são dos genitores da criança ou do adolescente. Mas a busca pela ajuda dos avós é uma medida justa e legal, desde que não acarrete a estes privações e sacrifícios que comprometam sua sobrevivência, como nos casos em que o pai da criança ou do adolescente recusar-se ou ficar impossibilitado de prestar alimentos ao filho.

3.1 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA

Diante disto, sabe-se que os netos menores de idade, sendo estes crianças ou adolescentes, tal como os idosos são protegidos nessa ordem, pela Constituição da República Federativa de 1988 no seu artigo 227, pelo estatuto da Criança do Adolescente, lei nº 8069 de 1990, pelo Art. 230 da

mesma Constituição e pelo Estatuto do Idoso Lei nº 10.741 de 2003, por serem igualmente necessitados.

O critério utilizado para a fixação de pensão alimentícia entre a criança, adolescente e idoso, sendo estes igualmente necessitados, estimula para várias discussões e reflexões, principalmente pelo fato de serem sujeitos de direitos que demandam especial proteção.

Assim, há um compromisso constitucional e social no sentido de garantir o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, bem como de propiciar ao idoso um envelhecimento digno, em homenagem à contribuição que deu ao longo de sua vida, através de experiências transmitidas, trabalho, como dispõe no artigo 20 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).

Em conformidade com os artigos 1.696 e 1.697 do Código Civil, dispõem que entre os parentes a obrigação alimentar tem caráter sucessivo: “somente na falta dos ascendentes é que podem ser chamados os descendentes, e na falta destes podem ser chamado os irmãos”.

Em razão desses artigos, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, d 1º de outubro de 2003), instituiu a solidariedade entre os prestadores de alimentos para os idosos maiores de 60 anos de idade, mas não revogou os mencionados dispositivos do Código Civil. (Estatuto do idoso, Lei nº 10.741, art. 12 “a obrigação alimentar é solidária podendo o idoso optar entre os prestadores”.

Diante disso, fica explícito que os pais tem o dever de atender as necessidades educativas, afetivas e econômicas dos seus filhos, tal como o dever de pagar a pensão alimentícia, sendo subsidiariamente transferida aos avós na hipótese de inadimplemento, ou incapacidade dos pais, assim também por insuficiência de recursos.

Entende-se que a obrigação sucessiva ou subsidiária, no caso de inadimplemento da principal por parte dos pais, deve ser diluída entre os avós paternos e maternos, na proporção de seus recursos, em face da divisibilidade e possibilidade de fracionamento.

No que se refere aos avós idosos deve ter a devida atenção ao requisito possibilidade, para que seja analisado se a sua sobrevivência poderia ficar comprometida, não podendo esquecer que do mesmo modo que a criança ou adolescentes fossem se encontrar em estado de vulnerabilidade, não pode esquecer da condição de necessidade do avós, para assim ser analisado o princípio do melhor interesse da criança.

“Quer atentando ao princípio da isonomia, que não permite tratamento desigualitário entre iguais, quer em respeito à dignidade da pessoa humana, dogma maior do sistema jurídico, é imperioso igualar direitos e garantias assegurados a todos que merecem tratamento diferenciado. Menores de idade, sem condições de prover o próprio sustento, são, em tudo, equiparáveis aos idosos”. (LÔBO, Paulo, 2012, p. 509)

Assim sendo, só será cabível obrigação alimentar por parte dos avós somente nos casos em que os genitores possuam impossibilidade absoluta de cumprir com o dever de alimentar os descendentes e até mesmo na ausência destes pais.

Não se pode confundir a dívida alimentar decorrente de poder familiar, com a dívida alimentar oriunda do parentesco, devendo ainda ser fixados na proporção das necessidades do reclamante que é disciplinada pelo artigo 1.694 do Código Civil/2002: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. O instituto dos alimentos garante a subsistência, como alimentação, vestuário, saúde, habitação, educação etc.

“Quando se pretende identificar como alimentos aquilo que é estritamente necessário para a manutenção da vida de uma pessoa, compreendendo tão-somente a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação, nos limites assim do *necessarium* vitae,

diz-se que são alimentos naturais; todavia, se abrangentes de outras necessidades, intelectuais e morais, inclusive recreação do beneficiário, compreendendo assim o *necessarium* personae e fixados segundo a qualidade do alimentando e os deveres da pessoa obrigada, diz-se que são alimentos civil”. (CAHALI, Yussef Said, 2009, p. 18)

Portanto, quando utiliza o termo a obrigação subsidiária dos avós em prestar alimentos aos netos, que diz que será subsidiária quando os pais da criança ou do adolescente forem ausentes seja por morte ou quando estes não tiverem condições de sustentar seus filhos, tendo essas condições que serem provadas para que a obrigação seja passada para os avós.

4 CONFRONTO ENTRE O DIREITO AOS ALIMENTOS DA CRIANÇA/ADOLESCENTE E DO IDOSO

Importante mencionar, que a Constituição da República Federativa de 1988 em seu artigo 230, dispõem sobre a obrigação da família para com o idoso, “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

A Lei 10.741/2003, em seu artigo 1º, dispõe que o “idoso é todo ser humano que atinge os seus 60 (sessenta) anos de idade”. Ainda na lei citada acima, conhecida como O estatuto do idoso, em seu art. 11, dispõe o direito do alimentos ao idoso na forma da lei civil, tendo como base o princípio da solidariedade, caracterizando como pressuposto a presença de vínculos afetivos entre os próprios parentes.

Todos têm conhecimento que a Terceira Idade é hoje tratada com muito mais respeito e atenção do que há anos atrás e vem se valorizando a cada dia a razão ao princípio da dignidade da pessoa jurídica.

Portanto, tanto o Idoso como a Criança e ao adolescente se encontrar em situação de vulnerabilidade, ambos sujeitos de direitos, não somente merecem atenção especial da família e do Estado, como também

devem obter soluções justas na esfera judicial, quando está em conflito de interesses.

5 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Vale frisar que, para que haja a obrigação decorrente da relação de parentes uns dos elementos essenciais e relevantes é o princípio da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade social e familiar, para que nasça a obrigação de prestar alimentos, no caso estudo, tem-se a criança e ao adolescente e os avós idosos em situação igual de necessidade.

A obrigação dos avós em prestar alimentos aos netos tem que ser analisada para que não acarrete privações e sacrifícios para a sua sobrevivência.

O princípio da solidariedade é um dever moral e ético, disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que tem por objetivo amparar aquele que encontra-se em situação de fragilidade tanto na fase da infância e adolescência, como preceitua o ECA, quanto na fase da velhice, conforme previsão do Estatuto do Idoso.

6 DO PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE

O princípio jurídico da afetividade reúne os princípios da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade e se entrelaçam com os princípios da convivência familiar e da igualdade dos cônjuges.

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família". (LÔBO, Paulo, 2012, p. 71)

O princípio da afetividade está implícito na Constituição da República, para tanto encontram-se os fundamentos essenciais do princípio da afetividade, como se demonstra pela evolução social da família brasileira.

Este princípio fundamenta as relações interpessoais e do direito de família nas relações socioafetivas de caráter patrimonial ou biológico. Assim não pode confundir a afetividade como princípio jurídico, com o afeto, como fato psicológico, mas quando este princípio faltar na realidade das relações, como a relação de afetividade sendo este um dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

“O dever de assistência, que é desdobramento do princípio jurídico da afetividade (e do princípio fundamental da solidariedade que perpassa ambos), pode projetar seus efeitos para além da convivência, como a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre intimidade e a vida privada”. (LÔBO, Paulo, 2012, p.72)

Portanto, a força determinante da afetividade, como elemento essencial de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, as vezes desnecessárias a intervenção do legislador, sendo este princípio indicador das melhores soluções de conflitos familiares.

7 ASPECTOS DA PRISÃO CIVIL PELO INADIMPLEMENTO DAS PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIAS

Outro ponto de grande discursão são devidos as medidas aplicadas para o efetivo cumprimento da obrigação, tem-se assim a prisão civil, sendo está uma medida coatora, uma forma de forçar um parente a efetuar o pagamento da pensão a outro parente, é exatamente por esse caráter coercitivo que não poderá ser decretada a prisão civil duas vezes pela mesma dívida.

Para reclamar da falta de pagamento das prestações alimentícias tem-se o momento em que são reclamadas classificando-se em pretéritas, atuais e futuros.

“Quando ao *momento em que são reclamados*, os alimentos classificam-se em pretéritas, atuais e futuros. São *pretéritas* quando o pedido retroage a período anterior ao ajuizamento da ação; as *atuais*, os postulados a partir do ajuizamento; e *futuros*, os alimentos devidos somente a partir da sentença. Ainda segundo a doutrina, o direito brasileiro só admite os alimentos atuais e os futuros. Os pretéritos, refere-se a um período anterior à propositura da ação, não devidos. Se o alimentando, bem ou mal, conseguiu sobreviver sem auxílio do alimentante, não pode pretender o pagamento de alimentos relativos ao passado (*in praeteritum non vivitur*)”. (GONÇALVES, Carlos Roberto, 2012, p. 438).

A prisão civil diferentemente da prisão penal, não possui caráter de pena, mas um meio de coerção utilizado pela jurisdição civil, tendo como objetivo forçar o devedor a cumprir as prestações alimentícia, para tanto a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso LXVII, permiti a prisão civil pelo inadimplemento da pensão alimentícia.

Desse modo, para que esta medida seja utilizada, possui procedimentos a serem ajuizadas as ações, tendo uma como rito o artigo 528 §3º do Novo Código de Processo Civil/2015, quando se tem sentença que disponha da obrigação de prestar alimentos deverá proceder pelo cumprimento de sentença por título judicial que condene ao pagamento de prestações alimentícias ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, devendo ser promovida nos mesmo autos da ação de alimentos, assim dispensa a propositura de uma nova demanda e apartada etapa processual, tendo o objetivo de cobrar o débito alimentar deverá proceder pelo rito da prisão.

A execução de alimentos por título extrajudicial “que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3(três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo”, se for mediante ação judicial com a finalidade de cobrar as prestações alimentícia será pelo rito da prisão prevista no artigo 911 do Código Processo Civil/15, sendo necessário um processo executório autônomo.

E pelo rito da expropriação quando havendo o débito de parcelas anteriores e atuais que já passaram pelo rito da prisão, mas restando infrutífera, ou seja, restando frustrada a via pelo rito da prisão, podendo ocorrer a transferência de bens do patrimônio do executado, independentemente de sua vontade, havendo assim a satisfação do débito pelo expropriação.

Portanto o procedimento da expropriação pode ser: por título executivo extrajudicial prevista no artigo 913 do Código Processo Civil/15 e por cumprimento de sentença ou decisão interlocutória para cobrar o débito alimentar previsto no artigo 530 do Código Processo Civil/15.

Têm os tribunais entendido que a prisão civil somente poderá ser imposta para compelir o alimentante a suprir as necessidades atuais do alimentante, representados pelas três últimas prestações, devendo as pretéritas ser cobradas em procedimento próprio.

Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INCLUSÃO DOS AVÓS PATERNOS NO POLO PASSIVO DA AÇÃO. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. OBRIGAÇÃO DIVISÍVEL E NÃO SOLIDÁRIA. A obrigação alimentar avoenga é subsidiária ou complementar à prestação alimentar devida pelos genitores aos filhos, facultado ao alimentando ajuizar a demanda contra um ou mais de um devedor. Trata-se de litisconsórcio facultativo e não obrigatório. Art.

1.696 do Código Civil. Ação de execução ajuizada contra o genitor. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento Nº 70064445166, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 26/08/2015). (grifo nosso)

Assim para a fixação da obrigação de prestar alimentos a criança e ao adolescente faz-se necessária a comprovação da impossibilidade dos genitores em arcar parcialmente ou integralmente com o sustento de seus filhos. Desta forma, uma vez fixada a pensão alimentícia a ser paga pelos avós, em regra estes estão sujeitos à ser decretada a prisão civil caso não haja adimplementos dessas prestações, na mesma forma que os demais devedores de pensão alimentícia.

Assim, o Senado Federal apresentou um projeto de Lei nº 151/2012, tendo como objetivo impedir que ocorresse a prisão civil dos idosos por inadimplemento da prestação alimentícia. Este projeto tem o intuito acrescentar o inciso VIII, ao parágrafo primeiro do artigo 10º da Lei 10.741/2003 no Estatuto do Idoso e o parágrafo quarto ao artigo 19 da Lei 5.478/68 na Lei de Ação de Alimentos.

Diante disso, o Senador Paulo Paim, afirmou ao apresentar o projeto de Lei nº 151/2012 que:

“Este projeto tem por objetivo impedir a prisão do idoso devedor de alimentos. Por causa da inadimplência do filho, o avô idoso acaba sendo preso para o pagamento de alimentos ao neto. A verdade é que muitos idosos são presos civilmente por causa da irresponsabilidade alheia. Não é certo que pessoas de saúde frágil, com grandes gastos com medicamentos, médicos e hospitais, sejam submetidas a esse tipo de humilhação, ainda mais nesta fase da vida. Conquanto seja legítimo o direito do menor de cobrar alimentos dos seus ascendentes (pais e avós), essa obrigação civil não deve chegar

ao ponto de constranger o idoso com a ameaça de prisão. Por essas razões, esperamos que a iniciativa venha a merecer o acolhimento dos nossos ilustres pares”.

A prisão civil é uma medida extrema, e não decretada senão após outras tentativas de recebimento das prestações devidas, não sendo a prisão uma punição, mas sim uma forma de coação.

Se tratando da prisão civil dos avós pelo não adimplemento é uma medida extrema os devedores da prestação, por tratarem-se de regra pessoa de idade avançada.

Atualmente há vários casos de prisão civil dos avós pelo não adimplemento mostrando sendo uma decisão extrema por se trata de idoso, pessoas que deveria contribuir de forma complementar e subsidiária.

Consoante notícia publicada no site do G1 na página do Bom Dia Brasil, edição do dia 20/02/2015, relata o caso de uma “ídosa que estava presa por deixar de pagar pensão alimentícia dos netos no estado da Bahia”, segue fato citado abaixo:

Ocorre que, a Justiça passou a obrigação à avó Dona Benedita Conceição dos Santos, com 61 (sessenta e um) anos de idade, em razão que na época o filho dela estava desempregado, desta forma inseriu a avó como uma forma subsidiária. Assim a avó Dona Benedita ficou desempregada e não teve como pagar a pensão para os dois netos, o que ocasionou sua prisão civil pelo não adimplemento das prestações alimentícias e que a dívida era de aproximadamente R\$4,5 mil (quatro mil e cinquenta reais).

Vale ressaltar, que na reportagem, relata que a Idosa era trabalhadora rural, morava com seu companheiro que na época tinha 79 (setenta e nove) anos de idade, ou seja, demonstra que levavam uma vida simples e, muitas das vezes por morarem na zona rural não tinha conhecimentos das consequências do não adimplemento, sendo sempre

aferido à luz do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, fato este que causa grande transtorno para a idosa.

Conforme notícia publicada no site do G1 pela página do Bom Dia Brasil, edição do dia 25/11/2015 às 17h02min, relatando o seguinte caso:

Uma idosa de 80 (oitenta) anos de idade foi presa em Quixadá no interior do estado do Ceará, pelo fato do filho ter atrasado os prestações da pensão alimentícia ao neto. Assim consoante a publicação da notícia a Idosa desmaiou após receber o mandado de prisão, relata ainda que a Idosa que a renda é somente de sua aposentadoria, não tendo condições de pagar o valor das prestações.

Conforme exemplos dos casos acima citados, entende-se que a obrigação avoenga poderá ser pleiteada, pois está prevista em lei, levando em consideração à necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante, mas resta claro que deve haver um limite para esta obrigação, não prejudicando os avós tendo em vista uma obrigação subsidiária, e não a obrigação de pagar o valor integral de pensão alimentícia aos netos contribuindo na forma do limite de cada condição, sem prejudicar as necessidades básicas para a subsistência dos idosos.

A responsabilidade dos avós em prestar alimentos aos netos não é uma regra, ponderando-se na necessidade do alimentado e a possibilidade dos avós, não devendo sacrificar os mesmos por capricho dos pais que não comprovam a dificuldade de manter e sustentar os seus filhos, e nem determinando um valor injusto.

É de conhecimento que no que tange a obrigação avoenga, tanto o Idoso como a criança fazem jus a um tratamento especial, já que são protegidos pelos seus respectivos estatutos.

A relação entre os netos e os avós, tendo este tratamento legislativo diferenciado, os avós por recair a obrigação de complementação, com caráter subsidiário, em razão de ambos serem necessitados. Por este fato, quando os alimentos são relacionados aos pais e avós, a obrigação torna-

se solidária e os avós se encontram em uma situação que estão impossibilitados de prover o seu próprio sustento.

No que se refere a prisão civil muitos julgadores escolhem pela prisão do devedor por uma forma mais eficaz de efetivar as prestações vencidas da pensão alimentícia, porém deve-se lembrar que a maioria estão na categoria “terceira idade”, sendo esta medida extrema, agride a dignidade dos avós, como psicológicas.

Partindo de todos esses pontos, existem outros meios coercitivos, que podem ser tão eficazes obrigando assim o devedor inadimplente a cumprir esta obrigação. Uma medida cabível seria a previsão da multa diária que se denomina como astreintes, podendo ser uma multa diária, ou em quota única, sendo uma sanção pecuniária, no artigo 537 do Código de Processo Civil, imposta assim ao devedor que não está cumprindo

Conforme estabelece o artigo 537 no novo Código Processo Civil que as multas em casos de descumprimento (astreintes), diz o seguinte:

“A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito”.

A astreintes é uma multa que possui caráter coercitivo de indenização por perdas e danos, não se caracterizando por ser uma função punitiva, causando assim grande abalo psicológico ao Idoso, mas sim um caráter de coerção, devendo haver a ponderação.

Assim conforme todo o exposto, a criança e o Idoso estão em polos opostos na vida e, por este motivo têm muito em comum, ressalta-se que a criança, o adolescente e o idoso merecem tratamento diferenciado, em razão de que as crianças não tem maturidade, enquanto que os idosos ganham em sabedoria, experiência, ao tempo em que perde, em debilidade física ou mental.

A criança e ao adolescente, como já dito anteriormente recebem especial proteção constitucional sendo considerados sujeitos de direito fundamentais, com amparo da sociedade, do Estado e da família, com o intuito de garantir o princípio de seu melhor interesse, cujos direitos fundamentais encontram-se previstos no art. 227 da Constituição da República Federativa de 1988.

Portanto quando se fala na questão da pensão alimentícia, surgem inúmeros questionamentos pelo fato da criança e do adolescente e do Idoso de serem igualmente necessitados. Enquanto um necessita de proteção por estarem em desenvolvimento e os Idosos pela situação de fragilidade decorrente da Idade.

Evidente, portanto, que os avós poderão ser acionados ao pagamento de verba alimentar, desde que não sofram prejuízos no seu sustento e na sua vida, que deverá ser digna como lhes assegura a lei.

Assim os menores e os idosos são sujeitos de direito, titulares de direitos juridicamente protegidos, merecem a atenção do Estado e da Criança e do Adolescente, como também devem obter soluções justas na esfera judicial, diante da ocorrência de conflito de interesse.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da dignidade da pessoa humana é visto e interpretado como algo absoluto que está ligado à esfera íntima do indivíduo. Por isso, a grande dificuldade em conceituá-lo.

Pelo critério da ponderação de princípios sob a ótica da importância em reconhecer a igual necessidade que os idosos, com a necessidades da criança e do adolescente, faz com que seja possível a ponderação quando se fala do inadimplemento dos avós em pagar as prestações alimentícias aos netos, sendo estes igualmente necessitados. Enquanto um necessita de proteção por estarem em desenvolvimento e os Idosos pela situação de fragilidade decorrente da Idade.

Evidente, portanto, que os avós poderão ser acionados ao pagamento de verba alimentar, desde que não sofram prejuízos no seu sustento e na sua vida, que deverá ser digna como lhes assegura a lei.

Assim os menores e os idosos são sujeitos de direito, titulares de direitos juridicamente protegidos, merecem a atenção do Estado e da Criança e do Adolescente, como também devem obter soluções justas na esfera judicial, diante da ocorrência de conflito de interesse.

REFERÊNCIAS

ATIVIDADE LEGISLATIVA. Senado Federal, Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105506>>. Acesso em 26 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988): **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____, Lei 10.406/2002, **Código Civil**.

BOM DIA BRASIL. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/02/idoso-esta-preso-por-deixar-de-pagar-pensao-alimenticia-dos-netos-na-bahia.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

BOM DIA BRASIL. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2015/11/filho-nao-paga-pensao-e-idosa-de-80-anos-e-preso-em-quixada-no-ceara.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4 ed. rev., ampl. e atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LAKATOS, E. M.; MERCONI, M. A. Metodologia científica. São Paulo: Atlas, 1999.

LÔBO, Paulo, **Direito Civil Famílias**, 4ª ed. Saraiva, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9ª ed. V. único. São Paulo: Método, 2017.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 26 ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2001.

[1] Bacharel em Direito pela Unirriter, Especialista em Direito e Estado pela UNIVALE, Mestre em Ciências do Ambiente pela UFT e Doutor pela PUC Minas. Professor da Faculdade Católica do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas.

DINÂMICA DO DIREITO E PARTICIPAÇÃO ATIVA DO JUDICIÁRIO NO CASO DA UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO

LORENA RODRIGUES LISBOA:
Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Brasília.

Resumo: A existência de um direito capaz de moldar-se às demandas da sociedade, somada a uma ampla diversidade interpretativa, por parte de um Judiciário ativista, que atua em prol da atualização das normas frente à mudança paradigmática que rege a sociedade, torna imprescindível o estabelecimento de limites ao direito, com base em princípios, ética e preceitos fundamentais. Assim, florescem decisões do Judiciário, no âmbito global, fundadas em um direito de tessitura aberta e limites contidos nos princípios e direitos fundamentais e não, unicamente, no ordenamento positivado. Este, muitas vezes, encontra-se defasado frente às demandas e evolução da sociedade, impedindo avanços importantes. Neste contexto, é indiscutível a necessidade da existência de um direito inovador, capaz de recepcionar as conquistas da sociedade e moldar suas novas características.

Palavras-chave: Interpretação. Judiciário. Princípios. Direito.

Abstract: *The existence of a right capable to shape up to the demands of society, coupled with a broad interpretative diversity, by an activist Judiciary, who acts for the sake of updating forward rules to the paradigm shift that governs society, necessitates the establishment of limits to the rights, based on principles, ethics and fundamental rights. Given this fact, flourish court decisions, at the global level, based on a right with open tessitura and limits contained in the fundamental principles and rights and not only in the established order. This often is outdated against the demands and changes in society, preventing important advances. In this context, the is undisputable the existence of an innovative law, able to welcome the achievement of society and shaping their new features.*

Introdução

O conceito de direito, desde os primórdios, tem gerado uma discussão interminável. Muito se debate sobre sua abertura e ampla capacidade de interagir com áreas distintas do conhecimento, alargando as possibilidades interpretativas e agregando matérias, conteúdos e ideias não propriamente jurídicos, mas que são de grande valia para o desenvolvimento e satisfação social.

As teorias de interdisciplinaridade abrem caminho e ampliam os horizontes das teorias estáticas do direito. Mesmo diante da grande dificuldade de operacionalização dessas ideias, não deixa de ser visível seu caráter inovador e imprescindível para a criação de um direito atualizado e capaz de reger as sociedades contemporâneas. Em todos os campos do conhecimento existe uma tendência de imperialismo e manutenção da autonomia disciplinar, como defendido por Marcelo Neves em sua participação no livro “Crítica à Dogmática”, interferindo diretamente no direito e em sua eficácia prática^[1].

O debate acerca da ampla diversidade de interpretação que o direito abarca é inevitável diante de uma sociedade altamente mutável. Além da possibilidade de criação de uma nova norma por parte do judiciário, sem abandonar, de maneira nenhuma, preceitos imprescindíveis, como os princípios e os direitos fundamentais

Desenvolvimento

A separação dos Poderes nasceu com o objetivo de desconcentrar o poder, retirando-o das mãos de uma única pessoa e subdividindo-o de acordo com suas funções. O Poder Legislativo, por muito tempo, foi tido como o Poder mais influente e com maior capacidade de interferência e mudança social. O Judiciário passou, entretanto, por um grande desenvolvimento e encontra-se, nos tempos hodiernos, na posição de predomínio, como expresso por Rogério Bastos Arantes:

O Judiciário conheceu forte expansão na segunda metade do século XX, transformando-se em instância de solução de conflitos coletivos e sociais e de implementação de direitos orientados pelo

valor da igualdade e não só pelo valor da liberdade. (ARANTES, 1997)

Atualmente o Judiciário é responsável pela aplicação de uma norma ao caso concreto, capaz de solucionar conflitos e julgar as matérias geradoras de contradições com o ordenamento vigente. O que muito se teme, entretanto, é a capacidade interpretativa que o Judiciário adquiriu, de forma que tem se distanciado de precedentes e gerando instabilidade em relação ao mínimo de previsibilidade que o ser humano exige em suas relações sociais.

