

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 829

(Ano IX)

(25/11/2017)

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



23/11/2017 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [O crime de porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso restrito e o seu caráter hediondo](#)

ARTIGOS

24/11/2017 Thaysa Pereira de Sousa

» [Nacionalidade brasileira: hipóteses de aquisição, perda e reaquisição.](#)

24/11/2017 Lumara Sousa Sobbis

» [Mobbing: uma espécie de assédio moral no âmbito das relações laborais](#)

24/11/2017 Luiz Carlos Alves Paes

» [A guarda compartilhada sob o enfoque do melhor interesse da criança](#)

24/11/2017 Arieli Monique Machado

» [Alienação Parental: Direito à convivência familiar](#)

24/11/2017 Tainá Belo Paz da Silva

» [A terceirização trabalhista no serviço público](#)

24/11/2017 Gabriela Fonseca Bezerra

» [A guarda compartilhada como mecanismo de evitação do processo de alienação parental](#)

23/11/2017 Larissa Soares Duarte de Lima e Silva

» [Pornografia de vingança e sua fragilidade no ordenamento jurídico penal](#)

23/11/2017 Livia Daieny Oliveira da Costa

» [Assédio sexual nas relações trabalhistas e as melhores formas de combatê-lo](#)

23/11/2017 Keli Cristina de Godoy de Melo

» [Atos de Improbidade Administrativa](#)

23/11/2017 Eliane Rodrigues da Silva Costa

» [A lesividade excessiva frente a pouca efetividade da internação compulsória do dependente químico](#)

23/11/2017 Janete Cleia Martins Gonçalo

» [Efeitos jurídicos da alienação parental com base na Lei nº 12.318/2010](#)

23/11/2017 Ricardo Sousa Medeiros

» [Audiência de Custódia na comarca de Palmas - TO](#)

22/11/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Aplicabilidade ou não da Lei Maria da Penha para defesa do homem](#)

22/11/2017 Breno Eduardo Campos Alves

» [As terminologias do narcotráfico](#)

22/11/2017 Guilherme Henrique Ferreira Folha

» [Ativismo judicial sob o enfoque da excessiva intervenção do Judiciário nos demais Poderes](#)

22/11/2017 Beatriz Gonçalves Pereira

» [Trabalho intermitente: aspectos controvertidos no ordenamento jurídico brasileiro](#)

22/11/2017 Michele Santana de Oliveira

» [Interceptação telefônica como meio de prova a luz do ordenamento jurídico brasileiro](#)

22/11/2017 Antonio de Jesus Trovão

» [A morte lenta e gradual de uma era constitucional.](#)

21/11/2017 Maria Eduarda Andrade e Silva

» [Questão prejudicial e coisa julgada no novo CPC](#)

21/11/2017 Renata Moura Tupinambá

» [O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas \(IRDR\) e a atuação dos sujeitos processuais no contexto das demandas de massa](#)

21/11/2017 Débora Batista Almeida Vasconcelos Miola

» [Conceitos e preceitos da condução coercitiva para inquéritos policiais](#)

21/11/2017 Kamilla Dorxa de Melo

» [A demora no julgamento de ações penais em decorrência da prerrogativa de](#)

[foro no Brasil](#)

21/11/2017 Lucas César Vasques da Silva

» [Interceptação telefônica como meio de prova](#)

21/11/2017 Cesar Augusto dos Santos Appoloni

» [União estável e a sucessão hereditária do companheiro e a inconstitucionalidade do Artigo 1.790 CC](#)

20/11/2017 Maria Eduarda Andrade e Silva

» [Panorama inicial da estabilização da tutela antecipada antecedente](#)

20/11/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Cobrança de imposto sobre serviço de qualquer natureza, no que tange os advogados autônomos e a sociedade de advogados](#)

20/11/2017 Ana Carolina Oliveira Carvalho

» [A reincidência criminal em decorrência da precariedade do Sistema Carcerário brasileiro](#)

20/11/2017 Marisa Aparecida Rocha Onuma

» [Poderes, deveres e responsabilidades do Juiz a luz do Código de Processo Civil](#)

20/11/2017 Miliana Fialho de Melo

» [A prática cultural da vaquejada: um afronte a vedação constitucional de submissão dos animais à atos de crueldade](#)

20/11/2017 Elder Gomes da Silva

» [Tráficos de órgãos no Brasil](#)

MONOGRAFIA

20/11/2017 Josiele Souza Santos

» [Privacidade em Ambiente Eletrônico](#)

O CRIME DE PORTE OU POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E O SEU CARÁTER HEDIONDO

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

A Lei 8.072/90 nasceu baseada em uma política criminal repressora, inspirada no movimento de Lei e Ordem (*Law and Order*) e no chamado Direito Penal Máximo, em que a criação de crimes e o recrudescimento das penas são adotados como solução no combate à criminalidade.

Infelizmente, há tempos a Segurança Pública não é tratada com seriedade em nosso país, sendo que diante de crimes graves e que causam repercussão social, o Direito Penal acaba se destacando como uma espécie de panaceia para todos os problemas. É preciso ficar claro que a redução das taxas de criminalidade está diretamente ligada ao investimento em educação^[1] e ao combate à corrupção que corrói o Brasil. Demais disso, é necessário um maior investimento nas polícias judiciárias, uma vez que mais importante do que a severidade da pena, é a certeza da punição, o que é assegurado através de uma investigação criminal eficiente.

Sem embargo do exposto, destaca-se que a Lei de Crimes Hediondos é fruto de um mandado constitucional de criminalização, ou seja, de uma ordem do legislador constituinte para que os crimes hediondos e assemelhados fossem tratados de forma mais severa, senão vejamos:

Art.5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e

drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Percebe-se, destarte, que sob um prisma extensivo^[2], o dispositivo constitucional impõe um regime jurídico-penal mais rigoroso para determinados delitos, o que é compatível com a importância dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais em questão. Deveras, não teria sentido algum dar tratamento igual a infrações de gravidades distintas, o que foi reforçado pelo legislador constituinte ao inserir essa previsão dentro dos direitos e garantias fundamentais.

Como consequência, aos crimes hediondos e equiparados devem ser impostas as penas mais severas, com regimes de cumprimento mais rigorosos, contando, ainda, com técnicas de investigação criminal mais incisivas e limitadoras de direitos fundamentais, o que, em tese, contribuiria para a prevenção e repressão aos delitos dessa espécie, desestimulando possíveis delinquentes e evitando a reincidência.

Sob tais premissas, muito embora não concordemos com uma política criminal exageradamente repressora como solução para a Segurança Pública, parece-nos que foi esse o espírito da Constituição da República, devendo servir de norte para a interpretação da Lei 8.072/90 e outros diplomas normativos.

Feitas essas considerações, passamos imediatamente à análise da Lei 13.497/17, que alterou a Lei 8.072/90, para inserir no rol dos crimes hediondos o artigo 16, do Estatuto do Desarmamento, que trata da “posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito”.

Eis que, novamente, como que num passe de mágica, o problema, agora da posse e porte de fuzis e outras armas de grosso calibre será solvido por uma legislação penal. Com a edição da Lei 13.497/17, em data de 16.10.2017, todo o problema do armamento existente nos morros cariocas, por exemplo, desapareceu, pois que os criminosos simplesmente jogaram suas armas fora logo que ficaram sabendo que o artigo 16, do Estatuto do Desarmamento era erigido a Crime Hediondo!

É claro que isso não aconteceu e nunca irá ocorrer. A inovação legislativa não passa de mais um exemplo tragicômico do chamado “Direito Penal Simbólico”, que, como explicam ZAFFARONI e BATISTA, não passa do abandono ou desestimulação da real busca de soluções, optando-se por um discurso ilusório e demagógico que apresenta o Direito Penal como uma espécie de panaceia.^[3]

Um ponto destacável nessa alteração legislativa é que se chegou a uma culminância em que um crime de “perigo abstrato”^[4] é agora classificado como hediondo! A culminância da insanidade legislativa, se é que isso é possível de ser identificado em terras brasileiras, tendo em vista o sanatório geral em que se transformou nosso arcabouço jurídico, especialmente o criminal.

Mas, como a excrescência já está feita, resta tentar compreender a aplicação da legislação tresloucada que temos, afinal, “legemhabemus”. E as dúvidas serão muitas, uma vez que parece que no Brasil há uma espécie de “projeto” para tornar racionalmente ininteligível todo o sistema legal vigente. Neste texto, esboçaremos os primeiros apontamentos e questões, sem a pretensão de esgotar o tema.

Retomando a inusitada elevação de um crime de “perigo abstrato” à condição de “hediondo”, é preciso lembrar que já em 2007 o Plenário do STF declarava inconstitucional a vedação de fiança então prevista no Estatuto do Desarmamento para os crimes dos artigos 14 e 15, sob o argumento de que crimes de “mera conduta” ou de “perigo abstrato” não poderiam jamais ser tratados de forma similar a crimes hediondos (Adin 3.112-1, STF, DOU 10.05.2007).

Na mesma ocasião, foi reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 21, do Estatuto do Desarmamento, que vedada a “liberdade provisória” (com ou sem fiança), para os artigos 16, 17 e 18, do mesmo diploma. Novamente o “decisum” traz o argumento (além da violação à Presunção de Inocência e da instituição de uma espécie de preventiva obrigatória), de que a vedação da liberdade provisória, se chegou a ser admitida “para crimes de suma gravidade”, não poderia ser aplicada jamais a outros delitos. Fica evidente que o STF já se manifestava pela

absurdidade que se configuraria em pretender conferir um tratamento similar ao dado a Crimes Hediondos às infrações do Estatuto do Desarmamento, delitos de “mera conduta” ou, no máximo, de “perigo abstrato”.^[5]

Parece-nos que a iniciativa infeliz da Lei 13.497/17, além de configurar uma nítida manifestação da demagogia legislativa, consistente num claro exemplo de “Direito Penal Simbólico”, ainda peca gravemente por violação de qualquer critério de razoabilidade e proporcionalidade, o que, certamente, deverá levar ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Mas, deixando de lado, por ora, a questão da inconstitucionalidade, é preciso tentar aclarar qual o alcance da hediondez, no que se refere ao artigo 16, da Lei 10.826/03.

O artigo 16, da Lei 10.826/03, é composto de um “caput” e de seis condutas equiparadas a ele em um parágrafo único. Uma questão que logo surge é a seguinte: A Lei 13.497/17, erigiu em crime hediondo todo o artigo 16, “caput” e parágrafo único, I a VI, ou somente o artigo 16, “caput”? Isso porque a nova redação dada ao artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.072/90, estabelece que será crime hediondo “o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito”, sendo fato que nas figuras do parágrafo único, do artigo 16, do Estatuto do Desarmamento, os objetos materiais dos crimes são completamente distintos.

Outra questão que pode surgir da redação da Lei 13.497/17, é se será considerado hediondo o porte e a posse apenas de armas de fogo de “uso restrito” ou também das de “uso proibido”, pois que o artigo 16, da Lei 10.826/03, se refere a ambas, mas a redação dada pela Lei 13.497/17 ao artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.072/90, somente faz menção às armas de “uso restrito”, olvidando-se das de “uso proibido”.

Antes, porém, de nos debruçarmos nessas questões, é imprescindível algumas considerações de caráter geral. De acordo com a Lei 10.826/03 e os decretos que a regulamentam, são três as espécies de

arma de fogo: a-) *de uso proibido*; b-) *de uso restrito*; e c-) *de uso permitido*.

Arma de fogo de uso restrito é aquela que só pode ser utilizada pelas Forças Armadas, por algumas instituições de segurança, e por pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Exército, de acordo com legislação específica (art.3º, XVIII, Dec.3.665/00). São armas de fogo de uso restrito, por exemplo, o revólver calibre .357 Magnum, pistolas calibre .40 ou .45, Winchester calibre .243, armas automáticas de qualquer calibre (metralhadoras), armas de fogo dissimuladas (caneta-revólver, maleta-revólver) etc.[\[6\]](#)

Já *arma de fogo de uso permitido* é aquela cuja utilização é permitida a pessoas físicas em geral, bem como a pessoas jurídicas, de acordo com a legislação normativa do Exército (art.3º, XVII, Dec. 3.665/00). São exemplos o revólver calibre .38, espingarda calibre .32, espingarda calibre 12, pistola calibre .380, etc.[\[7\]](#)

O conceito de *arma de fogo de uso proibido*, por seu turno, não encontra previsão legal ou regulamentar, ficando sua definição a cargo da doutrina. Segundo CAPEZ,

Trata-se da arma que não pode ser utilizada em hipótese alguma, ou seja, aquela cuja posse ou porte não podem ser autorizados nem mesmo pelas Forças Armadas. (...) proibido é o artefato que não pode ser vendido, possuído ou portado por ninguém. É o caso de um canhão, um tanque de guerra ou de granadas, armamentos que nem mesmo o Exército pode autorizar o particular a ter[\[8\]](#).

Em se tratando de arma de arma de fogo de uso permitido, dependendo da situação, a conduta pode caracterizar os crimes previstos nos artigos 12 ou 14, do Estatuto do Desarmamento. Por outro lado, se a arma de fogo for de uso restrito, caracterizará a infração penal constante do artigo 16, do mesmo diploma legal.

Retomando os questionamentos acima expostos, iniciamos pelo que nos parece mais evidente. Pode-se afirmar, com algum grau de segurança, que será considerado como hediondo tanto o crime de posse ou porte ilegal de armas de “uso restrito” como de “uso proibido”. Pensar o contrário seria emprestar ainda mais insanidade à legislação sob comento, eis que, como visto, a “proibição” é ainda mais limitadora do que a “restrição”, de modo que seria rematado absurdo considerar hedionda a conduta de posse ou porte ilegal de armas de “uso restrito” e não hedionda a mesma conduta relativa a armas de “uso proibido”. É visível que o legislador se equivocou e disse menos do que pretendia dizer, como nos ensina o brocardo latino: “Lex minus dixit quamvoluit”.

Observe-se que não se trata de “analogia in mallam partem”, mas sim de “interpretação extensiva, teleológica e sistemática”, em superação dasimples “interpretação literal”. Não se deve confundir “analogia” com “interpretação extensiva”. De acordo com o escólio deRosal e Anton, alicerçado na doutrina de Windscheid, a chamada “Teoria da Alusão” estabelece a distinção entre a “analogia” e a “interpretação extensiva”. Nesta o legislador escreveu menos do que tinha intenção de escrever. Na primeira o legislador se esqueceu totalmente do que deveria ter escrito e nada consignou. Há na interpretação extensiva a exegese adequada das palavras “aludidas” na lei. Na analogia não há menção ou “alusão” na lei de palavra alguma e então se toma emprestada outra norma similar para completar uma lacuna.^[9] Não é isso que aqui ocorre. A “alusão” ao termo “armas de fogo de uso restrito” deve levar à conclusão inarredável, sob pena de redução ao absurdo, de que as “armas de fogo de uso proibido” são também alcançadas.

Lembramos, ainda, que o tipo penal do artigo 16, ora em análise, surgiu sob o *nomen iuris* de “posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito”, mas, na verdade, diversas outras condutas são tipificadas no seu conteúdo, razão pela qual o intérprete não pode se deixar enganar pelo seu título. Em resumo, na descrição típica do artigo 16, nós encontramos diversos núcleos que, individualmente, já caracterizam a infração.

Trata-se, portanto, de um tipo penal misto alternativo ou plurinuclear, onde a prática de duas ou mais condutas no mesmo contexto

fático não acarretará o concurso de crimes, respondendo o agente apenas por um único delito (princípio da alternatividade). Da mesma forma, o tipo penal em questão traz no seu interior objetos materiais que vão muito além da “arma de fogo de uso restrito”, abrangendo, ainda, os acessórios e munições, seja uso restrito ou proibido.

Agora, quanto à questão da abrangência geral do artigo 16 ou apenas de seu “caput” como hediondo, não temos dúvidas de que a redação genérica do dispositivo suscitará divergência na doutrina e na jurisprudência. Para Rogério Sanches, por exemplo, as figuras equiparadas do parágrafo único, do artigo 16, também teriam natureza hedionda, senão vejamos:

Parece-nos, todavia, não ser possível limitar a incidência das disposições relativas aos crimes hediondos apenas à conduta do *caput* do art. 16. O projeto da Lei 13.497/17 tramitou, entre o Senado e a Câmara, por mais de três anos, e foi objeto de extenso debate, tanto que foram diversas as modificações promovidas ao longo do caminho (originalmente, aliás, o projeto contemplava o comércio ilegal e o tráfico internacional de armas de fogo). Fosse para limitar a incidência do maior rigor ao *caput*, temos de supor que o legislador o teria feito expressamente.^[10]

Além disso, o citado doutrinador afirma que defender o contrário implicaria em ofensa ao princípio da proporcionalidade, pois, “se, ao elaborar tipo do art. 16, o legislador utilizou a fórmula ‘nas mesmas penas incorre’, isso se deu porque as condutas ali elencadas eram consideradas da *mesma gravidade* das anteriores”.

Data máxima vênia, entendemos que, de acordo com a redação dada e com o próprio intento (tresloucado sim, mas um intento) da lei, somente o artigo 16, “caput” é abrangido pela hediondez. Na sequência são expostos os argumentos que sustentam o nosso ponto de vista.

Um primeiro aspecto que salta aos olhos envolve, justamente, o princípio da proporcionalidade, sob o enfoque da periclitação da incolumidade pública. Uma coisa é a pessoa portar ou ter a posse de um

fuzil AR 15 ilegalmente, outra, totalmente diversa em termos de lesividade, é possuir ou portar um revólver calibre .22 com a numeração ou marca raspadas. Se considerar a posse ou o porte de um fuzil como crime hediondo já revela uma desproporção e irrazoabilidade, imagine-se um revólver calibre .22 com a numeração suprimida!

Do mesmo modo, é certo que ao estabelecer que nas mesmas penas do *caput*, do artigo 16, incorre aquele que praticar as condutas descritas no seu parágrafo único, o legislador vislumbrou gravidade semelhante entre os tipos penais, como bem alertou SANCHES. Contudo, não podemos olvidar que as penas impostas a determinadas condutas constituem somente uma das consequências do delito. Com efeito, a Lei de Crimes Hediondos elencou vários outros rigores jurídicos-penais a serem impostos aos autores de crimes dessa natureza, o que, obviamente, não foi vislumbrado pelo legislador ordinário ao tipificar as condutas do artigo 16, *caput* e parágrafo único.

Não se pode, portanto, querer estender os consectários da Lei 8.072/90 às figuras descritas no citado parágrafo único sob o argumento de que seria essa a intenção do legislador, pois, conforme destacado, seu intento foi o de apenas estabelecer as mesmas sanções para os casos elencados no artigo, o que não abrange a imposição de outros rigores, tais como a proibição de anistia, graça ou indulto, a progressão diferenciada de regime (2/5, se primário e 3/5, se reincidente), a necessidade de cumprimento de 2/3 das penas para ter direito à liberdade condicional etc.

Ademais, numa interpretação sistemática da Lei 8.072/90, analisando a estrutura de seus incisos do artigo 1º, verifica-se que o legislador foi por demais cuidadoso com a taxatividade. Há menção do “nomen juris” e do exato artigo de lei a que se refere. Quando é o caso de abrangência de parágrafos e incisos adicionais, estes são expressamente arrolados. Em sua falta, a infração não será hedionda. Por exemplo, no roubo, se faz menção ao “latrocínio”, sendo indicado entre parêntesis o artigo 157, §3º, “in fine”, o que faz com que as demais modalidades de roubo simples, majoradas e até mesmo qualificada pela lesão grave (artigo 157, §3º, parte inicial) não sejam consideradas como hediondas.

No próprio artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.072/90, está descrito como hediondo o crime de “genocídio”, mas o legislador não o faz de forma genérica, indicando claramente quais os artigos específicos da

lei a que se refere (artigos 1º, 2º, e 3º, da Lei 2.889/56). E ainda mais explícita é essa sistemática quando estabelece que o crime de extorsão mediante sequestro é hediondo. Pretendendo determinar a hediondez de todas as figuras, o legislador não menciona simplesmente o artigo 159, CP, mas, sim, o artigo 159, “caput” e §§ 1º, 2º e 3º, CP.

O mesmo se pode dizer com relação ao estupro e ao estupro de vulnerável, onde não é mencionado somente o “caput”, mas cada um dos parágrafos qualificadores. Perceba-se que se trata de qualificadoras, ou seja, condutas de um mesmo crime, mas consideradas mais gravosas e não de meras equiparações ou mesmo condutas menos gravosas. Isso somente reforça o fato de que se o legislador quisesse estender a hediondez para o parágrafo único, do artigo 16, do Estatuto do Desarmamento, o teria feito expressamente, como o fez em outros vários casos. Interpretação diversa seria um desvio de rota quanto à sistemática da Lei 8.072/90, ainda mais em se tratando de condutas meramente equiparadas e, em geral, de menor ofensividade, já que não envolvem armas de uso restrito ou proibido propriamente ditas.

Quando à posse ou o porte ilegal de armas de fogo de uso restrito ou proibido a referência é feita somente ao “art. 16 da Lei n. 10826, de 22 de dezembro de 2003”, sem qualquer menção ao seu parágrafo único e respectivos incisos. Considerando uma interpretação sistemática da Lei dos Crimes Hediondos, é de se crer que se o legislador quisesse levar a hediondez ao parágrafo único e seus incisos, os teria descrito no dispositivo. Se não o fez, foi porque não pretendia que as condutas equiparadas que não envolvem armas restritas ou proibidas fossem consideradas como hediondas.^[11] Ademais, quando em geral se pretende referir a um artigo de lei e se menciona somente o seu número, é de se concluir que a referência é feita somente ao “caput”. Quando se pretende atingir algum parágrafo, inciso etc., estes devem ser expressamente mencionados.

Imaginemos que um Promotor faça uma denúncia por homicídio e aponte no dispositivo somente o artigo 121, CP. A conclusão seria de que ele pretendia fazer uma denúncia por homicídio simples (“caput”) ou qualificado (§2º)? É claro e evidente que se referia ao simples, previsto no “caput”. Mesmo que se alegue que o que importaria mais seria a descrição da conduta, aplicando-se tal raciocínio do novo artigo 1º, parágrafo único,

da Lei 8072/90, é visível que o legislador descreve como hediondo o porte e a posse ilegais de “armas de fogo de uso restrito” (ou proibido, acrescentamos), de modo a afastar qualquer possibilidade de enquadramento de condutas equiparadas.

O alcance da hediondez ao parágrafo único, do artigo 16, do Estatuto do Desarmamento, somente poderá ocorrer se a arma envolvida na conduta for de uso restrito ou proibido, conforme previsto no “caput” e também houver atuação de acordo com algum inciso do parágrafo único. Por exemplo, na supressão ou alteração de sinais identificadores de arma de fogo (inciso I), a hediondez estará presente se tal arma alterada for de uso restrito ou proibido. Isso considerando que para a alteração o indivíduo deverá ter a posse da arma consigo, sendo ela de uso restrito ou proibido. Antes essa posse seria absorvida, mas agora isso não é mais possível, tendo em vista a hediondez do artigo 16.

Na modificação da característica de arma de fogo, isso já não acontece, pois que a arma não será de uso restrito ou proibido, mas tão somente tornada “equivalente”, de modo que a equiparação consistiria em analogia “in mallam partem” (inciso II). Quanto à artefatos explosivos ou incendiários, conforme consta dos incisos III e V, “in fine”, não há condição de abrangência pela hediondez, uma vez que não são mencionados no artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.072/90.

Eis outra desproporção, já que, no mais das vezes, tais artefatos podem ser mais perigosos para a incolumidade pública do que muitas armas de uso restrito. O porte, posse ou aquisição de arma de fogo com numeração, marca ou qualquer sinal identificador suprimido, também somente poderá ser hediondo se a tal arma for de uso restrito ou proibido. Por exemplo, um fuzil com numeração raspada. Nunca uma garrucha velha com a numeração alterada, obviamente (inciso IV).

Da mesma forma, a venda, entrega ou fornecimento de arma a criança ou adolescente. Somente haverá hediondez, se a arma for de uso restrito ou proibido (inciso V, parte inicial). Quanto ao inciso VI, ao tratar somente de munição ou explosivo, só se poderá falar em crime hediondo nas hipóteses em que a munição ostentar as qualidades descritas no parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 8.072/90.

Outra questão que merecerá acurada análise é a já assentada tese de que, no crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma, o

eventual crime de porte ilegal é absorvido^[12] (v.g. Quinta Câmara Criminal Apelação Crime ACR 70050877554 RS (TJ-RS) Francesco Conti; [TJ-MG - Apelação Criminal APR 10191080158527001 MG \(TJ-MG\)](#); TJ-MG - 103480700035490011 MG 1.0348.07.000354-9/001(1) (TJ-MG) etc.).

Em se tratando de armas de fogo de uso permitido, nada se altera. Mas, com o advento da Lei 13.497/17, que erige a posse ou porte ilegal de armas de fogo de uso restrito ou proibido em crime hediondo, não será mais possível falar-se em consunção do crime-meio (artigo 16, da Lei 10.826/03) pelo crime-fim (artigo 157, §2º, I, CP). Não será viável que um crime não hediondo absorva um crime hediondo. Dessa forma, haverá consunção pelo roubo majorado pelo emprego de arma no caso do artigo 14, da Lei 10.826/03 (armas de uso permitido), mas não mais em relação ao artigo 16, do mesmo diploma (armas de fogo de uso restrito ou proibido), hipótese na qual deve-se aplicar o concurso de crimes. Assim, novamente se nos apresenta de forma escancarada a violação à proporcionalidade. É que um crime fim de lesão não é capaz mais de absorver um crime-meio de perigo abstrato! O perigo abstrato se torna mais grave, para a legislação brasileira, do que o crime de lesão!

Cabe, ainda, levar em conta que, considerando que a hediondez não abranja o parágrafo único, do artigo 16, da Lei 10.826/03, não surge maior problema quanto à questão do conflito aparente de normas do artigo 16, parágrafo único, III, que trata dos explosivos e artefatos incendiários, e os artigos 250 (Incêndio) e 251 (Explosão) do Código Penal. No caso dos verbos “possuir, deter ou fabricar”, não há sequer conflito, mas sim aplicação direta do dispositivo do Estatuto do Desarmamento, eis que o Código Penal não trata desses casos. Mas no verbo “empregar” pode haver conflito, pois que certamente um incêndio ou explosão ocorrerá com tal emprego. Nesses casos, a solução dogmática tem sido a de que o crime do Estatuto é de “perigo abstrato” e os do Código Penal são de “perigo concreto”. Então será aplicado o Estatuto nos casos em que o incêndio ou explosão não coloquem em risco concreto pessoas ou bens, enquanto que nos casos de risco concreto a uma ou mais pessoas ou bens devido à explosão ou incêndio, dever-se-á aplicar as normas do Código Penal. ^[13]

No entanto, se vierem a ser consideradas como hediondas as condutas equiparadas do artigo 16, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento, a solução deverá ser diversa no caso do efetivo “emprego”. No conflito, não será mais possível a absorção do artigo 16, parágrafo único, III, da Lei 10.826/03, quando houver perigo concreto em explosão ou incêndio efetivos. Nesse caso, dever-se-á rumar para a solução do concurso formal de crimes, pois que, novamente, um crime hediondo não poderá ser absorvido por um crime comum. Novamente também se nos deparamos com uma absurdidade, na qual um crime de perigo comum concreto não é capaz de absorver um crime de perigo abstrato, sendo este último tratado pela legislação brasileira como mais grave. O perigo abstrato se torna mais gravoso que o perigo concreto! Entenda suposta lógica de tudo isso quem o puder!

Rumemos agora para o arremate do terrorismo dogmático criado pela Lei 13.497/17, jogando os operadores, estudiosos, professores e demais interessados na “ciência penal” brasileira em um mundo inextricável, um labirinto infernal.

Apenas a título de ilustração e argumentação, façamos um breve experimento mental: imagine-se que o legislador brasileiro houvesse catalogado como hediondo o porte de drogas para consumo próprio, ainda que somente de drogas pesadas, e não o fizesse com relação ao tráfico internacional e interno. O que isso seria considerado? Uma aberração sem igual, não?

Pois então, a Lei 13.497/17 erigiu, como já visto, a crime hediondo a posse e o porte ilegais de armas de uso restrito ou proibido. Mas, esqueceu-se de também considerar como hediondos o comércio interno e o tráfico internacional de armas, ainda que fossem somente aqueles de armas de uso proibido ou restrito (artigos 17 e 18 da Lei 10.826/03)! Isso é de pasmar qualquer um! Note-se que os artigos 17 e 18 têm penas maiores do que o artigo 16. E o têm porque, obviamente, o comércio clandestino em larga escala e o tráfico internacional de armas é muito mais lesivo do que o mero porte ou a simples posse individual de uma arma, ainda que esta seja de uso restrito ou proibido.

Antes do infeliz advento da Lei 13.497/17, a questão era resolvida pela absorção do artigo 16 pelos artigos 17 ou 18, conforme o caso. É claro, pois a posse ou porte da arma de fogo de uso proibido ou restrito

seria um crime-meio para os crimes fins de comércio ou tráfico de armas. Agora, porém, não será mais possível imaginar a absorção. Dever-se-á optar pelo concurso formal de crimes entre o artigo 16 e os artigos 17 ou 18, conforme o caso. Não sendo assim, teríamos a prevalência de um crime não hediondo (artigos 17 ou 18) sobre um crime hediondo absorvido. Agora, temos um concurso formal entre crimes não hediondos com pena maior que um crime hediondo com pena menor! Temos crimes muito mais graves e amplos em seu perigo à sociedade não considerados como hediondos, enquanto que um crime bem menos grave, de caráter individual, é considerado como hediondo! Tudo isso dentro do mesmo diploma legal! A noção de proporcionalidade do legislador brasileiro foi realmente perdida de forma inexorável!

Observe-se, por fim, que se o tráfico de armas ou o comércio clandestino se referir a armas de uso permitido, não haverá hediondez de forma alguma, nem mesmo pelo concurso com o artigo 16, da Lei 10.826/03. Nesses casos serão aplicados os artigos 17 ou 18, do Estatuto do Desarmamento, absorvendo-se os artigos 12 ou 14, do mesmo diploma e não havendo incidência, de forma alguma, ainda que reflexa, da Lei dos Crimes Hediondos. De novo ocorre uma aberração porque mesmo sendo o tráfico ou o comércio de armas referente àquelas de uso permitido, essa conduta é muitíssimo mais lesiva do que a simples posse ou porte individual, ainda que de armas de uso restrito ou proibido. O potencial lesivo dos artigos 17 e 18 da Lei 10.826/03 é incomensuravelmente maior do que o do artigo 16 do mesmo diploma, mesmo que se tratem de armas de uso permitido.

Por tudo isso, concluímos que, uma vez mais, o legislador, movido por questões circunstanciais de clamor social, fez uso do “Direito Penal Simbólico” e alterou, de maneira atabalhoada, a Lei 8.072/90, inserindo a infração penal descrita no artigo 16, do Estatuto do Desarmamento, no rol dos crimes hediondos. Contudo, por meio de uma interpretação teleológica e sistemática do referido diploma legal, podemos afirmar que a natureza hedionda do delito se limita as condutas descritas *nocaput* do artigo em questão, não abrangendo o seu parágrafo único.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume IV. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.497/17: torna hediondo o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito*. Disponível: <http://meusitejuridico.com.br/2017/10/28/lei-13-49717-torna-hediondo-o-crime-de-posse-ou-porte-de-arma-de-fogo-de-uso-restrito/> . Acesso em 10.11.2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. *Figura equiparada do porte de arma de uso restrito não se tornou hedionda*. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2017-out-30/opiniao-figura-equiparada-porte-arma-uso-restrito-nao-hedionda> . Acesso em 10.11.2017.

MARCÃO, Renato. *Estatuto do Desarmamento*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre, SMANIO, GianpaoloPoggio. *Legislação Penal Especial*. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROSAL, Cobodel, ANTON, Vives. *Derecho Penal*. 4ª. Ed. Valencia: TirantloBlanch, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. 3ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

NOTAS:

[1] Sobre o tema, sugerimos a leitura da Nota Técnica nº 15 do IPEA: *Redução de Imputabilidade Penal, Educação e Criminalidade Violenta no País*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/15092_1_nt_diest_14_imputabilidade_penal.pdf. Acesso em 17.01.2017.

[2] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. p.448. Vol. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[3] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 77.

[4] Cf. por todos: MARCÃO, Renato. *Estatuto do Desarmamento*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 136.

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

[6] Vide artigo 16, do Decreto 3.665/2000.

[7] Vide artigo 17, do Decreto 3.665/2000.

[8] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume IV. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.377. p.377.

[9] ROSAL, Cobodel, ANTON, Vives. *Derecho Penal*. 4ª. Ed. Valencia: TirantloBlanch, 1996, p. 149.

[10] CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.497/17: torna hediondo o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito*. Disponível: <http://meusitejuridico.com.br/2017/10/28/lei-13-49717-torna-hediondo-o-crime-de-posse-ou-porte-de-arma-de-fogo-de-uso-restrito/> . Acesso em 10.11.2017.

[11] No mesmo sentido: HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. *Figura equiparada do porte de arma de uso restrito não se tornou hedionda*. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2017-out-30/opiniao-figura-equiparada-porte-arma-uso-restrito-nao-hedionda> . Acesso em 10.11.2017.

[12] Agora, se ficar demonstrado que o agente portava a arma em contexto fático distinto do roubo, responderá pelos dois crimes. Nesse sentido: STJ, HC 108.232/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Dj. 22.09.2008: “A conduta de portar armas ilegalmente não pode ser absorvida pelo crime de roubo, quando resta evidenciada a existência de crimes autônomos, sem nexo de dependência entre as condutas ou subordinação, não incidindo, portanto, o princípio da consunção”.

[13] Neste sentido: MORAES, Alexandre, SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 343.

NACIONALIDADE BRASILEIRA: HIPÓTESES DE AQUISIÇÃO, PERDA E REAQUISIÇÃO.

THAYSA PEREIRA DE SOUSA: Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

ANTÔNIO CESAR MELLO

(Orientador)[1]

RESUMO: O presente artigo é uma proposta de apresentação do Direito da Nacionalidade à luz do Direito Constitucional brasileiro. Seguindo a tradição das doutrinas e inovações jurisprudenciais, apresenta-se uma análise sucinta dos métodos de aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade. Este tema representa uma condição inerente do ser humano para o convívio em sociedade por isso se trata de um assunto atual e de extrema importância. Sob a perspectiva das leis aplicáveis e da possibilidade de conflitos daí derivados como a apatridia e a dupla nacionalidade, reuniram-se aqui em síntese as principais questões inerentes à nacionalidade, a fim de, trazer clareza as questões de direitos inerentes a brasileiros natos e naturalizados.

Palavras-chaves: Direito da nacionalidade; Brasileiro nato; Brasileiro naturalizado; Vínculo político; Dupla nacionalidade.

ABSTRACT: This article is a proposal to present the Nationality Law in light of the Brazilian Constitutional Law. Following the tradition of jurisprudential doctrines and innovations, a brief analysis of the methods of acquisition, loss and reacquisition of nationality is presented. This theme represents an inherent condition of the human being for social interaction so it is a current and extremely important issue. From the perspective of applicable laws and the possibility of conflicts derived therefrom such as statelessness and double nationality. The main issues inherent in nationality were summarized here, in order to bring clarity to the rights issues inherent to born and naturalized Brazilians.

Keywords: Right to nationality; Native Brazilian; Brazilian naturalized; Political linkage; Dual nationality

1 INTRODUÇÃO

No afã de se aproximar do conhecimento inerente ao Direito da Nacionalidade, o presente artigo esta dirigido especialmente ao direito brasileiro à luz das normas constitucionais de 1988.

Cujo escopo é trazer a lume, o conhecimento adquirido com clareza de detalhes, de forma didática e sucinta. O tema desenvolvido para esse artigo constitui, nos dias atuais, matéria absolutamente indispensável para condição inerente do ser humano, uma vez que, cuida de um conteúdo recheado de formalidades e discussões no âmbito internacional.

O objeto desse artigo é de transmitir informação, propondo um assunto que tem, dentre outras, a virtude de ressaltar a principiologia constitucional, partindo-se, claro, dos direitos humanos. Conta com forte aderência das doutrinas e jurisprudências, o que revela a preocupação em transmitir um pensamento jurídico aprofundado mesmo que de forma compacta.

Desvendar as prerrogativas e diferenças entre brasileiros natos e brasileiros naturalizados e singularidades do direito a nacionalidade, contribui para uma adequada compreensão dos direitos e deveres inerentes aos indivíduos que habitam o território soberano aqui estudado.

Dentre os termos que se confunde com a nacionalidade, esta se distingue por se caracterizar como um vínculo jurídico-político entre um Estado soberano e o indivíduo. Por ser o liame que determina a quem o Estado irá impor as suas normas, há quem considere esse povo elemento humano indispensável à formação do Estado.

A nacionalidade é o vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a determinado Estado, fazendo com que esse indivíduo passe a integrar o povo daquele Estado e, por consequência, desfrute de direitos e submeta-se a obrigações (LENZA, 2012, p.1.097).

A regulamentação de origem internacional acerca do conflito de nacionalidade, tanto positivo (dupla nacionalidade), com negativo (apatridia). Além de analisar, também, quase nacionalidade dos portugueses no Brasil estipulados pela Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre brasileiros e portugueses.

Não a fim de esgotar o tema, mas de oferecer uma ideia geral sobre nacionalidade brasileira, de forma singela e eficaz, instigando a reflexão e o pensamento crítico do conteúdo proposto.

2 DIREITO DA NACIONALIDADE

A palavra nacionalidade surgiu no século XVIII, do termo “soberania nacional”, sendo considerado nacional o membro da uma nação (PADILHA, 2014, p. 309)

Mas, antes de adentrarmos ao direito da nacionalidade é relevante uma breve análise do conceito de Estado, no que diz respeito aos seus elementos constitutivos.

O Estado, segundo Rezek (2008, p. 161) caracteriza-se, como personalidade originária de direito internacional público, e ostenta de três elementos conjugados: uma base territorial, uma comunidade humana estabelecida sobre essa área, e uma forma de governo não subordinado a qualquer autoridade exterior.

Estes são os elementos formadores do Estado: o território, o povo e a soberania. Assim, surge a nacionalidade que nada mais é que um vínculo político que liga o povo a um determinado Estado.

Pois bem, sabendo disso agora passamos a definição de alguns conceitos imprescindíveis para entender esse liame, tais como os conceitos de povo, população, nação e cidadão. Morais os define da seguinte maneira (2012, p. 217 -218):

Povo é o conjunto de pessoas que fazem parte de um Estado - é o seu elemento humano. O povo

está unido ao Estado pelo vínculo jurídico da nacionalidade.

População é o conjunto de habitantes de um território, de um país, de uma religião, de uma cidade. É um conceito mais extenso do que o de povo, pois engloba os nacionais e estrangeiros, desde que habitantes de um mesmo território.

[...]

Nação é um agrupamento humano cujos membros, fixados num território, são ligados por laços históricos, culturais, econômicos e linguísticos.

[...]

Cidadão é o nacional (brasileiro nato ou naturalizado) no gozo dos direitos políticos e participantes da vida de um Estado.

Conforme se observa, os conceitos de povo e população se distinguem. Povo é o termo usado para conceituar a ligação direta entre o indivíduo e o Estado por meio da nacionalidade, assim formando uma comunidade nacional, inclusive aqueles brasileiros estabelecidos no exterior. Ao passo que população não se trata de um vínculo jurídico, são pessoas, nacionais ou estrangeiros, instaladas em caráter de permanência em um território dotado de soberania.

Sobre os estrangeiros residentes o Estado exerce inúmeras competências inerentes à sua jurisdição territorial. Sobre os seus nacionais distantes o Estado exerce jurisdição pessoal, fundada no vínculo de nacionalidade, e independentemente do território onde se encontrem (REZEK, 2008, p. 180).

Segundo a orientação de Gama (2002, p. 109) todos que são considerados povo de um Estado são nacionais deste. Os que não fazem parte deste conceito são considerados estrangeiros.

Nacionais nas palavras de Paulo (2010, p. 508) são as pessoas submetidas à autoridade direta de estado, que lhes reconhece direitos e deveres e lhes deve proteção além das suas fronteiras. Completa dizendo que nacionalidade é a qualidade inerente a essas pessoas e que lhes dá a situação capaz de localizá-las e identificá-las na coletividade.

Este vínculo político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado faz deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos (MORAIS, 2012, p.217). Observa-se, deste modo, que o indivíduo é elemento substancial a existência do Estado.

Para Bernardes (1999, p. 71), a existência do vínculo político decorre do vínculo jurídico, pois antes de ser capaz de exercer direitos políticos, o indivíduo deve ser considerado elemento essencial do Estado, tendo que ser nacional. Isso porque, somente através do vínculo político o indivíduo é considerado cidadão.

O douto magistrado Chimenti (2008, p. 147), desmistifica estes termos afirmando que nacionalidade em seu enfoque jurídico, distancia-se do conceito de nação, pois farão parte de uma nação todos aqueles unidos por um vínculo jurídico com o Estado, que deste serão cidadãos. Ao passo que nacional para o referido autor é o brasileiro nato ou naturalizado, isto é, o indivíduo que estabelece um liame, através do nascimento ou da naturalização, com o território brasileiro. Afirma, ainda, que cidadão é termo que qualifica o nacional no gozo dos direitos políticos.

No mesmo sentido, Padilha (2014, p. 309), acentua que o termo nação não se apoia em um vínculo jurídico, sendo o termo utilizado para designar determinado grupo de pessoas ligado pela raça, religião hábitos e costumes. O ilustre mestre complementa ao dizer que constata-se, assim, que nacionalidade não é sinônimo de nação. E atualmente entende-se que povo é o elemento humano do Estado, sendo este, na verdade, tidos nacionais.

Observa-se, deste modo, que nacionalidade e cidadania por maior que seja a semelhança possuem sentidos diversos, uma vez que, cidadania é uma expressão política. Repare que nacionalidade tem maior abrangência, podendo um indivíduo ser nacional sem ser cidadão, mas o inverso não é verdadeiro. Deste modo, nacionalidade é o gênero da qual a cidadania é uma de suas espécies.

Nesse contexto, Lenza (2010, p. 849), destaca que a cidadania tem por pressuposto a nacionalidade (que é mais ampla que a cidadania), caracterizando-se como a titularidade de direitos políticos de votar e ser votado. Verifica-se que para ter cidadania pressupõe que o indivíduo seja nacional, pois a cidadania é o requisito inerente a concessão dos direitos políticos. Logo, o cidadão é o brasileiro nato ou naturalizado que goza de direitos políticos, isto é, além de possuir a nacionalidade tem direitos inerentes a ela.

Além do mais a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2016, p. 06), em seu artigo 5º, caput, estabelece o princípio da igualdade entre brasileiro e estrangeiro, assegurando aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos fundamentais, declarando igualdade de todos perante a lei, como bem se verifica:

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.

Porém, há exceções como destaca Gama (2002, p. 110), essa regra não é absoluta, comportando exceções descritas na própria Constituição de 1988 que, reserva aos brasileiros o exercício de determinados direitos vedados aos estrangeiros, tendo em vista que estes direitos se estabelecem através do vínculo da nacionalidade.

Observe que este entendimento ocorre para preservar o Estado brasileiro de eventuais golpes estrangeiros, isto é, para que não tenha

perigo que um estrangeiro governar e tomar para outro Estado a soberania brasileira, colocando a em cheque.

2.1 Natureza jurídica do direito da nacionalidade.

Nacionalidade é um vínculo político entre o indivíduo e um Estado soberano. Esse vínculo tem natureza política, uma vez que, o indivíduo faz parte da dimensão pessoal do Estado, isto é, se torna membro da comunidade do referido Estado.