Existe um paradoxo que se estabelece de forma bastante latente na discussão acerca da legitimidade interpretativa do Judiciário. Por um lado, entende-se que ele deve se ater às normas positivadas, de maneira que não aplique juízo de valor ou uma interpretação completamente subjetiva. Tal ponto de vista se exemplifica nas diversas críticas que foram feitas em relação ao novo Código de Processo Civil, que passou a vigorar no dia 17 de março de 2016, em especial ao seu artigo 486, parágrafo 2º. Este fornece ao juiz a possibilidade de fazer ponderações sobre qual norma deve prevalecer diante de um conflito, atribuindo caráter subjetivo e dando margem a um possível abuso de poder, conforme descrito em sua íntegra:

No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (*Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*)

Em contrapartida, existe o posicionamento a favor da interpretação do juiz e, a partir dela, a renovação normativa e sua adequação à realidade vigente, além de sua relativa liberdade. Ronald Dworkin, por exemplo, acredita que nenhum juiz é capaz de decidir de forma completamente neutra, devido à inevitabilidade hermenêutica, de forma que todo ser humano é dotado de preconceções e expectativas, que acabam por orientar as decisões. Em sua teoria, os princípios devem ser base do direito, sempre orientando os juízes e direcionando suas decisões. (DWORKIN, 1999, p. 55-108)

Roberto Lyra Filho, em seu livro “*O que é Direito*” traz a ideia do direito não poder estar preso apenas ao que está positivado, o que incorreria em um erro tácito sobre o conceito de direito, sua aplicabilidade e função fundamental. Nas palavras de Lyra Filho expressa-se de forma metafórica a percepção errônea que se tem do direito:

Se o Direito é reduzido à pura legalidade, já representa a dominação ilegítima, por força desta mesma suposta identidade; e este “Direito” passa, então, das normas estatais, castrado, morto e embalsamado, para o necrotério duma pseudociência, que os juristas conservadores, não à toa, chamam de “dogmática”. Uma ciência verdadeira, entretanto, não pode fundar-se em “dogmas”, que divinizam as normas do Estado (...). (LYRA FILHO, 1982)

A instabilidade do direito é fruto da modernidade. Na antiguidade, a base do direito se dava nos fixos costumes e tradições supremas e regedoras da sociedade, que não eram passíveis de serem contestadas, agregando caráter estável e praticamente imutável. Com o advento da modernidade, cresce a decepção com o direito por sua grande instabilidade, de forma que se passa a acreditar que o direito se resume ao que a autoridade deseja que ele seja.

Essa ideia encontra-se, entretanto, obsoleta. A lei posta não consegue acompanhar todo o desenvolvimento social e suas novas facetas, caindo, muitas vezes, em desuso e não sendo mais aplicável aos casos concretos. Tal ponto de vista está, ainda, muito bem expresso nas palavras de Francesco Ferrara:

O juiz é o intermediário entre a norma e a vida: é o instrumento vivo que transforma a regulamentação típica imposta pelo legislador na regulamentação individual das relações dos particulares. (FERRARA, 1963)

Vale ressaltar que o juiz não está acima da lei, por mais que ele tenha de fazer uma interpretação extensiva da norma, de forma que ela se adeque às reais conjunturas vigentes. Ele não deve fazê-lo de forma arbitrária, desmedida ou sem um fundamento concreto. Ponto este,

também, ressaltado por Ferrara em sua obra “*Interpretação e Aplicação das Leis*”: “A interpretação deve ser objetiva, equilibrada, sem paixão, arrojada por vezes, mas não revolucionária, aguda, mas sempre respeitadora da lei.” (FERRARA, 1963)

Diversos acontecimentos atuais exemplificam claramente o descompasso nítido entre a renovação da norma e da sociedade, de forma que a segunda encontra-se sempre um passo à frente da primeira. Na decisão de afastar o presidente da Câmara, Eduardo Cunha, de suas funções inerentes ao mandato parlamentar e do cargo de Presidente da Câmara, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Teori Zavascki, utilizou-se de uma série de analogias e interpretações, dado que não poderia ele, jamais, cassar o mandato do deputado, por ser esta uma atribuição constitucional e exclusiva do Poder Legislativo.

Tal medida fez-se necessária frente às demandas populares em face dos desmandos cometidos pelo então presidente da Casa do povo, que vinha, sistematicamente, descumprindo institutos constitucionais, ao obstruir o processo de sua cassação no Conselho de Ética da Câmara, por interferir no processo de impeachment da presidenta Dilma Rousseff, e por conduzir as votações de acordo com o seu interesse, entre outras manobras contrárias ao Regimento Interno e à Constituição. Diante destes fatos, adotou-se uma solução interpretativa e extensiva das normas, de maneira que não está estabelecido constitucionalmente a impossibilidade de um vice-presidente da República assumir cargo de Presidente, sendo réu em processo criminal junto ao STF.

Outro exemplo, em que se faz nítida a interpretação extensiva do Judiciário, está no julgamento, pelo STF em maio de 2011, em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, dispunham sobre os direitos relativos à união homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico.

A decisão, por unanimidade, reconheceu a constitucionalidade da união, baseando-se em diversos preceitos fundamentais garantidos pela

Constituição Federal (CF), como liberdade, igualdade perante a lei, dignidade da pessoa humana, além da proibição da prática do preconceito e da discriminação e das garantias da vida privada, que asseguram a livre escolha da orientação sexual. De acordo com o ministro relator, Ayres Britto, “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, sendo qualquer menosprezo em relação ao casamento civil homoafetivo inconstitucional, por ferir o artigo 3º da Constituição Federal, em seu inciso IV. Este teve seu entendimento compartilhado pelos demais ministros.

Por mais que não estivesse positivado ou escrito de forma explícita na Constituição as possibilidades de variação de um meio familiar, o STF estendeu sua interpretação de forma que os direitos assegurados a um casal heteroafetivo devem, também, ser aplicados aos casais homoafetivos. Dessa maneira, atende-se mais uma vez às demandas sociais que surgiram no encaixo da modernidade e de constante alteração de paradigmas de uma sociedade, sempre preservando os direitos naturais e fundamentais de cada indivíduo.

Neste diapasão, nenhum texto é capaz de antever todas as possibilidades que advirão das sociedades mutantes, impossibilitando-nos de discursar acerca da tentativa de prever a intenção do legislador, como prega Ferrara:

A lei é um texto impresso, rígido e mudo. Não se pode falar misticamente de uma *vontade da lei*, porque a lei não quer nem pensa, e somos nós que pensamos e queremos atribuir-lhe um conteúdo intelectual. Tanto menos se pode falar duma *vontade do legislador*, que nos modernos estados constitucionais, com a pluralidade dos fatores que participam na legislação, é puramente fantástico. (FERRARA, 1963)

A teoria do Direito Achado na Rua, tendo suas bases em Roberto Lyra Filho, traz uma visão bastante pertinente, de forma que inicia um estudo acerca da implementação das vontades e necessidades das sociedades vigentes como um imprescindível pilar para a construção das normas e sua aplicação. Tal teoria leva em conta de forma nítida conceitos

sociológicos, como o de Ferdinand Lassale, que considera a eficácia social das leis como o quesito mais importante da Constituição, principal fundamentação do direito positivado. Lassale entende que a essência da Constituição encontra-se na união dos fatores reais de poder, que refletem diretamente as forças sociais.^[2]

Diante da permanente alteração social não cabe um direito inalterável e estático. Este deve renovar-se junto com os indivíduos a quem subordina, sendo capaz de executar seu papel original, que varia entre a garantia dos direitos fundamentais e uma organização estatal condizente com o tempo presente, sempre presando pelo bem-estar social. Além de se considerar a adequação social como o preceito intrínseco à aplicação do direito, deve-se fazê-la de forma a garantir os direitos fundamentais, a ética e a integridade no direito.

Conclusão

A grande variabilidade interpretativa do direito deságua em um mar de incertezas jurídicas, por abrir de forma bastante ampla as possibilidades de decisão e aplicação do direito. A participação ativa e inovadora do Judiciário vai ser a maior e mais perigosa fonte da renovação do direito. As decisões do STF vêm, em prol da justiça, se fazer valer não só pelo que está escrito e positivado pela Constituição Federal, mas, também, pelas análises extensivas deste texto, levando em conta os princípios e a evolução social.

O texto constitucional possui brechas que devem ser solucionadas a luz da Constituição que as contém, visto que a mesma possui cláusulas fundamentais e superiores que regem as outras. A interpretação de família, homem e mulher, não deve ser literal, e sim se moldar aos novos valores e paradigmas que constituem o novo tempo. “Cada preceito do Direito Privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz de seu espírito”, como muito bem descrito em uma decisão da Corte Constitucional alemã. Hoje as uniões homoafetivas gozam dos mesmos direitos gozados pelas heteroafetivas, como o recebimento de pensão alimentícia e acesso a herança do companheiro.

Além de possibilitar a inclusão como dependentes no plano de saúde, prezando sempre pelo preceito fundamental de igualdade e justiça.

Referências

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. Educational BookPublishers, 1997.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. Relator: Ministro Ayres Britto. DF, 05 maio. 2011.

BRASIL. *Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*.

BRASIL. Constituição Federal. 1988.

DWORKIN, Ronald M. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Rev. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades públicas**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Rev. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. 2ª edição. Coimbra: Arménio Amado, 1987 (1963).

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Trad. Walter Stonner. Editora Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2001.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. Editora Brasiliense. São Paulo. 1982.

Em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-12/cpc-permite-abusos-interpretativos-juiz-dizem-advogados>> Acesso em: 11 de junho de 2016.

Em: <<http://justificando.com/2015/11/02/o-direito-achado-na-rua-concepcao-e-pratica/>>

Acesso em: 11 de junho de 2016.

NOTAS:

[1] NEVES, Marcelo. Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais. **Revista do Instituto de hermenêutica Jurídica, Porto Alegre**, v. 1, n. 3, 2005.

[2] LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Trad. Walter Stonner. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2001.

INTRODUÇÃO CONCEITUAL: RESPONSABILIDADE CIVIL

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO: Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Resumo: O presente artigo tem como propósito apresentar o conceito, características, elementos e demais pontos relevantes da Responsabilidade Civil. Embasado pela doutrina, jurisprudência e demonstrando a sua aplicabilidade, através de exemplificações que nos remetem a casos cotidianos de nossa sociedade.

Palavras Chave: responsabilidade civil; código civil; doutrina; jurisprudência

Abstract: The purpose of this article is to present the concept, characteristics, elements and other relevant points of Civil Responsibility. Based on the doctrine, jurisprudence and demonstrating its applicability, through examples that refer us to everyday cases in our society.

Keywords: civil responsibility; civil Code; doctrine; jurisprudence

Introdução

Na vida em sociedade toda atividade que prejudique a outro membro acarreta em um determinado desequilíbrio.

Tal atividade prejudicial pode acarretar prejuízos materiais e morais, portanto, a fim de retomar o equilíbrio harmônico social o autor do dano deve reparar o mal causado.

O dever moral ou jurídico de reparar o dano causado, restaurando o equilíbrio social, de imediato, nos transmite o conceito de responsabilidade, ou seja, o dever de arcar, de se responsabilizar por determinado comportamento ou ação.

No convívio social, em um Estado de Direito, passamos a ter normas de conduta e, com isso, deveres e direitos. Ao infringir o direito de outro, através de um ato ilícito^[1], causando dano material ou moral, resta ao causador do dano arcar com os deveres instituídos e regidos pela legislação de determinada sociedade, eis o surgimento da Responsabilidade Civil.

1. Da responsabilidade civil

Diante do exposto, definimos Responsabilidade Civil como sendo a obrigatoriedade de reparar dano material ou moral, causado a outro em decorrência da prática de um ato ilícito.

Conforme os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves: “A responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo”^[2]

A Responsabilidade Civil pode se dar de duas formas: contratual e extracontratual ou aquiliana. Abordaremos aqui a forma extracontratual, visto que, cabe a esfera das Obrigações (Parte Especial, Livro I do Código Civil 2002) o aprofundamento sobre o tema.

O art. 186 do Código Civil dispõe que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Considera-se ato ilícito, fato jurídico em sentido amplo, o ato contrário ao disposto na legislação do ordenamento jurídico. Produzindo, desta forma, efeito jurídico imposto pela lei.

1.2. Abuso de direito

Disposto no artigo 187 do Código Civil de 2002, tem-se: *“Também comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelos seus fins econômicos ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*.

O abuso de direito, vislumbra e abrange a questão social, um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, conforme disposto em nossa Lei Maior.

Ao que se refere ao conceito de abuso de direito, com brilhantismo Rubens Limongi França define: “[...]ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”.^[3]

A natureza jurídica do abuso do direito, em nossa perspectiva, como na da maioria dos doutrinadores, é objetiva. A fim de esclarecer tal perspectiva apresentamos, como exemplificação, o artigo 37 §2º do Código de Defesa do Consumidor que faz referência a publicidade abusiva, conforme segue transcrição:

§ 2.º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.^[4]

Com intuito de alicerçar o entendimento da natureza objetiva do abuso do direito, em conformidade com a exemplificação apresentada, cabe expor o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ação civil pública – Publicidade abusiva – Propaganda de tênis veiculada pela TV – Utilização da empatia da apresentadora – Induzimento das crianças a adotarem o comportamento da apresentadora destruindo tênis usados para que seus

pais comprassem novos, da marca sugerida – Ofensa ao art. 37, § 2.º, do CDC – Sentença condenatória proibindo a veiculação e impondo encargo de contrapropaganda e multa pelo descumprimento da condenação – Contrapropaganda que se tornou inócua ante o tempo já decorrido desde a suspensão da mensagem – Recurso provido parcialmente.[\[5\]](#)

Introduzindo outro exemplo interessante de abuso de direito, apontado por Maria Helena Diniz, temos:

[...]se o credor requerer maliciosamente arresto de bens que sabia não serem pertencentes ao devedor, mas a terceiros, está agindo no exercício irregular de direito (*RT* 127/175). O mesmo se diga se requerer a busca e apreensão sem necessidade, pois se trata de medida grave, que se realiza excepcionalmente, logo, se for desnecessária e se a utilidade que representa para o autor puder ser obtida sem ela, haverá abuso de direito.[\[6\]](#)

2. Elementos da responsabilidade civil

Para ensejar uma conduta, ato ilícito, que cause dano ou prejuízo a outrem são necessários 3 (três) elementos, ou também denominados por alguns doutrinadores de requisitos: culpa; nexo de causalidade; e dano.

2.1. Ação ou omissão

O ato de ação ou omissão do agente é o fator gerador da Responsabilidade Civil. Caso a pessoa faça ou deixe de fazer algo que deveria ter feito e, com isto, deriva um determinado dano.

Destarte, que a ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) se trata de conduta humana, e por consequência elemento subjetivo da responsabilidade civil, de tal forma, que se torna indissociável da culpa, portanto tornando-se um único elemento.

Segundo o ensinamento de Marton: “a responsabilidade é necessariamente uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. A obrigação preexistente é a verdadeira fonte da responsabilidade”^[7].

De extrema relevância é o dano por omissão, pois para que este se configure requer prova da qual aponte que diante de determinada conduta o dano poderia ser evitado. Citaremos dois exemplos para ilustrar a situação de omissão: acidente de trânsito onde o causador do dano omite socorro; curatelado que sofre dano devido a conduta omissa do curador.

2.2. Culpa *lato sensu* (genérica)

Mediante a descrição de culpa voluntária apontada no art. 186 do Código Civil, esta configura-se como dolo.

Definiremos dolo, no que concerne a responsabilidade civil, como a vontade e a realização de prejudicar terceiro.

O grau de culpa restará disposto nos artigos 944 e 945 do Código Civil, momento pelo qual o dano se apresenta consumado. A verificação do grau de culpa tem como intuito a avaliação para a respectiva indenização dada a responsabilidade civil do autor. Como leciona Flavio Tartuce: “*Em suma, presente o dolo, a indenização a ser paga pelo agente deve ser integral*”^[8].

2.2.1 Culpa *stricto sensu*

Trata-se de um desrespeito a um dever existente e pode ocorrer de três formas: imprudência; negligência; e imperícia.

A imprudência caracteriza-se pela falta de dever de cuidado em determinada conduta positiva (ação).

No caso da negligência é caracterizada pela falta de dever de cuidado em relação a determinado procedimento de forma negativa (omissão).

Por fim, a imperícia ocorre pela falta de qualificação do agente na realização de determinada conduta.

2.3. Nexo de causalidade

É o liame entre a causa e o efeito, elemento imaterial da responsabilidade civil. Sérgio Cavalieri Filho com brilhantismo conceitua: “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”^[9].

O nexo de causalidade acarreta a dois tipos de responsabilidades, as quais são: subjetiva (culpa) e objetiva (conduta).

No que tange a responsabilidade subjetiva (culpa), como visto, pode se dar de duas formas *lato sensu* (genérica) ou *stricto sensu*.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, o sujeito se torna responsável pela conduta praticada não havendo necessidade de comprovação de culpa ou atividade de risco.

2.4. Dano

Em regra geral, não podemos abordar responsabilidade civil sem dano ou prejuízo. Para a indenização do dano ou prejuízo, se faz necessário comprovação de culpa (*lato* ou *stricto sensu*) e, costumeiramente, a comprovação do dano seja ele patrimonial ou extrapatrimonial.

Vale ressaltar que, em certos casos, cabe a inversão do ônus da prova do dano ou prejuízo, p.ex., relações de consumo.

O Código Civil nos remete a dois tipos possíveis de danos: materiais e morais. De modo que estes podem ser pleiteados concomitantemente pela vítima.

2.4.1. Danos materiais

Os danos materiais caracterizam-se por causar dano a determinado bem jurídico dotado de valor econômico. São divididos em dois subgrupos: danos emergentes (danos positivos); e os lucros cessantes (danos negativos).

Danos emergentes são constituídos pelo prejuízo sofrido diretamente de maneira imediata, redução do patrimônio, ou de maneira mediata, está caracterizada por despesas indevidas. A fim de ilustração dos danos emergente usaremos, como exemplo, um acidente de trânsito onde ocorra o dano no automóvel. O dano causado ao veículo é um dano material emergente, visto que, imediatamente houve redução no patrimônio da vítima. Por seu turno, o custo de guincho para retirada do veículo, caracteriza uma despesa indevida, mediata, pois a vítima não terá de imediato seu patrimônio afetado.

Lucros cessantes se dá pela perda da possibilidade de aumento patrimonial, ou seja, valores que a vítima deixa de auferir em decorrência de determinada conduta ilícita. Para melhor esclarecimento segue jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Responsabilidade civil – Lucros cessantes – Taxista – Aquisição de veículo zero quilômetro – Veículo batido – Substituição não ocorrida dentro do trintídio legal – Impossibilidade de exercer a profissão – Cálculo elaborado segundo tabela fornecida pelo sindicato da classe – Admissibilidade – Ressarcimento daquilo que comprovadamente deixou de lucrar – Sentença de procedência mantida – Recursos improvidos^[10]

O cálculo para ressarcimento de lucros cessantes, em regra, se dá através da média mês de rendimentos da vítima, porém, em certos casos, deve se atentar ao princípio da razoabilidade.

2.4.2. Danos morais

Referem-se aos danos não ligados a questões econômicas ou patrimoniais, desta forma, tem característica de dano aos direitos da personalidade (honra, liberdade, imagem, entre outros) da vítima.

Conforme a doutrina de Flavio Tartuce:

[...]não há no dano moral uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados. Tal dedução justifica a não incidência de imposto de renda sobre o valor recebido a título de indenização por dano moral, o que foi consolidado pela Súmula 498 do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2012. [\[11\]](#)

No que tange a indenização por danos morais, em regra, de acordo com a recorrência de julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), é que a fixação em salários mínimos é inconstitucional, como segue:

Responsabilidade civil – Manutenção indevida de inscrição no SPC – Dano moral – Valor indenizatório – Razoabilidade – Estipulação em salários mínimos – Inviabilidade. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal a quo não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para rever o quantum indenizatório. ‘Inadmissível a fixação do montante indenizatório em determinado número de salários mínimos’(REsp 443.095/SC, relatado pelo eminente Ministro Barros Monteiro, DJde 14.04.2003). Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. [\[12\]](#)

3. Responsabilidade civil indireta ou por ato de terceiros

Como visto, a responsabilidade civil se dá a pessoa que através do cometimento de um ato ilícito provoca dano a outrem.

A responsabilidade civil de terceiros está disposta no artigo 932 do Código Civil, que traz em seu conteúdo as hipóteses em que uma outra pessoa, não aquela causadora do dano, será responsabilizada pela respectiva indenização.

Desta feita, este terceiro, assume a responsabilidade civil sobre aquele dano causado, mesmo que não tenha praticado o ato ilícito, p.ex., responsabilidade dos pais sobre os atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade ou companhia.

A fim de esclarecer, de forma mais adequada a responsabilidade civil de terceiros, o Código Civil adotou a denominada teoria do risco, a qual independe de culpa.

Vale ressaltar, que se faz necessário prova de efetivo ato ilícito do autor do dano.

Diante disto, conforme disposto no artigo 933 do Código Civil que nos remete a Responsabilidade Civil indireta, caracterizada pela culpa daqueles pelos quais são responsáveis.

4. Responsabilidade civil por danos causados por animais (semoventes)

Cristalino o artigo 936 do Código Civil quando aponta a responsabilidade pelo dano (ato) de seu animal o dono ou detentor do mesmo, salvo culpa da vítima ou força maior. Para fins didáticos, exemplificaremos da seguinte maneira: cachorro que escapa da casa e por infelicidade morde e acaba ferindo um passante. A responsabilidade pelo ato do animal será do dono ou detentor do mesmo.

5. Excludentes do nexo de causalidade

O nexo de causalidade é um dos elementos que caracterizam a responsabilidade civil. Sua excludentes são: culpa exclusiva da vítima; culpa exclusiva de terceiro; e caso fortuito e a força maior.

A doutrina não é unânime ao tratar de caso fortuito e força maior, no que se refere as suas semelhanças e, ou diferenças. Adotaremos, neste artigo, a lição de Flávio Tartuce: “*caso fortuito como o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Já a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra causa*”^[13].

Quanto a excludente devido a culpa exclusiva da vítima, a questão passa a ser abordada a partir da jurisprudência.

A seguir entendimento de culpa exclusiva da vítima em julgado no Tribunal de Justiça de São Paulo:

Indenização – Ato ilícito – Pedido de indenização por danos morais – Afogamento de filho menor em piscina de clube – Saneador não impugnado pelos meios e prazos próprios – Preclusão – Ausência de culpa ‘in vigilando’ do requerido – Menor que entrou clandestinamente nas dependências de clube, sem ser sócio, para nadar em piscina em construção, cercada por fios de arame farpado – Culpa exclusiva da vítima, extensiva como culpa ‘in vigilando’ de seus pais, porque menor impúbere – Recurso não provido.^[14]

De igual maneira segue entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Responsabilidade civil – Acidente ferroviário – Queda de trem – ‘Surfista ferroviário’ – Culpa exclusiva da vítima. I – A pessoa que se arrisca em cima de uma composição ferroviária, praticando o denominado ‘surf ferroviário’, assume as consequências de seus atos, não se podendo exigir da companhia ferroviária efetiva fiscalização, o que seria até impraticável. II – Concluindo o acórdão tratar o caso de ‘surfista ferroviário’, não há como rever tal situação na via especial, pois demandaria o

revolvimento de matéria fáticoprobatória, vedado nesta instância superior (Súmula 7/STJ). III – Recurso especial não conhecido” (STJ, Acórdão: REsp 160.051/RJ (199700923282), 471515, Recurso especial, Data da decisão: 05.12.2002, Órgão julgador: Terceira Turma, Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.[15]

No que se refere a excludente de culpa exclusiva de terceiro, podemos observar em jurisprudência relacionada a acidente de trânsito, conforme segue:

Responsabilidade civil – Acidente de trânsito – Veículo abalroado em estacionamento por coletivo que o invadiu – Ônibus da ré teve seu livre trânsito interceptado por um caminhão, não tendo sido possível ao seu motorista evitar o choque – Culpa exclusiva de terceiro evidenciada – Ação improcedente – Recurso improvido.[16]

6. Excludentes de responsabilidade civil

Neste ponto, esclareceremos em quais situações há excludentes da responsabilidade civil.

De acordo com o artigo 188, inciso I do Código Civil a legítima defesa é excludente de responsabilidade civil, p.ex., discussão no trânsito e o agente ameaça agredir terceiro, este por sua vez, em vista da iminente e injusta agressão, dispara com seu veículo colidindo com outros veículos em sua frente. Neste caso, em nosso entendimento, há excludente de responsabilidade civil devido a comprovada legítima defesa.

Por seu turno, tem-se excludente de responsabilidade civil abarcada pelo artigo 1210 § 1º do Código Civil, conforme exposto:

O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 10 O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Por fim, outra excludente de responsabilidade civil é o Estado de necessidade ou remoção de perigo eminente, desde que, dentro dos limites necessários para se afastar a ameaça.

Cabe ressalva, diante de tal abordagem, quanto a lesão ao bem de terceiro, a qual é subdividida em duas espécies: defensiva e ofensiva.