Diante disso, Dolinger (2014, p. 42) expressa seu pensamento quanto o conflito de nacionalidades por Estados soberanos:

Para decidir em um Estado sobre nacionalidade de pessoa que tem ligação com dois outros Estados, ambos considerando-o nacional, deverão ser aplicados os critérios do próprio país do foro para estabelecer qual das duas nacionalidades deva ser aceita. Esta decisão representa uma opção entre dois regimes jurídicos e norma que fundamenta esta decisão (seja de fonte interna, seja de fonte internacional) constituirá um direito sobre direito: uma regra indicando qual sistema jurídico sobre nacionalidade deve ser aplicada.

No entanto, este Estado deve ser dotado de soberania, porque ficará este incumbido de legislar sobre sua nacionalidade. Rezek (2008, p. 180) diz que ao Estado incumbe legislar sobre sua própria nacionalidade, desde que respeitadas, no direito internacional, as regras gerais, assim como as regras particulares com que acaso se tenha comprometido.

Na explicação de Chimenti (2008, p. 147), nacionalidade é direito material de ordem constitucional. De ordem constitucional porque, cada Estado dita suas normas a seus respectivos nacionais, mas produz efeitos relevantes no campo internacional, na medida em que se trata de condição inerente para que o ser humano viva em sociedade.

3 MODOS DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

A Constituição Federal determina espécies para aquisição da nacionalidade brasileira. Logo, a nacionalidade pode ser primária ou originária que são os brasileiros natos; ou nacionalidade secundária ou adquirida que são os brasileiros naturalizados.

Afirma Novelino (2016, p. 481), que o povo de um Estado é formado apenas de indivíduos que possuem a nacionalidade (originária ou adquirida) daquele país. Assim, um estrangeiro residente no Brasil, embora integre a população do país, não faz parte do povo brasileiro. Para isso, terá que adquirir a nacionalidade brasileira por meio da naturalização.

3.1 Brasileiro nato

A nacionalidade primária resulta de maneira unilateral, involuntariamente, da imposição estatal, no momento do nascimento. Nas lições de Miranda (2003, p. 549), outros elementos também se agregam para a atribuição de determinada nacionalidade, tendo em vista o fato do nascimento, conforme se observa a seguir:

[...] resulta do fato mesmo do nascimento, ou porque se determine qual a ligação de sangue à massa dos nacionais de um Estado, ou qual a ligação à ocorrência do nascimento no território de um Estado, ou qual a relação tida por suficiente pelo Estado de que se trate para que o nascimento forme o laço da nacionalidade.

Portanto, brasileiros natos são aqueles que ao nasce, geralmente no Brasil, mas eventualmente no exterior, viu-se atribuir a nacionalidade brasileira ou, quando menos a perspectiva de consolidá-la mediante opção, de efeitos retroativos (REZEK, 2008, p.186).

O nascimento concede o direito à pessoa a pleitear sua nacionalidade, mesmo que esta não seja adquirida no mesmo momento (PADILHA, 2014, p. 310).

Quanto à nacionalidade primária, o Brasil adotou como regra, no seu artigo 12, I, da Constituição (BRASIL, 2016, p. 13) o critério *ius solis*, mas fez previsão também ao critério *ius sanguini*, estabelecendo, assim, o sistema misto. Sendo que a escolha fica a cargo do Estado.

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

O critério *ius soli*, basta que tenha nascido em território brasileiro, ainda que de pais estrangeiros. Porém, há uma exceção, os filhos nascidos no Brasil de pais estrangeiros que estejam a serviço do seu país.

Em razão do que explica Rezek (2008, p. 187), a regra constitucional do *ius solis*, comporta exceções quanto ao serviço, desde que público é afeto a potência estrangeira, não precisa implicar permanência em no território brasileiro, nem coberturas diplomáticas.

A serviço de nação estrangeira, segundo o entendimento doutrinário, é quando ambos os componentes do casal, ou um deles esteja trabalhando para seu país de origem, por mas que o outro não faça mais que acompanhá-lo.

Não esta a serviço do país significa que os genitores não deverão estar exercendo atividade ligada aos respectivos Estados originários. Se

estiverem, os seus filhos não lograram a nacionalidade brasileira, pois os laços de sangue prevalecerão sobre o local do nascimento (BULOS, 2015, p. 842).

É relevante salientar, o que ensina Moraes (2012, p. 220):

O território nacional de ser entendido como as terras delimitadas pelas fronteiras geográficas, com rios, lagos, baías, golfos, ilhas, bem como o espaço aéreo e o mar territorial, formando o território propriamente dito; os navios e as aeronaves de guerra brasileiros, onde quer que se encontrem; os navios mercantes brasileiros em alto mar ou de passagem me mar territorial estrangeiro; as aeronaves civis brasileiras em voo sobre o alto mar ou de passagem sobre águas territoriais ou espaços aéreos estrangeiros.

Fundado no critério territorial, usualmente valorizado pelas nações que se formam à base da imigração, o critério *ius solis* é o principal e mais larga dentre as vias de distribuição da nacionalidade (REZEK, 2008, p. 186).

Já para o critério *ius sanguinis* funda-se no vínculo do sangue, segundo o qual será nacional todo aquele que for filho de nacionais, independentemente do local de nascimento (PAULO, 2009, p. 230). Assim o fator determinante da nacionalidade é a ascendência.

Neste sentido, Bulos (2014, p. 841) acrescenta que nacional é o indivíduo que for descendente de outro nacional. Levando em conta o vínculo de sangue. Comum nos países de emigração, onde prepondera o costume de nutrir laços familiares.

Em relação ao nascido no estrangeiro, filho de pai ou mãe brasileiro que estejam a serviço do Brasil, este será considerado brasileiro nato. Observa-se que há uma alternativa, importa que um dos co-genitores seja brasileiro.

A expressão a serviço do Brasil há de ser entendida não só como a atividade diplomática afeta ao Poder Executivo, mas também como qualquer função associada às atividades da União, Estados ou dos Municípios ou de suas autarquias (MENDES, 2014, p. 687)

São, ainda, brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiro, mesmo que não esteja a serviço do país, mas que residam no Brasil e escolham a nacionalidade brasileira.

Como explica Mendes (2014, p. 687):

A versão original do texto constitucional de 1988 estabelecia que o filho de pai ou mãe brasileira, nascido no exterior, e cujos os pais não estivessem a serviço da Brasil seria considerado brasileiro nato se registrado na repartição consular competente.

A Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994, no entanto, extinguiu a exigência da residência no Brasil antes da maior idade, como fazia a versão original.

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região entende que o filho de estrangeiros nascido no Brasil, não perde a condição de brasileiro nato, se tiver a nacionalidade de outro Estado soberano:

EMENDA: ADMINISTRATIVO. CIDADÃO ESTRANGEIRO NASCIDO NO BRASIL. DUPLA NACIONALIDADE. RETORNO AO PAÍS COM PASSAPORTE ESTRANGEIRO AFIM DE INGRESSAR NA UNIVERSIDADE SEM VESTIBULAR. 1. É BRASILEIRO NATO QUEM NASCE NO BRASIL FILHO DE PAIS ESTRANGEIROS QUE NÃO ESTÃO A SERVIÇO DO SEU PAÍS DE ORIGEM. NÃO PERDE ELE A NACIONALIDADE BRASILEIRA SE TAMBÉM LHE OUTORGA CIDADANIA O PAÍS DE ORIGEM DOS SEUS GENITORES, INDEPENDENTEMENTE DE

OPÇÃO SUA (ART. 12, 4º, II, A). 2. VEIO O AUTOR AO BRASIL COM PASSAPORTE ESTRANGEIRO E, COMO TAL, AQUI REGISTROU-SE, PARA UTILIZAR-SE DE CONVÊNIO INTERNACIONAL QUE LHE PERMITIA A MATRÍCULA SEM VESTIBULAR EM UNIVERSIDADE BRASILEIRA, OMITINDO SUA CONDIÇÃO DE CIDADÃO BRASILEIRO. 3. INCABÍVEL NA HIPÓTESE CONDENAR A UNIÃO NA VERBA HONORÁRIA. 4. REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA. (TRF-5 - REOAC: 198902 PB 99.05.65783-5, Relator: Desembargador Federal Castro Meira, Data de Julgamento: 10/08/2000, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ DATA-27/10/2000 PÁGINA-1484)(Disponível em: <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125486/remessa-ex-officio-reoac-198902-pb-990565783-5> acessado dia 26/04/2017 às 18h52). (grifo nosso)

Assim que atingir a maioridade, passa a estar suspensa a sua condição de brasileiro nato, ou seja, a partir da data em que atingiu a maioridade, enquanto ele não manifestar sua vontade, não será considerado brasileiro nato (PAULO, 2011, p. 263).

Portanto, o menor, que nasce no estrangeiro, cujo pai ou mãe sejam brasileiros, e venha residir no Brasil ainda menor, será durante a menoridade, considerado brasileiro nato, enquanto não atingir a capacidade para gozar de seus direitos civis. Podendo manifestar sua vontade pela nacionalidade brasileira ao alcançar a maioridade.

3.2 Brasileiro naturalizado

A nacionalidade secundaria decorre da naturalização, portanto, não se adquire com o nascimento o interessado sempre deverá manifestar sua vontade requerendo a nacionalidade brasileira. Ao nascer, o nascituro não possui direito à aquisição da nacionalidade. Ao crescer e cumprir

determinados requisitos passa a ter o direito a pleitear a nacionalidade (PADILHA, 2014, p. 310).

Visto a necessidade do critério subjetivo, a manifesta vontade do indivíduo de se naturalizar brasileiro, entende-se fundamental a capacidade civil dessa pessoa. O texto constitucional só permite a manifestação pela opção da nacionalidade brasileira depois de alcançada a maioria (PAULO, 2011, p. 262).

No entanto, é importante salientar o que diz Paulo e Alexandrino (2011, p. 258) quanto ao direito à obtenção da naturalização: A plena satisfação das condições e dos requisitos não asseguram ao estrangeiro o direito à nacionalização, visto que a concessão da nacionalidade brasileira é ato de soberania nacional, discricionário do Chefe do Poder Executivo.

A nacionalidade secundária é adquirida por vontade própria, portanto, concedida através do processo de naturalização por estrangeiros ou apátridas, dessa forma argumenta Lenza (2010, p. 852):

Como forma de aquisição da nacionalidade secundária, a Constituição prevê o processo de naturalização, que dependerá tanto da manifestação de vontade do interessado como da aquiescência estatal, que, através de ato de soberania, de forma discricionária, poderá ou não atender à solicitação do estrangeiro apátrida.

Nesse contexto Mendes (2014, p. 689), explica que são brasileiros naturalizados aqueles que venha adquirir a nacionalidade brasileira. Na forma da lei brasileira, contida no artigo 12, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 2016, p. 13):

Art. 12. São brasileiros:

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de

países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

Antes havia o instituto da naturalização tácita, hoje abolido, restando apenas um meio de naturalização: a expressa. Isto é, depende de requerimento do naturalizado para conseguir a nacionalidade que deseja. Isso porque na explicação de Chimenti (2008, p. 147):

A naturalização tácita, ou grande naturalização, foi aquela concedida a todos os que se encontravam no Brasil à época da Proclamação da República e não declararam o animo de conservar a nacionalidade de origem até seis meses após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1891.

Atualmente, a competência para legislar sobre naturalização é da União (artigo 22, XIII, da Constituição). A Lei 6.815 esclarece em seus artigos 111 e 121 que a concessão da naturalização constitui, em nosso sistema jurídico, ato de soberania que se insere na esfera de competência do Ministro da Justiça, qualificando-se, sob tal perspectiva, como faculdade exclusiva e discricionária do poder executivo.

Os estrangeiros, que são detentores de outra nacionalidade e querem adquirir a brasileira, também podem lançar mão de tal expediente, observados os critérios legais e constitucionais (BULOS, 2015, p. 841). De modo que o Governo do Estado concede ao estrangeiro, domiciliado em solo brasileiro, se este o requerer e satisfizer os requisitos impostos pela constituição de 1988.

Ressalta Padilha (2014, p. 317), ao abordar a situação constitucional dos portugueses à luz do § 1º do artigo 12, alertando da distinção entre portugueses e brasileiros naturalizados e explica a condição atribuída aos

portugueses de quase nacionalidade, dizendo caso o português queira adquirir a nacionalidade brasileira, é necessário cumprir os requisitos estabelecidos para naturalização dos originários de países de língua portuguesa.

O que levou a essa condição de reciprocidade de brasileiros e portugueses foi à celebração do Tratado de Amizade entre os países, internalizado pelo Decreto 3.927/2001.

A concessão da naturalização dependerá, no entanto, para os originários de países de língua portuguesa, residência ininterrupta no Brasil pelo prazo de um ano, sendo permitida ausência temporária, idoneidade moral. Os países de língua portuguesa são: Portugal, Angola, Moçambique Guiné-Bissau, açores, Cabo Verde, Príncipe, Goa, Dio, Macau e Timor.

É relevante notar que a Constituição Federal concede aos portugueses residentes no Brasil a condição de brasileiro naturalizado e não de brasileiro nato. (PAULO, 2011, p. 265).

Segundo Padilha (2014, p. 317) fato de os originários de língua portuguesa gozarem de requisitos próprios (residência, ininterrupta, por um ano e idoneidade moral) não afasta a natureza discricionária do Poder Executivo em conceder ou não a nacionalidade.

E para os estrangeiros de qualquer outra nacionalidade é exigida residência no Brasil por mais de 15 (quinze) anos ininterruptos inexistência de condenação penal, tanto no Brasil quanto no país de origem, além de outros requisitos do Estatuto do estrangeiro tais como: capacidade civil, saber ler e escrever em língua portuguesa, exercer profissão ou possuir bens suficientes à manutenção própria e da família, bom procedimento, não ser pronunciado ou condenado no Brasil por crime cuja pena não ultrapasse um ano de prisão, boa saúde.

A norma constitucional exige que a residência seja ininterrupta, isso quer dizer que o indivíduo para conseguir a naturalização brasileira deverá estabelecer residência em solo brasileiro pelo lapso temporal de quinze

anos sem se ausentar. Como ressalta a sabedoria do Tribunal Regional Federal da 5^o Região, em julgado de 2016:

CONSTITUCIONAL. NATURALIZAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. PERMANÊNCIA EM TERRITÓRIO NACIONAL PELO PRAZO DE QUINZE ANOS ININTERRUPTOS. AUSÊNCIAS JUSTIFICADAS NÃO DESCARACTERIZAM A PERMANÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE MARCO INICIAL CONSTITUCIONALMENTE FIXADO PARA INÍCIO DA CONTAGEM NEM DE EXIGÊNCIA DE SER O PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. DIREITO SUBJETIVO DO ESTRANGEIRO. I - Remessa oficial e apelação de sentença que julgou procedente o pedido, anulando o ato que indeferiu pedido de naturalização do autor e determinando que fosse concedida a naturalização, posto que preenchidos os requisitos previstos no artigo 12, II, b, da CF/88. Condenação da parte ré no pagamento de honorários advocatícios, fixados em dois mil reais. II - Em suas razões (fls. 307/312), a União aduz que dos documentos constantes do processo administrativo de naturalização (que cumpriu todas as formalidades legais exigidas) verifica-se que não restou atendido o requisito indispensável à concessão da naturalização conforme pleiteada, uma vez que não ocorreu a residência contínua e ininterrupta no Brasil por mais de quinze anos (...).5. No caso, tratando-se de reconhecimento do pedido de permanência no território nacional para fins de posterior instrução de pedido de naturalização extraordinária, entendo que incabível qualquer restrição afora dos requisitos estabelecidos no art. 12, II, b da Constituição Federal. É que tal naturalização, consoante entendimento doutrinário preponderante, faz parte do arcabouço de direitos subjetivos do

estrangeiro, tendo em vista que o mandamento constitucional não faz referência alguma à lei integrativa para reger a referida situação." (TRF5, AC443742/CE, Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias, DJE 01/07/2010) X - Remessa oficial e apelação improvidas. (TRF-5 - APELREEX: 00014594720104058201 PB, Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado), Data de Julgamento: 12/01/2016, Segunda Turma, Data de Publicação: Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (DJE) - 29/01/2016 - Página 48) (disponível em: <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/325057156/apelacao-reexame-necessario-apelreex-14594720104058201-pb> acessado dia 10/04/2017 as 19:50h)

Nesse caso, cumpridos os quinze anos de residência no Brasil sem condenação penal efetivada o requerimento, o Chefe do Poder Executivo não pode negar a naturalização (PAULO, 2011, p. 264).

Observe que não basta requerer a naturalização, para adquirir a naturalização brasileira é imprescindível que preencha os requisitos constitucionais. Para se naturalizar no Brasil devem-se satisfazer todas as exigências legais estabelecidas.

3.3 Dupla nacionalidade e apatridia

Em decorrência dos choques de nacionalidade, causados pelos conflitos entre os critérios *ius solis* e *ius sanguinis* é que se tem a dupla nacionalidade.

Para Paulo e Alexandrino (2011, p. 258), polipátrida:

É aquele que possui mais de uma nacionalidade, em razão de seu nascimento o enquadrar em distintas regras de aquisição de nacionalidade. Dois

ou mais Estados reconhecem uma determinada pessoa como seu nacional, dando origem a multinacionalidade.

A dupla nacionalidade é um fenômeno constante que decorre dos choques de nacionalidade, isto é, o indivíduo se encaixa no direito de nacionalidade de mais de um país soberano. Por exemplo, uma criança que nasce em um país, como o Brasil, que adota o critério do *ius solis*, e é filha de pais cuja lei do país destes adota o critério do *ius sanguinis*, como a Itália, a criança nessa situação, terá as duas nacionalidades. A do nascimento por ter nascido em território (que adota o critério *ius solis*) e a nacionalidade do país de seus pais por predominar os laços sanguíneos.

Essa concomitância de nacionalidades foi admitida no Brasil pela Emenda Constitucional de Revisão nº 03, de 1994, ao alterar a redação do § 4º do artigo 2, da Constituição. Dolinger (2014, p. 79-80), cita que o Governo brasileiro informou:

O governo provisório reconhece como questão de fato a dupla nacionalidade, por isso que cada Estado estabelece livremente, de acordo com sua Constituição e suas leis, quais os indivíduos que considera sus nacionais. O indivíduo com dupla nacionalidade, sendo uma delas a brasileira, só pode entrar no Brasil com passaporte brasileiro. Desejando, porém, ingressar no território do outro Estado, de que é também nacional, só pode fazer, muitas vezes, com passaporte desse Estado; em ambos os casos, o passaporte é legalmente expedido, porque todos os Estados tem o mesmo direito de proteger seus cidadãos, desde que não o pretendam fazer no território dos outros, que tem igual razão de considerar nacional. Sempre, portanto, que se apresentarem brasileiros possuidores de outra nacionalidade, exibindo o respectivo passaporte estrangeiro, esse não deverá ser confiscado, mas, apenas, será concedido um passaporte brasileiro se o

interessado requerer, para voltar ao Brasil. No caso de terem conhecimento do confisco ou apreensão, por autoridade estrangeira, de algum passaporte brasileiro, deverá a autoridade consular trazer o fato, com todas as suas circunstâncias, o conhecimento da Secretaria do Estado.

Quanto ao filho de estrangeiros nascido no Brasil, já foi tema de divergências entre as cortes brasileiras. De acordo com o Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

EMENDA: ADMINISTRATIVO. CIDADÃO ESTRANGEIRO NASCIDO NO BRASIL. DUPLA NACIONALIDADE. RETORNO AO PAÍS COM PASSAPORTE ESTRANGEIRO AFIM DE INGRESSAR NA UNIVERSIDADE SEM VESTIBULAR. **1. É BRASILEIRO NATO QUE NASCE NO BRASIL FILHO DE PAIS ESTRANGEIROS QUE NÃO ESTÃO A SERVIÇO DO SEU PAÍS DE ORIGEM. NÃO PERDE ELE A NACIONALIDADE BRASILEIRA SE TAMBÉM LHE OUTORGA CIDADANIA O PAÍS DE ORIGEM DOS SEUS GENITORES, INDEPENDENTEMENTE DE OPÇÃO SUA**(ART. 12, 4º, II, A). 2. VEIO O AUTOR AO BRASIL COM PASSAPORTE ESTRANGEIRO E, COMO TAL, AQUI REGISTROU-SE, PARA UTILIZAR-SE DE CONVÊNIO INTERNACIONAL QUE LHE PERMITIA A MATRÍCULA SEM VESTIBULAR EM UNIVERSIDADE BRASILEIRA, OMITINDO SUA CONDIÇÃO DE CIDADÃO BRASILEIRO. 3. INCABÍVEL NA HIPÓTESE CONDENAR A UNIÃO NA VERBA HONORÁRIA. 4. REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA. (TRF-5 - REOAC: 198902 PB 99.05.65783-5, Relator: Desembargador Federal Castro Meira, Data de Julgamento: 10/08/2000, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ DATA-27/10/2000 PÁGINA-

1484)(Disponível em: <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125486/remessa-ex-officio-reoac-198902-pb-990565783-5> acessado dia 26/04/2017 às 18h52). (grifo nosso)

Por outro lado, se faltar critérios que justifiquem a nacionalidade do indivíduo, este será considerado apátrida. Apátrida é aquele que, dada à circunstância de seu nascimento, não adquire nacionalidade, por não se enquadrar em nenhum critério estatal que lhe atribua nacionalidade (PAULO, 2011, p. 259).

Isso porque cada Estado é soberano e não segue um sistema uniforme para determinar a nacionalidade de seus entes. Paulo e Alexandrino (2011, p. 258) explicam que cada Estado é livre para dizer quais são seus nacionais. Serão nacionais de um Estado, portanto, aqueles que o seu direito definir como tais; os demais serão estrangeiros. Todos aqueles que não são tidos por nacionais em um determinado Estado são, perante ele, estrangeiros.

Explica Padilha (2014, p. 311), esse conflito de nacionalidades:

Como os Estados são absolutamente independentes para estabelecer os critérios de que julgarem convenientes, o entrelaçamento de nacionalidades diversas e o choque entre diversos ordenamentos jurídicos serão inevitáveis, deixando, muitas vezes, pessoas sem nacionalidade (apátridas) ou com mais de uma nacionalidade (polipátridas).

A Convenção Americana de Direitos Humanos assegura o direito à nacionalidade e tenta erradicar a apatridia, dispondo em seu artigo 20:

Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de muda-la.

O Brasil, por ser um Estado de imigração, adotou, a princípio, o critério do *jus soli*, pelo qual todas as pessoas nascidas no Brasil são brasileiras (GAMA, 2002, p. 122).

A regra, é que o brasileiro ao adquirir outra nacionalidade perde a nacionalidade brasileira. Porém, Paulo (2011, p. 266) apresenta as situações que a Constituição Federal admite, a dupla nacionalidade:

Reconhecimento de nacionalidade originaria pela lei estrangeira: não perdera a nacionalidade o brasileiro que tiver reconhecida outra nacionalidade por Estado estrangeiro, originalmente, em virtude de adoção do critério *ius sanguinis*.

Imposição da lei estrangeira: imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para exercício de direitos civis.

Nessa hipótese o brasileiro não perde a nacionalidade porque a aquisição da segunda nacionalidade não se deu em razão de ato volitivo, de manifestação de sua vontade, mas sim por imposição do Estado estrangeiro.

Impende destacar que, a dupla nacionalidade pode ocorrer se o indivíduo nasce em solo brasileiro e adere à outra nacionalidade que utiliza o critério *ius sanguinis*. Ou se o brasileiro mora no estrangeiro, e o Estado obriga sua naturalização para permanência ou para gozar de direitos daquele país, nesse caso não perde a nacionalidade porque não adquiriu a outra nacionalidade por vontade própria e sim por imposição do país estrangeiro.

4 CONDIÇÃO JURÍDICA DO BRASILEIRO NATO E NATURALIZADO

Todos os países reconhecem o direito de estrangeiros adquirirem por naturalização sua nacionalidade, preenchidas determinadas condições, que podem ser mais ou menos severas de conformidade com a política demográfica do país (CASELLA, 2010, p. 510).

Em regra, o Brasil não permite a distinção entre brasileiro nato e naturalizado em virtude do princípio da isonomia. Ressalvadas as prerrogativas aos brasileiros natos encontradas nos casos relativos aos

cargos, funções, extradição e propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Conforme expressa a lei constitucional no artigo 12, § 2º: “a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiro nato e naturalizado, salvo nos casos previstos na Constituição”.

Então a norma infraconstitucional, seja ela federal, estadual distrital ou municipal, não pode estabelecer distinção de tratamento entre brasileiro nato e naturalizado. Porém, fica a cargo da Constituição fazer essa distinção.

E essas exceções constitucionais tem uma justificativa plausível, de natureza histórica, quando Moraes (2012, *apud* MARINHO, p. 321), expõe :

Devido, entretanto, aos abusos cometidos por indivíduos naturalizados, com a espantosa facilidade das antigas leis sobre nacionalidade e devido, sobretudo, à atividade nociva e subversiva desses elementos, os Estados em suas legislações modernas, não só dificultam a outorga da naturalização, exigindo uma serie de requisitos e um estágio de resistência mais longo, porém, tornaram, ainda, exclusivo dos nacionais natos o gozo de certas prerrogativas, outrora concedidas indistintamente.

4.1 Cargo

Como salienta Moraes (2012, *apud* MIRANDA, p. 232) ao falar sobre os cargos que a Constituição considerou privativo de brasileiros natos. A ratio legis esta em que seria perigoso que interesses estranhos ao Brasil fizessem alguém naturalizar-se brasileiro, para que em verdade, os representasse.

Verifica-se, portanto, por compreensão ampliada são cargos privativos de brasileiros natos os relacionados à substituição à Presidência da República, os quais, encontram-se taxativamente previstos no artigo 12, §3º, da Constituição de 1988 (BRASIL, 2016, p. 13):

§ 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas.

VII - de Ministro de Estado da Defesa.

Como se observa, a Constituição faz menção a dois critérios para cargos de brasileiros natos e naturalizados, a são: a linha sucessória à Presidência da República e a segurança nacional.

O artigo 79 da Constituição (BRASIL, 2016, p. 32) cuida da substituição ao Presidente, no caso de vacância, e houver necessidade de impedimento do Presidente ou Vice-presidente estabelece uma ordem a ser chamada ao exercício da presidência, são estes o Vice-presidente, o presidente da Câmara dos Deputados, o presidente do Senado, e por último o presidente do Supremo Tribunal Federal.

O texto constitucional impediu, deste modo, que brasileiros naturalizados ocupem cargo de chefia de algum dos três poderes ou exerçam função estratégica para a defesa ou representação política brasileira no exterior (MENDES, 2014, p. 689).

Em se tratando de segurança nacional as posições estratégicas que merecem destaque em razão de sua importância para a nação, são: os diplomatas e os oficiais das Forças Armadas, além do Ministro de Estado da Defesa.

4.2 Função

O artigo 89, VII, da Constituição (BRASIL, 2016, p. 34):

Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam:

VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

Os assentos privilegiados aos brasileiros natos no Conselho da República, que é um órgão superior de conselho do Presidente da República, sobre questões relacionadas ao país. Porém, essa distinção não se estende a todos os membros do órgão. A Constituição exige apenas que a representação direta do povo no Conselho da República seja formada por seis cidadãos nacionais originários.

É bom notar que o brasileiro naturalizado não pode compor o Conselho da República valendo-se da condição de cidadão. Contudo, poderá compor o referido conselho mediante outros cargos, como de

Ministro da Justiça (PADILHA, 2014, p. 320). Tal Ministro pode ser o líder da maioria ou minoria da Câmara dos Deputados ou do Senado.

4.3 Extradicação

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2016, p. 10) no seu artigo 5º, inciso LI, diz: nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

Aduz Padilha (2014, p. 317), que a norma constitucional brasileira impede a extradicação passiva de brasileiro nato, ou seja, proíbe, em qualquer hipótese, que brasileiro nato seja enviado do Brasil para outro país, mesmo que o país solicitante seja competente para julgamento ou punição.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu em julgado do Habeas Corpus 83.113 –QO, no seguinte sentido:

O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de Governo estrangeiro, pois a CR, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular, seja pelo critério do *jus soli*, seja pelo critério do *jus sanguinis*, de nacionalidade brasileira primária ou originária.

Com isso, proíbe a extradicação de brasileiro nato, mas abre oportunidades de deixa a salvo possibilidades da extradicação de brasileiro naturalizado em caso de crime comum (explicar o crime comum) e ou envolvimento, nesse caso, não importa se antes ou após a naturalização, com tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Porém há condições para essa extradicação estabelecidas no artigo 78 da Lei 6.815 (lei do estrangeiro):

Art. 78. São condições para concessão da extradicação:

I - Ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e

II - Existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por Juiz, Tribunal ou autoridade

competente do Estado requerente, salvo em caso de urgência, quando a prisão preventiva do extraditando poderá ser ordenada, qualquer que seja o meio de comunicação, por autoridade competente, gente diplomático ou consular do Estado requerente.

Constatando a possibilidade de extradição, o Presidente da República não poderá se opor de cumpri-la, se prevista em tratado internacional, sob pena de responsabilidade internacional (PADILHA, 2014, p. 319).

4.4 Propriedade

O artigo 222 da Constituição (BRASIL, 2016, p. 67) estabelece que a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados somente poderão ser proprietários das referidas empresas após dez anos de naturalização, ou de pessoa jurídica constituída, sob as leis brasileiras e que tenham sede no país.

A preocupação constitucional, como se observa, é com a mídia, isso porque tende a formar opiniões, assim, tenta-se evitar que um estrangeiro estabeleça conteúdo da mídia brasileira, contudo influenciando na concepção crítica dos brasileiros.

A propriedade jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras que tenham sede no país.

A Emenda Constitucional nº 36 de 2008, que introduziu a possibilidade da pessoa jurídica se tornar proprietária, com a condição de no mínimo 70% do capital total e do capital votante das empresa jornalística e de radiodifusão pertencerem, direta ou indiretamente, a brasileiros natos. Se for brasileiro naturalizado, deve obter esse vínculo há mais de dez anos.

Ao Estado soberano é dado o poder de legislar sobre sua própria nacionalidade. Na visão de Kelsen (1932, p. 244) nada impede que o Estado soberano se abstenha de editar o regramento jurídico de sua própria nacionalidade e, pois, de possuir nacionais.

Isso, porque não há lógica em entregar nas mãos de estrangeiros a autoridade de um Estado que tenha dimensão humana própria, ou seja, que tenha os seus nacionais. E essas exceções constitucionais têm uma justificativa plausível, de natureza histórica, quando Morais (2012, apud, MARINHO, p. 232) destaca:

Devido, entretanto, aos abusos cometidos por indivíduos naturalizados, com a espantosa facilidade das antigas leis sobre nacionalidade e devido, sobretudo, à atividade nociva e subversiva desses

elementos, os Estados, em suas legislações modernas, não só dificultam a outorga da naturalização, exigindo uma série de requisitos e um estágio de resistência mais longo, porém, tornaram, ainda, exclusivo dos nacionais natos o gozo de certas prerrogativas, outrora concedidas indistintamente.

Portanto, apesar de não poder diferenciar brasileiro nato com naturalizado, há hipóteses taxativamente previstas na Constituição.

5 PERDA DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece no artigo XV, § 2º que “Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade”.

A extinção do vínculo patrial pode atingir tanto o brasileiro nato quanto o naturalizado em caso de aquisição de outra nacionalidade, por naturalização voluntária (REZEK, 2008, p.189). Veja-se, que a perda da nacionalidade brasileira em razão da obtenção de outra há de decorrer de conduta ativa e específica, e não de simples reconhecimento da nacionalidade pela lei estrangeira (BRASIL, 2016, p. 13).

Considerando que a nacionalidade é tida como um direito fundamental, conforme disposto pelo Pacto de São José da Costa Rica, a perda da nacionalidade brasileira é taxativamente prevista no artigo 12, § 4º da Constituição de 1988 (BRASIL, 2016, p. 13):

Art12: São brasileiros:

[...]

§ 4º Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I – tiver cancelada a sua naturalização por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional.

II – adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente no Estado

estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para exercício de direitos civis.

A hipótese, do inciso I, a perda da nacionalidade brasileira por meio do cancelamento da naturalização tem dois pressupostos, a sentença judicial transitada em julgado e que tenha ocorrido em razão de atividade nociva ao interesse nacional. Isso significa, nas palavras de Lenza (2010, p. 864), que:

Instaurado o inquérito para apurar se houve prática de atividade nociva ao interesse nacional, após tomar vistas, o órgão do Ministério Público Federal poderá oferecer denúncia, instaurando o processo judicial de cancelamento. A decisão que concluir pelo cancelamento da naturalização terá efeitos *ex nunc*, ou seja, o indivíduo perde a naturalização a partir da sentença.

Diante o exposto, o processo de cancelamento é da naturalização e não da nacionalidade, isto é, o indivíduo atingido é o brasileiro naturalizado, e não o nato.

A outra hipótese, do inciso II, em regra, a perda a condição de brasileiro, seja nato ou naturalizado, se este adquire outra nacionalidade. E ao contrário do cancelamento da naturalização que é por via judicial a perda da nacionalidade em razão da aquisição de outra, dar-se-á por procedimento administrativo, que será instaurado de ofício ou mediante representação, assegurado o Princípio da ampla defesa sob pena de anulação do processo instaurado, por decreto do Presidente da República (artigo 23 da Lei nº 818/49).

Há exceções a essa regra, alteradas pela Emenda Constitucional nº 3/94, em que passou a admitir a dupla nacionalidade, isto é, nessas hipóteses não ocorrera a perda da nacionalidade brasileira. É o caso em que o indivíduo passa a ser reconhecido por sua nacionalidade originária, adquirida com o nascimento, pela lei estrangeira.

E a imposição de naturalização pela norma estrangeira. O brasileiro residente no Estado estrangeiro e, como condição para sua permanência naquele país (por motivo de trabalho, exercício profissional), ou para o exercício de direitos civis (herança, por exemplo), tiver, por imposição da norma estrangeira, que se naturalizar não perderá a nacionalidade brasileira. (LENZA, 2010, p. 864-865).

Em face da nova naturalização, o Presidente da República decreta perda da nacionalidade brasileira. Mas o que causa a perda da nacionalidade nessa hipótese é a naturalização, que o antecede, rompendo, assim, o vínculo anterior. O Presidente apenas faz público os fatos.

Deste disso, observa-se a flexibilização da Constituição ao consagrar a possibilidade de dupla nacionalidade às exceções de perda da nacionalidade.

A única hipótese de perda da nacionalidade não prevista na Constituição e a decorrente da aquisição da nacionalidade com fraude a lei (PADILHA, 2014, p. 320).

No caso de naturalização fraudulenta, ocorrerá se provada a falsidade ideológica ou material, cuja nulidade ficara a cargo do Presidente da República, por meio de processo judicial promovido pelo Ministério Público Federal ou qualquer cidadão, no prazo (decadencial) de quatro anos após a naturalização (Lei 818/1949, artigo 35). Rezek (2008, p. 190) ensina que não se trata de hipótese de perda na nacionalidade, pois se é fraudulenta inexistente desde o início. Isso, porque ninguém pode perder algo que nunca possuiu a não ser inequívoca aparência.

6 REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

A reatuação da nacionalidade será possível a partir do decreto que a conceder, a depender da hipótese com que aconteceu a perda de tal. Assim, proclama o artigo 36 da Lei 818/49, transcrito:

Art. 36. O brasileiro que, por qualquer das causas do art. 22, números I e II, desta lei, houver perdido a nacionalidade, poderá readquiri-la por decreto, se estiver domiciliado no Brasil.

§ 1º O pedido de reatuação, dirigido ao Presidente da República, será processado no Ministério da Justiça e Negócios Interiores, ao qual será encaminhado por intermédio dos respectivos Governadores, se o requerente residir nos Estados ou Territórios.

§ 2º A reatuação, no caso do art. 22, nº I, não será concedida, se apurar que o brasileiro, ao eleger outra nacionalidade, o fez para se eximir de deveres a cujo cumprimento estaria obrigado, se conservasse brasileiro.

§ 3º No caso do art. 22, nº II, é necessário tenha renunciado à comissão, ao emprego ou pensão de Governo estrangeiro.

Neste íterim, se a perda da nacionalidade acontecer em virtude do cancelamento da naturalização a reatuação será concedida por meio de

ação rescisória, que segundo Padilha (2014, p. 322) é a única oportunidade de desconstituir o julgado que cancelou a naturalização. Isso porque, essa hipótese de perda da nacionalidade, ocorrerá por meio de sentença judicial, razão pela qual, somente readquirirá mediante ação rescisória.

Ressalta Lenza (2010, p. 865), que nunca poderá ser readquirida a nacionalidade mediante novo processo de naturalização, pois assim estaria ferindo o texto constitucional.

Agora se a perda da nacionalidade aconteceu em razão da aquisição de outra nacionalidade, como se observa o artigo 36 da Lei 818/49, a reaquisição será feita por decreto presidencial, se o ex-brasileiro estiver domiciliado no Brasil.

Nessa hipótese, Lenza (2010, p. 865), ressalta que tal dispositivo só terá validade, se a reaquisição, não contrariar os dispositivos constitucionais e, ainda, se existirem elementos que atribuam nacionalidade ao interessado.

Porém, cumpre ressaltar que não é pacífico o entendimento da doutrina em relação aos efeitos da reaquisição da nacionalidade. Uma vez que há doutrinadores que defendem que diante a reaquisição os efeitos retroagem ao status quo ante. Outros alegam que não importa se antes o nacional era brasileiro nato ou naturalizado se requerida a reaquisição da nacionalidade este voltará como naturalizado.

A jurisprudência brasileira adota o entendimento de voltar à condição anterior, como podemos verificar em decisão unânime o Supremo Tribunal Federal negou provimento da extradição de brasileiro nato por entender que este ao requerer a reaquisição da nacionalidade brasileira, volta ao status quo ante, deste modo mantendo a condição de brasileiro nato:

EXTRADIÇÃO. HAVENDO O EXTRADITANDO COMPROVADO A REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA, INDEFERE-SE O PEDIDO DE EXTRADIÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 153, PARÁGRAFO 19, PARTE FINAL. NÃO CABE INVOCAR, NA ESPÉCIE, O ART. 77, I, DA LEI N. 6.815/1980. ESSA REGRA DIRIGE-SE, IMEDIATAMENTE, A FORMA DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA, POR VIA DE NATURALIZAÇÃO. NA ESPÉCIE, O EXTRADITANDO É BRASILEIRO NATO (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 145, I, LETRA 'A'). A REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE, POR BRASILEIRO NATO, IMPLICA MANTER ESSE STATUS E NÃO O DE

NATURALIZADO.INDEFERIDO O PEDIDO DE EXTRADIÇÃO, DESDE LOGO, DIANTE DA PROVA DA NACIONALIDADE BRASILEIRA, DETERMINA-SE SEJA O EXTRADITANDO POSTO EM LIBERDADE, SE AL NÃO HOVER DE PERMANECER PRESO. (STF - Ext: 441 EU, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 18/06/1986, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-06-1988 PP-14400 EMENT VOL-01505-01 PP-00018) (disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14679844/extradicao-ext-441-eu>, acessado dia 10/10/2017 às 01h20). (grifo nosso)

Com vistas a robustecer o entendimento aqui exposto, convém trazer entendimento do doutrinador Dolinger (2014, p. 77), em sua doutrina Direito Internacional Privado elucida que:

Os efeitos da reaquisição se fazem sentir a partir da concessão, não retroagindo no tempo, e, se o brasileiro era nato, ao readquirir a nacionalidade, volta ao seu *status* original de brasileiro nato, enquanto o naturalizado, ao readquirir a nacionalidade, retornará ao *status* de brasileiro naturalizado.

Outros se valem da posição que brasileiros natos que adquiri outra nacionalidade, perde a nacionalidade brasileira e querendo reaver esta, perdem a condição de brasileiro nato, se tornando como qualquer outra pessoa que pleitea a naturalização: brasileiro naturalizado.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, a nacionalidade trata-se de condição inerente ao ser humano que adequa a vida em sociedade. Esse tema se torna cada vez mais relevante na medida em que cuida de direitos fundamentais do indivíduo, apontado essa vertente para uma interpretação segundo as normas constitucionais brasileira.

A constituição de 1988 aborda a nacionalidade como vínculo de ordem jurídica e, também, política, para os indivíduos que compõe o povo da República Federativa do Brasil. É a partir desse vínculo que o indivíduo passa a desfrutar dos direitos e se submete a obrigações.

Adquirida a nacionalidade, os brasileiros são todos tratados da mesma forma, não podendo os Estados estabelecer qualquer distinção, salvo a Constituição, para garantir que nenhum estrangeiro tire a soberania do Estado brasileiro. Sendo essas prerrogativas taxativamente previstas.

O presente estudo propôs identificar os problemas que surgem a partir da nacionalidade, como a falta dela e os choques ocorridos quando dois ou mais Estados reconhecem uma pessoa como seu nacional, apatridia e dupla nacionalidade, respectivamente.

Não poderíamos deixar de mencionar o instituto da reaquisição da nacionalidade, uma vez que provoca uma divergência doutrinária quanto aos efeitos instituídos aos brasileiros natos que em razão de adquirir outra nacionalidade, perde a nacionalidade brasileira e querendo reaver esta, alguns doutrinadores argumentam que perde a condição de brasileiro nato, outros posicionam dizendo que os efeitos retroagem à condição que se encontrava anteriormente.

É preciso ter em conta, que os Estados gozam de poderes próprios a chamada soberania, tendo cada país como estabelecer normas de formas distintas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil: 1988**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenadoria de Publicações, 2016.

BRASIL. **Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Institui o Código Civil)**. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: . Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.815**, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. **Lei do Estrangeiro**. Brasília, 19 ago. 1980. Disponível em: . Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 3.927**, de 19 de Setembro de 2001. Promulga o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 22 de abril de 2000. Brasília, 19 set. 2001. Disponível em: . Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. São José da Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: . Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 818**, de 18 de setembro de 1949. Regulamenta a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade. Brasília, 18 set. 1949. Disponível em: . Acesso em: 21 set. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito Internacional Público**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. Rev. Atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Rev. Atual e ampl. Salvador: Ed. jusPodivm, 2016.

PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado/** Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino. 4. ed., ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

[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 do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas, Email: antoniocesarmello@hotmail.com

MOBBING: UMA ESPÉCIE DE ASSÉDIO MORAL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES LABORAIS

LUMARA SOUSA SOBBIS: Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Católica do Tocantins.

ROSELI RÊGO SANTOS CUNHA SILVA

(Orientadora)^[1]

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar o assédio moral no ambiente de trabalho. Atualmente, o assédio moral no ambiente laboral é um fenômeno bastante frequente e tem como uma de suas espécies o *mobbing*, que nada mais é do que a prática de violência psicológica, em que o indivíduo sofre tratamentos abusivos, perseguições, humilhações e constrangimentos, podendo inclusive acarretar o adoecimento da vítima. Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo central abordar sobre o *mobbing* e as suas consequências no ambiente laboral. A metodologia utilizada foi a abordagem dedutiva. Para cumprir o objetivo proposto inicialmente foi analisado legislação e estudo doutrinário. E seguidamente foi apresentado como o ordenamento brasileiro vem resolvendo esses conflitos.

Palavras-chave: *Mobbing*, Violência psicológica, assédio .