A espécie defensiva ocorre onde é realizado o sacrifício do bem do próprio causador. Já a espécie agressiva ocorre o sacrifício do bem de terceiro, de acordo com o artigo 929 do Código Civil, restando o dever de indenizar e, por sua vez, o artigo 930 do referido código que aborda sobre ação regressiva devido a culpa de terceiro, por parte do autor do dano.

7. Considerações finais

Diante dos aspectos abordados, exemplos, jurisprudências e doutrinas apresentadas no artigo em questão possibilita uma visão ampla e introdutória no que tange a responsabilidade civil.

Cristalino que o assunto tratado não se esgota em um único artigo, mas, a partir deste, é possível obter o sustentáculo para estudos mais aprofundados sobre o tema.

8. Referências bibliográficas

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União*, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>; Acessado em 04 out. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil. Obrigações – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva 5ª ed. 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002

FRANÇA, Roberto Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo. Saraiva, 1977.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, Responsabilidade*. 7ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 11ª ed. 2016.

NOTAS:

[1] Considera-se ato ilícito, o ato praticado em desacordo com o ordenamento jurídico.

[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, Responsabilidade*. 7ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011. V.7. p. 24

[3] FRANÇA, Roberto Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo. Saraiva, 1977. P.45

[4] BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Artigo 37 §2º.

[5] Tribunal de Justiça de São Paulo, *Apelação Cível 241.3371* São Paulo, 3.ª Câmara de Direito Público, Rel. Ribeiro Machado, 30.04.1996, v.u

[6] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 7. p.500.

[7] Les fondements de la responsabilité civile, n. 84, p. 84

[8] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 11ª ed. 2016. p. 436.

[9] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

[10] Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1.001.4850/2*, São Paulo, 35.^a Câmara de Direito Privado, Relator: Artur Marques, 28.08.2006, v.u., Voto 11.954

[11] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 11^a ed. 2016. p. 489.

[12] Superior Tribunal de Justiça. *REsp 659.128/RS, 4.^a Turma*, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 28.09.2004, *DJ* 22.11.2004, p. 364

[13] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 11^a ed. 2016. p. 455.

[14] Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 107.7984 Franco da Rocha*, 3.^a Câmara de Direito Privado, Relator: Carlos Stroppa, 07.11.2000, v.u.

[15] Diário da Justiça 17.02.2003, p. 268; Veja: STJ – REsp 23351RJ (*RSTJ* 45/350, *RT* 695/217, *LEXSTJ* 42/235), 261027/RJ, 59696RJ (*LEXSTJ* 78/281).

[16] Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Processo: 10415920, Recurso: Apelação Sum., Origem: Guarulhos, Julgador: 11.^a Câmara, julgamento 21.02.2002, relator: Antonio José Silveira Paulilo, Decisão: negaram provimento, v.u.

O NEOCONSTITUCIONALISMO E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: UM PARADIGMA E OS RISCOS À ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

GABRIELA RIBEIRO DE SOUSA:
Bacharelanda em Direito na Faculdade Católica do Tocantins e servidora pública concursada do Estado.

FÁBIO BARBOSA CHAVES

(Orientador)

RESUMO: O declínio do positivismo estrito e a ascensão do que se denominou neoconstitucionalismo, modelo que procura amparar o cidadão de possíveis danos a direitos fundamentais, trouxe um novo paradigma para Direito, influenciando diretamente nas decisões judiciais. A lei não consegue exaurir todas as demandas sociais e acompanhar a evolução da sociedade, daí faz-se necessário uma interpretação judicial baseada nos valores e princípios trazidos pela Constituição para adequar o caso concreto ao sistema jurídico. A interferência do Poder Judiciário no exercício da sua função típica em meio à relações sociais, educacionais, políticas, entre outras, eleva a uma posição de protagonismo. A propagação, na esfera do senso comum, influenciada pelas modalidades midiáticas, de que a eficiência dos Poderes Legislativo e Executivo encontra-se comprometida, corroboraram com a legitimação do Poder Judiciário para, quando provocado, produzir decisões aptas a interferirem na vida privada e na administração pública. O cenário exacerbadamente judicializado, sem uma suposta base legislativa para fornecer amparo, pode ser interpretado como ambiente marcado por insegurança jurídica. O artigo traz o impasse contemporâneo existente em virtude da adoção deste modelo dentro do meio jurídico, buscando demonstrar quem deveria exercer o papel protagonista.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Protagonismo Judicial. Segurança Jurídica. Separação dos Poderes.

ABSTRACT: The decline of strict positivism and the rise of what has been called neoconstitutionalism, a model that seeks to protect the citizen from possible damages to fundamental rights, has brought a new paradigm to Law, directly influencing judicial decisions. The law can not exhaust all social demands and monitor the evolution of society, hence a judicial

interpretation is necessary based on the values and principles brought by the Constitution to adapt the concrete case to the legal system. The interference of the Judiciary in the exercise of its typical function in the midst of social, educational, political relations, among others, elevates to a position of protagonism. The propagation, in the sphere of common sense, influenced by the media modalities, that the efficiency of the Legislative and Executive Powers is compromised, corroborated with the legitimacy of the Judiciary Power, when provoked, to produce decisions capable of interfering in private life and in the public administration. The exacerbated judiciary scenario, without a supposed legislative basis to provide amparo, can be interpreted as an environment marked by legal uncertainty. The article brings the contemporary impasse existing by virtue of the adoption of this model within the legal environment, seeking to demonstrate who should play the leading role.

KEYWORDS: Neo-constitutionalism. Judicial Protagonism. Legal Security. Separation of Powers.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A origem, o exercício e a divisão do poder. 3. O Poder Judiciário e sua função típica. 4. O protagonismo do Poder Judiciário: “Juiz Hércules”. 5. A judicialização e seus efeitos frente aos princípios da segurança jurídica e separação dos poderes. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A relação entre os poderes da república, teorizada pela estrutura constitucional brasileira, pressupõe independência e harmonia. O protagonismo de um dos poderes representa a sua elevação ao patamar preponderante de suas decisões. Um sistema que se encontra pautado nesta estrutura vertical, admite o exercício de um controle intransponível, implementado sobre os atos praticados pelos outros poderes, especificamente quando objeto de suas respectivas funções típicas.

Durante a curta experiência brasileira como Estado soberano, a estrutura dos poderes estruturantes evidenciou a preponderância de um dos poderes sobre os demais. Com exceção do período monárquico,

quando a constituição brasileira teorizou um quarto poder, chamado de Poder Moderador, a colocação de um de um dos poderes em um patamar mais elevado do que os demais se efetivou como reflexo de conjunturas externas, e não como uma construção consciente.

O trabalho busca evidenciar não só o posicionamento do Poder judiciário frente à construção da republicana, mas as consequências desta estrutura para a estabilidade das relações jurídicas e não-jurídicas.

Ao questionar acerca da função do Poder Judiciário, pode-se parecer simples e superficial a tarefa de se fornecer uma resposta tecnicamente correta. No entanto, através deste estudo perceber-se-á que há muito mais nesta simples pergunta do que se poderia imaginar.

Durante anos viveu-se o positivismo estrito, cabendo ao magistrado aplicar a lei ao caso concreto sem muita flexibilidade, e jamais caberia a ele margem para interpretação.

Com o advento da Constituição de 1988 surgiu o chamado Constitucionalismo Democrático, que buscou resguardar direitos fundamentais do cidadão. Não mais encararia a lei como algo exato e exaustivo, até mesmo porque nunca exauriu todas as necessidades advindas da sociedade, ou seja, a lei não consegue seguir o mesmo ritmo de evolução social, bem como suas diferentes demandas.

Para isso, tanto a Constituição como as demais normas são interpretadas pelo Poder judiciário sob uma ótica de adaptação exegética que visa promover a subsunção da letra da lei ao caso concreto.

A doutrina especializada, diante deste paradigma, elabora opinião que confirma tal movimento sob aspecto evolutivo, mas igualmente possui representantes que se colocam em uma posição receosa e atenta às consequências.

Destarte, diante destas divergências de ideias, debruçar-se-á este estudo, não com a intenção de aplicar-lhe o posicionamento a ser seguido, mas de obter um debate rico e importantíssimo para o pensador do Direito.

2. A ORIGEM, O EXERCÍCIO E A DIVISÃO DO PODER

O ser humano, pela sua essência, tem necessidade de conviver em um ambiente social, iniciando esse processo no seio familiar, pois

desta entidade surgem os primeiros contatos do homem em sociedade. Nesta começa a moldar-se intelectualmente, desenvolvendo seu caráter, modo agir e pensar. No entanto, este é só o primeiro de muitos outros grupos que contribuem para o desenvolvimento do homem.

Naturalmente, a sociedade vai se estruturando e conseqüentemente com este agrupamento humano surgem divergências de ideias que geram os conflitos sociais. Daí se origina a necessidade de realizar um pacto social para que não prepondere a lei do mais forte. “Então esse estado primitivo não tem mais condições de subsistir, e a humanidade, se não mudasse sua maneira de ser, pereceria”. (ROSSEAU, 2013, p.20)

Aristóteles (1997) já dizia que a origem da sociedade ocorre porque

“o homem é um animal político”. Esta análise decorre da sua percepção desde os tempos primitivos até a formação das *polis* em que surge o Poder Público. Assim, muitos pensadores escreveram sobre a origem do Estado e os variáveis motivos da humanidade em convencionar direitos e obrigações para que pudesse subsistir em um meio social harmonioso.

O homem é um ser social e político, vivendo em grupos, em sociedades. É natural que no seio destes grupos haja conflitos, desentendimentos e interesses divergentes. No entanto, o homem sente necessidade de segurança e busca a harmonia social. Para que a sociedade subsista é necessário que os conflitos sejam resolvidos e para tanto, o homem dispõe de vários meios com o intuito de controlar as ações humanas e trazer um equilíbrio à sociedade. São os instrumentos de controle social. O Direito, criação humana, é um destes instrumentos, cujo principal objetivo é viabilizar a existência em sociedade, trazendo paz, segurança e justiça. (WANEISSA MOTA FREITAS FORTES, 2011, p.01)

Para dirimir estes conflitos, surgiu então o Direito com intuito de analisar toda pretensão que for colocada à disposição do Poder Judiciário, poder este que será tratado com mais afinco.

Assim, vale conceituar o Estado como sendo a união do povo dentro de determinado território que através de uma organização política vive em sociedade, ao qual, é disposto para todos uma ordem jurídica soberana que visa o bem comum e satisfação dos anseios sociais de forma mais próxima do que seria o ideal de justiça e igualdade. (DALLARI JR, 2011, p.23)

Interessante trazer para esta explanação o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, 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, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988. (BRASIL, 1988)

Nessa linha de pensamento, relevante mencionar que com a consolidação da Constituição legitima-se a existência do Poder Estatal de forma que impõe uma organização dos Poderes e traz a estrutura que conhecemos hoje. Assim, conforme o artigo 2º da CRFB/88 “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o judiciário” (BRASIL, 1988).

Elementar e bastante oportuno, contextualizar o cenário atual brasileiro quanto aos seus poderes constituídos, pois aqui se traz o fator crucial que fundamentará a motivação do nosso estudo.

Lord Acton - LIVRO BENEDITO FERRI DE BARROS, é o autor da famosa frase: “ o poder tende a corromper, e o poder absoluto corrompe absolutamente, de modo que os grandes homens são quase sempre homens maus”. É importante ressaltar que o atual cenário brasileiro está se projetando para uma concentração una de poder, pois vigora uma instabilidade intensa do Poder Executivo e um ineficiente Legislativo.

Por consequência, o Poder mais atuante e aparentemente mais eficaz vigora em um perigoso pedestal.

A intempestividade e imprestabilidade do legislador gera conseqüentemente uma função atípica aos juízes corroborando para decisões arbitrárias. Destarte, o protagonismo judicial se explica devido à crise de representatividade e funcionalidade dos demais poderes.

3. O PODER JUDICIÁRIO E SUA FUNÇÃO TÍPICA

O Poder Judiciário integra um dos três poderes do Estado e a ele é atribuída a atividade jurisdicional. Com a superação do positivismo estrito, em que o juiz deveria resolver os conflitos embasado restritivamente em normas, de forma inflexível, surge então o que se chama de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. Um modelo mais adequado a sociedade atual e que busca compreender e solucionar através de um sistema jurídico mais rico acolher as demandas a ele invertidas.

Conforme supracitado, os conflitos decorrentes do convívio em sociedade serão direcionados ao Poder Judiciário, este que tem por principal função dirimir de forma justa e igualitária todas pretensões levadas a seu juízo e, ainda mais, assegurar a inviolabilidade dos direitos de qualquer cidadão.

O judiciário tem por característica o princípio da inércia, ou seja, deve ser incitado para que possa atuar, art.2º do NCP, ressalvado que não se deixará de conhecer de ofício matérias de ordem pública, bem como ameaça ou lesão a direito (BRASIL, 2002).

Ainda, pautado no princípio da legalidade, art. 5º, inciso II da CRFB/88, tem sua atuação restrita ao sistema jurídico. Aqui vale explicar, conforme o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que o sistema jurídico é composto não só de leis, como

também, quando esta for omissa, o juiz poderá decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (BRASIL, 2002).

Com a Constituição de 1988, o Poder Judiciário alavancou sua atuação, haja visto que este ficou encarregado da guarda da Constituição, bem como de assegurar direitos fundamentais e intervir em qualquer violação de direito, conforme prevê o artigo 5º, XXXV, da CRFB/88 “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Fato é que poderá o Judiciário efetivamente intervir em quase tudo (BRASIL, 1988).

A necessidade social de proteção aos princípios fundamentais em razão de longos anos de decadente desamparo jurídico, trouxe o constitucionalismo democrático um modelo jurídico mais adequado aos anseios da estrutura política e social do Brasil.

O modelo atual da democracia brasileira tem reclamado do Judiciário um novo paradigma, voltado não mais para uma interpretação positivista e literal da lei, mas sim para uma exegese significativamente oxigenada, onde é obrigação do intérprete buscar e priorizar o sentido ético dos valores consagrados pelo rol dos direitos fundamentais (CAETANO COSTA, 2017, p. 91).

Vale lembrar que a norma possui caráter abstrato e, para tanto, requer uma cisão do caso concreto para com a norma abstrata. Assim, este processo de conexão do fato ao texto legal é incumbência do juiz que promoverá a subsunção e o enquadrará ao sistema jurídico.

A ausência de regulamentação jurídica e imprecisões linguísticas nas normas acarreta a necessidade de se interpretar e nortear um equilíbrio jurisprudencial, como leciona Miguel Reale:

O Supremo Tribunal Federal, máximo guardião da Constituição, dotado tanto de funções jurídicas como de atribuições políticas no que se refere a interpretação e complementação progressiva do texto constitucional, zelar rigorosamente da constitucionalidade das leis e das decisões dos outros dois Poderes (2005, p. 55).

No entanto, esta tendência do Poder Judiciário de por vias indiretas adentrar as funções legislativas geram muitos conflitos e debates na Ciência do Direito. Para os pensadores clássicos, que entendem o Poder Judiciário como poder técnico, cujos representantes não são eleitos por voto popular, sob esta nova ordem, os magistrados decidem não mais a “lei”, mas as suas interpretações (decisões), atribuindo às mesmas forças normativa e coercitiva. Ainda, por esta corrente de pensamento, tal posicionamento provoca uma sensação de insegurança jurídica perante a sociedade, pois o magistrado valendo-se de suas convicções pessoais decidirá ao seu modo.

Ives Gandra da Silva Martins traz um bom exemplo deste pensamento ao afirmar que o STF criou uma terceira hipótese de aborto, mesmo havendo sobre a matéria projetos em discussão no Congresso Nacional e, principalmente, sendo a opinião pública contra o aborto eugênico. O referido autor ainda compara a decisão as atitudes abomináveis de Hitler, que efetivou e legitimou políticas voltadas à busca por uma utópica raça ariana pura.

Ainda, segundo Ives Martins (2017, p. 435): “a partir da adoção do

neoconstitucionalismo nenhum advogado, nenhum jurista poderá dizer o que é legal e o que não é, pois, não obstante o que a lei estabeleça, não se sabe o que o magistrado dirá, no seu poder de ser legislador positivo”.

Logo, nota-se aqui, uma divergência no que seria então a função atribuída ao Poder Judiciário, que por razão de maior reflexão será objeto de estudos dos tópicos mais adiantes.

4. O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO: “JUIZ HÉRCULES”

Independente da estrutura dos poderes teorizada por Montesquieu, e da independência e harmonia expressa no texto da atual carta magna, é evidente que a Constituição de 1988 trouxe um destaque maior ao Poder Judiciário, vez

que ampliou sua competência e outorgou o dever de zelar pelos direitos fundamentais do cidadão. Como evidência, tem-se a previsão de admissibilidade de intervenção judicial quando a lei for omissa ou não

estiver condizente com a realidade fática, consagrando basilares os valores e princípios constitucionais.

No entanto, o Poder Judiciário vem tomando espaço nos últimos anos em decorrência da intempestiva ação dos outros Poderes, pois a cada dia a sociedade exige algo novo e distante da lei. As demandas chegam ao conhecimento dos Tribunais e estes têm por dever resolver os conflitos através do sistema jurídico ofertado.

O neoconstitucionalismo é a teoria que abrange e explica essa linha comum de pensar o direito contemporâneo. Sem medo do desgaste da palavra, podemos enfrentar o estudo do neoconstitucionalismo como um novo paradigma do direito (paradigma entendido como um novo padrão). Daí afirmamos que a concepção do neoconstitucionalismo, conforme defendemos, enxerga o direito como ele pode ser: transformador. Mais do que a superação de uma metodologia jurídica – o que já seria uma grande proposta –, o neoconstitucionalismo muda a forma de pensar, pois pretende superar o debate entre positivistas x jusnaturalistas, lançando mão de uma nova teoria para o direito, tomando como ponto central a Constituição. Passamos de um direito em que as normas dizem o que fazer para um direito em que os princípios indicam o que se pode fazer (MOREIRA, 2008, p. 132).

Importante trazer a opinião do atual ministro da suprema corte brasileira, e ilustre teórico constitucionalista, Luiz Roberto Barroso:

A mutação constitucional se realiza por via da interpretação feita por órgãos estatais ou por meio dos costumes e práticas políticas socialmente aceitas. Sua legitimidade deve ser buscada no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez da Constituição e a plasticidade

de suas normas. A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e as novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma (2010, p. 127-128).

As mudanças sociais ocorrem em um ritmo acelerado, e em contrapartida, a lei requer uma interpretação que lhe adeque aos anseios da sociedade. A exemplo, destaca-se a atual relação familiar, com alterações estruturais quanto ao seu conceito, mas que em face do caráter formal para se processar uma mudança normativa, gera ao judiciário um papel de destaque, pois caberá a este não mais promover o direito como também criá-lo.

Critica-se este modelo de se solucionar as ineficiências da lei, pois, segundo esses pensadores, o pensamento pós-positivista promove a discricionariedade do juiz e muitas vezes provoca “decisões populistas” que não são respaldadas na Constituição. Em razão da grande repercussão midiática e o peso que pode ter uma decisão judicial, o juiz torna-se uma figura épica e muitas vezes a população toma-o como verdadeiro herói por fazer nada mais que sua obrigação como magistrado, ou até mesmo, aclamar quando este agir de forma arbitrária e com abuso de poder.

A exemplo do supra exposto, vale lembrar o caso em que juiz federal Sérgio Moro divulgou conversas gravadas em interceptação telefônica de autoridades com prerrogativa de foro. O advogado Cezar Roberto Bitencourt, professor de Direito Penal da PUC do Rio Grande do Sul, também afirma a ilegalidade da divulgação dos grampos (2016).

Dworkin traz em seus escritos a figura do Juiz Hércules que aqui se faz importante mencionar:

O jusfilósofo norteamericano “inventou” um “jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”, a quem denominou “Hércules”: trata-se de um juiz filósofo que é usado como eixo para ilustração das tarefas inerentes à

jurisdição. Trata-se obviamente, de uma metáfora, uma figura de linguagem, uma ficção, que como tal deve ser compreendida. Mas, em todo caso, a tarefa de Hércules – como era de se supor – não é das mais fáceis: entre outras coisas ele deve construir um sistema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. Hércules não é nem de longe um “solipsista”, um “protagonista”, alguém que decide sozinho. Ele é Hércules não pela capacidade sobre-humana de com bom senso, prudência, ou discrição resolver com justiça os casos a sua jurisdição. A sua extraordinária capacidade não é voltada à introspecção, mas a compreensão do Direito como totalidade, e isso implica, necessariamente, tomar em consideração o que fizeram (com acerto) os demais juízes do passado e do presente, e, além da produção legislativa. Mais do que tudo implica prestar contas ao conjunto principiológico irradiado a partir da Constituição. E isso fará com que Hércules encontre no Direito, frequentemente, soluções que não se ajustem àquelas de sua preferência pessoal. Aliás, afirmar que Dworkin idealizou um solista para combater o problema da discricionariedade é a mesma coisa que sugerir que o autor cometeu harakiri teórico-filosófico, é duvidar da seriedade de seus estudos. Quer dizer, as tarefas de Hércules são as tarefas de todos os operadores do Direito que tenham a pretensão de trabalhar e defender um Direito justo, íntegro e coerente. (MOTTA, 2009. p. 63-64).

Assim, não cabe ao juiz se consagrar herói nacional, mas zelar pelo cumprimento da Constituição, solucionando as demandas trazidas ao Judiciário de forma justa e idônea.

5. A JUDICIALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS FRENTE AOS PRINCÍPIOS

DA SEGURANÇA JURÍDICA E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Montesquieu criou a teoria da separação dos poderes e traz quanto ao Poder Judiciário o seguinte pensamento:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (1748, O Espírito das Leis, Capítulo VI do Livro IX).

É notório a ineficiência, bem como a ausência de conhecimento técnico jurídico do Poder Legislativo brasileiro, o que por consequência atribui indiretamente ao Poder Judiciário a função de “legislar” subsidiariamente, ou até mesmo, ser o preceptor de decisões com caráter normativo.

Para realidade brasileira, vale ressaltar que o Poder Executivo não possui como sua maior característica a estabilidade política, que o primeiro presidente da república diretamente eleito pela população não pôde finalizar o

seu mandato, em consequência de um processo de impeachment, levando à renúncia. A terceira presidente da república eleita diretamente pela população também foi réu em processo de *impeachment*, sendo condenada por decisão do plenário do Senado Federal, resultando no atual momento político.

O processo de integração dos membros de cada um dos três poderes da república faz com que o Judiciário tenha uma estrutura mais estável, já que, em regra, os seus membros ingressam na estrutura por meio de concurso público, terminando sua carreira no momento da sua

aposentadoria. O mesmo não pode-se dizer dos outros poderes, em face do processo de provimento do cargo, que se efetiva por meio de mandato eletivo, que se renova a cada quadriênio.

É natural, portanto, que o desequilíbrio dos poderes implique diretamente na insegurança jurídica e na consecução de direitos fundamentais. Além do que prejudica toda a estrutura econômica do País e seus setores de desenvolvimento.

A judicialização é o fenômeno pelo qual o Judiciário se vale da própria Constituição para agir quando os demais Poderes estão inertes ou são ineficientes, pode vir a corroborar com a sensação de insegurança jurídica perante a sociedade, pois, em virtude da imprevisibilidade e incoerências das decisões judiciais, a sociedade inclina-se para uma incerteza sem saber o que esperar do meio jurídico, que um dia poderá estar a favor e logo depois contra determinado fato.

Para Canotilho (2004), a segurança jurídica possui duas vertentes, sendo a primeira ligada a estabilidade das decisões realizadas pelos Poderes, de modo que estas somente serão alteradas com fundamentos técnicos concisos. Já a segunda vertente colocada pelo autor é a da previsibilidade, que gera a sociedade certeza e calculabilidade quanto aos efeitos jurídicos das normas e decisões judiciais.

Ainda, segundo Fabio Ulhôa (2006), esta imprevisibilidade que perfaz as decisões judiciais pode desequilibrar a economia de qualquer País, pois os investidores não iram se arriscar em economias desajustadas enquanto poderão negociar em outros países estabilizados.

A atividade jurisdicional requer uma atenção do magistrado para a ciência hermenêutica de forma que utilize o sistema jurídico (normas, princípios, Ética, Filosofia, Sociologia...) e motive conforme ordena o CPC as suas decisões, conferindo à sociedade a sensação de segurança das normas e de um Poder equilibrado e coerente com seus atos.

Não cabe ao juiz se consagrar um herói nacional e querer exercer políticas públicas (papel não destinado a ele), mas pode promover embasado nos valores constitucionais o seu papel de exercer a justiça e assegurar uma estabilidade jurídica.

Vale aqui trazer o pensamento de Teresa Arruda Alvim Wambier:

Com isso queremos dizer que o juiz, até certo ponto e sob certas condições, pode criar direito no caso concreto, embora sempre à luz das demais regras do sistema e dos princípios jurídicos, e deve fazê-lo de forma harmônica com o sistema. Afinal, o direito não poderia ser concebido, se não houvesse ao menos marcada tendência à coerência (2015, p.1408).