ABSTRACT: This article aims to analyze bullying in the workplace. Nowadays, bullying in the work environment is a frequent phenomenon and has as one of its species *mobbing*, which is nothing more than the practice of psychological violence, in which the individual suffers abusive treatment, persecution, humiliation and embarrassment, and may even lead to illness of the victim. Therefore, the present work has as main objective to address about *mobbing* and its consequences in the work environment. The useful methodology was the deductive approach To fulfill the objective initially proposed was analyzed legislation and doctrinal study. then it was presented how the Brazilian order has been solving these conflicts

Keywords: *Mobbing*, Psychological violence, harassment.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Conceito de assédio moral (*mobbing*); 3 Consequência do *mobbing* na vida das vítimas; 4 Classificação de *Mobbing*; 4.1 *Mobbing* vertical descendente 4.2 *Mobbing* horizontal 4.3 *Mobbing* vertical ascendente ; 5 Perfil do agressor e da vítima;; 6 Assédio moral no sistema jurídico brasileiro ; 6.1 Constituição; 6.2 A consolidação das leis trabalhistas; 6.3 Legislações municipais; 6.4 Legislações Estaduais; 6.5 Legislações federais; 7 O tratamento do *mobbing* na Jurisprudência Brasileira; 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho é uma atividade indispensável para o desenvolvimento individual e coletivo, pois além de representar fonte de subsistência, proporciona para quem o executa, realizações pessoais. Em que pese, o trabalho de dignificar o homem é comum dentro das relações laborais, sendo vedado práticas de violações de direitos pessoais que afetem o sujeito de forma física, psicológica ou econômica.

Configura-se o assédio moral, a violência de natureza psicológica, quando é exercido por uma só pessoa ou um grupo de indivíduos contra apenas um único sujeito.

Convém ressaltar, que os termos *mobbing*, *bullynig*, assédio moral e psicológico no ambiente laboral, definem a violência pessoal, moral e psicológica, respectivamente, no qual podem se distinguidos pelo ambiente em que ocorre a prática do assédio.

Sob essa ótica, o assédio que ocorre no ambiente do trabalho é conhecido como *mobbing*, em que, por meio de ações, omissões, gestos, palavras e escritos tem-se como objetivo atingir a vítima psicologicamente, inserindo-a em situações vexatórias, com intuito de humilhá-la.

Neste contexto, observa-se que *mobbing* pode ser reconhecido como uma nova causa adoecimento decorrente do ambiente de trabalho. E poderá afetar não só o emprego, mas sobretudo a saúde

mental e física da vítima, levando muitas vezes a demissão voluntária ou involuntária.

Por fim, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro vem se mostrando presente para combater o assédio moral no trabalho e dando suporte a vítima.

2 CONCEITOS DO ASSÉDIO MORAL(MOBBING)

O assédio moral é um assunto que tem encontrado grande destaque atualmente, porém ele não é novidade, sua existência se faz presente desde os primórdios da sociedade. De acordo com Darcanchy (2005, p.25), o assédio moral sempre existiu nas relações humanas e é caracterizado como uma forma de coação social, que se instala em qualquer tipo de hierarquia ou relação social que seja mantida pela desigualdade social, podendo ser observada em diversos tipos de ambientes, como no lar, família, escola, etc.

No âmbito de várias acepções da palavra assédio, pode-se observar as conceituações trazidas pelo dicionário Aurélio, como: insistência importuna, junto há alguém, com perguntas, propostas, pretensões, sitiar, atacar e etc. Já o verbo “ assediar”, tem como significado: perseguir com insistência, que é sinônimo de molestar, perturbar, aborrecer, incomodar, importunar.

Assim sendo, o assédio é considerado uma conduta abusiva, que atenta contra a dignidade psíquica e física do indivíduo, violando o seu bem-estar no ambiente do trabalho e deixando o indivíduo com uma sensação de exclusão no ambiente laboral e no convívio social. (NASCIMENTO, p. 922-930)

Observa-se que o assédio é composto por várias variantes como bullying, *mobbing* e stalking, sendo que esses conceitos se diferenciam apenas no ambiente que ocorre e na sua etimologia.

Dessa forma, o assédio não é exclusivo da relação de emprego, podendo ser praticado em qualquer ambiente em que exista uma

coletividade, como, por exemplo, escolas, comunidades, corporações, entre outros.

Porém, na relação do trabalho, por haver uma hierarquia e um sujeito subordinado, o assédio se mostra mais evidente, onde na maioria das vezes por medo da perda do recurso que lhe dá subsistência, o empregado se submete a aturar diversas formas de violência praticada pelo empregador ou colegas de trabalho.

Nessa linha de raciocínio Marie- France Hirigoyen considera o assédio moral da seguinte forma:[...]toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho(HIRIGOYEN,2000,p.20).

Já Sônia Aparecida Mascaro Nascimento ensina que:

Assédio moral se caracteriza por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções (NASCIMENTO,2004,p.922-930)

Sebastião Vieira Caixeta (2005,online) traz alguns dados sobre assédio moral no Brasil:

Estima-se que, no Brasil, pelo menos 40% dos trabalhadores sofrem violência moral. Muitos são os exemplos de assédio moral nas relações de trabalho. São comuns as instruções confusas e imprecisas, a exigência de trabalhos urgentes sem necessidade, as

críticas em público, a transferência de setor com o intuito de humilhar, a privação de trabalho, a depreciação das tarefas feitas, a marcação de tempo e de vezes para ir ao banheiro, a exigência de desempenho acima da qualificação, a submissão a tarefas inferiores à função desempenhada, a exigência de trabalhos complexos em tempo insuficiente, o desrespeito ou a imposição de crenças religiosas, filosóficas ou políticas. Esse quadro é totalmente contrário ao direito. O ordenamento jurídico brasileiro funda-se na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho, que são fundamentos da República Federativa do Brasil. Constitui-se objetivo fundamental do país a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nota-se que o assédio moral é sem sombra de dúvidas a expressão mais conhecida, e quando ela se faz presente no ambiente do trabalho conceitua-se como *mobbing*.

Por conseguinte Marcia Novaes Guedes traz a seguinte conceituação:

Todos aqueles atos e comportamentos provindos, do patrão gerente, superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas e morais da vítima (GUEDES,2013,p.33) .

Os pioneiros a conceituar o *mobbing* foram Nikolas Tinbergem (etologista- neerlandês de 1970) e Konrad Lorenz , que iniciaram seus estudos observando o comportamento dos animais como o das aves (gaivotas, tordos, andorinhas e etc), esquilos (Owings & Coss, 1977) e em algumas espécies de primatas (GUIMARÃES; RIMOLI, 2006).

Em 1980 Heinz- Leymann um psicólogo do trabalho por muitos chamadas como o “pai do *mobbing*”, inicia seus estudos com as condutas humanas no ambiente de trabalho, que até então só havia sido observado em animais .(DUQUE, MUNDUATE&BAREA, 2003, p. 56) Neste contexto, atualmente tem-se que o *mobbing* é um conflito no local de trabalho entre colegas ou entre um superior e subordinado. A pessoa é agredida de forma direta ou indireta por uma ou mais pessoas, geralmente ocorre em um longo período, tendo como objetivo excluir e ridicularizar a vítima.

O professor Heinz Leymann concedeu o *mobbing*:

como o fenômeno no qual uma pessoa ou um grupo de pessoas exerce violência psicológica extrema, de forma sistemática e recorrente e durante um tempo prolongado- por mais de seis meses e que os ataques se repetam numa frequência média de duas vezes na semana- sobre outra pessoa no local de trabalho, com a finalidade de destruir as redes de comunicação da vítima ou vítimas, destruir sua reputação, perturbar a execução de seu trabalho e conseguir finalmente que essa pessoa ou pessoas acabe abandonando o local do trabalho (Leymann, 1990,p.121).

Á vista disso,o autor acima afirma que é necessário para a caracterização do *mobbing* que o evento ocorra por mais de seis meses e que os ataques se repetam numa frequência média de duas vezes na semana. Entretanto, observando que o *mobbing* trata-se de um processo e não de um ato isolado, não se pode adotar inteiramente a conceituação do referido autor, pois tudo vai depender da gravidade e da intensidade que a vítima é exposta.

Percebe-se esse limite fixado é exagero, pois a gravidade do assédio não circula em volta da duração, mas sim da violência. “Algumas atitudes especialmente humilhantes podem destruir alguém em menos de seis meses!” (HIRIGOYEN,2005, p. 30).

Imagine que um trabalhador mova uma ação contra seu empregador, e esse sabendo da ação começa a maltratar seu subordinado expondo ele a situações que envergonha o empregado perante os seus colegas. Neste caso, não precisaria de seis meses para se configurar o *mobbing*, pois a violência cometida pelo empregador para com o funcionário é eminente e não precisa de tempo determinado para ocorrer.

Dessa forma, para se identificar o *mobbing* é necessário que exista uma conduta de constrangimento físico e psicológico e que seja de forma repetitiva e prolongada, mesmo não tendo um tempo determinado.

Segundo Leymann(1996, p.172) o fenômeno é visto como “um conflito cuja ação visa à manipulação da pessoa no sentido não amigável” e que se pode analisa através de três grupos de comportamentos: 1) um grupo de ações se desenvolve quanto a comunicação com a pessoa atacada, tendendo à interrupção da comunicação ; 2) outro grupo de comportamentos se assenta sobre a tentativas de denegrir a reputação da pessoa atacada; 3) manipular a dignidade profissional da pessoa agredida. Para se concretizar o “*mobbing*” essas ações têm que ser realizadas de forma proposital e frequentemente.

Leymann(ANO 1990, p119) ainda em seus estudos desenvolveu quatro fases que se dão habitualmente nestes processos:

1ª) Fase de conflito: Conflitos interpessoais normais entre pessoas com interesses e objetivos distintos ou até mesmo incompatíveis que geram problemas pontuais, atritos e choques entre as pessoas, os quais poderiam ser resolvidos de forma positiva através do diálogo.

2ª) Fase do *mobbing* ou de estigmatização: Nesta fase, o assediador põe em pratica toda uma estratégia de humilhação de sua vítima, utilizando para isso sistematicamente e durante um tempo prolongado uma serie de comportamentos perversos, cujo o objetivo é ridicularizar e isolar socialmente a vítima. Na segunda fase já se observa o *mobbing*.

3ª) Fase de intervenção na empresa: A direção de empresa toma conhecimento do conflito, caso não se trate de uma estratégia empresarial pré- concebida , onde o problema estaria na própria empresa.

4ª) Fase de marginalização ou exclusão da vida laboral: Nesta fase se encerra com a vítima abandonando seu emprego, na maioria das vezes o indivíduo já passou por vários e prolongados períodos de licenças.

3 CONSEQUÊNCIA DO *MOBBING* NA VIDA DAS VÍTIMAS

O *mobbing* é percebido como uma prática de perseguição, dirigida normalmente contra um só trabalhador que se vê remetido para uma situação indefesa. Esta forma de agressão traz sérios danos ao indivíduo que na maioria das vezes é irreparável. Estes danos conforme suas intensidades vão das patologias mais e menos graves de índole psíquica e social, que podem ir da simples quebra de rendimento profissional ao suicídio. Observa-se que essa pratica pode ocasionar a perda da auto-estima, desenvolvimento do stress pós-traumático, síndromes depressivas ,insônia , melancolia, apatia e dependência de fármacos, álcool e drogas.

Sob essa ótica conceitua o doutrinador Fonseca (2003,p.675), que o ambiente de trabalho e as atividades realizadas de forma frenética pode ocasionar o estresse ocupacional, caracterizado por um estado crônico de desgaste físico e mental. Quando o indivíduo se depara com as ameaças que vem sofrendo, estes entram em profundos estados de depressão que pode levar ao suicídio.

Esse terror psicológico sofrido no ambiente do trabalho atinge tanto a vida social como familiar do agredido. Lembrando que o trabalho traz um reconhecimento social e ajuda no auto estima do indivíduo, que na maioria das vezes é reconhecido pelo seu trabalho. Quando este percebe que está perdendo sua identidade perante a sociedade, sente-se incapaz.(GUEDES,2003,p.94).

Observando os ensinamentos do doutrinador (RUFINO,2006, p.87), a violência sofrida no ambiente do trabalho é tão profunda que afeta até no convívio familiar do indivíduo. Na maioria das vezes a vítima se

torna uma pessoa agressiva e fechada com a família, pois o dano sofrido no seu trabalho se exterioriza e atrapalha as relações sociais da pessoa.

4 CLASSIFICAÇÃO DE *MOBBING*

O *Mobbing* pode ser classificado de acordo com a posição do agressor em face do seu assediado, onde pode ser observado as modalidades que serão descritas a seguir.

4.1 *MOBBING* VERTICAL DESCENDENTE

O *mobbing* vertical é uma espécie de violência moral praticado por um superior hierárquico contra um subordinado, não importando o grau de subordinação onde o que se leva em conta é a sujeição do empregado que teme perder o seu emprego.

A violência no trabalho, não é necessariamente deflagrada e realizada pelo superior, podendo ter o apoio e a cumplicidade dos colegas de trabalho da vítima, onde há a iniciação do terror psicológico(GUEDES, 2003,p.36).

Alkimin(2005,p.63) diz que o assédio moral cometido pelo empregador ou superior hierárquico implica no descumprimento da obrigações contratual, ferindo os direitos dos trabalhadores. Assim, o empregado pode buscar proteção jurídica nos termos do artigo 483, da CLT.

4.2 *Mobbing* horizontal

Já nesse tipo de assédio, a violência é realizada pelos próprios colegas de trabalho. Essa conduta ocorre devido a competitividade como: inveja, pelo fato da vítima ser bem qualificada, ciúmes, preconceito racial, xenofobia, motivos políticos, religiosos e preferenciais sexuais. Na maioria dos assédios ocorre pelo o fato da vítima ser diferente dos demais.

O empregado deve responder por perdas e danos por sua conduta antissocial e ilícita, além de se sujeitar ao poder de disciplina do empregador que poderá aplicar a despedida por justa causa, do art. 482, b

e j da CLT. O empresário ainda poderá responder por perdas e danos morais analisando a teoria da responsabilidade objetiva adotada pelo Código Civil brasileiro para a responsabilização do empregador.

4.3 **Mobbing vertical ascendente**

O *mobbing* vertical ascendente ocorre quando empregados de hierarquia inferior praticam a violência contra o seu superior. pode constituir motivo dessa a agressão, por exemplo, o fato do superior ser uma pessoa nova no ambiente de trabalho com métodos diferentes do que era de costume na empresa.

O assédio pode ocorrer também contra um superior que se mostra autoritário no contato interpessoal, no qual tem como intuito gerar a competitividade e rivalidade (ALKIMIN, 2005,p.64).

Dessa forma, o empregador deve evitar situações que tornem o ambiente degradante, configuradoras de assédio em qualquer nível. Podendo responder às prescrições do artigo 482 da CLT[2].

5 O PERFIL DO AGRESSOR E DA VÍTIMA

O assediador tem um perfil de uma pessoa perversa que sente prazer em praticar a violência, é uma pessoa que se satisfaz ao ver a humilhação e desespero da vítima. Gosta de mostrar força e poder, passando por cima dos limites éticos e morais.

Observa-se que o agressor utiliza-se de malignidade para conseguir manter um relacionamento; é desprovido de compaixão, sente prazer extremo em humilhar o outro, por ser insensível e sem escrúpulos.

Cada agressor tem sua forma específica de agir, alguns são mais calmos e contidos, enquanto outros agem de forma histérica, porém sempre tem a mesma finalidade, que é de humilhar, envergonhar, destruir a vítima, trazendo danos que afetam sua saúde física e mental, podendo levar a vítima da exclusão do trabalho até em casos mais graves, o suicídio.

A vítima é escolhida por ter valiosas qualidades profissionais e morais que o agressor tenta roubar ou tentar destruir (GUEDES,2003,p.65).

Nota-se que não trata de um perfil exclusivo de determinada vítima. Silva (2005a, p. 192) relata que os indivíduos com características opostas (humildes, com problemas existenciais ou com determinadas limitações) podem se tornar alvos fáceis do assediador.

Não é possível determinar um perfil psicológico específico para as vítimas. Existem ambientes em que as pessoas correm mais riscos de se tornarem visadas, infelizmente, pessoas que se destacam por serem extremamente virtuosas, tais como pessoas extremamente honestas, excessivamente éticas ou dinâmicas demais, tem mais dificuldades em se adaptar ao grupo, por ter medo de se tornarem iguais aos outros. Tem as pessoas que sofrem discriminações em função do sexo e cor de pele. E também por serem menos produtivas, que estão fragilizadas e ainda aqueles empregados isolados.

6 ASSÉDIO MORAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O termo *mobbing* tem utilização recente no meio jurídico brasileiro e ainda não possui uma lei específica que trate especialmente dessa nomenclatura. Contudo, é possível observar que vem crescendo a referência a este fenômeno na justiça do trabalho. Neste contexto, as normas existentes no ordenamentos jurídico coíbem a prática do *mobbing* através da tutela dos bens jurídicos fundamentais à pessoa na relação de emprego.

6.1 Constituição

A Constituição Federal em seu artigo 1º assegura a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, conferindo ao trabalho o status de uma atividade que deve ser valorizada e dignificada em função de suas repercussões para a vida das pessoas, vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do

Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

A Constituição ainda destaca o valor do trabalho em seus artigos 170 e 193:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Com o artigo 170 e 193, há garantia da dignidade da pessoa humana e a valoração do trabalho como limitadores do exercício da atividade econômica no país.

Nota-se que a exposição do trabalhador a condutas abusivas, humilhantes, pressões psicológicas degradantes e condições de trabalho de forma precária viola o princípio da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho humano. Este princípio pode ser considerado supremo, onde todos os direitos e liberdades fundamentais emanam dele. Dessa forma, a própria ordem econômica deve assegurar o princípio da dignidade humana.

O princípio da dignidade humana não visa só o bem estar econômico do trabalhador, como também a sua satisfação no ambiente de trabalho que deve ser de forma saudável.

Encontra-se ainda na Constituição Federal em seu artigo 225 a garantia de um meio ambiente sadio. É obrigação do empregador

promover um ambiente em que seus empregados consigam desenvolver suas atividades laborais com tranquilidade sem o risco de sofrer danos físicos e psicológicos.

6.2 A consolidação das leis trabalhistas (CLT)

A CLT estabelece em diversos dispositivos, meios de proteção ao trabalhador na relação de emprego, de forma a evitar ocorrências de fenômenos abusivos como o *mobbing*. Em seu artigo 483 estabelece que o funcionário pode considerar rescindido o contrato e ainda pedir indenização, quando este sofrer humilhação por parte do empregador. No disposto do artigo:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;

c) correr perigo manifesto de mal considerável;

d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

§ 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.

§ 3º - Nas hipóteses das letras d e g, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo. (Incluído pela Lei nº 4.825, de 5.11.1965)

O artigo 483 estabelece a prevenção do assédio em face da continuidade do contrato, não pode ser considerada uma norma que apresenta mecanismo de prevenção contra esse ato de violência no ambiente laboral.

.Nota-se ainda no artigo 373-A da lei 9.799 de 26/05/1999 da CLT, vedações de discriminações no tocante dos gêneros. Porém, no seu parágrafo único pode observar que o referido artigo não impede que a empresa adote outras medidas que favoreçam a mulher com intuito de acabar com essas distorções que já existem de desigualdades, tentando igualar ela no mercado de trabalho.

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. [\(Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999\)](#)

6.3 Legislações municipais

É possível afirmar que as primeiras leis a regulamentar o assédio moral no ambiente de trabalho foram as leis municipais. Embora elas refiram-se ao serviço público municipal, é possível utilizá-las de forma análoga à relação de emprego, pois elas tem como fundamento comum a proteção do trabalho humano.

No interior do Estado de São Paulo em Iracemópolis, criou-se a Lei Municipal nº. 1.163, de 24 de abril de 2000, que tem como intuito a aplicação de penalidades a práticas de assédio moral no ambiente do trabalho (*mobbing*), da administração pública direta por servidores públicos municipais.

Essa lei em seu parágrafo único do artigo 1º ,traz a conceituação do assédio moral no trabalho:

Art. 1º, Parágrafo Único - Para fins do disposto nesta Lei, considera-se assédio moral todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima 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 idéias 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. (grifo nosso). (IRACEMÓPOLIS, 2000, web).

Observa-se no exposto acima que a violência pode ser praticada por agentes, servidores ou qualquer pessoa, desde que tenha o intuito de atingir a autoestima ou autodeterminação dos servidores e essa agressão pode ser praticada de diversas formas, seja por ações gestos e palavras.

Nota-se que em seu artigo 1º diz respeito as penalidades administrativas, que ocorrerão caso haja o assédio moral, no qual poderá ter as seguintes consequências: a advertência, suspensão, impondo-se ao funcionário a participação em cursos de comportamento profissional e demissão.

Ainda no estado de São Paulo encontra-se em vigor a Lei Municipal nº. 13.288, de 10 de janeiro de 2002, que traz as mesmas definições da lei de Itacemópolis, porém trazendo uma inovação que é a fixação de multa no valor mínimo de 20 UFM (Unidades Fiscais do Município) e máximo o da metade dos rendimentos do servidor infrator.

No que se refere no âmbito da legislação municipal, encontram-se outras leis já aprovadas, como: a Lei nº 3.243, de 15 de maio de 2001, do Município de Cascavel-PR; a Lei nº 358, de 19 de julho de 2001, do Município de Guarulhos-SP; a Lei nº 2.982, de 17 de dezembro de 2001, do Município de Jaboticabal-SP; a Lei nº 511, de 04 de abril de 2003, do município de São Gabriel do Oeste-MS, e a Lei Municipal nº 1.078/2001, de Sidrolândia-MS.

6.4 Legislações estaduais

A legislação pioneira estadual a regulamentar o assédio moral foi a Lei Estadual nº 3.921, de 22 de agosto de 2002, essa lei regulamentou de forma mais detalhada. Em seu artigo 1º, diz que é vedado “o exercício de qualquer ato, atitude ou postura que se possa caracterizar como assédio moral no trabalho”, porém refere-se apenas ao assédio moral vertical descendente (praticado por um superior hierárquico contra seu subordinado).

Em seu artigo 2º diz:

Artigo 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, gesto ou palavra, 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 auto-estima 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. (grifo nosso). (RIO DE JANEIRO, 2002, web).

Em seu artigo 7º da referida lei enumera algumas medidas a serem adotadas:

Artigo 7º - Os órgãos ou entidades da administração pública estadual, bem como, concessionárias ou permissionárias, na pessoa de seus representantes legais, ficam obrigados a tomar as medidas necessárias para prevenir o assédio moral no trabalho, conforme definido na presente Lei.