Quanto ao princípio da separação dos poderes entendo ser a judicialização um fenômeno respaldado pela Constituição e sendo assim, este por si não invade as funções dos demais Poderes constituídos. Ocorre, no entanto, que muitas vezes, pela interferência midiática em determinados casos, os magistrados acabam por prolatar decisões populistas em desacordo com o sistema jurídico. Senão vejamos o pensamento de Lênio Streck:

A resposta do STF foi invasiva, por vezes ingressando na competência dos demais poderes [...] Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. Explico: a primeira acontece porque decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaco para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, behaviorista, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável; o ativismo não. O ativismo não faz bem a democracia (2014, p. 178).

Assim, conforme entende Dworkin quando trouxe a figura do Juiz Hércules, o magistrado deve buscar sempre a resposta correta das decisões inclinando-se para decisões justas, motivadas, idôneas e coerentes com o sistema jurídico.

CONCLUSÃO

A função atribuída ao Poder Judiciário com o advento do Constitucionalismo Democrático ampliou a atividade jurisdicional e proporcionou um leque de atuação maior para a ciência exegética baseada nos valores e princípios. Assim, o juiz não mais se vincula somente aos ditames da lei, como também a todo o sistema jurídico.

O neoconstitucionalismo trouxe um novo padrão ao Direito Constitucional, devendo o Poder Judiciário resguardar os direitos fundamentais pautados nos princípios constitucionais. O juiz está comprometido na perspectiva de buscar os valores éticos normativos e atuar de forma proba, desvinculando-se de pensamentos arbitrários. As decisões judiciais deverão ser motivadas de forma a prevalecer o princípio da Primazia da Ordem Constitucional.

A Sociologia, Filosofia, Ética, a hermenêutica, Economia, Psicologia, este complexo de ciências que formam o arcabouço jurídico, deve fazer parte do sistema jurídico, pois estes juntamente com as normas e princípios tornam a resolução dos conflitos mais fáceis de serem resolvidos. A lei *in abstracto* muitas vezes não se encaixa perfeitamente ao caso concreto, e através da utilização do sistema que durante o positivismo estrito fora esquecido, poderá obter decisões mais próximas do ideal de justiça. O protagonista, portanto, neste novo paradigma deverá ser o sistema jurídico! O Direito!

Neste trabalho ficou evidente que existe a premente necessidade de se adotar o direito (sistema jurídico) como fonte argumentativa das decisões judiciais, entendendo a norma jurídica como uma dos pedestais deste sistema. O caso concreto deve sempre ser adotado como princípio interpretativo, levando-se em consideração todas as circunstâncias que o envolve, para, em fase posterior, exercer o juízo de subsunção, que deverá, por esta razão, estar totalmente adaptado àquela situação fática.

Da mesma forma, destacou-se que a amplitude do sistema, combinado com a disseminação de uma suposta idéia de ineficiência dos Poderes legislativo e executivo, está fazendo com que o Poder Judiciário assumira perante a sociedade do papel protagonista, ou seja, aquele que de fato é capaz de promover ajustes estruturais nas relações efetivadas entre poder público e entre particulares.

O primeiro fenômeno faz parte de uma etapa da construção do sistema jurídico, e não poderá ser afastado da realidade jurídica brasileira, até porque já se percebe em outros sistemas alienígenas, pautados na cultura *comum law*. Mas não há como negar que a utilização desta abertura, fazendo com que o Poder Judiciário proferia decisões de caráter coercitivo e mandamental referentes ao exercício das funções típicas dos demais poderes, causa desequilíbrio estruturante, restringindo prerrogativas institucionais necessárias à manutenção das bases do Estado brasileiro.

Por esta razão, não obstante o reconhecimento das especificidades que fazem do Poder judiciário a parte estável e tecnicamente capaz de apreciar os aspectos jurídicos das relações estabelecidas entre particulares e poder público, é imprescindível que se retome o equilíbrio estrutural, através do qual cada Poder exerça de forma livre, independente e autônoma as funções típicas de cada um.

REFERÊNCIAS

AHMED. Flávio. Artigo – **Apontamentos sobre segurança jurídica, Estado Constitucional e Protagonismo Judicial**. Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial – Desafios em tempos de incertezas – Estudos Jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso. Coordenador Werson Rêgo. Editora GZ. Rio de Janeiro. 2017.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Há uma decisão correta?**
In: Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 1 (2015).

BARROSO, Luis Roberto; Artigo – **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**. Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial – Desafios em tempos de incertezas – Estudos Jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso. Coordenador Werson Rêgo. Editora GZ. Rio de Janeiro. 2017.

BOCCATO. Esdras. **As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil**. Revista dos Tribunais. Ed. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

Acesso em 01 de maio de 2017.

BRASIL, Código Civil Brasileiro, Lei 10406 de 2002.

CAMBI. Eduardo. **Estratégia nacional de prevenção e redução de litígios**. Revista dos Tribunais. Revista dos Tribunais.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra. Editora Almedina, 2004.

COSTA. Caetano Ernesto da Fonseca. Artigo - **O juiz do agora e do amanhã**

– **um perfil de sua adequada atuação jurisdicional**. Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial – Desafios em tempos de incertezas – Estudos Jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso. Coordenador Werson Rêgo. Editora GZ. Rio de Janeiro. 2017.

DALLARI JR, Hécio de Abreu. **Teoria Geral do Estado Contemporâneo**. 4ª.ed. Editora Rideel. 2011.

DWORKIN. Ronald. **O Império do Direito**. Tradução **Jefferson Luiz Carmago**. 1999. Editora Martins Fontes. São Paulo.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

<http://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autorida-des-prerrogativa-foro>

http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf MARTINS.
<https://jus.com.br/artigos/20736/sociedade-direito-e-controle-social>

<https://territoriosdefilosofia.wordpress.com/2016/07/03/919/>

Ives Gandra da Silva Martins. Artigo - **O protagonismo judicial no contexto do neoconstitucionalismo**. Segurança Jurídica e

Protagonismo Judicial – Desafios em tempos de incertezas – Estudos Jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso. Coordenador Werson Rêgo. Editora GZ. 2017. Rio de Janeiro.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 21ª.ed. Editora Gen/Forense. Rio de Janeiro.

PENNA, Bernardo Schmidt. Ativismo judicial à brasileira: **Papel criador do interprete X pape criativo do interprete – Dois Casos pragmáticos do STF**. Revista dos Tribunais.

MONTESSO, Claudio José. FREITAS, Marco Antônio. STERN, Maria de Fátima Coelho Borges. **Direitos Sociais na Constituição de 1988 – Uma análise crítica vinte anos depois**. Editora LTR São Paulo. 2008.

MOTTA, Francisco orientado por LÊNIO STRECK. **Levando o Direito a Sério: Uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. 2009.

REALE, Miguel. **O estado democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 3ª edição. 2005. São Paulo. Editora Saraiva.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato Socia**. Edijur. Leme – São Paulo. Edição 2013.

RÊGO, Werson, coordenador. **Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial**

– **Desafios em tempos de incertezas – Estudos Jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso**. Editora GZ. 2017. Rio de Janeiro.

STRECK, Lênio. **Verdade e consenso**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. **Compreender direito – desvelando as obviedades do discurso jurídico**. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ASSÉDIO MORAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

ESTER ASSUERO LOPES DA SILVA:
Bacharelada em Direito na instituição
Faculdade Católica do Tocantins-FACTO.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA

(Orientadora)^[1]

RESUMO: Este artigo tem como finalidade abordar acerca do assédio moral nas relações trabalhistas, bem como, seus efeitos. Aplicando metodologia que enfoca na análise do princípio da dignidade da pessoa humana, os princípios trabalhistas, além de jurisprudências, doutrinas e artigos científicos relativos ao tema. Observa-se ainda que, embora inexistentem normas infraconstitucionais específicas no ordenamento jurídico brasileiro que aborde o tema em questão, decisões dos Tribunais tem procurado atenuar as consequências geradas pelas agressões. Nesse aspecto, verifica-se que este fenômeno social configura lesões à honra, imagem e à dignidade e geram disfunções na vida dos profissionais, devendo ser desestimulada por meio do Poder Judiciário. Para tal, faz-se necessário adotar políticas de prevenção no ambiente laboral ensejando a total coibição dessa prática e promovendo um ambiente saudável para o trabalhador.

Palavras-chave: Assédio Moral; Relações de Trabalho; Reparação do dano.

ABSTRACT: This article aims to address moral harassment in labor relations, as well as its effects. Applying methodology that focuses on the analysis of the principle of the dignity of the human person, the labor principles, besides jurisprudence, doctrines and scientific articles related to the subject. It is also observed that, although there are no specific infra-constitutional norms in the Brazilian legal system that addresses the issue in question, decisions of the Courts have sought to mitigate the consequences of the aggressions. In this aspect, it is verified that this social phenomenon confers injuries to the honor, image and dignity and generate dysfunctions in the life of the professionals, and should be discouraged through the Judiciary Power. In order to do so, it is necessary to adopt prevention policies in the work environment, by providing the total inhibition of this practice and promoting a healthy environment for the worker.

Keywords: Moral Harassment; Work relationships; Repair of damage.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Sujeitos e elementos caracterizadores do assédio moral. 1.1. Consequências físicas do assédio moral. 1.2. Consequências judiciais decorrentes do assédio moral. 2. Responsabilidade civil do empregador. 3. Tratamento legal conferido ao assédio moral no Brasil. 4. Considerações finais. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

O advento da globalização e a modernização, as grandes transformações econômicas, sociais, políticas, tecnológicas e culturais ocorridas nas últimas décadas têm causado impactos extremos na sociedade moderna e gerado reflexos no ambiente laboral.

A busca por maior lucratividade tem feito com que indústrias e empresas forcem cada vez mais o ritmo de trabalho. A estrutura hierárquica, divisão de tarefas, jornada de trabalho em turnos, ritmos intensos, monotonia, repetitividade, responsabilidade excessiva, são fatores que caracterizam a nova forma de gestão de trabalho pautada na competitividade e no poder diretivo do empregador.

O sistema capitalista tem como finalidade principal a busca desenfreada por lucros, este aspecto, aliado às altas taxas de desemprego que assolam praticamente a maioria dos países do mundo, tem gerado uma competição generalizada entre os trabalhadores e tornado o ambiente de trabalho um lugar de conflitos, favorecendo assim a prática de violência moral.

Em virtude de tal cenário, o assédio moral tem sido alvo de pesquisas e motivo de grande preocupação dos profissionais de determinadas áreas, dentre elas, os psicólogos, médicos, sociólogos, juristas, dentre outros, tendo em vista o aumento de sua incidência e as consequências maléficas por ele provocadas.

Trata-se de uma forma de dano que atinge a dignidade do ser humano, sendo também por isso conhecida como terrorismo psicológico ou psicoterror, que é uma forma de violência psíquica praticada no local de trabalho, por meio de condutas abusivas e reiteradas de conteúdo ofensivo e vexatório.

Em razão desse contexto social, esta pesquisa desenvolveu-se com a finalidade de analisar os aspectos pertinentes a tal comportamento, bem

como, a responsabilidade do empregador em relação à ocorrência do assédio moral no ambiente de trabalho.

1. SUJEITOS E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO ASSÉDIO MORAL

O assédio moral caracteriza-se por ser uma espécie de violência cruel e degradante recorrente nas relações sociais, que se configura através de repetidos ataques à vítima, visando constranger e desestabilizá-la psicologicamente.

A partir desta ampla visão acerca do termo assédio moral, a psicanalista francesa Marie-France Hirigoyen restringiu seus estudos e dedicou-se a analisar a prática do assédio moral nas relações trabalhistas, conceituando este fenômeno como sendo “qualquer conduta abusiva [gesto, palavra, comportamento, atitude...] que atente, por sua repetição, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. ” (HIRIGOYEN, 2006, p. 19).

Embora o assédio moral não seja um fenômeno contemporâneo, visto que acompanhou a evolução da humanidade, o assunto ganhou notoriedade e foi recentemente inserido no mundo jurídico, devido ao crescimento dessa prática ilícita que gera tanto horror e sofrimento às vítimas. A partir de então, verificou-se a suas características, bem como, seus elementos caracterizadores e suas peculiaridades.

Em geral, por sua condição de subordinado, o empregado está mais sujeito a atitudes de hostilização e depreciação, entretanto, o assédio pode advir de todos os segmentos hierárquicos existente no ambiente laboral, sendo assim, tal comportamento pode ser classificado em: horizontal, vertical ascendente, vertical descendente e misto.

Denomina-se assédio moral horizontal a agressão praticada entre colegas de trabalho que estão no mesmo patamar de subordinação, tal prática, consiste em brincadeiras maldosas, gracejos, piadas, grosserias, racismo, dentre outros. A competição e a preferência pessoal do chefe pela vítima são alguns dos fatores responsáveis por esse comportamento, chefe este, que ao verificar a ocorrência dessa prática entre seus subordinados deverá intervir da maneira justa e educativa, aplicando sanções a ambos e evitando o reforço ao processo de assédio moral.

Ocorre assédio moral vertical ascendente quando um indivíduo é contratado e posto em cargo de chefia, todavia, não alcança um nível de empatia e de adaptação, seja por possuir métodos que são reprovados por seus subordinados, seja por não dispensar nenhum esforço no sentido de impor-se perante o grupo, tal atitude gera descrédito e tende a desencadear o assédio moral. Promover ao cargo de chefia um indivíduo cujas funções os subordinados suponham que o promovido não possua méritos para desempenhar, é um dos aspectos geradores desse conflito, e poderá se agravar, se a comunicação interna entre superiores e subordinados for inexistente.

Entende-se como assédio vertical descendente, quando o subordinado é agredido pelo superior hierárquico, quer seja pelo empregador ou pelo seu preposto. Esta, em sua maioria, é a espécie mais praticada nas relações de emprego, uma vez que, as vítimas são levadas a crer que devem aceitar tudo aquilo que lhe é imposto em troca da manutenção dos seus cargos. Estudos revelam que o assédio moral vindo de um superior hierárquico tem consequências muito mais graves sobre a saúde do que nas demais classificações, tendo em vista que a vítima se sente ainda mais isolada e tem maior dificuldade em encontrar a solução do problema.

O medo que o superior tem de perder o controle e a necessidade de denegrir o próximo para engrandecer-se, são algumas das possíveis razões que explicam tal perseguição, Em muitos casos, a empresa está consciente de que o superior dirige seus subordinados de forma tirânica e mesmo assim, consente com tal medida, compactuando com a prática de um dos tipos de assédio mais preocupante, pois a vítima fica mais desamparada e desprotegida, tendo piores consequências psicológicas ou físicas.

Caracteriza-se como assédio moral misto a prática em que a vítima é agredida tanto por colegas de trabalho da mesma linha hierárquica, quanto pelo seu superior hierárquico ou empregador. Empresas onde há alta competitividade interna, má gerenciamento de recursos humanos, bem como, locais de trabalho onde impere a gestão por estresse, em que o chefe ou o patrão imprima um nível elevadíssimo de exigência, são ambientes propícios para disseminação dessa espécie de assédio.

Em virtude das variadas classificações acerca do assédio moral, há alguns elementos considerados caracterizadores desse comportamento, sendo eles: a conduta abusiva, a intenção, o dano à integridade psíquica ou física de uma pessoa, a repetição ou sistematização dos atos, a premeditação, a duração no tempo, bem como, a existência de danos psíquicos ao ofendido.

A conduta abusiva se caracteriza a partir do momento em que o empregador ou superior hierárquico comete excesso no exercício do seu poder, resultando assim em um conjunto de atos, não perceptíveis pelo lesado como relevantes em um primeiro momento, mas que tem o objetivo de expor a vítima a situações incômodas e humilhantes. Tal comportamento visa atentar contra a dignidade psíquica do indivíduo, de modo repetitivo e prolongado, expondo o trabalhador e danificando o ambiente de trabalho.

Ao se analisar o aspecto intencional, verifica-se que este pode se dar de modo consciente ou inconsciente, entretanto, o ato é positivo. Isto é, sempre o assediador quer cometê-lo. A intenção, em sua maioria, está relacionada à compulsão ou vontade do assediador de cometer maldades, tendo assim, a finalidade de destruir emocionalmente o assediado.

Em se tratando de dano, faz-se necessário que haja um dano à dignidade do trabalhador para que seja configurado o assédio moral. Em geral, o dano que é ocasionado é o dano moral, entretanto, tal comportamento pode gerar outras espécies, como dano ao patrimônio, à saúde, psíquico, entre outros. Estes podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego, depressão e até mesmo a morte constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações e condições de trabalho.

A repetição se manifesta na periodicidade e frequência da conduta agressiva, esta por sua vez, é considerada o elemento mais configurador do assédio moral no ambiente laboral. Um simples conflito não pode se caracterizar como prática de tal conduta, tendo em vista que não há constância. A repetição, sistematização e assiduidade do ato lesivo são elementos essenciais, isto por que, se não há a reiteração do ato, não se pode falar em assédio.

Considerada como um requisito essencial, a premeditação é classificada como característica formadora do assédio e torna-se necessária para diferenciar a violência psicológica de um mero ataque de impulsividade. Sendo assim, uma vez que para que se configure o assédio moral é imprescindível à perpetuação no tempo, tal continuísmo se daria então a partir da premeditação do assediador.

A duração no tempo é elemento determinante para a caracterização do assédio moral. Para alguns doutrinadores, não há duração mínima no tempo para tais atos de violência, entretanto, exige-se que haja certa perpetuação no tempo para que se configure o comportamento em questão. O limite temporal deverá ser determinado a partir de análise do caso concreto, porém, faz-se necessário que não ocorra um excesso de rigor quanto ao tempo mínimo, pois cercearia direitos do indivíduo assediado além de evitar que outros profissionais sejam vítimas de tamanha crueldade.

Preceitua-se que a existência de danos psíquicos não é elemento essencial para configuração do assédio, entretanto, há os que creditam tamanha essencialidade, tendo em vista que, os danos psíquicos podem ser permanentes ou não, e devem ter um nexo de causalidade com a agressão moral. De fato existem muitas vítimas que sofrem de danos psíquico-emocionais graves, entretanto, há aquelas que são consideradas emocionalmente mais fortes, mais resistentes e podem vir a não apresentar tal dano.

O que é importante salientar, é que a violência moral deve ser caracterizada pelo ato agressor e não pelas características psicológicas das vítimas, tal entendimento é importante para que não haja um cerceamento de defesa para o trabalhador agredido.

1.1. CONSEQUÊNCIAS FÍSICAS DO ASSÉDIO MORAL

As repercussões do assédio moral na vida do indivíduo vítima deste são intensas, em geral, as principais consequências tendem à destruição da fragilizada vida do trabalhador, seu adoecimento, desemprego, aposentadoria e até mesmo a morte. Alguns desses traumas, são capazes

até de modificar a própria personalidade da vítima, gerando sérios transtornos e desestabilizando seu convívio social e familiar. Segundo Alice Monteiro de Barros, isto ocorre por que:

O ser humano é único e a compulsão que sofreu no decorrer da vida transforma sua personalidade e conduta. Dificilmente consegue voltar a ser o que era antes. Daí a necessidade de reconhecer o valor da integridade que coloca o homem como sujeito de direitos e obrigações e os meios para prevenir, reparar e punir eventual violação desses direitos (BARROS, 2008 p.398).

As consequências na vida das vítimas de assédio moral estão diretamente ligadas a fatores que se relacionam com a intensidade e a duração da agressão. Isto porque, em curto prazo as vítimas tendem a sofrer estresse e a ansiedade combinado com um sentimento de impotência e humilhação, decorrendo destes, prejuízos como: cansaço, nervosismo, distúrbios do sono, enxaqueca, distúrbios digestivos, dores na coluna, entre outros. Em longo prazo, as consequências tornam-se agravadas, e a confusão, agora dá lugar ao choque, à ansiedade, a perturbações psicossomáticas, ou a um estado depressivo.

A violência psicológica presente no ambiente laboral não afeta apenas as vítimas desta, mas produz efeitos maléficos na empresa, na sociedade e até mesmo no Estado. Observa-se que a violência moral traz malefícios à empresa, à medida que o assediado, sem estímulo para trabalhar, passa a ter queda de rendimento, isto porque os problemas psicológicos advindos do estresse emocional fazem com que concentração e a capacidade de raciocínio do trabalhador sejam afetadas.

Uma vez estando com seu emocional abalado, o trabalhador tende a ausentar-se do âmbito laboral, isto porque, tal ambiente passa a ser sinônimo de tortura. Em muitos casos, o afastamento por tempo indeterminado para tratamento de saúde tende a ser requerido pelo trabalhador, tendo em vista o estado avançado das agressões sofridas por ele.

O que se percebe, é que a humilhação psicológica ocorrida no ambiente laboral transformou-se em um problema de saúde pública, visto que, o Estado sofre os efeitos perversos dessa prática, arcando com elevados custos no que tange à saúde pública, assistência e à previdência social, assistindo aqueles que necessitam de reabilitação profissional e concedendo benefícios previdenciários em razão do afastamento prematuro do empregado. Para Barreto (2006, p. 39), “trabalho, doenças e emoções se interpenetram dinamicamente, instaurando uma nova forma de viver que, muitas vezes, mostra-se catastrófica. ”

1.2. CONSEQUÊNCIAS JUDICIAIS DECORRENTES DO ASSÉDIO MORAL

A interposição de processos judiciais pleiteando indenizações por danos morais decorrentes da violência psicológica praticada no ambiente de trabalho é outro aspecto negativo enfrentado por várias empresas. São ex-empregados que buscam reparação pelo dano moral sofrido, embora valor algum faça com que tal agressão seja esquecida.

Além das consequências dessa prática refletir na empresa, os efeitos também reverberam nos âmbitos sociais e econômicos do país, visto que, muitas das vítimas da violência moral são efetivamente excluídas do mundo do trabalho, seja por demissão, seja por ficarem inválidas ou desempregadas por incapacidade médica.

A exclusão dessas pessoas do mundo do trabalho gera graves consequências econômicas para as próprias vítimas, dado que, perdem a renda, passam a ter despesas médicas, necessidade de tratamento psicológico, além de gerar consequências para a sociedade, tendo em vista as despesas de saúde por parte do seguro social, hospitalizações, seguro-desemprego, e a aposentadoria antecipada. Tais fatores constituem ônus que será repartido com toda a sociedade, o que agrava a situação econômica do país, pois representa mais gastos também para o Estado.

Nesse sentido, Hirigoyen preceitua que:

Mas o assédio moral gera também um clima de inquietações, medo e fragilidade que se estende à sociedade como um todo. Em uma época de globalização, reestruturações e fusões de empresas tal situação leva as pessoas a perder a confiança nelas mesmas e ao descrédito do mundo do trabalho (HIRIGOYEN, 2002 p. 122).

Verifica-se assim, que a prática do assédio moral constitui um problema não apenas da vítima, mas do Estado e da sociedade como um todo, pois será ela quem arcará com os custos pertinentes a mais um desempregado e de sua família, o que representa demasiado ônus para um país como o Brasil, que possui altos níveis de desemprego, e um déficit enorme na seguridade social.

Além das consequências psicológicas na vida da vítima, e das repercussões do assédio moral na sociedade e Estado, faz-se necessário mencionar acerca das consequências jurídicas advinda de tal prática.

O comportamento do empregador, do seu preposto ou superior hierárquico, em relação ao trabalhador, será determinante para a aplicação de determinados preceitos normativos, isto porque, há casos concretos em que Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, deverá ser adotada. Esta veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeitos de acesso a relação de emprego ou sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

Havendo a rescisão contratual operada por iniciativa do empregador, fundamentada nas práticas discriminatórias ou limitativas, dão ao empregado o direito de vê-la declarada nula, tendo como consequência o direito de reintegração do seu cargo, bem como, a percepção de todas as parcelas do período de afastamento, ou poderá o empregado optar pela remuneração em dobro do período de afastamento, disposições previstas no art. 4º, incisos I e II, desta lei.

O artigo 483 da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), alíneas a, b e c asseguram ao assediado o direito de rescisão indireta do contrato

de trabalho. Ao empregador, é assegurada a dispensa, por justa causa, do responsável seja ele qual for, pelo ato ilícito ou abusivo praticado contra a vítima, amparados pelo artigo 482, alínea b da lei supracitada.

Os artigos 1º, 3º e 5º da Constituição Brasileira preveem a garantia de que ao cidadão brasileiro é assegurada a tutela da honra e da dignidade da pessoa humana, merecendo pronta reparação quando comprovada a sua violação. O assédio moral, sendo este um ato ilícito, provoca danos à vítima tornando-a suscetível de reparação pecuniária, visto que, atinge diretamente a honra e a dignidade do trabalhador, podendo comprometer sua saúde física e mental.

O dano moral não possui valor favorável economicamente, tendo em vista invadir e afetar diretamente a esfera subjetiva e psíquica da personalidade humana, atacando à honra, a intimidade, a integridade psíquica, a autoestima, enfim, é derivado de práticas que atentam contra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, causando na vítima reação psíquica e conseqüente dor, mal-estar e profundo sofrimento.