Parágrafo único - Para os fins de que trata este artigo, serão adotadas, dentre outras, as seguintes medidas:

I - o planejamento e a organização do trabalho conduzirá, em benefício do servidor, contemplando, entre outros, os seguintes pressupostos: a) considerar sua autodeterminação e possibilitar o exercício de suas responsabilidades funcional e profissional;

b) dar-lhe possibilidade de variação de atribuições, atividades ou tarefas funcionais;

c) assegurar-lhe a oportunidade de contatos com os superiores hierárquicos, colegas e servidores, ligando tarefas individuais de trabalho e oferecendo informações sobre exigências do serviço e resultados;

d) garantir-lhe a dignidade pessoal e funcional; e

II - na medida do possível, o trabalho pouco diversificado e repetitivo será evitado, protegendo o servidor no caso de variação de ritmo de execução; e

III - nas condições de trabalho garantia de oportunidades de desenvolvimento funcional e profissional, no serviço ou através de cursos profissionalizantes. (RIO DE JANEIRO, 2002, web)

A lei exposta acima, possui uma abrangência maior que as demais já citadas, pois abrangem vários outros setores não se concentrando apenas na administração pública direta.

A Lei complementar nº 498, de 19 de dezembro de 2003 foi aprovada em Porto Alegre e nele insere a proibição administrativa. Esse projeto de Lei Complementar transformava o assédio moral em infração administrativa e estabelecia também que o funcionário poderia responder, cumulativamente, em ações cíveis ou penais próprias, desde que houvesse amparo legal.

Há muitas leis Estaduais e Municipais que versam sobre o assédio moral no ambiente do trabalho, mostrando a preocupação dessa violência que vem sendo cada vez mais presente no âmbito laboral, e tem como intuito o combate dessa agressão.

Foi aprovado pela Assembleia Legislativa, em 11 de setembro de 2002, o projeto de lei nº 0422/2001, elaborado pelo deputado do Partido dos Trabalhadores Antônio Mentor. Porém este projeto foi vetado em novembro de 2002 pelo Governador de São Paulo Geraldo Alckmin.

O referido projeto trazia a seguinte definição sobre o assédio moral no trabalho (*mobbing*):

Artigo 1º Fica vedado o assédio moral no âmbito da administração pública estadual direta, indireta e fundações públicas, submetendo servidor a procedimentos repetitivos que impliquem em violação de sua dignidade ou, por qualquer forma, que o

sujeitem a condições de trabalho humilhantes ou degradantes. (SÃO PAULO, 2001, web)

É lamentável o veto do Governador Geraldo Alckmin, pois o projeto de lei nº 0422/2001, visava garantir direitos dos trabalhadores.

Há um projeto de lei no estado da Bahia a Lei 12.819/2002, traz algumas disposições inéditas acerca do procedimento de apuração da prática do assédio. Nesse projeto, dá à vítima o direito de requerer remoção temporária ou definitiva. Regulamentando a responsabilidade solidária do chefe imediato, se houver a “reincidência de práticas ofensivas e violência moral”, sem a necessidade de adoção de medidas preventivas necessárias. Há também a obrigação do ofensor condenado de retratar-se publicamente por escrito. Ainda estabelece que o Estado tem que se responsabilizar com a saúde do servidor que adoecer em decorrência do assédio no ambiente do trabalho, e o pagamento de indenização a vítima caso fique provada a omissão do superior hierárquico.

6.5 Legislações federais

Já no âmbito federal há projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, como é o caso do projeto de Lei Federal nº 4742/2001 de iniciativa do deputado federal pelo PL-PE Marcos de Jesus, introduz o artigo 146-A do Código Penal:

Art. 146 A. Desqualificar, reiteradamente, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a auto-estima, a segurança ou a imagem do servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico funcional ou laboral.

Pena: Detenção de 3 (três) meses a um ano e multa.(BRASIL, 2001a, web).

Há ainda o Projeto de Lei Federal nº. 5.970/2001, que propõe alterar o artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, que além de

incluir causas de rescisão indireta, há à prática da coação moral, nos seguintes termos:

Art. 483

g) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele, coação moral, através de atos ou expressões que tenham por objetivo ou efeito atingir sua dignidade e/ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes, abusando da autoridade que lhe conferem suas funções. (BRASIL, 2001e, web).

Já o Projeto de Lei Federal nº 5.971/2001, de coordenação do deputado federal Inácio Arruda do PCdoB (CE), ainda acrescenta ao Código Penal:

COAÇÃO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO Art. 203-A. Coagir moralmente empregado no ambiente de trabalho, através de atos ou expressões que tenham por objetivo atingir a dignidade ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes, abusando da autoridade conferida pela posição hierárquica. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 2001b, web)

Esses projetos de leis têm como finalidade garantir para as vítimas que essa violência seja evitada, assim responsabilizado o agressor. Dessa forma é necessário que o assédio moral no ambiente de trabalho seja tipificado de forma mais evidente no nosso ordenamento brasileiro.

A lei 13.185, de 06 de novembro de 2015 é recente e apesar de não se tratar de diploma legal voltado ao assédio moral no trabalho e sim sobre o combate ao assedio no ambiente escolar(bullying), algumas de suas previsões podem auxiliar na sua caracterização, prevenção e combate. Assim, para fins da Lei 13.185/2015, considera-se intimidação sistemática todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por um indivíduo

ou grupo, com o objetivo de intimidar ou agredir a vítima, causando dor e angústia. (art.1º, , § 1º).

Enfim, como não há uma tutela específica sobre o assédio no ambiente do trabalho (*mobbing*), o Poder Judiciário vem utilizando-se dos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, bem como as normas incisas na consolidação das leis do trabalho, com o intuito do combate dessa prática violenta, que acarreta sérios danos a vítima.

7 O TRATAMENTO DO *MOBBING* NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

É preciso compreender que embora o *mobbing* seja um termo estrangeiro que determina uma forma de assédio moral, os tribunais do trabalho brasileiro já tem se debruçado sobre o tema adotando-o para solucionar conflitos de interesse relativos a essa prática.

Dito isso, pode-se observar as decisões do TRT que tratam sobre a violência no trabalho(*mobbing*) e suas possíveis reparações:

Em recente decisão da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho (TRT-MT) ,houve a condenação a empresa Via Varejo S.A., responsável pelas Casas Bahia e Ponto Frio, após humilhar e promover terror psicológico contra funcionário de uma unidade de um shopping de Cuiabá. A empresa pagará R\$ 25 mil à vítima. Conforme o relator do processo, desembargador Roberto Benatar, também pode ser conhecido como “*mobbing, bullying, bossing, harassment, psicoterror, ou Murahachibu*”e se caracteriza por comportamentos, sejam palavras ou gestos, que humilhem ou atinjam a honra do empregado.(Olha jurídico-**Da Redação - Paulo Victor Fanaia Teixeira** 25 Set 2017 - 11:30)

O Tribunal Regional do trabalho do Mato Grosso condenou a empresa de Via Varejo S.A à pagar 25 mil à vítima, após essa sofrer terror psicológico e humilhações.

Conforme os autos, a vítima sofria ameaças, humilhações e cobranças de metas, afetando na sua saúde mental.

O desembargador e relator Roberto Benatar, diz que essa violência pode ser conhecida como *“mobbing, bullying, bossing, harassment, psicoterror, ou Murahachibu”* e se caracteriza por comportamentos.

Nota-se que essa prática destinada a aumentar as vendas expondo seus empregados a situações degradantes e humilhante foi considerada assédio moral pela 2ª turma do TRT do Mato Grosso.

DIREITO DO TRABALHO. DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. *MOBBING*. As cobranças de metas e repreensões encontram-se inseridas nos poderes inerentes ao empregador (diretivo, regulamentador, fiscalizatório e disciplinar). Embora nosso ordenamento não dite regras claras sobre os limites dos poderes do empregador, inquestionável, diante dos princípios defendidos pela Constituição Federal, que esses poderes não podem agredir a liberdade e dignidade do trabalhador, caso contrário, poderá caracteriza.

(TRT-15 - RO: 64529 SP 064529/2009, Relator: LUCIANE STOREL DA SILVA, Data de Publicação: 09/10/2009)

Conforme a decisão do acórdão acima, observa-se que a reclamada exercia uma espécie de pressão para que os vendedores realizassem vendas, diferenciando os que vendiam dos que não vendiam. Percebe-se que a pressão exercida contra o funcionário, viola o direito inerente ao empregador.

Dessa forma, qualquer ferramenta que sirva para marcar o funcionário que não consigam atingir metas e com isso acaba punindo e pressionando, configura assédio moral punível.

8 CONCLUSÃO

Por mais que assédio moral exista a muito tempo, é recente os estudos sobre o tema no ambiente do trabalho, isso se dá devido ao capitalismo desenfreado que faz com que as empresas e trabalhadores inicie uma competição desleal, passando por cima de valores éticos e morais.

Nota-se que o assédio moral é uma agressão psicológica que tem como escopo agredir, perseguir e humilhar a vítima, assim acarretando um desgaste emocional, podendo desenvolver doenças físicas e psíquicas.

O assédio moral se traveste de muitos conceitos, porém em todos, há sua essência que denigre a dignidade da vítima, expondo-a ao ridículo.

O *mobbing* supõe a mais grave ameaça à saúde dos trabalhadores, e vem afetando significativamente a saúde física e psíquica da população ativa e também a saúde organizacional. É um dano voltado geralmente contra apenas um único indivíduo com o intuito de excluir e humilhar a pessoa do convívio do trabalho.

Não há uma regra específica de quem pode sofrer esse terror psicológico, podendo ser tanto um empregado da empresa ou um determinado grupo, como o superior hierárquico.

Por mais que não haja uma lei que faça alusão ao *mobbing* no Brasil, o nosso ordenamento jurídico vem se fazendo presente para condenar os agressores do assédio no ambiente do trabalho utilizando normas constitucionais, leis municipais, estaduais e projeto de leis.

Sob essa ótica podemos notar que a justiça brasileira com o escopo de proteger as vítimas, vem trazendo algumas consequências jurídicas para o agressor, como a possibilidade de danos morais e reparação pecuniária a vítima, como mostra algumas decisões sobre este tema.

Por fim defende-se nesse artigo que o ambiente de trabalho deve extirpar o *mobbing* das relações laborais, com intuito de evitar

consequências graves ao indivíduo, como as que já foram expostas no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

AURÉLIO. **Dicionário do Aurélio**, Publicado em: 2016-09-24, revisado em: 2017-02-27.

Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/assediar>>. Acesso em: 05 Nov. 2017

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MOBBING. Regimento interno e súmulas**. RO: 64529 SP 064529/2009, Relator: LUCIANE STOREL DA SILVA, Data de Publicação: 09/10/2009. Disponível em <<https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18964202/recurso-ordinario-ro-28639-sp-028639-2009/inteiro-teor-104215092?ref=juris-tabs>>.

Cahali, Yussef Said. **Dano Moral**, Editora **Revista dos Tribunais**, SP, 1998, 2ª edição.

CAIXETA, Ivan Carlos. **O assédio moral nas organizações: um estudo nos Tribunais Regionais do Trabalho das regiões Sudeste e Sul do Brasil**. 2010. 153f. Dissertação (Mestrado em Administração).

_____. CAIXETA, Sebastião Vieira. **Assédio Moral**. Correio Brasiliense, 25/07/2005. Disponível em

DARCANCHY, Mara Vidigal. **Assédio moral no meio ambiente do trabalho** (2005). Artigo de site em meio eletrônico. Disponível em: <http://www.sadireito.com/?lr=area.asp&area=5&Pagina=textosT.asp&texto=4677&categoria=15> . Acesso em: 01/11/17.

DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, Volume I, Editora Forense, RJ, 10ª edição.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**, Editora Saraiva, SP, 1998.

DUQUE, B. M., Munduate, L. & Barea, M. J. B. (2003) **La espiral del mobbing. Papeles del Psicólogo**, v. 14, 55-61.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. Saúde mental para e pelo trabalho. **Revista LTr, São Paulo**, v.67, n.6, p. 670- 679, jun . 2003.

GARCIA, G.F.B . Assédio Moral no Trabalho e Bullying Escolar. Lei 13.185/2015,

Disponível em : <<http://genjuridico.com.br/2015/11/13/assedio-moral-no-trabalho-e-bullying-escolar-lei-13-1852015/>> Acesso em 22 de outubro 2017.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

GUIMARÃES, L.A.M; RIMOLE, A.O. *Mobbing* (assédio psicológico) no trabalho: uma síndrome psicossocial multidimensional. Vo I.22 n.2 Brasília May/Aug. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722006000200008> . Acesso em 20/10/2017.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

IRACEMÓPOLIS (Município). Lei Ordinária nº. 1.163, de 24 de abril de 2000. A aplicação de penalidades à prática de assédio moral nas dependências da Administração Pública Municipal Direta por servidores públicos municipais. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. Disponível em: . Acesso em: 22 de setembro 2017

JURÍDICO, Conteúdo. *CLT - Art. 373-A - Da Proteção do Trabalho da Mulher - Da Duração, Condições do Trabalho e da Discriminação Contra a Mulher*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 set. 2007. Disponível em: . Acesso em: 05 nov. 2017.

LEYMANN, Heinz. **Mobbing and psychological terror at workplaces.** *Violence and Victims*, 5, 1990, p. 121.

_____. LEYMANN, H. (1996). **The content and development of mobbing at work.** *European Journal of Work and Organisational Psychology*, 5(2), 165-84.

_____. LEYMANN, H. (1990). **Mobbing and psychological terror at workplaces.** *Violence and Victims*, 5, 119-126.

MUNICÍPIO PORTO ALEGRE . Lei Complementar nº 498, de 19 de dezembro de 2003. Acrescenta o inciso XXv ao art. 197 e o inciso III ao art. 206, altera o inciso X do art. 207 e acrescenta o art. 207-A à Lei Complementar nº 133, de 31 de dezembro de 1985, que estabelece o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Porto Alegre. **Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: . Acesso em: 01 de outubro de 2017

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaró. “**Assédio moral no ambiente do trabalho.**” *Revista LTR*, São Paulo, v. 68, n. 08, p. 922-930, ago. 2004

Projeto de Lei Ordinária nº. 4.742, de 23 de maio de 2001. Introduce art. 146-A no Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, dispendo sobre o crime de assédio moral no trabalho. Disponível em: . Acesso em: 24 de maio de 2017.

Projeto de Lei Ordinária nº. 5.970, de 2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Disponível em: . Acesso em 24 de maio de 2017.

RIO DE JANEIRO . Lei Ordinária (Estadual) nº. 3.921, de 23 de agosto de 2002. É vedado assédio moral no trabalho, no âmbito dos órgãos, repartições ou entidades da administração centralizada, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, do poder legislativo, executivo ou judiciário do Estado do Rio de Janeiro, inclusive concessionárias e permissionárias de serviços estaduais de utilidade ou

interesse público, e dá outras providencias. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: . Acesso em: 22 de setembro de 2017.

RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa**. São Paulo Ltr. 2006.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da . **Ética e assedio moral: uma visão filosófica**. Disponível em: [www](http://www.conteudojuridico.com.br). Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2005.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**.

TEIXEIRA, Paulo Vitor Fanaia. **Justiça condena loja de shopping por humilhar e ameaçar demitir funcionário em público**. Disponível em: <<http://www.olhardireto.com.br/juridico/noticias/exibir.asp?id=36840-icia=justica-condena-loja-de-shopping-por-humilhar-e-ameacar-demitir-funcionario-em-publico>>.

NOTAS:

[1] Professora Orientadora do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogada. Email: roseli.silva@catolica-to.edu.br.

[2] Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;

f) embriaguez habitual ou em serviço;

g) violação de segredo da empresa;

h) ato de indisciplina ou de insubordinação;

i) abandono de emprego;

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966)

A GUARDA COMPARTILHADA SOB O ENFOQUE DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

LUIZ CARLOS ALVES PAES:
Bacharelado em Direito da Faculdade
Serra do Carmo.

VIRGÍLIO RICARDO MEIRELLES

(Orientador)[1]

RESUMO: O presente estudo tem por temática o instituto da guarda compartilhada sob o enfoque do melhor interesse da criança. Trata-se de um instituto que, inobstante, tenha seus princípios abarcados pela Constituição e normatizados pelo Código Civil, suscita ainda muitas polêmicas e certa resistência por parte tanto de operadores do direito, pais, psicólogos e sociedade em geral. O objetivo central, desse estudo, portanto, consiste em analisar os benefícios do instituto da guarda compartilhada em prol da criança. Adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica. Conclui-se que, frente às profundas alterações pelas quais a sociedade passou, principalmente com a mudança das funções maternas, outrora limitada apenas aos afazeres domésticos e aos cuidados com os filhos, a guarda compartilhada destaca-se como a melhor opção em prol dos direitos da criança, no sentido de manter o vínculo parental com ambos os pais.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Melhor Interesse da Criança. Relações familiares.

ABSTRACT: The present study is based on the shared custody institute under the best interests of the child. It is an institute that, despite its principles covered by the Constitution and regulated by the Civil Code, still raises a lot of controversy and resistance from lawmakers, parents, psychologists and society in general. The central objective of this study, therefore, is to analyze the benefits of shared guarding institute for the benefit of the child. Bibliographic research was adopted as methodology. It is concluded that, given the profound changes that society has undergone, especially with the change of maternal functions, once limited only to

domestic tasks and childcare, shared custody stands out as the best option for rights of the child, in the sense of maintaining the parental bond with both parents.

Keywords: Shared custody. Best Interests of the Child. Family relationships.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Guarda Compartilhada e o Melhor Interesse da Criança: 2.1. Conceito e Origem; 2.2. A Nova Legislação: 2.2.1. Anteriormente (Lei nº 11.698/2008); 2.2.2. Projeto de Lei nº 117/2013; 2.2.3. Atualmente (Lei nº 13.058/2014). 2.3. Vantagens e Desvantagens da Nova Legislação Sob o Enfoque do Melhor Interesse da Criança. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Antes da promulgação da Lei nº 13.058/2014, a guarda unilateral era comumente adotada pelos magistrados, já que o que pressupunham para atribuir a guarda compartilhada era a falta de litígio.

A guarda pode ser vislumbrada, também, como o dever de vigilância diuturno dos pais em relação aos seus filhos. Guardar é vigiar, é cuidar e preparar à criança e ao adolescente para os desafios da vida. Consiste desse modo, via de regra, na efetivação da própria maternidade e paternidade. No entanto, poderá ser exercida por pessoas que não tenham consanguinidade com o ser protegido, tais como avós, tios, dentre outros.

Ressalta-se que a guarda é entendida como um dever dos pais em relação aos seus filhos, destacando que essa convivência sob o mesmo teto é primordial para que a criança e ao adolescente sejam cuidados, em sua educação, sustento, saúde dentre outros. Os detentores da guarda deverão agir para que a criança e ao adolescente se desenvolvam plenamente, gozando de absoluta proteção para tanto.

Em caso de separação do casal, seja por divórcio (no caso de família matrimonial) ou de simples desvinculação (na união estável, por

exemplo), surge como problema ao magistrado decidir com quem ficarão os filhos menores não emancipados ou incapazes. Assim, caso não seja compartilhada, a guarda poderá ficar ao encargo do pai ou da mãe, ou mesmo dos avós, ou tutor legal, conforme o caso concreto. No entanto, independentemente do deslinde, o instituto da guarda, previsto no artigo 229 da Constituição Federal, busca efetivar a proteção, por intermédio de um guardião legal, e assistência da criança e do adolescente, em todas as suas necessidades.

No entanto, a guarda unilateral é prejudicial ao direito do menor em virtude de afetar princípios estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em contraponto, surgiu, antes da Lei nº13.058/2014, surgiu a Lei nº 11.698, de 13 de julho de 2008, a primeira lei que instituiu a guarda compartilhada, que na época tratava-se de exceção aplicável apenas nos casos de proporcionar a continuidade da convivência com seus pais.

O assunto da guarda compartilhada traz ainda a modificação essencial de que, quando um casal se separa ele deixa de exercer sua conjugalidade, mas deve continuar exercendo, de forma ativa, a sua parentalidade em relação aos filhos.

Ocorre que em 22 de dezembro de 2014, fora sancionada uma segunda (Lei nº 13.058/2014), a qual introduziu a guarda compartilhada como regra em casos de dissolução conjugal. Ante a recente modificação, necessário se faz o estudo acerca da aplicabilidade da nova norma, especialmente destacando as vantagens e desvantagens de tal regra, analisando posicionamentos a esse respeito na doutrina pátria (STRENGER, 2015, p. 54).

Para tanto, a metodologia científica adotada neste trabalho foi a da pesquisa bibliográfica, de caráter descritivo, utilizando-se do método dedutível, de natureza qualitativa, baseada fundamentalmente nas fontes de produção de conhecimentos científico, como legislações, obras doutrinárias, jurisprudências, artigos científicos, revistas jurídicas, dentre outros materiais.

2 GUARDA COMPARTILHADA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A guarda compartilhada, também chamada de guarda conjunta ou guarda compartida, ocorre quando os pais conservam o direito de guarda e de responsabilidade dos filhos, alternando-se, de forma flexibilizada, os períodos de convívio com os mesmos, sempre com o objetivo de priorizar o melhor interesse do menor.

O pressuposto da guarda conjunta é o de que, apesar da ruptura dos pais e das diferenças pessoais que daí possa decorrer, os mesmos continuam a exercer em comum a autoridade parental, como eles a exerciam quando a família permanecia unida. Porque, como já se repetiu inúmeras vezes, a ruptura separa os pais, mas nunca os filhos (mesmo que alguns pais pensem e ajam dentro deste espírito (LEITE, 2013, p. 271).

Pode ser entendida também como guarda compartilhada, a tomada de decisões em conjunto por pai e mãe que tenham condições de estabelecer um diálogo.

2.1 CONCEITO E ORIGEM

Em todos os países que utilizam de tal instituto, a guarda compartilhada possui o mesmo conceito, qual seja o do instituto em que a responsabilidade conjunta entre os pais da criança deverá incidir sob o direito da guarda de sua prole, que também deverá ocorrer de forma compartilhada. Isso ocorre quando os pais não vivem no mesmo ambiente. Com isso, o pai e a mãe passam a ter igual responsabilidade quanto à sua prole.

Guarda compartilhada traduz-se, portanto, no compartilhamento de responsabilidades dos pais na guarda e criação dos filhos. Significa compartilhar o poder familiar, o exercício das responsabilidades que os pais têm em relação aos filhos. Lembrando que, para exercer tal responsabilidade não é necessário dividir o tempo, como ocorre na guarda alternada. O que espera com a guarda compartilhada, não é a quantidade

de tempo que pai e filho ficarão juntos e sim a qualidade dessa relação. É trazer a ambos os genitores o poder de decisão no que se refere à criação dos filhos.

A professora Maria Berenice Dias, estudiosa e defensora da guarda compartilhada, define esse instituto da seguinte forma:

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual (DIAS, 2008, p. 361-362).

A nova compreensão do conceito de família, bem como as mudanças nas relações familiares, impetrou um novo conceito de guarda, acudida com muita energia por parte da doutrina, qual seja a compartilhada. Essa modalidade de guarda tem em vista uma maior convivência dos filhos com os genitores, garantindo a preservação e/ou formação de vínculos afetivos mais ativos, e participação intensa e efetiva na criação dos filhos, o que a simples visitação não comporta.

Em outros tempos, a guarda era exercida de forma unilateral e, na maioria dos casos, o infante ficava sob a guarda da mãe e o genitor era considerado, na prática, como um simples proporcionador do sustento da criança e possuía a garantia das visitas à sua prole. No entanto, com as diversas modificações sociais, esse modelo deixou de ser aceito e, os genitores possuem, cada vez mais, um relacionamento mais próximo com as crianças, mesmo que tenha ocorrido a separação entre o casal.

No Brasil tivemos cinco etapas distintas em relação à guarda. Houve uma época em que a guarda era decidida única e exclusivamente em razão da culpa no processo de separação. Se a mãe, por exemplo, tivesse dado causa à separação do casal, ou seja, fosse dela a culpa pelo rompimento da relação, perdia inquestionavelmente o direito de guarda dos filhos.

Logo em seguida essa solução jurídica não foi possível sustentar e vem uma segunda etapa que tratou de forma diferente reconhecendo na figura da mãe a guardiã natural dos filhos e aí então a guarda era sempre materna.

A frente dessa segunda etapa surge uma terceira, que começou lentamente a reconhecer que o pai talvez pudesse ter uma aptidão para ter a guarda dos filhos, mas isso ficou no terreno da discussão doutrinária.

A quarta etapa deu então corpo à ideia trazida pela referida terceira etapa, ou seja, passou a reconhecer nas decisões judiciais que os filhos poderiam ficar sob a guarda do pai. Nessa fase falava-se, entretanto, de filhos adolescentes, ao passo que filhos menores, invariavelmente teriam que ficar com a mãe.

A quinta etapa, diz respeito justamente ao tema aqui estudado, trata-se, portanto, da guarda compartilhada, reconhecida recentemente no Brasil, com a edição da almejada lei 11.698, de 2008. Cumpre observar que apenas 20 anos depois da promulgação da CF/88 é que o princípio da igualdade entre homens e mulheres foi reconhecido no campo do direito de família, mais especificamente, quanto à guarda dos filhos.

A lei, portanto, veio atender os anseios, especialmente dos pais, considerando que são eles que na maioria das vezes ficam afastados da custódia dos filhos. A tão almejada lei 11.698/08.

Proporcionar a guarda da criança à apenas um dos pais, normalmente a genitora, pode ir contra ao princípio do melhor interesse da criança, pois se imagina que o pai que detém apenas o direito de visitar a criança poderá intercorrer no afastamento de seus filhos e com esse

distanciamento e conseqüente separação poderá prejudicar seriamente o crescimento psíquico da prole, haja vista a forçosa necessidade de esta estar com os pais, independente se separados ou não.

A modificação dessa realidade jurídica veio por intermédio da Lei nº 11.698, de 2008, que constituiu o instituto da guarda compartilhada e, conseqüentemente, estabeleceu uma igualdade a importância dos pais no cuidado, assistência e educação de sua prole, determinando, com isso, uma sincronia entre os direitos dos pais e das mães, além de minimizar os impactos da separação do casal na vida dos filhos. Posteriormente, foi sancionada a Lei nº 13.058/2014, a qual alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil.

No artigo 1583, estabelece que a guarda será unilateral ou compartilhada. A definição de cada um dos institutos citados ocorre no parágrafo primeiro, que assim explicita:

Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Na guarda compartilhada, conforme preceituado pelo parágrafo 2º do citado artigo, o tempo de convívio da criança deverá ser dividido de forma igualitária entre os pais. No artigo 1584 do Código Civil, por sua vez, estabelece que a guarda, sendo unilateral ou compartilhada, deverá ser requerida por um dos pais, ou por consenso ou, ainda, decretada pelo juiz, considerando as “necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste” com os seus pais.

O artigo 1585 do Código Civil, por seu turno, assim estatui:

Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão

sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

O artigo 1634 do Código Civil, por seu turno, estabelece que: “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar”. Desse artigo deriva a concepção da paternidade responsável (ressaltada no primeiro capítulo). Nesse artigo também se alicerça um dos pressupostos da guarda compartilhada, com o fulcro de trazer, também, ambos os pais para a responsabilidade da criação dos filhos.

Considerando que o instituto é novo e primordial que haja uma concepção da real acepção desse tipo de guarda pelo Poder Judiciário e pelas famílias brasileiras, com o fulcro de se alcançar, na prática, o fim almejado pelo instituto da guarda compartilhada, qual seja, o de proporcionar igualdade de direitos e de deveres dos genitores junto aos seus filhos, a despeito da separação ou divórcio entre aqueles.

Sua origem se deu na Europa (Inglaterra) e, posteriormente, na América, nos quais a guarda feita por apenas um dos pais, não é mais tão dominante quanto outrora. Isso porque, nessas regiões notou-se que a guarda compartilhada é a maneira mais adequada, haja vista que os interesses das crianças e dos adolescentes são assegurados, garantindo-lhe iguais condições de acesso para ambos os pais.

2.2 A NOVA LEGISLAÇÃO

2.2.1 Anteriormente (Lei nº 11.698/2008)

Para entender como ocorreu a evolução dos pressupostos para o estabelecimento da guarda unilateral, necessário se faz dividir tal instituto em duas formas, a seguir: Guarda Unilateral no Código Civil de 1916; Guarda Unilateral estabelecida no Código Civil de 2002.

Assim, conforme estabelecido no art. 326 do Código Civil de 1916, “ocorrendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente”. Nessa parte, fica explícito que a guarda a um só dos genitores era conferida, quando não houvesse comum acordo de guarda entre os pais, sendo que àquele que não deu causa à separação, ou seja, era levada em conta a culpa dos genitores, de tal forma que a guarda era atribuída ao cônjuge que não fosse declarado culpado do desquite.

Por meio do advento do Código Civil de 2002, tal norma foi abolida, dando lugar e, também já modificada, redação do artigo 1.584, do Código Civil, que dispunha, naquela época: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que exista entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem mostrar melhores condições para exercê-la”.

Houve uma divisão de águas visto que não se considera mais a culpa de um dos pais para imputação da guarda ao cônjuge inocente, como ocorria com o Código Civil de 1916, no entanto, a guarda era adjudicada ao cônjuge que despontasse melhores condições para desempenhá-la, não se esquecendo, por evidente, da aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente.

Ao genitor que não possuía a guarda, o Código Civil de 2002 adjudicou a obrigação de gerência dos interesses nos filhos, em conformidade com o § 3º, do art. 1.583, do Código Civil de 2002. Tal genitor, desse modo, não perde as garantias do poder familiar como um todo, sendo apenas retirado das mesmas atribuições do guardião, mas, ficando com o dever de supervisioná-lo (DIAS, 2014).

Assim, a obrigação do genitor não guardião do dever de supervisão, resguarda o filho de um eventual abandono moral. A guarda exclusiva se refere à atribuição da guarda a um dos pais ou um terceiro estranho escolhido pelo juiz. Desta forma, o detentor fica encarregado de desempenhar este múnus público no melhor interesse da criança e compelido nos mais variados atributos da guarda, até mesmo no que alude à vigilância deste.

2.2.2 Projeto de Lei nº 117/2013

A Lei nº 13.058/2014 (a ser ressaltada no próximo tópico) tramitou no Congresso Nacional antes de sua aprovação sob o título de Projeto de Lei Complementar nº 117/2013, cujo título (na Câmara dos Deputados) era Projeto de Lei nº 1009/2011. Tal projeto de Lei foi aprovado pelo plenário do Senado sendo tramitado para a sanção da presidência da República em 06 de dezembro de 2014. O autor do projeto foi o deputado Arnaldo Faria de Sá (PTB/São Paulo).

Segundo César Leão (2013, p. 2) este projeto passou pela Câmara como Projeto de Lei 1009/2011, e “tramitou por 36 meses até ser aprovado e enviado ao Senado, em dezembro de 2013, e tem por objetivo clarear a aplicação da Guarda Compartilhada”.

De acordo com a exposição de motivos, do jeito que é hoje, a redação da lei, então em vigor, induzia os juízes a decretar a guarda compartilhada unicamente nos casos em que os pais mantenham uma relação pacífica após o divórcio ou separação.

No dia 22 de dezembro de 2014, sancionou-se a Lei nº 13.058, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), os quais já faziam citação a questão da guarda compartilhada aos genitores e sua aplicabilidade na prática.

2.2.3 Atualmente (Lei nº 13.058/2014)

Antes da promulgação da Lei nº 13.058/2014, a guarda unilateral era comumente adotada pelos magistrados, já que o que pressupunham para atribuir a guarda compartilhada era a falta de litígio.

Já com a promulgação da Lei nº 13.058/2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do atual Código Civil (Lei nº 10.406/2002), tem-se que o magistrado deverá garantir prioridade ao instituto da guarda compartilhada mesmo quando não exista consenso entre os pais e mesmo quando não haja uma relação harmoniosa entre eles, exceto quando algum dos genitores declarar de forma expressa o seu desejo de não compartilhar

a guarda da criança ou quando o juiz, por meio de justificativa, escolher pela unilateralidade da guarda (SILVA, 2015, p. 73).

Na prática é possível que não haja mudanças relevantes nos tribunais com o surgimento desta novel lei, uma vez que ela trouxe de novo o livre arbítrio para que o magistrado opine pela unilateralidade da guarda, assim, como já previa a Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, sempre que notar que um dos genitores não se encontre pronto para exercer a guarda do filho, por inúmeros motivos existentes, que deverão ser avaliados caso a caso pelo magistrado (DIAS, 2014, p. 82).

Ressalta-se que um dos benefícios desta novel lei foi a prestação de constas, isto é, os genitores agora terão mais forças para solicitar informações, objetivas ou subjetivas, em matérias ou situações que de forma direta ou indireta acometem a saúde física e psicológica, bem como a educação dos filhos, incluindo a pensão alimentícia paga por um dos genitores, com o intuito de verificar se a mesma está sendo utilizada ao interesse e bem estar do filho, assim, acredita-se que a lei trouxe a compreensão de que a prestação de constas acarretará o pedido de revisão de pensão alimentícia, já existente no ordenamento, porém, com mais embasamento jurídico, e sempre lembrando que por não serem repetíveis, os alimentos já pagos não serão devolvidos ao pagador.

Outro benefício significativo advindo desta novel Lei nº 13.058/2014, conforme nova redação dada ao artigo 1584, parágrafo 6º, o qual se refere ao uso de multa diária no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) para qualquer estabelecimento público ou privado, pelo não cumprimento da solicitação por qualquer dos genitores sobre quaisquer informações que desejam ter de seus filhos. Tal inovação acaba por trazer uma certa segurança aos genitores que não possuem a guarda de seus filhos e são privados, muitas vezes, de informações básicas da rotina de seus filhos (ALBUQUERQUE, 2015, p. 3).

Caso haja certo desequilíbrio emocional entre os pais, existindo, ainda, uma boa comunicação entre eles, a utilização do instituto da guarda compartilhada só vem a somar à vida da criança visto que há uma harmonia em sua criação e na relação desta com os seus pais.

Além de aperfeiçoar os laços e a conexão entre pais e filhos, virando como regra a convivência familiar, a lei da guarda compartilhada também aliviará o uso das crianças como “cabo de força” por parte dos pais. Assim, mitigará os efeitos nefastos da guarda unilateral, entre os quais o abandono afetivo.

Madaleno, ao ressaltar como era antes, explica como ocorre nestes casos:

Não é do caráter da guarda compartilhada a disputa litigiosa, normal em processos repletos de ódio e de ressentimentos pessoais, onde pensam os pais serem premiados pela decisão judicial da guarda unilateral, para revelar a sentença ao outro contendor e, com esta vitória processual de extenso dissenso, entender que o julgador teria visto no vencedor da demanda pela guarda os melhores atributos de um guardião, sendo o filho o prêmio dessa absurda disputa sobre a propriedade do filho (MADALENO, 2014).

Destaca-se ainda que a Lei da Guarda compartilhada abre espaço para a prestação de contas de pensão alimentícia. Desta forma, apesar da nova lei da guarda compartilhada não afastar o pagamento dos alimentos, trouxe como novidade, de forma transversal, a possibilidade de prestação de contas referentes ao uso da pensão alimentícia. Um dos pais, o qual desembolsa os valores da pensão, pode entrar com uma petição específica, solicitando a prestação de contas, com o objetivo de analisar como os valores estão sendo utilizados. Tal possibilidade, anteriormente, era, normalmente, indeferida, pelo Poder Judiciário, sendo que tal pedido só era aceito pelo magistrado nos casos nos quais a ação fosse perpetrada pelo filho em desfavor da mãe ou do pai responsável pelo recebimento da pensão.

2.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA NOVA LEGISLAÇÃO SOB O ENFOQUE DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

As famílias tradicionais vigentes até a metade do século XX são muito raras no momento atual (pai provedor e mãe dona-de-casa), isso porque a mulher vem assumindo o mercado de trabalho e o pai mais afetuoso na vida diária dos filhos, traduzindo um maior equilíbrio nas funções parentais divididas entre os dois genitores, dividindo e compartilhando entre si os deveres, a educação e a manutenção dos filhos.

Como a família mudou em decorrência das transformações econômicas, políticas, culturais e sociais, também se faz mister alterar os tipos de guarda, para cuidar dos filhos diante das profundas mudanças no relacionamento do casal, na sua ruptura no mundo contemporâneo.

Na guarda compartilhada, ambos os genitores exercem a responsabilidade sobre os filhos, podem dividir as decisões relativas aos filhos de forma conjunta, garantindo o respeito ao melhor interesse da criança. A cooperação entre os pais minimiza os problemas emocionais, escolares e sociais, levando a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência um benefício para os filhos, na compreensão dos sentimentos de perda e rejeição, e um maior ajustamento dos filhos. Os filhos se sentirão mais envolvidos mesmo com os pais estando separados, eliminando os conflitos de lealdade, dando a mesma importância a ambos e aumentando a satisfação entre pais e filhos.

O pai pode continuar envolvido na vida do filho e dividir os horários com a ex-esposa para ficarem com os filhos; a confiabilidade do ex-casal, em relação aos filhos assegura um equilíbrio para a prole. Os pais e filhos não correm os riscos de perderem a intimidade e a ligação parental, e, tendo uma relação permanente e ininterrupta com ambos os genitores, os filhos se tornarão mais equilibrados, atenuando as marcas negativas da separação. Os filhos se sentirão mais seguros e terão a convivência paterna e materna, facilitando o processo de socialização e identificação (WELTER, 2016, p. 43).

A guarda compartilhada proporciona a ambos os pais, a conservação dos vínculos afetivos, mesmo após a ruptura da relação entre o casal, oferecendo uma ininterrupta aos laços, bem como o tratamento igualitário entre os membros da família.

Com efeito, a aplicabilidade do instituto da guarda unilateral não possibilita o crescimento psíquico e “pedagógico” dos filhos e não comina aos pais o direito igualitário (estabelecido inclusive na Constituição Federal, por meio da máxima: “Todos são iguais”). É totalmente nefasto para o crescimento da criança, prejudicando o seu desenvolvimento, sendo uma contradição ao princípio do melhor interesse da criança, via de regra.

A falta de um dos pais no ambiente familiar poderá ensejar em diversos problemas às crianças sendo que os mais drásticos são a delinquência, o uso de substâncias psicoativas e problemas no aprendizado do colégio.

Esta e outras questões melhor explicadas pelos psicólogos dizem respeito à conseqüente falta de parâmetros que a criança passa a ter, quando separada de um dos genitores.

Desse modo, o exercício da guarda compartilhada pressupõe uma conciliação e convivência harmoniosa entre os pais. Caso contrário, o fato do filho possuir dois lares, em caso de dissenso entre o casal, poderá sair “contaminado” com as brigas e alienações impostas pelo casal.

No entanto, conforme pensamento de Pedro Welter (2016, p. 32), a guarda compartilhada não é um instituto de exceção, devendo ser a regra, haja vista ser mais benéfica aos filhos. Sua não concessão, conforme os ditames do caso concreto, poderá ensejar em uma ofensa à própria Constituição Federal, em seu artigo 227, haja vista a previsão constitucional da convivência em família.

Não haveria de igual modo, uma sobrecarga dos pais, visto que a guarda seria dividida de forma igualitária. A guarda unilateral poderia fazer com que a criança não recebesse os devidos cuidados, haja vista que os pais possuem outras preocupações cotidianas, tais como trabalho, família, cuidados diversos, entre outras. A criança, com a guarda compartilhada, sofreria menos risco de ficar, por vezes, de escanteio.

Nota-se que com a guarda compartilhada existe uma presença de ambos os pais na vida de sua prole. A participação da educação, cuidados,

e outras questões atinentes ao ato de “cuidar” são duplicadas, beneficiando significativamente as crianças e adolescentes. Também estaria assegurada a igualdade do homem e da mulher, prevista na Constituição Federal.

Para a jurista, a guarda compartilhada favorece o melhor interesse da criança, em virtude de sal importância para o desenvolvimento das crianças, retirando a concepção de guarda como se fosse um instrumento de posse. A guarda compartilhada, para a autora, seria uma forma democrática da participação dos pais nas vidas de seus filhos, em respeito à igualdade e a solidariedade na criação dos filhos.

Em relação aos pais este tipo de guarda proporciona uma percepção mais realista das necessidades dos filhos, ressalta a estima destes perante os pais, favorece a qualidade da relação entre pais e filhos e a divisão das responsabilidades parentais proporcionam maior segurança aos pais e oferece oportunidade de crescimento e a tomada de decisão, e reduz os recursos aos tribunais (CANEZIN, 2014, p .65).

Para os filhos propicia acesso a ambos os pais, reduzindo sentimento de perda ou abandono, diminuindo a pressão sobre as crianças que não terão de escolher entre um ou outro, elimina o conflito de lealdade, garante a manutenção de relações e ligações com as duas famílias e os avós paternos e maternos.

Uma das principais razões para a grande repercussão da guarda compartilhada em torno das legislações se deve ao fato de estabelecer uma relação continuada entre os genitores e a prole que, na maioria das vezes, se encerra de maneira considerável com a separação ou com o divórcio (SILVA, 2015, p. 32).

A guarda compartilhada não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião, o que gera, comumente, extrema agonia e desgaste emocional em virtude do medo de magoar o genitor preterido, possibilitando o exercício isonômico dos direitos e deveres relativos ao casamento e à união estável, a saber, a guarda, o sustento e a educação da prole.

A separação litigiosa por não ser feita de comum acordo, sendo normalmente associada por forte dissenso entre os pais, poderá ensejar em uma disputa desmesurada na guarda dos filhos (STRENGER, 2015).

Nesses casos a situação tende a ser mais complexa, haja vista que não existe sincronia de vontades e nenhuma das partes está interessada em abrir mão de seus interesses. Essa disputa poderá interferir na guarda das crianças, que passam a serem vítimas do dissenso entre seus pais. Observa-se que nesses casos, onde não existem consenso e compreensão mútua entre os pais, torna-se impraticável a guarda compartilhada. No entanto, quando há consenso, a guarda compartilhada é o mecanismo mais ideal.

Waldyr Grisard Filho nessa questão explica que:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos mesmos. Para essas famílias, destroçadas, deve-se optar pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas (GRISARD FILHO, 2015, p. 21).

Assim surge o que talvez seja a maior desvantagem: a guarda compartilhada poderá ensejar em alienação parental, quando ou o pai ou a mãe “contaminam” a prole com acusações entre si, gerando em seus filhos insegurança quanto ao fato de quem está falando a verdade.

A criança reprimida pela alienação parental poderá ser vítima de problemas psíquicos, os quais afetarão de maneira contundente, na maior parte dos casos, em seu crescimento psicomotor. Os resultados dessa alienação são bastante negativos, haja vista que a criança sente a perda de um padrão, o qual era um notório referencial, antes da alienação. Alguns psicológicos comparam a magnitude de tal situação à da morte de

um dos pais, ou familiares mais próximos, que seja objeto da alienação. A criança apresenta uma postura peculiar de ansiedade, mal comportamento, depressão, solidão, ausência de tranquilidade e outras nefastas consequências de cunho psíquicos (DIAS, 2014, p. 12).

A reconstituição dos laços afetivos na família quando acontece, é de forma gradual e bastante dolorida para a criança, a qual torna-se também, uma vítima desse malévolo comportamento, haja vista que aparecerá da premissa de aquele em quem mais acreditava, o alienador, o manejou, por intermédio da mentira e da dissimulação, para satisfazer seu capricho e seu desejo de destruir a concepção que a criança tem do genitor que também venha a ser vítima da alienação.