Desta feita, a indenização pelos danos morais cometidos pelo assediador no ambiente de trabalho tem natureza não ressarcitória, mas compensatória da dor, sofrimento íntimo e angústia que atormentam a vítima, ou seja, visa compensar a dor sofrida pelo indivíduo e, ao mesmo tempo, gerar uma perda patrimonial para o assediador no intuito de penalizá-lo e impedir que a conduta ilícita continue.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

Compreende-se como reponsabilidade civil a premissa de que aquele que causar dano a alguém fica obrigado a ressarci-lo dos danos que vier a sofrer. Tal preceito encontra-se explicitado no Código Civil Brasileiro, o qual dispõe em seu artigo 927 que “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A partir da definição supracitada, o Código Civil ainda menciona em seu artigo 186 acerca da definição de ato elícito, considerando que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar

direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Corroborando com este dispositivo, a explicitação prevista no artigo 187 considerando que “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”.

Assim sendo, comete ato ilícito aquele que violar direito ou causar dano a outrem por meio de uma conduta culposa, seja omissiva ou comissiva, ou ainda cometer abuso de direito.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 2), responsabilidade civil é o “dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico.” Dessa forma, toda conduta humana violadora de dever jurídico originário, que causar prejuízo a outrem, é fonte geradora de responsabilidade civil.

O instituto da responsabilidade tem por elemento nuclear uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, este pode se configurar de forma direta, quando o dever de reparação do dano causado recai sobre quem efetivamente tenha praticado o ato, ou indireta, quando a responsabilidade recai sobre quem tenha o dever de guarda sobre o agente do ato danoso.

Em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, há a necessidade de comprovação da culpa do agente, isto é, conduta culposa ou dolosa em virtude de negligência, imprudência ou imperícia, enquanto que, a responsabilidade civil objetiva escusa-se de culpa, pois essa é presumida, dispensada sua análise e demonstração, uma vez que, está fundamentada na Teoria do Risco. Esta preceitua que, aquele que por meio de sua atividade, criar certo risco de dano a terceiros, deve ser responsabilizado, respondendo pela reparação, ainda que isento de culpa.

A prática do assédio moral agride direitos essenciais da pessoa, permitindo que esta tenha a sua integridade física, psíquica, intelectual e social lesionada, visto que há um terror psicológico que afeta precisamente

o cerne da personalidade. Tal agressão viola a norma preceituada no artigo 5º, X da Constituição Brasileira prevendo 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:

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.

Portanto, tendo resguardado o princípio exposto no artigo 5º, X, da Constituição Federal as vítimas de tal comportamento agressivo, podem buscar o justo ressarcimento pelo prejuízo moral, visto que, a responsabilidade civil do empregador possui caráter sociológico, pois tem como finalidade a proteção da dignidade da pessoa, garantindo, por meio da aplicação do princípio protetor, a proteção aos direitos fundamentais do trabalhador.

A responsabilidade civil do empregador face à prática do assédio moral contra seus empregadores encontra ainda respaldo no artigo 7º, inciso XXII da Constituição Brasileira, o qual dispõe que o trabalhador tem direito a um ambiente saudável:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

Isto posto, verifica-se que em um ambiente de trabalho em que há a prática da conduta do assédio moral, há também total ausência de

obediência aos preceitos constitucionais acerca da valorização do trabalho e da promoção de um ambiente de trabalho saudável.

A partir de tal análise, verifica-se que é incumbência do empregador a reparação do dano causado à vítima do assédio moral, e que a fixação de um valor indenizatório é um mecanismo de coibição a tortura mental recebida pelo trabalhador, objetivando desestimular a prática de novos constrangimentos.

Os tribunais brasileiros, em sua maioria, têm reconhecido a existência da previsão da responsabilidade civil objetiva do empregador devido a atos praticados por seus prepostos, visto que, o assédio moral cometido por qualquer empregado, o empregador será responsabilizado, sendo este obrigado a ressarcir a vítima civilmente, através de indenização moral ou patrimonial. Aplica-se a este, a Teoria do Risco da Atividade, devendo o empregador assumir os riscos ligados à sua atividade, respondendo assim, pelos danos causados aos seus empregados ou a terceiros.

O empregador será responsabilizado fundamentado no instituto da culpa “*in omittendo*” e “*in elegendo*” isto é, responderá pela ausência de propostas no combate ao assédio moral e por não cumprir a obrigação legal de proporcionar aos seus colaboradores, um ambiente de trabalho saudável. Entretanto, havendo má-fé acerca da responsabilidade civil do empregado assediador e da suposta vítima, promovendo simulações de confrontos com o objetivo de obter vantagens ilícitas em face do empregador, caberá ação regressiva do empregador considerado assediador devido ao fato de ter indenizado a vítima que supostamente sofrera a agressão.

3. TRATAMENTO LEGAL CONFERIDO AO ASSÉDIO MORAL NO BRASIL

O princípio da dignidade da pessoa humana é a base do ordenamento jurídico brasileiro isto é, constitui o princípio máximo do estado democrático de direito. Exposto em seu artigo 1º, III, a Constituição Federal dispõe que:

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.

De acordo com a Constituição Brasileira, tal princípio, além de ser essencial para afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o instituto adequado para positivizar normas asseguradoras dessas pretensões, tem também a finalidade de promover a ordem econômica do país. Assim, preceitua o artigo 1º da Constituição Federal em seus incisos III e IV que:

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.

A Lei Maior ainda destaca em seus artigos 170, caput, e 193 o valor do trabalho como sendo:

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.

Embora a preocupação do legislador com a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho esteja evidente na Carta Constitucional, há a frequente violação destes nas relações de trabalho no que tange ao assédio moral. Isto se deve ao aumento significativo de tal prática, proveniente da falta de prevenção e fiscalização, e de norma específica que legisle acerca deste assunto.

De acordo com o autor Pamplona Filho:

A prevenção é de suma importância no combate do assédio moral, passando pelos aspectos da educação e fiscalização. Educação por meio de campanhas esclarecedoras, seja pelos órgãos públicos, seja por organizações não-governamentais. Dentre os benefícios que a educação pela informação proporciona, está o afastamento das eventuais alegações por parte dos assediadores, de desconhecimento às restrições da conduta adotada (PAMPLONA FILHO, 2006, p. 1088).

A fiscalização de forma direta por parte do empregador faz-se necessária, pois isso implica em uma atuação mais efetiva na própria relação de direito material. Segundo Pamplona Filho, 2006, p. 1088, “sendo o assédio moral fator que compromete a atividade empresarial, afetando a produção, os custos, vendas, despesas, etc., o interesse primordial no seu combate é do empregador”.

Na busca por efetivas soluções acerca desta temática, Irecemópolis – cidade situada no interior do Estado de São Paulo – destacou-se por ser o primeiro município a promulgar uma lei dispendo acerca do assédio moral no ambiente laboral. A Lei Municipal nº 1. 163 de 24 de abril de 2000 faz menção à aplicação de penalidades a servidores municipais que praticarem o assédio moral no âmbito a Administração Pública Municipal direta.

Artigo 1º - Ficam os servidores públicos municipais sujeitos às seguintes penalidades administrativas na prática de assédio moral, nas dependências do local de trabalho: (...)

Parágrafo Único - Para fins do disposto nesta Lei, considera-se assédio moral todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a autoestima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário, tais como: marcar tarefas com prazos impossíveis, passar alguém de uma área de

responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de ideias de outros; ignorar ou excluir um funcionário só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; subestimar esforços.

Diante de tal postura, diversos outros municípios aderiram a essa proposta, dentre eles: Cascavel-PR, Lei 3.243 de 15/05/2001; Guarulhos-SP, Lei 358 de 19/07/200; Natal-RN, Lei 189 de 23/02/2002; dentre outros.

Em se tratando da esfera estadual, o Estado do Rio de Janeiro foi o precursor ao regulamentar de forma mais minuciosa a definição do assédio moral na Administração Pública através da Lei Estadual nº 3.921 de 23 de agosto de 2002 preceituando que:

Art. 2º - Considera-se assédio moral no trabalho, para os fins do que trata a presente Lei, a exposição do funcionário, servidor ou empregado a situação humilhante ou constrangedora, ou qualquer ação, ou palavra gesto, praticada de modo repetitivo e prolongado, durante o expediente do órgão ou entidade, e, por agente, delegado, chefe ou supervisor hierárquico ou qualquer representante que, no exercício de suas funções, abusando da autoridade que lhe foi conferida, tenha por objetivo ou efeito atingir a autoestima e a autodeterminação do subordinado, com danos ao ambiente de trabalho, aos serviços prestados ao público e ao próprio usuário, bem como, obstaculizar a evolução da carreira ou a estabilidade funcional do servidor constrangido.

A temática é preocupante e tem feito com que o Estado tenha interesse em combater essa prática abusiva. No âmbito federal, há alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional versando sobre este assunto, dentre eles o Projeto de Lei Federal nº 4.742/2001 que introduz o artigo 146-A no Código Penal Brasileiro, tipificando o assédio moral ocorrido no ambiente laboral como crime. Outro Projeto de Lei que corrobora com essa matéria é o de nº 5.971/2001 que visa acrescentar ao

Código Penal Brasileiro um dispositivo que verse sobre coação moral no ambiente de trabalho.

Embora ainda inexista previsão legal específica acerca dessa temática, à repressão a este comportamento tem sido feita pelo Poder Judiciário embasado em toda a estrutura lógica apresentada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em face disso, o artigo 483, alínea “e” da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) prevê que:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

A partir de análise deste artigo, tem-se a expressa previsão de rescisão indireta, isto é, o empregado tem o direito de fazer cessar o contrato de trabalho em virtude de justa causa praticada pelo empregador, na hipótese de o empregador ou seus prepostos ofenderem a honra ou boa fama do empregado ou de pessoas de sua família. Assim sendo, evidencia-se que a norma autoriza a rescisão indireta do contrato de trabalho quando a vítima sofrer tal agressão.

De acordo com Cairo Júnior:

É que, no contrato de trabalho, existe uma cláusula implícita que diz respeito ao tratamento que deve ser dispensado ao empregado, ou seja, há uma cláusula segundo a qual o empregador deve respeitar as condições derivadas do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Essa cláusula contratual serve para impor limites ao empregador, já que o estado de subordinação jurídica, ao qual se encontra submetido o empregado, pode ensejar o exercício abusivo do direito do empresário. (CAIRO JR., 2008, pág. 448)

Com o intento de proteção dos direitos dos trabalhadores, julgados recentes condenaram empresas ao pagamento de indenização por dano moral a seus empregados, julgados estes, considerados procedentes as

ações de assédio moral praticados contra o trabalhador. Dentre eles, temos:

ELEIÇÃO DO "EMPREGADO TARTARUGA". ATO PATRONAL CONSTRANGEDOR E OFENSIVO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - EXPOSIÇÃO DO EMPREGADO A RIDÍCULO E A VEXAME. REPARAÇÃO POR DANO MORAL. VIABILIDADE. Afronta a dignidade da pessoa humana a instituição, pela empresa, de "eleição" mensal de "empregado tartaruga", para assim designar pejorativamente aquele trabalhador que cometeu atrasos no horário de entrada nos serviços, expondo o empregado "eleito" ao ridículo, além de colocá-lo em situação vexatória perante os demais colegas de trabalho. Louvável seria o empregador instituir mecanismos para estimular ou incentivar os seus empregados à assiduidade e à maior produtividade, sem causar-lhes constrangimentos no ambiente de trabalho. Pedido de reparação por dano moral que se acolhe. Recurso ordinário do empregado a que se dá provimento (TRT 15ª Reg., 029389/2001-ROS-2., 5ª TURMA, Rel. José Antonio Pancotti). DANO MORAL - VENDEDOR QUE NÃO ATINGE METAS - SUBMISSÃO A SITUAÇÃO VEXATÓRIA NO AMBIENTE DE TRABALHO. Demonstrando a prova testemunhal que o empregado - vendedor - quando não atingia as impostas metas de venda, era obrigado a usar um chapéu cônico, contendo a expressão "burro", durante reuniões, na frente de todos - vendedores, gerente, supervisores - oportunidade em que era alvo de risadas e chacotas, indubitáveis o vexame e a humilhação, com conotação punitiva. O aborrecimento, por certo, atinge a saúde psicológica do empregado e, estando sujeito a tal ridículo e aflição, por óbvio estava comprometido em seu bem estar emocional. Tal procedimento afronta diretamente a honra e a

dignidade da pessoa, bens resguardados pela Carta Maior. Iniciativas absurdas e inexplicáveis como esta têm que ser combatidas com veemência, condenando o empregador ao pagamento de indenização por dano moral (TRT 9ª Reg, Ac. 2ª T., DJ 20.09.02, RO nº 1796/2002, Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther).

Ante o exposto apresentado e das decisões dos Tribunais em face da conduta do assédio moral, verifica-se que a violação do princípio da dignidade da pessoa humana tem sido embasada para o reconhecimento do assédio moral, posto que, são condutas que tratam de forma vexatória, degradante e humilhante o indivíduo agredido.

Verifica-se, portanto, que mesmo inexistindo legislação específica acerca deste, a legislação correlata tem sido utilizada de forma eficaz, produzindo resultados relevantes para solucionar os problemas causados por este comportamento, embora a fixação do valor indenizatório não seja suficiente. Faz-se necessário que sejam tomadas medidas visando suprimir esse círculo vicioso de maldade e sofrimento, promovendo a conscientização da sociedade quanto à importância da saúde do trabalhador, que representa um dos valores inerentes à dignidade da pessoa humana.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta pesquisa, demonstrou-se que o assédio moral é uma conduta abusiva que viola um dos maiores princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana. Assim, a percepção que é feita sobre a agressão no ambiente laboral é a de que tal comportamento deve ser entendido como um grave problema social que deve ser combatido com maior veemência.

A nova política estrutural implantada nas empresas tem gerado um sentimento de insegurança nos funcionários que nela atuam, e como consequência deste, há um abalo na vida emocional e psíquica do trabalhador, além de gerar enormes prejuízos para os cofres públicos, uma vez que, cada cidadão que sofre assédio moral no ambiente de trabalho passa a apresentar um quadro depressivo que em muitos casos torna-se

irreversível, ocasionado assim, aposentadorias por invalidez e consequentemente despesa para o estado.

Embora a visão mercadológica tenha modificado com os avanços tecnológicos, o trabalhador não pode sofrer pressões excessivas que interfiram negativamente na estrutura emocional e psicológica deste, sobretudo é necessário que cada dia mais haja a coibição e a prevenção desse tipo de agressão realizada pelas empresas. Constata-se a partir desta pesquisa, que a nova estruturação do mercado não pode ferir os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, sob pena de ter uma sociedade doente e sem condições de desenvolvimento.

Dessa forma, faz-se necessário que haja legislação que defina assédio moral no ambiente de trabalho, seus métodos, efeitos e punições cabíveis ao agressor, entretanto, apenas a norma jurídica não é o bastante, é essencial a conscientização da gravidade do ato praticado, bem como as terríveis consequências geradas por tal patologia social.

5. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª edição. São Paulo: LTr, 2012.

BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. **Temas atuais na Justiça do Trabalho: teoria e prática**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Acesso em: 22 de set de 2017

CAIRO, José Jr. **Curso de Direito do Trabalho – Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2ª edição – Salvador: Jus Prodvim, 2008.

CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. – 8ª ed. 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. V. 3. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral: A violência perversa do cotidiano**. - 8. ed. – Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2006.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. São Paulo: Bertrand do Brasil, 2002.

_____. Lei nº 1.163 de 24 de abril de 2000. Dispõe sobre a aplicação de penalidades a prática de assédio moral nas dependências da Administração Pública Municipal Direta por servidores públicos municipais. In: **Câmara Municipal de Irecemópolis-SP**. Disponível em: <<http://consulta.siscam.com.br/camarairacemapolis>>. Acesso em: 30 de out de 2017.

_____. Lei nº 3.921 de 23 de agosto de 2002. Dispõe sobre a vedação do assédio moral, no âmbito dos órgãos, repartições ou entidades da administração centralizada, autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista, do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, inclusive concessionárias ou permissionárias de serviços estaduais de utilidade ou interesse público. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br>>. Acesso em: 30 de out de 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região. Recurso ordinário do empregado a que se dá provimento. Reg., 029389/2001-ROS-2, 5ª TURMA, Rel. José Antonio Pancotti. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 25 de set de 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. Reg, Ac. 2ª T., DJ 20.09.02, RO nº 1796/2002, Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 25 de set de 2017.

[1] Professora do Curso de Direito na instituição Faculdade Católica do Tocantins; Mestre em Direito pela Universidade de Marília-SP; Doutoranda em Tecnologia Nuclear IPEN/USP; Orientadora deste artigo de conclusão de curso.

PRISÃO CIVIL POR ALIMENTOS

CARLOS ENDRIGO DE MIRANDA RODRIGUES:
Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil e
Estagiário do Ministério Público Federal.

RESUMO: A presente obra, elaborada através de pesquisas doutrinárias e de legislações pertinentes ao tema, tem como objetivo examinar a obrigação alimentar e a possibilidade da prisão civil caso haja o inadimplemento da obrigação alimentar. Os alimentos são as prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Compreende o que é imprescindível à vida da pessoa e podem ser classificados quando a finalidade, quanto à natureza, quando a causa jurídica e quanto ao momento da reclamação. A prisão civil se realiza no âmbito do Direito Privado, consumando-se em face da dívida não paga, ou seja, de um dever ou de uma obrigação descumprida e fundada em norma jurídica de natureza civil, objetivando a prisão civil do alimentante, tido como descumpridor, do dever alimentar. Assim, a prisão civil é meio executiva da finalidade econômica, prende-se o executado, não na intenção de puni-lo, como se criminoso fosse, mas sim para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão, ou recuperar sua liberdade, portanto, a prisão civil não tem natureza punitiva e sim coercitiva.

Palavras chave: Alimentos, Obrigação Alimentar, Prisão Civil.

ABSTRACT: The present work, elaborated through doctrinal research and legislation pertinent to the subject, has the objective of examining the alimentary obligation and the possibility of the civil prison in case of default of the alimentary obligation. Food is the provision to satisfy the vital needs of those who can not provide it for themselves. It understands what is essential to the life of the person and can be classified when the purpose, as to the nature, when the legal cause and as to the moment of the complaint. Civil prison is carried out within the scope of private law, consummated in the face of unpaid debt, that is, a duty or an unfulfilled obligation and based on a legal rule of a civil nature, aiming at the civil imprisonment of the breach of duty. Thus, civil imprisonment is a means of executing the economic purpose, the executor is arrested, not with the

intention to punish him, as if he were a criminal, but to indirectly force him to pay, supposing that he has the means to comply with obligation and want to avoid their arrest, or to regain their freedom, civil imprisonment is not punitive in nature but coercive.

Keywords: Food, Food Obligation, Civil Prison.

SUMÁRIO: 1- DOS ALIMENTOS; 2. PRINCÍPIOS, CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÕES DA OBRIGAÇÃO; 3. QUANTO AO TEMPO DE EXIGIR; 4. DOS MEIOS COERCITIVOS; 5. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO; CONCLUSÃO; E REFERÊNCIAS.

1- DOS ALIMENTOS

O direito aos alimentos busca assegurar a vida e garantir a sobrevivência necessária, são prestações asseguradas e periódicas para a manutenção, contanto indispensáveis à quem às necessitam para determinadas situações que o alimentado necessita, tais como: habitação, assistência médica, alimentação, transporte, vestuário e indeterminados outros custeios, os quais compreendem o mínimo necessário para a sobrevivência denominados de *necessarium vitae*, e os alimentos civis que se dispõe às necessidades de caráter socioeducativo, chamados de *necessarium personae*. Prestações devidas para satisfazer as necessidades de quem não pode provê-las, conjunta com a possibilidade de quem deve custeá-las, idealizado na ideia do patrimônio-mínimo .

Tal instituto é abordado e assegurado sua fase material e processual em diversas leis, o pagamento de alimentos visa à pacificação social, estando amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da solidariedade familiar (art. 3º, I, da CF), com proteção máxima da pessoa em perspectiva civil constitucional, basilar na função social da família e no sentido de que a sua quantificação não pode gerar enriquecimento sem causa à parte credora, servindo para a manutenção e visando o patrimônio mínimo da pessoa humana, devendo ser fixado com razoabilidade, levando-se em consideração as reais necessidades do alimentando. Não obstante, tem como forma coercitiva o artigo 5º inciso

LXVII, CF/88, que dispõe a respeito da prisão civil do devedor de alimentos no caso de inadimplemento involuntário e imperdoável da verba.

Alimentos, segundo a concepção de Orlando Gomes: “são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada.”

Alimentos é decorrente de Lei, e o seu conteúdo é manter o estado anterior (status quo) do alimentado, são alicerçados por princípios e características, tais estes, incluso o direito personalíssimo, sendo que somente o sujeito que tem relação de parentesco, casamento, união estável (inclusive homoafetiva), bem como a parentalidade socioafetiva com a outra parte, que pode pleiteá-los (Enunciado n.341 do CJF/STJ). Salienta-se que alimentos devem ser fixados dentro do binômio necessidade de quem os pleiteia e possibilidade de quem os deve prestar, correspondendo proporcionalmente (art. 1.694, § 1º, do CC).

2. PRINCÍPIOS, CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÕES DA OBRIGAÇÃO

Dentre eles o princípio da reciprocidade também se destaca, que é a obrigação de alimentos entre cônjuge e companheiros (art. 1.694 do CC), entre pais e filhos, alcançando a todos os ascendentes, incidindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta de outros (art. 1.696 do CC), bem como a valorização da parentalidade socioafetiva. Ressalta-se que “o grau mais próximo exclui o mais remoto” e não há obrigação de alimentos entre os parentes afins (situação da sogra, do sogro, do genro e da nora).

Também é irrenunciável, característica esta que se diferencia da simples dispensa dos alimentos, mas que em momento ulterior poderá ser reivindicado novamente se preenchidos os requisitos de necessidade e possibilidade, pois, a simples dispensa não implica em abdicação do direito

(súmula 379-STF). O Código Civil vedou a possibilidade de renúncia em seu artigo 1707.

Ademais a obrigação é divisível, porque nesse contexto frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser dissolvida entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento, responsabilidade subsidiária dos avós (Enunciado n. 342 do CJF/STJ). No entanto, se quem pleiteia alimentos for idoso, com idade superior a 60 anos, a obrigação passa a ser solidária (art. 12 do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003).

Sobre o tema prescrição, esse instituto afirma que a obrigação aos alimentos é imprescritível, isto por envolver estado de pessoas e a dignidade humana. Contudo, a prescrição atinge o direito aos alimentos na persecução das parcelas vencidas e não pagas em dois anos, conforme art. 206, § 2º, do CC., salvo menor de 16 anos absolutamente incapaz que contra ele não corre a prescrição (art. 198, I, do CC) e menor entre 16 e 18 anos de idade também não corre o prazo prescricional, isto porque entre ascendentes e descendentes não corre o prazo de prescrição durante o poder familiar (art. 197, II, do CC), destarte, se esse menor se emancipar, cessa o poder familiar, e contra ele passa a correr o prazo prescricional.

Transcorrendo sobre a transmissibilidade dos alimentos, estabelece o art. 1700 do CC, que será a obrigação transmitida aos herdeiros do devedor, nos limites da herança. Posto isso, ocorre remissão ao art. 1694, CC, onde a obrigação poderá ser assumida pelos herdeiros, desde que haja o binômio, necessidade e possibilidade das partes, e seja revista em ação própria para reavaliação. Ou seja, os herdeiros do devedor de alimentos poderá assumir a obrigação desde que se enquadre no binômio de necessidade e possibilidade.

Dentre outras situações que abordam os alimentos, é vedado, ou seja, proibido à cessão da obrigação a título gratuito ou oneroso, ou alienável, ou até mesmo objeto de transações e concessões, todos esses impedimentos por se tratar de direito personalíssimo, como também é

vedado compensação, o penhor e a repetição de indébito para rever em juízo os valores que já foram pagos.

Alimentos são oriundos de diversas fontes, como alimentos legais, no direito de família, exemplo: os alimentos gravídicos, devidos ao nascituro e à mulher gestante, que por força da Lei 11.804/2008 (na falta de pagamento desses alimentos, cabe a prisão civil do devedor (art. 5º, LXVII, da CF., e consta do Enunciado 522 da V Jornada de Direito Civil do CJF). Por outra margem, também tem os alimentos convencionais, que é a causa decorrente da vontade das partes, por força de contrato, bem como alimentos indenizatórios resultantes de atos ilícitos. Esses alimentos civis indenizatórios (reparatórios) e os alimentos convencionais não admitem prisão civil em sede de execução. A prisão civil só é admitida em alimentos de direito de família (legais).

3. QUANTO AO TEMPO DE EXIGIR

Quanto ao momento de exigir os alimentos, existem os pretéritos, relativo ao passado, vencidos há mais de 3 meses e que não excedam 2 anos contados do seu vencimento, sob pena de prescrição do direito (art. 206 § 2, CC), os presentes, que são considerados os 3 últimos meses e, os alimentos futuros que serão os vincendos dentro do processo. Ainda, existe a súmula 309 STJ (“o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo”) e o CPC/15 no § 7º do artigo 528, faz constar que a prisão civil não afastará o débito, sendo somente possível nos casos de cobrança das três últimas prestações vencidas. Também vale destacar que o marco inicial é a partir do ajuizamento da ação, momento que inicia o prazo para alcançar o limite de três prestações sob pena de prisão. E quanto à forma de pagamento, cabe ao juiz da causa de acordo com as circunstâncias do caso concreto, aplicar em alimentos próprios, que são pagos por meio de alimentação, sustento, habitação e educação, ou impróprios que são pagos mediante pensão (mais comum na prática).

Quanto a finalidade, são essas espécies: alimentos definitivos, fixados por acordo das partes ou de sentença judicial transitada em

julgado, no entanto é defeso a ação de revisão se ocorrer alteração substancial fática cabendo majoração, diminuição ou até mesmo exoneração da obrigação. No mais, ressalta-se que a Lei 11.441/07 possibilitou que esses alimentos sejam fixados por escritura pública por ocasião da separação ou do divórcio extrajudiciais, o que é regulamentado pelo CPC (art. 733, exceto se envolverem filhos incapazes ou nascituros); alimentos provisórios, fixados antes da sentença no rito especial da Lei 5478/68, em tutela de urgência exigindo prova pré-constituída; alimentos provisionais, fixados antes da sentença em outras ações que não seguem o rito especial da Lei 5478/68, por meio de antecipação de tutela ou medida cautelar; e alimentos transitórios, fonte da atual jurisprudência, são aqueles fixados por determinado lapso temporal, fixando seu termo final, visando a manutenção do “status quo ante” da pessoa por certo período.

4. DOS MEIOS COERCITIVOS

A execução será definida levando em consideração o tipo de título, no caso judicial ou extrajudicial e, ao tempo do débito, sendo pretérito ou presente. Nos casos em que a execução encontrar-se fundada via judicial (por sentença ou em decisão interlocutória estabelecendo alimentos provisórios) dispõe seu art. 528, § 3º, CPC/15 que se o executado (devedor dos alimentos) não pagar ou justificar fundamentalmente no prazo de três dias, o juiz, mandará protestar o pronunciamento judicial e decretará a prisão civil do devedor, ressaltando que o preso por dívida alimentícia deve ficar separado dos presos comuns. No tocante ao prazo da prisão, a Lei 5478/68 impõe o prazo de até sessenta dias, e o CPC impõe de um a três meses, motivo este de várias correntes doutrinárias a cerca do tempo da sanção. No mais, o cumprimento de sentença admite também a possibilidade de expropriação, utilizando exemplo atual o desconto em folha de pagamento do devedor, que poderá ser no patamar de até 50% de seus vencimentos líquidos, ou seja, o devedor poderá ter além dos 30% permitidos, mais 20% descontado de seu salário até quitar o débito. Quanto aos alimentos avoengos, também será possível a prisão dos avós que não pagarem ou justificarem a dívida, porém é defeso a análise das condições do devedor, podendo ser aplicada medidas coercitivas diversa da prisão em regime fechado.

Em casos de execução fundamentada pelo título executivo extrajudicial no qual a pensão alimentícia tenha sido firmada entre as partes em um compromisso extrajudicial, como por meio de mediação ou de contratos, no caso de descumprimento do acordo, existe previsão nos artigos 911,912 e 913 do CPC/15, os quais regulam a execução sob pena de expropriação e/ou até mesmo prisão civil. Destaca-se, como forma de dar mais efetividade a cobrança de alimentos a possibilidade de protesto da decisão em caso de inadimplemento, o qual deixará o devedor com o “nome sujo” no mercado, bem como a conta bancária do devedor poderá ser bloqueada. Ademais, Flávio Tartuce pontua: *“a possibilidade de desconto em folha também é variável em caso de obrigação de alimentos fundada em título executivo familiar, não deixando dúvidas o art. 912 do CPC/2015”*

Destaca-se também que em grau de recurso como a apelação e embargos, estes não dispõem de efeito suspensivo (CPC 1.012 II e III), ou seja, pode haver a busca do pagamento antes de os alimentos se tornarem definitivos, quer pelo rito da prisão, quer pelo da expropriação. No mais, casuais embargos ou ajuizamento de ações de revisão ou exoneração da obrigação, a interposição dos recursos de agravo de instrumento, Habeas Corpus ou mandado de segurança não afasta a ordem de prisão. Pois, o objetivo da execução alimentícia é obrigar o devedor de alimentos, de forma coercitiva, a satisfazer, rapidamente, as necessidades básicas do alimentando. A necessidade é a subsistência do alimentando e, por isso, se autoriza a prisão civil do devedor.

5. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO

Concluindo, a obrigação de alimentos se extinguirá nas seguintes hipóteses: morte do credor, os alimentos será extinto por se tratar de obrigação personalíssima; alteração substancial dos fatos entre necessidade e possibilidade dos polos da obrigação, atingindo esse binômio poderá até mesmo ser apurada em ação de exoneração da obrigação alimentar; dissolução do casamento ou da união estável, fato este que até admite que em sentença de divórcio fixe alimentos, porém com novo casamento ou união estável ou, ainda, o concubinato do credor, poderá extinguir-se o dever de prestar alimentos; também é causa o

comportamento indigno do credor que pode ser motivo de exonerar ou reduzir a obrigação de alimentos, exemplo de crimes de um contra o outro e outras causas que dão ensejo e motivo para tanto; e a extinção da obrigação de alimentos quando o credor atinge a maioria, fato que não ocorre automaticamente, sendo necessária uma ação específica, mediante contraditório e a real necessidade e possibilidade dos fatos e das partes, contudo com a maioria civil os alimentos mudam de natureza, deixam de ser fundados no poder familiar e passa ao fundamento parentesco.

No mais, Maria Berenice Dias leciona no sentido de que: *“Havendo parcelas antigas e atuais, não conseguiu o legislador encontrar uma saída. Parece que continua a ser indispensável que o credor proponha dupla execuções, o que só onera as partes e afoga a justiça. A não ser que a cobrança seja feita em sequência. Frustrada a via da prisão, a execução segue pelo rito da expropriação (CPC 530) (...) mesmo com relação às prestações recentes, independente do período do débito, o credor pode preferir o rito expropriatório (CPC 831 e ss). E este é o único jeito de buscar a cobrança se: não foi aceita a justificativa apresentada o devedor (CPC 528 § 3º) ou se ele já cumpriu a pena de prisão e não pagou.”*

Ante o exposto, permanece a necessidade de execução conjunta, no mesmo caso, uma pelo rito expropriatório para as parcelas antigas e outra pelo rito da prisão civil para as prestações atuais, ou seja, duas ações distintas, uma para as prestações anteriores a 3 (três) meses da propositura da ação, pelo rito expropriatório e outra para cobrança dos três últimos meses e mais as vincendas, esta pelo rito da prisão civil.

CONCLUSÃO

O presente estudo foi elaborado apresentando as estruturas e as classificações que regulam o instituto da prisão civil por inadimplemento alimentar. O objetivo da execução alimentícia é obrigar o devedor de alimentos, de forma coercitiva, a satisfazer, rapidamente, as necessidades básicas do alimentando. A necessidade é a subsistência do alimentando e, por isso, se autoriza a prisão civil do devedor.

Há possibilidade de execução de alimentos baseado em título executivo judicial e extrajudicial, quer seja por meio de expropriação de bens, prisão civil ou desconto em folha de pagamento. O protesto do título que fixa os alimentos e a possibilidade de inclusão do alimentante devedor no cadastro de maus pagadores e a penhora do salário do devedor de alimentos. No entanto, permanece a necessidade de se ingressar com ações distintas para execuções pelo rito da prisão civil e pelo rito da expropriação, vez que o legislador optou por não se manifestar quanto à possibilidade de dupla execução em apenas um processo. O exequente terá, ainda, a faculdade de requerer o desconto em folha de pagamento.

Quanto aos meios utilizados para satisfazer a necessidade de alimentos, vez que possui caráter coercitivo e preventivo, portanto corresponderão guardadas as devidas proporções, à prisão civil. Posto isso, conclui-se que essas medidas tornaram-se benéficas aos principais interessados, os alimentandos, vez que se abriu o leque de possibilidades para se buscar a satisfação do crédito alimentício.

REFERÊNCIAS

GOMES, Orlando. Direito de Família. 11^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil: Impactos, diálogos e interações. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

DIAS, Maria Berenice. A cobrança dos alimentos no novo CPC. Migalhas. [S. l.]. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil Comentado, 2^a edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.2016.

O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: O QUE SE ESPERA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

CAMILA PARENTE ALMEIDA: Graduou-se em direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI) em 11/2013, trabalhou como assistente de Controle Externo em gabinete de conselheiro substituto no TCE-PI no período de setembro de 2013 a outubro de 2013, atua como analista de contas em gabinete de procurador no MPC-MT. É coautora do artigo "Os Vilões dos Juizados Especiais", na Revista Jurídica Eletrônica da UFPI, v.1, n.1, jul/ dez 2011. Foi ainda colaboradora do Vade Mecum Piauiense, 1ª ed., São Paulo: Lawbook, 2014.

RESUMO: O presente artigo ocupa-se com a grave crise do sistema penitenciário brasileiro sob uma perspectiva constitucional e do controle externo. Este trabalho teve como objetivo esclarecer o que é o Estado de Coisa Inconstitucional, o que esse exige e o que os Tribunais de Contas têm feito para ajudar a resolvê-lo. Para tanto, foi pesquisada a jurisprudência internacional e nacional e os trabalhos dos Tribunais de Contas nesse sentido. Concluiu-se que, diante da generalizada violação aos direitos humanos da população carcerária, faz-se imprescindível uma atuação enérgica de todos os poderes e instituições, sendo as auditorias operacionais dos Tribunais de Contas importante vetor de direcionamento.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Penitenciário. Estado de Coisa Inconstitucional. Tribunal de Contas. Controle Externo. Auditoria Operacional.

ABSTRACT: *This article deals with the serious crisis of the Brazilian prison system from a constitutional perspective and external control. This paper aimed to clarify what is the State of Unconstitutional Thing, what it requires and what the Courts of Accounts have done to help solve it. For that, the international and national jurisprudence and the work of the Audit Courts in this sense were investigated. It was concluded that, faced with the widespread violation of the human rights of the prison population, it is*

essential to perform vigorously all the powers and institutions, and the operational audits of the Courts of Accounts are an important targeting vector.

KEYWORDS: *Penitentiary System. State of Unconstitutional Thing. Audit Office. External Control. Operational Audit.*

1. INTRODUÇÃO

No final de 2015, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, reconheceu, diante a afronta generalizada aos direitos fundamentais da população carcerária, que o sistema penitenciário brasileiro vivia um “Estado de Coisa Inconstitucional” e exigiu uma atuação mais enérgica do Estado.

No entanto, em que pese a adoção antecipada de algumas medidas - realização de audiência de custódia no prazo de noventa dias e liberação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) - o quadro de inconstitucionalidade permanece, tendo o noticiário brasileiro sido tomado por anúncios de diversas rebeliões em presídios no final de 2016 e início de 2017.

Diante da gravidade do tema, o Conselho Nacional de Procuradores-gerais de Contas se reuniu e deliberou pela propositura de representações e requerimentos aos Tribunais de Contas para que fosse estabelecida como prioridade a adoção de estratégias em favor do sistema prisional.

O presente trabalho visa explicar sobre o que se trata o Estado de Coisa Inconstitucional e a ADPF 347, expor as atitudes tomadas no âmbito dos Tribunais de Contas e promover uma reflexão sobre como a atuação dessa instituição pode auxiliar à resolução da alarmante situação do sistema penitenciário brasileiro.

2. DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E A ADPF 347

O termo “Estado de Coisa Inconstitucional” foi utilizado pela primeira vez em decisão da Corte Constitucional Colombiana, Sentencia de

Unificação - SU 559, de 6/11/1997, que discutiu a recusa dos direitos previdenciários de quarenta e cinco professores pelas autoridades das localidades de Mariá La Baja e Zambrano.

Em 2015, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de concessão de Medida Cautelar (ADPF 347) pelo reconhecimento do estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e adoção de diversas providências^[1].

Na oportunidade, o peticionante reproduziu síntese - elaborada pelo autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015, fls. 134 a 138, *apud* ADPF, fls. 09 e 10) - dos requisitos utilizados pela Corte Constitucional da Colômbia para que seja reconhecido o Estado de Coisa Inconstitucional, a qual cabe transcrição:

Para reconhecer o estado de coisas inconstitucional, a Corte Constitucional da Colômbia exige que estejam presentes as seguintes condições: (i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados ocorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

Do exposto, fica clara a excepcionalidade da medida, a qual requer uma situação de vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, acompanhada de

uma prolongada omissão das autoridades estatais no cumprimento das obrigações para garantia e promoções dos direitos, exigindo a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos e envolvendo mudanças estruturais, além da potencialidade de congestionamento da justiça caso todos os direitos violados sejam individualmente peticionados ao Poder Judiciário.

Não é preciso maiores esforços para concluir que a situação da população carcerária brasileira, que atualmente é de 711.463 presos, segundo números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, cumpre todos os requisitos para a declaração do estado de coisa inconstitucional.

Nesse sentido, fazem prova seis casos levados à Corte Interamericana de Direito Humanos (RAMOS, 2016, fls. 438 a 432) – Caso da Penitenciária Urso Branco – RO (2002), Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM – SP (2005), Caso das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária Dr. Sebastião Matins Silveira – SP (2006), Caso da Unidade de Internação Socioeducativa – ES (2010), Complexo Penitenciário de Curado – PE (2014) e Complexo Penitenciário de Pedrinhas-MA (2014) – nos quais a situação de violência carcerária e violação a direitos humanos eram tão graves que fez-se necessário pedido de medidas provisórias internacionais ante a inércia do Estado Brasileiro. Acrescente-se ainda que a repetição dos casos desde 2002, ou seja, há quinze anos do corrente ano, revela a total falência da metodologia até então adotada.

Assim, a declaração do Estado de Coisa Inconstitucional, na medida em que exige e permite uma atuação mais ampla dos poderes, revela-se como essencial para solução do gravíssimo quadro de afronta aos direitos fundamentais dos presos.

Foi o justificado em sede da ADPF nº 347:

Esta técnica, que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo, permite à Corte Constitucional

impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação. Considerando que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas.

Em reconhecimento, o Supremo Tribunal Federal deu parcial provimento ao pedido de medida cautelar, decidindo:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação

depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

Caracterizado o Estado de Coisa Inconstitucional, imperioso que os Poderes e instituições, inclusive os Tribunais de Contas, se organizem de modo a gerir a caótica situação do sistema penitenciário brasileiro.

3. DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A atuação dos Tribunais de Contas, instituição de previsão constitucional e, portanto, indispensável à solução do Estado de Coisa Inconstitucional, foi iniciada por provocação dos Procuradores-Gerais de Contas após deliberação do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Contas (CNPGC)[2].

Na ocasião, o CNPGC instituiu duas estratégias: o protocolo de representações junto aos Tribunais de Contas para que fossem realizadas Auditorias Operacionais nos sistemas prisionais estaduais e o envio de expedientes ao Tribunal de Contas da União (TCU) e à Associação dos

Membros dos Tribunais de Contas (ATRICON) para a realização de auditoria coordenada em todo o sistema com a cooperação de todos os Tribunais de Contas.

Como exemplo da primeira frente, cite-se o exemplo do Ministério Público de Contas do Estado de Mato Grosso, que, em 17/01/17, propôs o Requerimento nº 01/2017 para que fosse auditada a gestão do sistema prisional do Mato Grosso conforme quatro eixos[3]:

1) a população carcerária, a infraestrutura e capacidade de presídios, cadeias públicas e outras carceragens; 2) as características da gestão do sistema, considerando órgãos envolvidos, material humano empregado, remuneração, investidura e lotação; 3) os custos relativos à existência e manutenção do sistema carcerário, com números individualizados de cada unidade prisional; e 4) o sistema de controle e fiscalização de despesas e receitas afetas ao sistema prisional.

Já em cumprimento à segunda parte do planejamento, o CNPGC apresentou sugestão ao Tribunal de Contas da União[4], a qual foi acolhida pela Ministra Ana Arraes, relatora do Ministério da Justiça e Cidadania, que propôs a realização de auditoria coordenada, assim se pronunciando:

Embora a gestão carcerária seja função precípua dos estados federados, é importante destacar que o saldo atual do Fundo Penitenciário Nacional é superior a 3 bilhões de reais.

Nesse contexto, na condição de relatora da Lista de Unidades Jurisdicionadas que inclui o Ministério da Justiça e Cidadania, submeto a este Plenário proposta de auditoria coordenada, a ser realizada em conjunto com os Tribunais de Contas dos Estados e Municípios que aderirem a esta iniciativa, que permita examinar os aspectos mais relevantes da gestão

operacional e de infraestrutura das penitenciárias do Brasil.

Entre outros pontos, as fiscalizações serão destinadas à análise das medidas emergenciais que estão sendo adotadas para lidar com a atual crise e à análise da gestão, dos custos e das tecnologias de apoio associados ao sistema prisional.

Em consonância com a proposta que ora submeto a este Plenário, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil - Atricon, o Conselho Nacional dos Procuradores Gerais de Contas - CNPGC e o Instituto Rui Barbosa - IRB já apresentaram recomendações de auditoria no sistema prisional aos tribunais de contas locais e ao TCU.

É possível que, para alguns, diante de uma leitura superficial do art. 71, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que trata das competências dos Tribunais de Contas, a atuação dessa instituição em prol de melhoria no sistema penitenciário seja encarada com estranheza e desconfiança.

Ocorre que, da mesma forma que a esses órgãos cabe averiguar o cumprimento dos gastos mínimos com educação e saúde, também lhes compete que os direitos da população carcerária estejam sendo respeitados. Da mesma maneira que interessa aos Tribunais de Contas e à sociedade que os municípios, estados e União funcionem, é salientar que se garanta que as prisões e presídios não representem um lugar alheio a qualquer concepção de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, as auditorias operacionais, que consistem no “exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública”, conforme definição da INTOSAI (*apud* MANUAL DE AUDITORIA OPERACIONAL DO TCU, 2010, fl. 11), surgem como ferramenta de ouro.

Isso porque, por meio desse instrumento, foge-se do controle estritamente formal, que limita-se a fazer uma análise distante e posterior dos dados apresentados pela Administração Pública e adentra-se no universo da entidade fiscalizada, conhecendo as particularidades e chegando-se a raiz do problema.

Essa forma de atuação, longe de inconstitucional, representa um sopro de resolutividade diante da falência dos meios tradicionais.

Dessa feita, o que se espera dos Tribunais de Contas diante do declarado Estado de Coisa Inconstitucional é que utilize das prerrogativas constitucionais e legais para realizar um efetivo levantamento da população carcerária, recursos, gastos e custos e que, a partir de uma análise desses dados, consiga orientar os demais poderes e instituições sobre o que deverá ser feito.

4. CONCLUSÃO

A declaração do Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Penitenciário é recente, embora a precária situação já venha se alastrando e se agravando ao longo das décadas.

Em 2002, as organizações não governamentais brasileiras tiveram que se socorres a organismos internacionais para que o Brasil saísse do estado de latência e garantisse o mínimo de segurança e direitos à população da Penitenciária Urso Branco em Roraima. Em 2017, o sistema carcerário de Roraima esteve de volta à mídia, de onde, infelizmente, não deveria ter saído, diante das péssimas condições de vida dos presos.

O problema, no entanto, não reside apenas em Roraima, tão pouco na Região Norte, a crise do sistema carcerário é generalizada e afeta todo o Brasil e por isso requer uma atuação macro, coordenada, dinâmica e firme de todos os poderes e instituições.

Os Tribunais de Contas, órgão de previsão constitucional, portanto, devem estar não apenas envolvidos, mas comprometido com essa empreitada.

O papel assumido pelo Controle Externo nesse momento é de prudência e preparação, instauraram-se auditorias operacionais nos diversos estados para analisar a gestão do sistema penitenciário. Após, com os dados em mãos, esses serão avaliados e servirão como fundamento para o mapa de atuação do resto da Administração Pública.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 06/09/2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional. 3ª edição. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (SEPROG), 2010.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Expediente T-201.791. Peticionário: Orlando Enrique Vásquez Velásquez contra un juzgado regional de Medellín y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Nacional. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 06 de novembro de 1997. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm> e http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_759920417633f034e0430a010151f03>. Acesso em 06/09/2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cidadania nos Presídios. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em 13/09/2017.

RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOTAS:

[1] São os pedidos definitivos: a) Declarar o *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro; b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima; c) Determinar ao Governo Federal que

elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos. (...); d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas; g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF; h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro; j) Nos termos do art. 6º e §§

da Lei 9.882, o Arguente requer, ainda, a produção de toda prova eventualmente necessária ao deslinde desta Arguição, tais como a requisição de informações adicionais e designação de perito ou comissão de peritos.

[2] Conforme notícia divulgada no <http://www.cnpqc.org.br/?p=946>, acessado em 15/09/17.

[3] O requerimento pode ser visualizado por meio do endereço eletrônico <https://www.tce.mt.gov.br/conteudo/show/sid/73/cid/43704/t/Gest%E3o+do+sistema+prisional+de+MT+ser%E1+auditada+pelo+TCE+a+pedido+do+MPC>, acessado em 15/09/17.

[4] Manifestação divulgada em <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/sistema-prisional-sera-fiscalizado-por-tcu-e-tribunais-de-contas-dos-estados.htm>, acessado em 15/09/17.

A APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

PATRÍCIA DINO ARAÚJO: Bacharela em Direito pela Devry-Facimp - Faculdade de Imperatriz.

RESUMO: Nesse curto *paper* é feita uma abordagem sobre o sistema penal e a reprodução da realidade social, trata também da importância da defesa dos direitos e garantias dos presos, previstos por leis internacionais e recepcionadas na ordem jurídica interna. A pesquisa teve como resultado a descoberta da omissão do Poder Executivo frente a manutenção de políticas públicas eficientes e do Poder Judiciário em garantir o cumprimento do previsto no ordenamento jurídico nacional. Ocorre evidente descaso quanto ao cumprimento do previsto nos acordos internacionais dos quais o Brasil faz parte, principalmente quando se trata de prevenir e/ou reprimir a criminalidade e a violência.

Palavras-chaves: Regimes prisionais. Pena. Lei. Criminologia. Progressão.

ABSTRACT: In this short we will an approach is talken on the penal system and on the reproduction of social reality. It also deals with the importance of the protection of prisoners rights and guarantees, provided for by international laws and accepted in the domestic legal order. The research resulted in the discovery of the Executive Branchs's failure to maintain efficient public policies and the Judiciary to ensure compliance with the provisions of the national legal order. There is evident disregard for compliance with the provisions of the international agreements to which Brazil is a party, especially when it comes to preventing an/ or repressing crime and violence.

Key words: Prison regime. Penalty. Law. Criminology. Progression.

1. INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é focar a importância da inserção dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro, conforme a abertura dada pela Constituição Brasileira de 1988. Neste sentido, primeiramente será apresentada a importância desses tratados, bem como de sua fonte — o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Em um segundo momento, o destaque será a adoção pela Constituição Federal de 1988 pela defesa dos direitos e garantias fundamentais, como pilares da nova ordem democrática. Em sequência, será desenvolvida a análise da posição do Brasil, quanto a adoção do Regime Progressivo de Pena e a realidade dos encarcerados no país. Prenuncia-se, assim, o fim da época em que a forma pela qual os Estados governavam seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição apenas interna, como extensão de sua soberania. Motivada por estas concepções, surge, a partir do pós-guerra, em 1945, a Organização das Nações Unidas. Em 1948 é adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela aprovação unânime de 48 Estados, com 8 abstenções. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal, consagrando valores de cunho universal, a serem respeitados pelos Estados.

2. REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O TRATAMENTO DE PRESOS (REGRAS DE MANDELA)

Os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito bastante recente, denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, nada mais nada menos que o Direito do pós segunda guerra, nascido da necessidade de respostas às barbaries cometidos durante o Nazismo. Seu desenvolvimento foi atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à convicção de que algumas destas violações poderiam ser impedidas posteriormente se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos exigisse. Está consolidado o entendimento de que a proteção aos direitos humanos não está reduzido ao domínio dos Estados, porque revela tema de legítimo interesse internacional.

No que tange à posição do Brasil diante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se sua adesão a partir do

processo de democratização do país, deflagrado em 1985, quando o Estado Brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais sobre direitos humanos. O marco inicial do processo de incorporação desses tratados pelo Direito Brasileiro foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir daí deu-se a ratificação de inúmeros outros instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, que também foram incorporados pelo Direito Brasileiro sob a égide da Constituição Federal de 1988. Assim, a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; c) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; d) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; e) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; f) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995. Esta inovações foram introduzidas pela Carta de 1988, especialmente por ter a prevalência dos direitos humanos como princípio orientador das relações internacionais.

Tendo em vista a preocupação das Nações Unidas pela humanização da justiça criminal e garantia dos direitos humanos, e enfatizando sua importância fundamental na administração diária da justiça criminal e na prevenção ao crime, adotou a ONU regras mínimas, universalmente reconhecidas, para a guarda de presos pelo Estado e que têm sido parâmetro no desenvolvimento de leis correcionais e de políticas nacionais desde de sua adoção pelo Primeiro Congresso sobre Prevenção ao Crime e Tratamento de Infratores, em 1955.

Estas regras foram fundamentadas: nas normas das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal, adotados desde 1955, que fornecem diretrizes adicionais sobre o tratamento de presos; no Código de Conduta para Policiais; nos Princípios de Ética Médica Aplicáveis à Função do Pessoal de Saúde, especialmente aos Médicos; na Proteção de Prisioneiros ou Detidos contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas

Cruéis, Desumanos ou Degradantes; nos Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei; nos Princípios sobre a Investigação e Documentação Efetiva da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; e nos Princípios e Diretrizes sobre o Acesso à Assistência Legal nos Sistemas de Justiça Criminal.

Este documento é o que há de mais recente no panorama internacional sobre o tema do encarceramento, e é composto por 173 regras, foi assinado em Viena, em 22 de maio de 2015. Estas regras são tidas como princípios e tratam de pessoas presas ou detidas sem acusação, direitos dos presos civis, presos sob custódia ou aguardando julgamento, presos com transtornos mentais e/ou com problemas de saúde, relações sociais e assistência pós-prisonal, educação e lazer, tratamento, classificação e individualização, privilégios e trabalho.

Levou em consideração o desenvolvimento progressivo do direito internacional no tratamento de presos, desde 1955, inclusive de instrumentos internacionais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e a Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e o seu Protocolo Facultativo. Este documento teve a adesão do Brasil.

Firma-se a coexistência dos sistemas global e especial de proteção dos direitos humanos, como sistemas de proteção complementares. O sistema especial de proteção, que onde o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade (ex: protege-se a criança, os grupos étnicos minoritários, os grupos vulneráveis, as mulheres,...). E o sistema geral de proteção (ex: Pactos da ONU), endereçados a toda e qualquer pessoa, devido a sua abstração e generalidade.

3. A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente, é necessário mencionar que a Constituição Federal de 1988 constitui um marco jurídico da transição a democracia e da internalização dos direitos humanos no ordenamento jurídico Brasileiro. O texto de 1988, simboliza a ruptura com o regime anterior de característica autoritária, sobrepondo os direitos e garantias fundamentais como pilares, e deslocando-se ao patamar de documento mais avançado e abrangente sobre a matéria, na história constitucional do país.

É nesse contexto que há de se interpretar o disposto no art. 5º, § 2º da CF/88, fazendo a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na 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”. Assim, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

A Constituição Federal assim inovou sem seu art. 5º, § 3º, trazendo a necessidade de evolução e atualização da jurisprudência, realçadas no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 466.343, em 22 de novembro de 2006, com voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, nos seguintes termos:

(...) a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. (...) a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto

juízo de julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. (...) Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. (...) Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. (...) Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição constitucional. (...) Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial". Por fim, concluiu o Ministro pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos.

Acredita-se que o disposto no art. 5º, § 3º, reconhece de maneira explícita a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial.

4. O SISTEMA PENAL BRASILEIRO E A REALIDADE SOCIAL.

Nem sempre a sociedade esteve organizada como a conhecemos atualmente. Ao longo da história, a humanidade evoluiu naquilo que diz

respeito às formas de sobrevivência e organização da vida em comunidade, buscando consolidar princípios solidários e de respeito à vida. Situações de conflito armado – causadas principalmente por divergência políticas, religiosas, culturais, étnico-raciais e disputas territoriais – são uma constante em nossa história. Por outro lado, muitas vezes em resposta a tais situações, temos uma história de construção de realidades nas quais a vida é considerada o valor maior e, portanto, deve ser protegida e viabilizada em sua integridade. Dessa compreensão surgem diversos mecanismos de defesa dos Direitos Humanos e de promoção de uma cultura que se oponha radicalmente a todos os tipos de violência. É principalmente a partir da segunda metade do século XX que o paradigma dos Direitos Humanos se consolida reunindo referenciais jurídicos, teóricos e empírico-metodológicos. Desde então, ampliou-se o escopo de direitos, e hoje trabalhamos com uma abordagem que reúne não somente os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais. O princípio máximo desse paradigma é a universalidade da dignidade humana, sendo considerada a singularidade de cada indivíduo e seu segmento sociocultural.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, é uma referência basilar na qual encontramos todos os princípios e direitos expressos. Esse documento é um marco para a humanidade, uma vez que buscou alinhar as nações a um compromisso de defesa incondicional do direito de todos à vida digna em qualquer contexto em que ela se encontre. Os Direitos Humanos são um conjunto de princípios e direitos que juntos representam a defesa e a promoção da vida digna para a pessoa humana. Isso implica considerar a universalidade do ser humano e também as especificidades de cada pessoa, ou seja, a prática dos Direitos Humanos deve considerar que o direito à vida digna é um princípio que rege todas as políticas públicas diante da especificidade de cada grupo e de cada segmento social.

Historicamente, os Direitos Humanos vêm se transformando e ampliando sua abordagem diante das conquistas sociais e transformações culturais. A princípio, se referiam ao homem enquanto indivíduo (direitos de liberdades); em seguida, observavam uma compreensão de homem como

sujeito social e político (direitos de igualdade), aspectos que amplia o campo dos direitos para essas dimensões; atualmente, a abordagem dos Direitos Humanos é bem mais ampla, na medida em que se compreende o homem como um ser coletivo (direitos de fraternidade e solidariedade), que existe em um mundo em interação, complexos, quase sem fronteiras, que – graças aos avanços tecnológicos – amplia infinitamente as possibilidades de trocas, de construção de conhecimento e de acesso à informação. Segundo Oscar Villena VIEIRA (2008, p. 207), são as desigualdades sociais “que causam a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza extrema, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados”, minando assim o próprio Estado de Direito e a observância das leis. A ofensa à dignidade dos invisíveis é igualmente invisível, porque não gera reação política ou social.

Viver com dignidade em um contexto de respeito aos direitos fundamentais

tem sido uma busca permanente da sociedade civil e dos movimentos sociais, processo que se acentuou nas décadas finais do século XX, período conhecido como “redemocratização do Brasil”. Foi a partir dos anos 1980 que os processos de defesa e concretização dos direitos constitucionais e dos Direitos Humanos ganharam nova energia e visibilidade e, culturalmente, passaram a fazer parte do cotidiano nacional de uma maneira mais universalizada. Podemos considerar que, com o fim da ditadura, a retomada dos princípios e garantias universais, instituintes da vida, e da vida em comunidade se tornou um objetivo para a sociedade brasileira.

A concepção de dignidade da pessoa humana não pode ser afastada dos rotulados como criminosos e bandidos, a hipótese é a de que a própria concepção de dignidade está vinculada às práticas do indivíduo e não à sua condição inerente de ser humano. Desta forma, os encarcerados não são vistos como titulares de direitos, autorizando-se o uso repressivo e até mesmo letal das forças estatais. Mesmo essa visão de garantia dos direitos humanos sendo um tanto mais palpável, ainda se configura como um dever ser, pois na contraditória realidade nem todos podem desfrutar desses direitos. Os direitos humanos têm exercido duas funções: na

primeira os direitos humanos atuam como limitação ao poder do Estado de punir, limitando igualmente as condições da punição; e uma outra função positiva, que seria limitando a criação de leis e a sua aplicação, direcionada não somente excluídos. Nesse sentido, é que os direitos humanos e a dignidade humana tem a importante tarefa de serem limites ao poder de punir do Estado, servindo de baliza para o hiperencarceramento brasileiro. Conforme relatório da CPI do sistema carcerário nenhum presídio brasileiro cumpria as exigências legais exigidas na Lei de Execução Penal Brasileira (CPI, 2009), seguem a mesma conclusão os relatórios da ONU, entre outros. Segundo a CPI, o Brasil, em 2014, ficou em terceiro lugar no ranking mundial dos países com maior número de pessoas cumprindo pena em regime fechado, somam-se 715.592 pessoas sob custódia, 567.655 estão presas no sistema prisional e 147.937 em prisão domiciliar.

Ainda conforme o relatório, o Brasil também tem 20.532 jovens cumprindo medidas socioeducativas, onde a contenção desses jovens além de humilhante, pouco atende as condições de ressocialização. O que se vê hoje são estabelecimentos prisionais incapazes de proporcionar o mínimo de dignidade as essas pessoas, encontramos pessoas amontoadas em cubículos, sem quaisquer condições de higiene, iluminação, alimentação, vestuário, educação e trabalho adequadas. Quanto à superlotação, dados da mesma CPI demonstram que o sistema prisional brasileiro:

Apresenta um déficit de mais de 220 mil vagas, o que representa a total impossibilidade de cumprir os direitos dos presos de estar em uma cela individual que atenda ao mínimo desejável a reabilitação, arejada, que contém um dormitório, aparelho sanitário e lavatório com área mínima de 6 m².

Outro dado relevante é o de que 40,1% dos presos são presos provisórios, aguardam sentença, sem levar os presos nas delegacias de polícia! Nos últimos 20 anos, o encarceramento cresceu 379%, sendo que a população do país cresceu em ritmo diferente, apenas 30%, isto

representa 300,96 presos por 100 mil habitantes. Importante frisar o perfil da população carcerária no Brasil, composta por homens, pretos ou pardos, jovens e com baixa escolaridade (CONNECTAS, 2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com estas reflexões é possível observar que os tratados internacionais de direitos humanos podem contribuir de forma decisiva para o reforço da promoção dos direitos humanos na ordem jurídica nacional. No entanto, observa-se uma imensurável responsabilidade dos Poderes Públicos no fracasso interno quando da adaptação das mesmas, evidenciadas pelas investigações nas quais o Brasil passa nas cortes internacionais. Resta o conhecimento da aplicação destes instrumentos internacionais de direitos humanos, com a sua ampla adoção pelos agentes operadores do Direito devido à relevância e à necessidade de advogar estes tratados junto a instâncias nacionais e internacionais, abrindo espaço e viabilizando avanços reais na defesa do exercício dos direitos de cidadania.

A partir da Constituição de 1988 houve intensa interação entre o Direito Internacional e o Direito interno, fortalecendo a rede de proteção aos direitos fundamentais, com uma sistemática e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. A Carta de 1988 propõe um projeto redemocratizante e humanitário, cabendo aos operadores do direito conhecer, aplicar e propagar esses valores. Aos agentes jurídicos cabe a manutenção da ordem democrática de 1988, impedindo que se restaurem no ordenamento jurídico, antigos valores do regime autoritário, tão repudiado e abolido.

Agora, mais do que nunca, os operadores do Direito estão diante do desafio de reinventar, reimaginar e recriar seu exercício profissional a partir das inovações jurídicas internacionais, tendo sobretudo como referência: a prevalência dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf>> Acesso em 01/07/17.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro-RJ: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J, Cretella Jr. E Agnes Cretella I. 2. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 268.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236** de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** : promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Parecer Nº 1.576**, de 2013. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 8 de dez. 2013. Disponível em:

<<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1>>. Acesso em: 22 out. 2016, p 322.

CELSO, D. Albuquerque Mello. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro-RJ: Vozes, 2015. p. 69

COSTA, Lídia Mendes da; AMARAL, Marilda Ruiz de Andrade. **A superlotação do sistema prisional brasileiro.** Presidente Prudente: s.n, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução: Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 196.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar.** Rio de Janeiro-RJ: Vozes, 2015. p. 106.

GOMES, Luís Flávio. **A política da vingança e o aumento dos cadáveres.** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/10/23/a-politica-da-vinganca-e-o-aumento-dos-adaveres/>>. Acessado em: 14 de abril de 2017.

GOMES, Luis Flávio. **Crimes violentos e perversos e nova lei de execução penal.** Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/crimes-violentos-perversos-e-nova-lei-de-execucao-penal/>> Acesso em: 26 mar. 2017.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativa à privação da liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

HUMAN RIGHTS: a compilation of international instruments (Direitos humanos: uma compilação dos instrumentos internacionais), Volume I (Primeira Parte), Universal Instruments (Instrumentos Universais) (Publicação das Nações Unidas, N. de Catálogo E.02.XIV.4 (V. I, Parte 1)), seção J, N. 34.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado.** 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Felipe Mattos; CARDOSO, Gabriela Ribeiro. **A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária.** Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/12592/9689>> Acesso em: 26 mar. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 3ª ed., São Paulo Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista do Tribunal, 1999.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal – Introdução crítica**. Belo Horizonte. Forense. 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Erros e absurdos do Projeto de Código Penal**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 11, n. 50, p. 79-95, jul./set. 2013.

REGO, Isabel Pojo do. **Sociologia da Prisão**. Resenha da obra: Sociologie de la Prison, de Philippe de Combessie. Volume 19. Brasília: s.n, 2014.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEU ENQUADRAMENTO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

YOHANA SANTOS AIRES FERREIRA:
Bacharelanda em Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA
(Orientador)¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discorrer a audiência de custódia com relação aos elementos utilizados para a sua criação, desde os imprescindíveis tratados internacionais previstos na Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015, até sua aplicabilidade no Brasil com o intuito de fornecer dados estatísticos que a retratam. O tema é bastante pertinente devido a crescente população carcerária no Brasil e a não funcionalidade das políticas públicas que se tornam cada vez mais sem eficácia pela falta de comprometimento do Estado com a população carcerária e conseqüentemente com toda a sociedade, pois resulta na criminalidade e na falta de segurança. Em decorrência da calamidade do sistema carcerário que não respeita o princípio inerente à dignidade da pessoa humana, este que deve ser garantido a todos sem diferenciação, a Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 declarou o Estado de coisas inconstitucional nas penitenciárias brasileiras, tornando obrigatória a audiência de custódia como alternativa de mudar a situação desumana com que os presos no Brasil são tratados.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Estado de coisas inconstitucional. Princípio da dignidade da pessoa humana. Sistema carcerário brasileiro.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Origem e finalidades da audiência de custódia. 2. Estado de coisas inconstitucional. 3. Dados estatísticos do sistema carcerário e da audiência de custódia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

¹ Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes.

A prisão é uma das formas de cumprimento de pena que pode ser imposta pelo juiz. No Brasil, a primeira prisão foi instalada em 1850, no Rio de Janeiro, denominada de Casa de Correição da Corte, atualmente é conhecida Complexo Frei Caneca, na qual foi se modernizado ao passar dos anos (PORTO, 2008). Hoje, as prisões estão previstas na Lei de Execução Penal e desde a sua criação busca o recuperação e a ressocialização ao convívio social, porém as normas não estão sendo seguidas.

Nesse sentido e com a crescente população carcerária, no primeiro capítulo deste artigo, abordarei sobre a instauração da audiência de custódia, com a explicação dos tratados internacionais norteadores para a sua implantação no Brasil, defensores do princípio da dignidade humana.

Com relação ao segundo capítulo, mencionarei a situação do sistema carcerário brasileiro, utilizando citações dos órgãos responsáveis por fiscalizar as penitenciárias, como por exemplo, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).

No terceiro e último capítulo, utilizarei dados estatísticos que abordam a calamidade do sistema carcerário, no qual confirma-se os motivos que a ADPF nº 347 que intitulou o Brasil na situação de estado de coisas inconstitucional. Ainda, demonstrarei os dados estatísticos da audiência de custódia desde a sua instalação até junho de 2017 fornecidos no site do Conselho Nacional de Justiça.

1. ORIGEM E FINALIDADES DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Não é novidade que o Brasil está em calamidade no sistema penitenciário e, por ser um país em desenvolvimento, leva em consideração medidas já tomadas por outros países para busca de melhorias, como é o caso da audiência de custódia. Tal instituto é inovação no Brasil, mas está sendo uma ampliação do que já é aplicado em outros países. Sistemas como ela são utilizados em países da América Latina, onde o instituto é nomeado de “Juizado de Garantias”. Em síntese, audiência de custódia é a apresentação do preso em flagrante ao juízo

competente, no qual o prazo difere dependendo do país. Na Espanha e na Itália que o prazo é de 24 horas, na Alemanha o prazo é imediato, já em Portugal é de 48 horas. (COSTA, s.d.)

A Constituição Federal (1988) em seu artigo 5º dispõe direitos e garantias, dentre eles, está expresso no inciso LXI que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem estrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Nos incisos seguintes, a Constituição Federal (1988), ainda frisa a proteção do preso com relação à prisão, que deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente, que o preso deve saber dos seus direitos, sendo-lhe garantida assistência judiciária e, se houver condições de constituir um advogado, que se a prisão for ilegal tem que ser imediatamente relaxada por autoridade judicial e de acordo com o inciso LXVI: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

No entanto, por mais que a Constituição preveja todas essas garantias, não eram assegurados aos presos a apresentação ao juízo competente no prazo de 24 horas, conforme a Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015 do Conselho Nacional de Justiça.

A primeira consideração da Resolução nº 213/2015 é do “art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)”. Ou seja, a audiência de custódia no Brasil é baseada nos pactos mencionados.

Segundo Mazzuoli (2017), o Brasil criou laços com os tratados internacionais desde a Segunda Guerra Mundial, devido às barbaridades que foram trazidas pela Alemanha Nazista, no período do Holocausto. A partir daí, em seu ordenamento jurídico, adotou princípios internacionais como proteção dos direitos humanos. Atualmente, os direitos

internacionais tem tanta repercussão devido à globalização que garante maior interação dos países.

Levando em consideração a estrutura normativa do sistema internacional de proteção da Organização das Nações Unidas (ONU), criou-se no sistema global de proteção aos direitos humanos de caráter geral, como exemplo o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, que visa as convenções internacionais de combate à tortura, além de outros amparos. Tal Pacto foi aprovado em 16 de dezembro de 1966, porém, só foi promulgado no Brasil pelo Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992, após o depósito do instrumento de ratificação brasileiro no Secretariado das Nações Unidas em 24 de janeiro do mesmo ano (MAZZUOLI, 2017).

De acordo com o artigo 9º, item 3, do Decreto nº 592/92:

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 e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (BRASIL, 1992, *online*).

O artigo supracitado preza os direitos que decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, promovendo o direito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem, o que é explícito no preâmbulo do Decreto referido acima.

Outro tratado relevante para a criação da audiência de custódia é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominado de Pacto de São José da Costa Rica. Este Pacto semelha-se ao Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, mas difere por ser um sistema regional que se caracteriza por internacionalizar a busca de proteção dos direitos humanos singularmente na Europa, América e Ásia, enquanto, o

sistema global pode abranger qualquer Estado integrante sem limitação de região. Porém, o sistema global e regional são complementares, sendo divididos como forma de organização e melhor garantia dos direitos humanos (PIOVESAN, 2016).

Há três sistemas regionais, que são: o sistema interamericano, europeu e africano. Sendo que, a Convenção Americana de Direitos Humanos é o principal instrumento do sistema regional interamericano, que é o aplicado diretamente ao Brasil. A Convenção apontada foi assinada no ano de 1969, mas só foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Dentre seus direitos, sobressaem-se:

[...] o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial (PIOVESAN, 2016, p. 348).

O artigo 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual foi utilizado para criação da audiência de custódia, garante o direito à liberdade pessoal e, em seu item 5, diz:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (OEA, 1969).

Assim, fazendo a análise dos artigos dos pactos apresentados, verifica-se que ambos referem-se ao direito que o preso tem de ser apresentado ao juiz, sem que haja demora, para serem exercidas as funções judiciais.

Portanto, a audiência de custódia no Brasil é a releitura dos pactos internacionais, onde o preso em flagrante que deve ser apresentado em até 24 horas, possa ter contato com o juiz, que ouvirá o Ministério Público e a Defensoria Pública ou advogado. Essa apresentação possibilita que o juiz analise a legalidade da prisão e a necessidade de que se mantenha a mesma e, ainda, se há possibilidade de concessão de liberdade com ou sem medida cautelar, que pode ser, por exemplo, o uso da tornozeleira eletrônica. Outra análise importante do juiz é a de se houve ou não tortura ou maus-tratos, quando da ocorrência da prisão em flagrante (LOPES JUNIOR e ROSA, 2015). Outro aspecto de suma importância deste instituto é que não se pode antecipar o julgamento, ou seja, não se pode entrar no processo penal, ao mérito, visto que a fase é de investigação, devendo fazer justamente só a análise do ato da prisão.

A função principal da audiência de custódia é a homologação do auto de prisão em flagrante. Segundo Luana Aristimunho (2017), a prisão em flagrante tem 3 (três) atos indispensáveis, que são: a captura, que é a ação de prender o indivíduo, aquele que descumpriu uma lei penal; a formalização, que é a verificação se todos os trâmites da captura foram respeitados, assim como o direito do autuado e se foi lavrado o auto de prisão; e, por fim, a audiência de custódia.

A ocorrência da audiência de custódia permite que a autoridade competente possa tomar decisões com mais informações daquele que supostamente cometeu o crime, diminuindo a viabilidade de se cometer injustiças. Segundo, Lopes Junior e Rosa (2015, p. 17), com a realização da audiência de custódia o indivíduo preso “não se tratará mais do ‘criminoso’ que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto”. Antes da implantação do instituto da audiência de custódia, o juiz não tinha contato com o indivíduo que supostamente cometeu o ilícito, não tendo acesso se houve ou não tortura no ato da prisão, se foram respeitados os direitos fundamentais.

Na Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015, o Ministro Ricardo Lewandowski estipulou protocolos que orientam a aplicação da audiência de custódia. O protocolo I apresenta a fundamentação para a aplicação das medidas cautelares. Acredita-se que a experiência da prisionalização traz malefícios tanto para o encarcerado, quanto para a sociedade, já que não há meios eficazes e capazes de ressocializar o indivíduo preso. Além disso, sem essa experiência o índice de reincidência é menor.

O motivo supracitado resulta na criação das medidas cautelares, que apresenta diretrizes principiológicas, que são: 1. Reserva legal ou legalidade; 2. Subsidiariedade e intervenção penal mínima; 3. Presunção de inocência; 4. Dignidade e liberdade, 5. Individualização, respeito às trajetórias individuais e reconhecimento das potencialidades; 6. Respeito e promoção das diversidades; 7. Responsabilização; 8. Provisoriedade; 9. Normalidade; 10. Não penalização da pobreza.

Essas diretrizes preveem que as medidas cautelares sejam impostas pela lei, não permitindo que extrapolem, estipulando que a pena seja o último caminho e respeitando a presunção de que todos são inocentes, até sentença penal condenatória transitada em julgado e acima de tudo, obedecendo ao princípio da dignidade da pessoa humana. Adiante, a Resolução nº 213/15 estabelece o procedimento que o juiz deve considerar para a sua atuação no ato da audiência de custódia. Além disso, trata do cuidado em que o juiz deve ter ao determinar o monitoramento eletrônico, pois deve analisá-lo como medida alternativa à prisão provisória e não como forma de diminuir a falta de vagas nas penitenciárias, em virtude de que é uma vigilância daquele que aguardará o andamento do processo como forma de preservar as provas, por isso tem que adequar-se como medida provisória sendo observado se há ou não necessidade de permanecer com tal medida.

Ainda, destrinchando a Resolução Nº 213 de 15 de dezembro de 2015, em seu protocolo II define a tortura, explicando que ela pode ser

física ou moral, utilizada para obter confissões, como forma de punição, castigo ou por qualquer outro objetivo. Sendo assim, ela deve ser apurada e na audiência de custódia o juiz tem que informar ao preso das garantias que ele tem, explicitando ao preso em flagrante o que pode se configurar em tortura. Deste modo, se o preso relatar tortura, o juiz deverá proceder às providências necessárias para a investigação se realmente houve tortura, sendo configurada haverá punição a quem praticou. Providência essa, por exemplo, se não tiver sido feito exame de corpo de delito tem que ser solicitado, além de outras estipuladas.

Com base informações apontadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, s.d.), o projeto de audiência de custódia foi lançado no Brasil em fevereiro de 2015, em primeiro lugar, na cidade de São Paulo, por iniciativa do CNJ, com o auxílio do Ministério da Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Foi apresentado o interesse de levar aos demais estados do Brasil, sendo uma das metas deste órgão. A implantação do projeto foi em 14 de outubro de 2015, no Distrito Federal. Atualmente, o CNJ conseguiu instituir em todas as Unidades da Federação, ou seja, em todos os estados brasileiros.

2. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A segurança pública é um direito estabelecido pela Constituição Federal (1988) em seus artigos 5º e 6º, caputs. Adiante, o art. 144 da referida lei, impõe que é dever do Estado garantir a segurança pública, destacando a preservação da ordem pública, no sentido de proteger as pessoas e o patrimônio delas, tanto individual quanto social. Assim, o Estado criou órgãos com estes fins (SANTOS, 2017).

Para execução da segurança pública é necessário de recursos financeiros, humanos e materiais. Sendo assim, nos limites da Constituição Federal (1988), cada Estado, municípios e a União, organizam seu sistema de segurança pública. Os Estados e o Distrito Federal são os principais executores de políticas orçamentárias de segurança pública. Nesse sentido, as políticas carcerárias recebem apoio da segurança pública

nacional, no qual foi criado para organização orçamentária o Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN), com o intuito de aperfeiçoamento do sistema carcerário. Porém, o contingenciamento impede o funcionamento do FUPEN, tendo em vista que há limites de gastos.

Nos dizeres de Cristiane Farias (2017, p. 05), “observa-se que há dinheiro para investimento em políticas carcerárias, mas ele é contingenciado e a sociedade sofre com a ineficiência dessa política pública”. Ainda, a mencionada doutrinadora, especulou a necessidade de revisão dos limites que são impostos pela União com relação às políticas públicas.

Devido a atual situação do sistema carcerário, os Poderes Executivo e Legislativo vem buscando medidas para solucionar a superlotação. A Lei 13.190 de 19 de novembro de 2015, criada pelo Poder Executivo, diminuiu a burocracia nas licitações para construção e reforma de presídios. No mesmo sentido, há o Projeto de Lei nº 513/2011 com o intuito da privatização da administração pública, ou seja, torná-la terceirizada delegando certas funções. Entretanto, tais medidas são apenas paliativas (SANTOS, 2017).

A superlotação é o mais grave problema que aflige o sistema prisional brasileiro, mas construir novos presídios não é solução, sendo que os problemas não surgem dela e sim da falta de humanização com que os presos são tratados e da forma que o sistema é administrado. De acordo com Aquino e Santos (2016), a superlotação acarreta na ausência de apoio aos encarcerados e de amparo social remetido aos presídios e, conseqüentemente traz problemas para saúde, alimentação e convívio, que são fatores essenciais para que haja harmonia e respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

A Lei de Execução Penal (LEF), em seu capítulo II, prevê garantias que tem o intuito de fornecer ao preso condições dignas de sobrevivência como, a assistência material, jurídica, da saúde, educacional, social e religiosa. Ainda, apresenta possibilidades para assegurar ao reeducando

recompensas como, por exemplo, o trabalho e o bom comportamento. Adiante, a referida lei estipula como deve ser a organização dos locais em que cada preso vai permanecer para o cumprimento da pena imposta. Com relação às possibilidades de remição da pena, prevista no artigo 129 da LEF, será beneficiado com a diminuição da pena o indivíduo preso em regime fechado ou semiaberto, porém na prática, por mais que queiram, não tem oportunidade devido a pouca oferta (BRASIL, 1984).

No caso das penitenciárias, onde o preso inicia a pena em regime fechado, a LEF define que o mesmo deve ser “alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”, e deve medir o espaço de 6 m² (seis metros quadrados). Em contrapartida, os relatórios redigidos pela Comissão Parlamentar de Inquérito das Câmaras dos Deputados (CPI) confirmam a insalubridade em que os presos vivem, sem condições de nenhuma perspectiva de qualidade de vida durante a prisão e muito menos após o cumprimento da pena. Em confirmação:

A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas (...) Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim é que as autoridades brasileiras cuidam dos seus presos pobres. E é assim que as autoridades colocam, todo santo dia, feras humanas jogadas na rua para conviver com a sociedade (CPI, 2009, p. 247).

Os estabelecimentos penitenciários, como locais de cumprimento das penas, são os responsáveis pela funcionalidade dos meios que devem ser utilizados para a reabilitação do preso, porém vem o tratando desumanamente e descumprindo de forma cabal o princípio da dignidade humana. O sistema carcerário não apresenta estrutura planejada, ferindo significativamente a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal e também os documentos internacionais que preveem cumprimento da pena

e sua fiscalização, que são: a “Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e Resolução da ONU, que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento da pessoa privada de sua liberdade” (SANTOS, 2016, p.03).

Em confirmação ao parágrafo anterior, há violação perceptivelmente dos seguintes dispositivos da Constituição Federal (1988):

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III); a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III) e das sanções cruéis (artigo 5º, XLVII, e); o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, XLVIII); respeito à integridade física e moral dos presos (artigo 5º, XLIX) e; a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, LVII); direitos fundamentais à saúde, à educação, à alimentação apropriada e acesso à Justiça (CAMPOS, 2017, *online*).

Não há dúvidas que o Brasil possui um sistema normativo atualizado e baseado em países desenvolvidos, a carência está na falta de interesse dos governantes de fazer com que a Constituição seja realmente aplicada. Cumpre destacar que os presos não dão votos, sendo desinteressantes para os políticos e por isso não recebem o devido apoio.

É notável a violação acentuada dos direitos fundamentais e que as políticas públicas estão falidas, motivos pelo qual é mais fácil punir o preso que se revolta por busca de reinvidicação por um ambiente digno de sobreviver, do que reconhecer que a culpa não é só do indivíduo que cometeu o crime e sim de que o Estado possui parcela de culpa com a má administração, pois foi ele quem assumiu a responsabilidade de punir, quando da criação do *ius puniendi*, concedendo-lhe total obrigação de cuidar dos conflitos existentes (SANTOS, 2016).

A pena, desde sua criação, tem o intuito de privar a liberdade e transformar o indivíduo. Pode ser caracterizada como um castigo e como forma de oferecer meios para que o cidadão que a necessitar não venha a cometer ilícito novamente. Acontece que no Brasil, a finalidade para qual foi criada, que é a de recuperação e reinserção ao convívio social, não tem

mais eficácia devido às condições em que o sistema penitenciário encontra-se.

Conforme Ferreira (2017, p. 05), “os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas”. Assim, questiona-se se há uma violação sem intenção das matérias públicas ou se o Estado tem o intuito de separar os presos não os garantindo os direitos fundamentais. Essa reflexão é oportuna devido à discrepância com que os presos são tratados.

Segundo Vasconcellos (2015, *online* apud LEWANDOWSKI, 2015, s.p.), no Brasil, “temos a cultura do encarceramento, uma cultura antiga de mandar as pessoas para a prisão seja qual for o delito que cometeram”. Justamente é essa cultura que aumenta a população carcerária brasileira, aqueles que cometem crimes de menor potencial ofensivo são colocados juntos daqueles que cometem crimes de maior potencial. Comparando a prisão de um pai que não pagou a pensão do filho por falta de dinheiro e um estuprador que faz isso por prazer: são dois indivíduos com características totalmente diferentes, acabam entrando no sistema penitenciário que não cumpre com a sua finalidade de ressocialização e, passam pela universidade da criminalização. Um poderá mudar sua boa índole e o outro não apresentará melhoras no seu comportamento, ou seja, ambos poderão ser do mundo do crime.

Importante destacar, que os atuais locais de encarceramento trazem aos presos sequelas ao retornarem a sociedade, principalmente a aqueles que estão presos provisoriamente, pois não possuem sentença condenatória transitada em julgada e podem ser absolvidos ou receberem pena restritiva de direitos. No caso, possuem seus direitos suprimidos, contrariando mais uma vez a determinação de que a prisão deve ser a última medida das medidas cautelares a serem tomadas.

Outro elemento que acarreta a superlotação das penitenciárias é o fato de que no processo penal não há celeridade processual, ocasionando

excesso de prazos com relação a vários atos, dentre eles, os julgamentos, não havendo efetiva fiscalização da quebra desses prazos.

Além dos motivos explanados, os agentes penitenciários não são preparados adequadamente para lidar com o sistema. Com a falta de qualificação, são facilmente comprados, contribuindo com a entrada e saída de objetos caracterizados como proibidos para o encarcerado como, por exemplo, os aparelhos celulares. O Ministério da Justiça expõe:

A profissão dos agentes penitenciários não tem marco regulatório nacional capaz de definir o papel desse profissional e de suas atividades na execução penal. Por conta disso, raramente há políticas de estado a médio e longo prazo nesse setor e muitos governos terceirizam esse serviço que é típico de estado. A ausência de um programa nacional de capacitação de servidores penitenciários tem sujeitado muitos estados a não priorizar essa necessidade de qualificação profissional (MAIA, 2016, p. 06 apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, s.p.).

Além disso, auxiliam com a falta de dignidade humana, pois deviam obter um papel de serviço social, contribuindo com a finalidade da pena, em desacordo, usam erroneamente o poder de polícia, praticando muitas vezes torturas. O que colabora para isso é o fato de que “o desconhecimento do sentido técnico jurídico do conceito de poder de polícia também é um dos fatores que proporciona entendimentos equivocados e confusões interpretativas, no que tange à constatação desse poder e a sua devida aplicação no âmbito do sistema penitenciário”. Função esta de segurança geral do sistema carcerário, mantendo a cautela dos presos (MAIA, 2016).

Diante da realidade caótica escancarada do sistema carcerário brasileiro, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) requereu o reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional, alegando que o Estado não vem cumprindo com suas obrigações perante as garantias fundamentais do indivíduo preso e também não apresenta medidas

alternativas para mudança do quadro atual do sistema carcerário brasileiro, ferindo a Constituição.

Estado de coisas inconstitucional é uma teoria criada na Colômbia, na qual declarou em situação semelhante esse instituto com relação às calamidades ocorridas nos presídios brasileiros. Patel Filho (2016, *online*) aponta os pressupostos para a caracterização do estado de coisas inconstitucional:

[...] 1) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; 2) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; e 3) transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades (PATEL FILHO, 2016, *online*).

O ministro Marco Aurélio, relator da ADPF nº 347, votou determinando aos juízes e tribunais em que nos casos de prisão provisória haja fundamentação adequada e expressa quando não há requisitos para a aplicação de medidas alternativas à privação de liberdade; que em até 90 dias, passem a realizar, audiências de custódia, onde foi exemplificada no capítulo anterior; que fundamentadamente, considerem o quadro do sistema carcerário na concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão (STF, 2015).

Quanto à União, o ministro Marco Aurélio determinou que a mesma libere o saldo acumulado no Fundo Penitenciário para cumprir a finalidade do qual ele foi criado. Elaborado pela Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, o Fundo Penitenciário, no sentido apontado pelo ministro Marco Aurélio, tem a função de liberar verbas para o aperfeiçoamento do sistema penitenciário brasileiro, para que o Brasil não se encontre enquadrado no estado de coisas inconstitucional (STF, 2015)

3. DADOS ESTATÍSTICOS DO SISTEMA CARCERÁRIO E DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Antes de apontar os dados estatísticos da audiência de custódia, preliminarmente é necessário expor informações acerca da situação do sistema carcerário, afinal é a partir desta análise que tal instituto foi criado.

Quadro 1 - Quantidade de presos no Brasil

QUADRO NACIONAL (<i>quantidade</i>)						
Presos em Regime Fechado	Presos em Regime Semiaberto	Presos em Regime Aberto	Presos Provisórios	Presos em Prisão Domiciliar	Total	Internos em Cumprimento de Medida de Segurança
299.035	102.788	9.816	250.737	6.288	668.664	3.546

Fonte: CNJ, 2014.

De acordo com os dados do CNJ, apontados na tabela acima, a quantidade de presos provisórios no Brasil quase se equipara aos presos definitivos, praticamente apresentando a mesma proporção. Levando em consideração o cenário, com relação à quantidade de presos provisórios, diversas são as consequências aos indivíduos que passam pela prisão sem ser condenados. Imagine o cidadão preso aguardando o curso do processo, que no final é absolvido ou recebe penas restritivas de direitos, sofre com ruptura familiar e da sociedade, além da dificuldade que irá enfrentar para conseguir emprego após ser solto e dos traumas que podem causar devido às condições desumanas do sistema carcerário, isso acarreta a reincidência.

Em consonância, o CNJ apresenta informações dos estabelecimentos penais:

Quadro 2 - Informações acerca dos estabelecimentos penitenciários

QUADRO NACIONAL (<i>quantidade</i>)			
Estabelecimentos	Vagas	Presos	Défict de Vagas
2.643	403.006	652.614	249.608

Fonte: CNJ, 2014.

Correlacionando as duas tabelas, nota-se que há um déficit de vagas muito grande, sendo que parcela para contribuição desse número é

a quantidade de presos provisórios, tendo em vista que muitos deles não apresentam risco à ordem pública, com condições de aguardarem o curso do processo em liberdade. Diante disso, podem ser aplicadas medidas cautelares como, por exemplo, a aplicação do monitoramento eletrônico. Acredita-se que com as medidas cautelares esses índices possuem chances de diminuir e resultar em melhoria para ambiente prisional, pois aumentar vagas não vai resolver a falta de humanização no sistema carcerário, se o intuito de encarcerar continuar.

Quanto à natureza dos crimes, o Infopen (2016) divulgou que 28% dos detentos respondem ou estão condenados por crime de tráfico de drogas, 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio. O sistema penal é seletivo, resolve quem quer punir e quem não quer, no sentido da punição enquadram-se os podres.

Esses dados contribuem com a reincidência, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), concluiu em uma pesquisa apoiada pelo CNJ que de cada quatro presos um comete crime novamente no prazo de 5 (cinco) anos. O reincidente, 50,3% comete crime contra o patrimônio, furto ou roubo. Após, constatou que os reincidentes, cometem crime de “porte e consumo de droga (7,3% contra 3,2%), estelionato (4,1% contra 3,2%) e receptação (4,1% contra 2,0%)” (ZAMPIER, 2015).

Resultado da desorganização do sistema penitenciário é do contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN), tendo em vista que de 2009 a 2016 apenas 22,78% da receita, ou seja, do que foi arrecadado foi utilizado para o aperfeiçoamento do sistema carcerário, está sendo repassado às penitenciárias, porcentagem que não favorece as políticas públicas, pois para aplicação de todos os mecanismos necessários para o funcionamento eficaz do sistema penitenciário demanda verbas.

Quadro 3- Receitas e gastos do FUPEN

Ano	Receita realizada	Gastos diretos	Percentual
2009	R\$ 77.620.121,70	R\$ 48.471.094,47	62,45%
2010	R\$ 91.977.044,81	R\$ 24.138.571,00	26,24%
2011	R\$ 169.908.599,33	R\$ 36.117.967,99	21,26%
2012	R\$ 236.861.672,02	R\$ 25.517.633,32	10,77%
2013	R\$ 191.941.796,27	R\$ 46.168.183,70	24,05%
2014	R\$ 241.279.280,11	R\$ 45.016.759,61	18,66%
2015	R\$ 329.664.289,74	R\$ 58.672.016,57	17,80%
2016	R\$ 364.500.762,97	R\$ 103.964.052,05	28,52%
Total	R\$ 1.703.753.566,95	R\$ 388.066.278,71	22,78%

Fonte: PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2009-2016.

Nota-se que o gasto é bem menor do que o total arrecadado, analisando a tabela acima pode-se até induzir a erro imaginando que o sistema carcerário não precisa de dinheiro devido o quão pouco é gasto com as penitenciárias, mas as tabelas de quantidade de presos e de estabelecimentos demonstra que não é essa a realidade.

É de suma importância destacar, o gasto que o preso tem no Brasil. Nos dizeres da ministra Cármen Lúcia, “um preso no Brasil custa R\$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano”. De acordo com o ministro Ricardo Lewandowski, a implantação da audiência de custódia em todo o país pode resultar em “economia de R\$ 4,3 bilhões, que poderão ser aplicados em educação, saúde, transporte público, e outros serviços” (CPI, 2009).

Mediante dados do IBGE (2017), o Brasil possui mais de 200 milhões de habitantes, sendo o quinto país mais populoso do mundo. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o Brasil encontra-se na 4ª posição dos países com maior população prisional do mundo, conforme quadro abaixo.

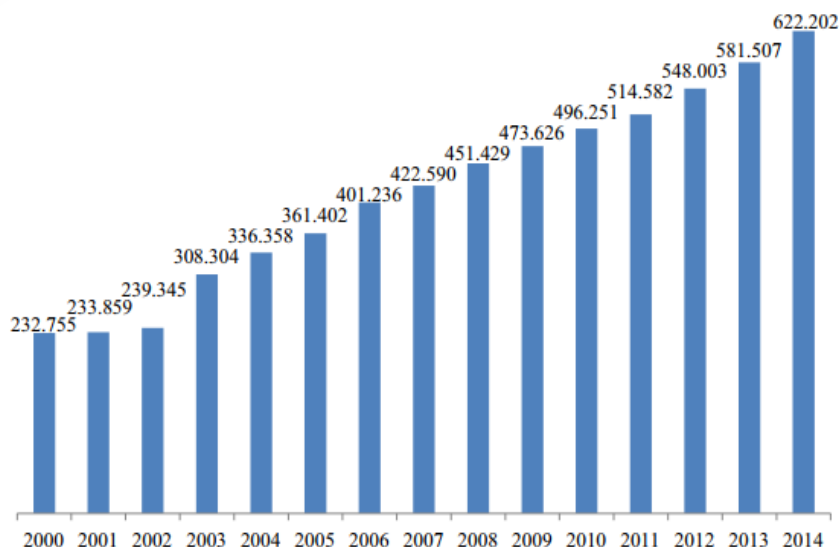
Quadro 4: Países com maior população prisional do mundo

Posição	País	População Prisional	Ano de Referência
1	Estados Unidos da América	2.217.000	2013
2	China	1.657.812	2014
3	Rússia	644.237	2015
4	Brasil	622.202	2014
5	Índia	418.536	2014
6	Tailândia	314.858	2015
7	México	255.138	2015
8	Irã	225.624	2014
9	Turquia	176.268	2015
10	Indonésia	173.713	2015

Fonte: INFOPEN, 2014, p.15.

É claro que esses dados variam de acordo com cada país, no caso do Brasil, por exemplo, só pode haver condenação ao maior de 18 anos. Porém, evidencia-se que o Brasil desde o ano de 2000 aumenta sua população carcerária, destacando mais uma vez que as políticas públicas não tem funcionalidade e de que esses dados apesar de muitas medidas cautelares tomadas não sofreram significativas alterações. O gráfico abaixo demonstra tais afirmações.

Gráfico 1 - Relatório estatístico do sistema prisional brasileiro



Fonte: INFOPEN, 2014, p. 19.

Com a construção desses dados pode-se passar a análise numérica da audiência de custódia. O site do CNJ disponibiliza desde a implantação até junho de 2017 os dados estatísticos da audiência de custódia em todos os estados do Brasil. Segue a seguir o resultado:

Total no Brasil até junho/17:

- Total de audiências de custódia realizadas: **258.485**
- Casos que resultaram em liberdade: **115.497 (44,68%)**
- Casos que resultaram em prisão preventiva: **142.988 (55,32%)**
- Casos em que houve alegação de violência no ato da prisão: **12.665 (4,90%)**
- Casos em que houve encaminhamento social/assistencial: **27.669 (10,70%)**

Fonte: CNJ, 2017.

De acordo com os dados acima pode parecer contraditório a finalidade para qual a audiência de custódia foi realizada sendo que o quadro não apresentou mudanças quanto à quantidade de presos provisórios. Porém, o juiz ao analisar não pode se ater apenas a dados estatísticos sendo que identificou que respondendo o processo sem estar encarcerado o acusado não apresentará riscos à sociedade e não atrapalhará os procedimentos.

No caso em que o juiz entender necessário, poderá aplicar medidas alternativas à prisão, como: multas, uso de monitoramento eletrônico,

comparecer mensalmente na Justiça, ou no prazo em que julgar fundamental estipular, entre outras. Mas não são todos estados que disponibilizam os materiais necessários para a aplicação dessas medidas cautelares, como é o caso do governo do estado de Goiás que deixou de oferecer tornozeleiras eletrônicas, assim dificulta o trabalho do juiz.

A estrutura da audiência de custódia diferencia de acordo com o tribunal, ou seja, cada um criou sua própria resolução. No estado do Tocantins, por exemplo, o parágrafo 1º, do art. 1º, da Resolução nº 17, de 2 de julho de 2015, “a audiência de custódia será inicialmente implantada na Comarca de Palmas e nas demais Comarcas ocorrerá de forma gradativa, também por ato do Tribunal Pleno” (BRASIL, 2015). Até o momento não houve a implantação em outra comarca, o que traz certas desigualdades se levarmos em consideração os direitos humanos dos presos em flagrantes em outras cidades do estado do Tocantins.

De acordo com o artigo 4º da resolução acima mencionada, não há juízes e servidores exclusivos para as realizações das audiências de custódia na comarca de Palmas/TO, o que é uma das dificuldades enfrentadas pelos juízes e servidores plantonistas que não são titulares de varas criminais. Para realização dessas audiências, deve-se ter experiência e bastante cuidado na análise de como ocorreu a prisão em flagrante. Um juiz da vara cível, por exemplo, não tem a visão de um juiz titular da vara criminal, que em todas as audiências lida com incursados que cometem atos ilícitos previstos no Código Penal e outros dispositivos similares.

Em relação aos casos de tortura, há uma complexidade na apuração, tendo em vista que alguns aparelhamentos policiais não deixam marca e, muitas vezes o preso se sente amedrontado, pois a escolta também se faz presente no momento da audiência. Deve-se respeitar o inciso XLIX, do art. 5º da Constituição Federal (1988), XLIX : “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

CONCLUSÃO

Diante todo o exposto, pode-se concluir que a audiência de custódia possui um árduo trabalho, em especial considerando que o Estado não dá a necessária atenção ao sistema carcerário. Além disso, não dá a devida importância ao indivíduo preso, tratando-o inconstitucionalmente, uma vez que não contribui com a garantia dos direitos fundamentais e que o preso só está privado de liberdade e não de dignidade.

Por ser um instituto novo, sendo que se tornou realmente obrigatória no Brasil com a votação da ADPF nº 347 de 9 de setembro de 2015 que estipulou o prazo de 90 dias para os tribunais se organizarem para a utilizarem, a audiência de custódia necessita primeiramente de fiscalização para que tenha eficácia.

No entanto, para que ela tenha total eficácia é necessário que os meios alternativos a liberdade provisória ligados a ela também tenham funcionalidade. Como é o exemplo da pouca oferta de tornozeleiras eletrônicas ou até mesmo nenhuma oferta. Nesse sentido, a ADPF nº 347 também votou para a liberação do que é arrecadado pelo FUPEN, sendo assim é necessário que o Estado se organize para que sejam repassados de forma possível a sustentar as penitenciárias.

Portanto, a audiência de custódia não vai mudar o sistema carcerário, sendo que há questões supervenientes que a impedem de ser eficaz. Porém, tende a amenizar a injustiça das prisões que muitas vezes poderiam ser evitadas e não foram por a autoridade competente não ter tido o contato com o preso em flagrante. Em contrapartida, é de suma relevância o papel da audiência de custódia quanto à adequação do sistema carcerário aos tratados internacionais que são guias para o cumprimento do princípio da dignidade humana.

Nesse sentido, da audiência de custódia provém grande expectativa para a diminuição da reincidência, posto que o preso em flagrante sem possuir antecedentes criminais não terá o contato com outros criminosos e ainda, acarretará para a estagnação da superlotação dos presídios.

Entretanto, o Estado tem que colaborar e reconhecer que o sistema carcerário deve ser fiscalizado.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; SANTOS, Wagner dos. A crise no sistema penitenciário brasileiro e a afronta a dignidade da pessoa humana. **Revista empório do direito**, Florianópolis, 11 out. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-crise-no-sistema-penitenciario-brasileiro-e-a-afronta-a-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário**. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados das inspeções nos estabelecimentos penais**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Histórico**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **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: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> . Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias INFOPEN - junho de 2014.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Portal da transparência.** Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional.** Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 20 out. 2017.

COSTA, Luiz Felipe Mitri da. Audiência de custódia: (i)legalidade, previsão normativa e vantagem de sua aplicação. **Revista Âmbito Jurídico.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17509&revista_caderno=22>. Acesso em: 20 out. 2017.

LEME, Luana Aristimunho Vargas Paes. Audiência de Custódia e a (i) lógica estatal na perspectiva dos tribunais. **Revista empório do direito,** Florianópolis, 22 abr. 2017. Disponível em: <<http://emporiოდodireito.com.br/leitura/audiencia-de-custodia-e-a-i-logica-estatal-na-perspectiva-dos-tribunais>>. Acesso em: 20 out. 2017.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Processo penal no limite.** 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MAIA, Tadeu Coelho Ribeiro. O direito penitenciário e a proposta de criação das polícias penitenciárias: o equívoco incontroverso. **Revista dos tribunais online,** São Paulo, vol. 967, p. 229-247, maio 2016. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/>>. Acesso em: 11 out. 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

PATEL FILHO, Nicola. O estado de coisas inconstitucional sob a perspectiva da omissão parcial (parte 1). **Revista empório do direito**, Florianópolis, 28 fev. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/o-estado-de-coisas-inconstitucional-sob-a-perspectiva-da-omissao-parcial-parte-1>>. Acesso em: 20 out. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

POPULAÇÃO DO BRASIL. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 18 out. 2017.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

SANTOS, Cristiane Farias Rodrigues dos. Poder judiciário: segurança pública e administração penitenciária. **Revista dos tribunais online**, São Paulo, vol. 131, p. 403-445, maio 2017. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/>>. Acesso em: 11 out. 2017.

SANTOS, Marcel Ferreira dos. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental 347. **Revista dos tribunais online**, São Paulo, vol. 136, p. 267-291, out. 2017. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/>>. Acesso em: 11 out. 2017.

VASCONCELLOS, Jorge. **Lewandowski destaca fortalecimento da Justiça junto ao sistema carcerário**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79482-lewandowski-destaca-fortalecimento-da-justica-junto-ao-sistema-carcerario>>. Acesso em: 19 out. 2017.

ZAMPIER, Débora. Conselho Nacional de Justiça. **Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa**. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>>. Acesso em: 18 out. 2017.