Existe uma lei que prevê a alienação parental. Assim, a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 estabelece, em seu artigo 2º, que a alienação parental consiste na interferência da formação psíquica dos infantes promovida ou induzida por um de seus genitores (incluindo aqueles que tenham a criança ou adolescente em sua proximidade). O fim dessa interferência é causar no menor um repúdio para com outro genitor (CANEZIN, 2014).

Uma das particularidades mais interessantes da mencionada Lei consiste em seu caráter prevencionista, deixando assim, cristalino à população brasileira que a ação atinente à alienação parental será rigorosamente repreendida pela norma. Ainda, os parlamentares arrolaram no artigo 2º da mencionada Lei, a conceitualização da alienação e a elucidou no parágrafo único, incisos I a VII, do mencionado dispositivo.

Da igual maneira, em seu artigo 3º, a citada lei ressalta que foco cardinal consiste no direito fundamental da convivência familiar e da dignidade da pessoa humana.

Esse ato poderá prejudicar o direito da criança e ao adolescente a ter uma convivência familiar saudável, além de prejudicar no afeto com o genitor que venha a ser vítima da alienação parental, conforme prenunciado pelo artigo 3º. Nesses casos, nos termos da mencionada lei,

sem prejuízo de outras ações, determinarem a alteração da guarda para guarda compartilhada ou a sua inversão.

A alienação parental na maior parte de sua incidência ocorre por intermédio do pai ou da mãe, ou de ambos. As ingerências na formação psicológicas da criança não ocorrem em virtude do sexo, seja masculino e feminino, mas em razão da estrutura, comportamento e a natureza do relacionamento antes da dissolução da união entre os pais (DIAS, 2014, p. 13).

Quando a alienadora for a genitora, existe um favorecimento pela imagem positiva da mesma diante a prole, considerando que convive mais tempo com os infantes, e para completar a sua figura dramática se esconde por meio das falsas premissas de protetora, cuidadosa e que se sacrifica pelos filhos, ao contrário do pai que “não gosta do filho” ou que quer “afastar o filho da mãe” ou que “tratou a mãe muito mal”, entre outras falácias.

No entanto, estas atitudes aparentemente inofensivas, são utilizadas para encobertar ações e estratégias insidiosos e ocultos com o fulcro velado de distanciar o pai de seu filho, causando danos tanto para um quanto para o outro (DIAS, 2014, p 71).

Por meio de um entendimento mais coeso dos juízes em suas decisões, nota-se que existe uma preocupação do Poder Judiciário no que se refere à existência de um relacionamento harmonioso entre os pais, para que não ocorra, entre outros problemas, a alienação parental, e suas nefastas consequências.

Eis o que se verifica no seguinte julgado, feito ainda antes da Lei nº 13.058/02014, transcrito apenas a título de ilustração:

Na solução do conflito entre os pais, quanto à guarda dos filhos menores, o Juiz deve dar primazia ao interesse dos menores. Não havendo possibilidade de acordo entre os pais, o interesse do menor deve ser auferido, pelo Juiz, sobretudo, através da análise dos sentimentos expressados pelas crianças e pela

pesquisa social, desenvolvida por psicólogos e assistentes sociais, que, com as demais provas trazidas aos autos, permitem avaliar a qualidade das suas relações afetivas, o seu desenvolvimento físico e moral, bem como a sua inserção no grupo social (TJ-PR - Ac. unân. 3658 da 6.^a Câ. Cív. julg. em 23-6-99 - Ap. 77.373-7-Ponta Grossa - Rel. Des. Accácio Cambi; in ADCOAS 8176107).

Observa-se que, por vezes, poderá ser mais interessante a utilização de outra modalidade de guarda, entre as quais as que foram previstas anteriormente, com o fito de se resguardar os infantes.

Em virtude do consignado supra, fica cristalino que para o emprego da guarda compartilhada é cogente que o casal em separação possua um relacionamento respeitoso e, de certa forma, amigável. Do contrário, o aludido instituto poderá ser um amálgama ao desenvolvimento dos infantes, prejudicando ao princípio do melhor interesse da criança.

Em consonância com a decisão anterior, outra situação tida como determinante para a não concessão da guarda compartilhada consiste no fato de dos pais residirem em municípios, ou até mesmo em estados distintos. A esse Respeito o Tribunal do Rio Grande do Sul decidiu:

TJRS, 7^a Câmara Cível, Apelação Cível, Nº 70030030399, Rel. Des Ricardo Raupp Ruschel, Dje 16/12/2009. Apelação Cível. Ação de separação judicial litigiosa. Estabelecida guarda compartilhada. Fato superveniente, que impossibilita seu exercício. Guarda fática que vem sendo exercida pela genitora, que mudou sua residência para outra cidade, levando consigo as menores. Manutenção da guarda com a genitora, evitando-se mais alterações bruscas na rotina das meninas, resguardando o direito de visitas pelo genitor. Recurso Desprovido.

No presente estudo não se encontrou divergências em julgados a esse respeito. Não obstante, verifica-se que, conforme esse último julgado, o instituto da guarda compartilhada só poderá ser efetivado se os genitores morarem na mesma municipalidade, haja vista ser difícil para a criança, mesmo por razões educacionais, residir concomitantemente em duas cidades.

Dentre os argumentos contrários à guarda compartilhada, destaca-se a questão da crítica que muitos fazem quanto à alternância de residências. Ou seja, a instabilidade que essa mudança de residência acarreta aos filhos.

O menor necessita contar com a estabilidade de um domicílio, um ponto de referência e centro de apoio para suas atividades no mundo exterior, enfim, de uma continuidade espacial (além da afetiva) e social, onde finque raízes físicas e sociais, com o qual sinta uma relação de interesse e onde desenvolva uma aprendizagem doméstica, diária, da vida. São dessas condições de continuidade, de conservação e de estabilidade que o menor mais precisa no momento da separação de seus pais, não de mudanças e rupturas desnecessárias. Os pais devem tentar manter constantes o maior número possível de fatores da vida dos filhos após a ruptura (GRISARD FILHO, 2015, p. 172/173).

Compartilhando de tal pensamento, o jurista Segismundo Gontijo critica a aplicação da guarda compartilhada e considera:

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, (...) em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em ioiôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela nalguns dias da semana e com este nos demais. Em todos os processos

ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de 'lar', sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno. Não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que, acordo envolvendo a guarda compartilhada dos filhos, não é recomendável (GONTIJO, *apud* GRISARD FILHO, 2014, p. 225-226)

Ao entender de fato os propósitos da guarda compartilhada, percebe-se que as críticas como, por exemplo, a descrita acima referem-se não à guarda compartilhada e sim à guarda alternada. Aliás, o embaraço que muitos fazem entre a guarda alternada e a compartilhada têm levado a uma rejeição desta última, simplesmente por não entenderem que não existe a exigência de alternância de lares no compartilhamento da criação dos filhos.

Tal crítica é facilmente rebatida ao raciocinar que a guarda compartilhada não significa necessariamente a alternância de lares, portanto. Quintas (2009, p. 97) observa que “a criança alternar a casa dos pais é uma possibilidade dentro da guarda compartilhada e não uma característica desta, que impeça a sua aplicação, podendo a mesma ser adotada com uma residência fixa para os filhos”.

No mesmo sentido é a lição de Lopes:

A desinformação de muitos sobre esse regime de guarda proposto iniciou uma polêmica, pois se pensou que, com a adoção da guarda compartilhada, os filhos menores permaneceriam por um período na casa da mãe e por outro período na casa do pai, o que dentre outros malefícios, dificultaria a consolidação de hábitos na criança, provocando instabilidade emocional. Esse receio não tem qualquer fundamento, já que, conforme explicitado, a guarda compartilhada pressupõe a permanência do menor com um dos pais. Contudo, a guarda compartilhada torna mais efetiva a participação do

não detentor da guarda na vida dos filhos, já que o tira da figura de mero coadjuvante, e, por vezes, de simples provedor financeiro (LOPES, 2016, p. 124).

Outro grande argumento contrário a guarda compartilhada é o que levanta a questão de que, na prática, a guarda compartilhada só funciona quando pais e mães se entendem. Dizem os opositores que não há possibilidade de compartilhamento da criação dos filhos naquelas situações onde os pais já estão desgastados e traumatizados pela longa e dolorosa batalha judicial, onde não existe mais espaço para conversas amigáveis e solucionáveis, e sim rancor e ódio um pelo outro.

Obviamente, reconhece-se que não há solução única e perfeita, uma vez que, cada caso tem suas particularidades, que devem ser observadas e consideradas no caso concreto. Contudo, vale ressaltar a flexibilidade que a guarda compartilhada possibilita. Ademais, o que realmente deve ser levado em consideração para a determinação do tipo de guarda a ser fixada é aquela que melhor atende aos interesses do infante (LISBOA, 2015, p. 101).

Uma das dificuldades encontradas quando da aplicabilidade da guarda compartilhada, diz respeito ao relacionamento entre os pais. Muitos acreditam que a guarda compartilhada só é possível se os ambos os cônjuges estiverem de acordo. Aliás, pode-se afirmar que tal posicionamento tem imperado junto às decisões judiciais.

Tanto doutrina quanto jurisprudência têm caminhado no sentido de entender que a guarda compartilhada está condicionada ao acordo entre os pais, enquanto que, na verdade, ela deveria ser vista como forma de proporcionar a convivência dos filhos com ambos os pais, forçando inclusive uma cooperação entre estes (CANEZIN, 2014).

Indiscutivelmente, embora não deva ser imposto como requisito para a concessão da guarda compartilhada, a comunicação entre os pais é fundamental para que tal modalidade de guarda alcance seus propósitos. É importante que exista entre os pais no mínimo um diálogo, pois é a partir

da comunicação, do entendimento e da cooperação entre os genitores, que se viabilizará com maior sucesso a responsabilidade conjunta.

Não havendo tal cooperação entre os genitores a guarda compartilhada fica comprometida. Ou seja, é importante a comunicação entre os pais, pois é a partir dessa comunicação que se pode estabelecer a responsabilidade conjunta.

Em que pese ser vista como um instituto complexo, não pode a guarda compartilhada ser adotada maneira generalizada, mas sim observando as particularidades de cada caso concreto, levando-se em conta cada contexto familiar. Nada obstante, o magistrado deve estimular a aplicação da guarda compartilhada, reservando à guarda exclusiva somente às situações em que realmente a guarda compartilhada não atenda o melhor interesse do infante.

Enfim, a guarda compartilhada deve vista como um importante instrumento de permite a continuidade dos laços afetivos com ambos os genitores, sem afastamento daquele que não detém a guarda, como costuma ocorrer com a guarda exclusiva.

3 CONCLUSÃO

O direito de família, assim como os demais ramos do direito, passou por profundas mudanças ao longo dos tempos. Mudanças essas originárias da própria evolução da sociedade, que refletem naturalmente no ordenamento jurídico, impulsionando a edição de novas leis. Até meados do século XX, o conceito de família era fortemente caracterizado pela hierarquia, onde o poder familiar era concentrado na figura paterna, calcado fundamentalmente na questão patrimonial, já que este era o provedor único da família, enquanto ficava a cargo da mãe os cuidados e atenção aos filhos.

Atualmente prevalece a igualdade de sexos, permitindo que as obrigações referentes aos cuidados dos menores sejam exercidas, conjuntamente, por ambos os pais. Assim, na situação de dissolução

conjugal, nenhum dos pais deve ser tolhido do poder familiar, já que este é inerente à condição de parentalidade.

Os filhos passam a ser sujeitos de garantias e direitos, devendo sua integridade física, psíquica e moral, serem resguardadas pelos pais, aplicando-se, pois, o princípio do melhor interesse do menor, instituto tão importante para o crescimento e desenvolvimento saudável do menor.

Conclui-se, através desse estudo que a guarda compartilhada possibilita o convívio do menor com ambos os pais, a participação e responsabilidade de ambos os pais com os filhos, seja na vida privada, seja no campo afetivo, seja na vida escolar, e ela diminui a perda que a separação do casal causa à criança.

Ao focar o interesse da criança, ou seja, ao priorizar o interesse da criança, certamente a melhor opção é a guarda compartilhada. A criança se sente mais amparada em diversos aspectos, porque os dois genitores permanecem, ainda que separados entre si, interessados e participativos da vida do filho.

Lamentavelmente, tal instituto ainda é alvo de muitas restrições, não tendo conquistado o patamar que merece.

É necessário o reconhecimento da importância dessa lei, para que ela deslanche e se edifique, servindo para os seus propósitos. Infelizmente, ainda não há no Brasil considerável mudança de mentalidade. Basta observar as decisões judiciais, para perceber que ainda há a prevalência da mãe na guarda dos filhos.

A guarda compartilhada, assim como qualquer outra modalidade de guarda, também expõe pontos adversos. Afinal, o que funciona bem com uma família pode não se confirmar como a melhor opção para outra.

Não resta dúvida de que para alcançar plenamente o objetivo pretendido, é fundamental haver uma maior compreensão e colaboração entre os pais. Assim, o ideal é que os pais estejam dispostos a coibir seus

conflitos a fim de proporcionar uma convivência saudável com os filhos, em prol do melhor interesse dos infantes.

4 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 7, n. 31, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em Acesso em 23 de setembro de 2017.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em Acesso em 23 de setembro de 2017.

_____. **Código Civil.** Disponível em Acesso em 23 de setembro de 2017.

_____. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.** Disponível em Acesso em 23 de setembro de 2017.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n.28, v.6 2014.

DIAS, Arlene Mara de Souza. **Guarda Compartilhada.** Revista Jurídica Consulex, Ano XIV, nº. 321, junho de 2014. Ibidem. p.47.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias.** 3ªed. Ver. atual e ampla. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada.** 2. ed. ver., atul. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 130.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar do direito civil**. 2 ed . São Paulo: revista dos tribunais .2015.

LOPES, Claudia Baptista. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MADALENO, Rolf. **A lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Método, 2014.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2015.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: LTr, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ - TJ-PR - Ac. unân. 3658 da 6.^a Câm. Cív. julg. em 23-6-99 - **Ap. 77.373-7**-Ponta Grossa - Rel. Des. Accácio Cambi; in ADCOAS 8176107

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL -TJRS, 7^a Câmara Cível, **Apelação Cível, Nº 70030030399**, Rel. Des Ricardo Raupp Ruschel, Dje 16/12/2009.Apelação Cível.

WELTER, Belmiro Pedro. **Guarda compartilhada**: um jeito de conviver e de ser em família. In: Guarda Compartilhada. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2016.

[1] Professor do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ALIENAÇÃO PARENTAL: DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

ARIELI MONIQUE MACHADO:
Bacharelanda do Curso de Direito
Universidade Brasil.

DR. MARCO ANTONIO COLMATI LALO

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo indagar a Alienação Parental com base na disposição evidenciada, a caracterização do ato atípico e os danos causados às vítimas, enfatizando a criança e adolescente e os direitos inerentes a elas. Corroborando estudos de leis, artigos e doutrinas que tratam com veemência do tema abordado.

Palavras-chave: Alienação. Parental. Direito. Criança. Família.

ABSTRACT: The purpose of this article is to investigate Parental Alienation based on the evidenced disposition, the characterization of the atypical act and the damages caused to the victims, emphasizing the child and adolescent and the inherent rights to them. Corroborating studies of laws, articles and doctrines that deal vehemently with the topic addressed.

Keywords: Alienation. Parental. Right. Child. Family.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1.Conceito de Família. 2.2.Direitos da criança e do adolescente e o direito a convivência familiar. 2.3. Alienação Parental. 2.4. Diferença entre Síndrome da Alienação Parental e Alienação Parental. 2.5. O Comportamento do Genitor Alienador. 2.6. Guarda compartilhada. 2.7. As consequências para a criança e adolescente. 2.8. Procedimentos da alienação parental. 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Alienação Parental versa sobre os direitos da criança e do adolescente quando estes são utilizados como instrumentos de vingança por um dos seus genitores com o intuito de romper os laços familiares

entre os filhos e o alienado. Um assunto ainda pouco tratado uma vez que não há um vasto conhecimento e divulgação de sua matéria.

Não se pode falar em alienação parental sem tratar do conceito de família, direito da criança e adolescente, e o direito de convivência familiar e guarda compartilhada. Sendo que, para haver um caso, necessariamente tem que existir relações familiares que, por algum motivo, houve o rompimento dos laços matrimoniais e conseqüente a uma disputa pela guarda dos filhos.

Diante do elucidado será realizado um estudo das Leis e Doutrinas para estabelecer um entendimento sobre alienação parental e a diferença entre Síndrome da alienação parental, alienação parental, a conduta do alienador, as conseqüências sofridas e os procedimentos a serem tomados.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Conceito de Família

A palavra família originou-se em Roma e vem do latim “famulus” que, na época, foi criada para estabelecer pessoas submetidas à escravidão. Para definir laços sanguíneos utilizava-se o termo “família natural”. Se tratando de família não se pode definir um conceito concreto, uma vez que família é uma definição variável e que está em constante transformação com a evolução da sociedade, religião e da economia.

Todo individuo se forma a partir de uma relação entre dois seres humanos. Ou seja, família é a formação de um grupo, de duas ou mais pessoas, que habitam o mesmo lugar e que possuem algum grau de parentesco, ou unidos por algum laço. União esta que era findada apenas pelo casamento matrimonial, que não eram realizados mediante afetos, mas sim pelos interesses econômicos da família, obrigando os nubentes a se unirem em nome da linhagem.

O Código Civil brasileiro de 1916, em seu artigo nº 233 e seus incisos, faziam menção ao regime matrimonial onde o marido era o chefe

da família. Incumbido da administração patrimonial, representação da mulher e dos filhos e sobre as demais decisões que se direcionassem a família, ficando a mulher e os filhos com o dever de obediência ao esposo.

Conforme o explanado, entende-se que a esposa e as proles eram pessoas sem direitos e submetidos a um regime hierárquico, onde só lhes cabia o cumprimento das ordens do chefe da família. O pai tinha poderes absolutos sobre os filhos, cabendo a ele o poder de decisão até mesmo sobre a vida e a morte de seus descendentes. As mulheres saíam do domínio de seus pais para o domínio de seus maridos e se dedicavam aos afazeres domésticos. A lei da época não conferia, às mulheres, direitos igualitários aos de seus esposos.

Selada a união matrimonial não se podia falar em separação de corpos, uma vez que era estritamente proibido o divórcio, obrigando as partes a se manterem unidas por toda a vida. Decisão esta com previsão legal na CF onde dispõe “O casamento é indissolúvel” (§1º do artigo nº 175 da CF de 1967).

Só houve possibilidade legal que o casamento poderia ser dissolvido em 28 de junho de 1977 através da emenda Constitucional n. 09 que altera o §1º do artigo nº 175 da CF/67.

Mesmo com a alteração e a presciência do rompimento matrimonial, ainda ficavam os consortes aos casos acoplados em lei. Isto é, por mais que fosse permitida a separação, ficava ainda as partes sujeitas a uma disposição legal que deveriam se enquadrar para haver a possibilidade da desunião.

Atualmente entende-se que a constituição de uma família tornou-se algo opcional e individualista, permitindo a parte interessada a escolher o cônjuge, ter laços afetivos, se separar e traz também direitos proporcionais ao marido, esposa e filhos. A família pode ser constituída não somente por um homem e uma mulher como também por casais homoafetivos, mãe e filho, pai e filho entre outros.

2.2. Direitos da criança e do adolescente e o direito a convivência familiar

Antes da promulgação da CF/88 as crianças e adolescentes não tinham direitos plenos assim como os adultos, os referidos eram submetidos a um direito denominado irregular, onde os menores eram considerados “inferiores” aos adultos.

Com a instituição da CF/88, esse estado foi alterado conferindo à criança todos os direitos inclusive aqueles que diferem dos adultos, os direitos especiais, uma vez que a criança é um ser humano em formação e exige cuidados especiais de proteção incumbindo ao Estado, sociedade e a família todas as obrigações. O não cumprimento destas ficou sob sanções a serem aplicadas aos descumpridores da lei.

A família é o ambiente na qual a criança encontra o primeiro contato com a vida social. Devido sua proximidade, compreendem mais profundamente quais as suas necessidades, deficiências e capacidades, pois nesse convívio próximo, a facilidade na exposição de prováveis problemas e necessidades, a torna apta a primeira proteção da criança. Havendo omissão por parte da família ao cumprimento da lei ou adotar uma conduta, no qual poderão resultar graves prejuízos à criança e adolescente, ficará o estado, a sociedade e a comunidade responsáveis por tomar as medidas e providências cabíveis para o devido cumprimento legal dos direitos enumerados na CF/88.

Foi a primeira vez na história da legislação brasileira que houve a previsão legal que a criança e adolescente possuíssem direitos absolutos. Ao corroborar o exposto acima, insta transcrever Souza (2017, p. 80):

“É importante registrar que o Brasil acerta o passo com a história ao elaborar a Constituição federal de 1988. Várias mobilizações, de diversos setores da sociedade, foram realizadas para que os direitos da criança e do adolescente fossem

garantidos. Por isso, alterou-se o enfoque da legislação menorista presente naquela época, abandonando-se a Doutrina de Situação Irregular e, de forma inovadora, estabelecendo o novo paradigma de Doutrina da proteção Integral”.

A Carta Magna de 1988 regulamentou, em seu artigo nº 227, que a criança e adolescente tem direito a vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e a convivência familiar e comunitária, priorizando esses direitos e apontando os responsáveis pelos direitos ali imputados.

Em 1990 foi sancionado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para assegurar-lhes efetivação da norma constitucional, que tem como matéria estatutária a proteção aos menores de 18 anos, tendo como objetivo resguardar a família, oferecendo auxílio material, moral e educacional.

Denota-se que as mudanças na legislação, para tornar os menores sujeitos de direitos plenos, foram muitas e cabe salientar o direito a convivência familiar, posto que a família possui um papel muito importante e relevante na formação da sociedade.

O direito de ser criado pela família natural está estampado no artigo nº 19, Estatuto da criança e do Adolescente, que diz:

“É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

O convívio no seio familiar é julgado de suma importância, visto que os primeiros liames de afeição se formam na família, propiciando a garantia da integridade física e mental. A criança precisa dos pais, não somente para a concepção, mas também para os cuidados durante toda a sua formação e educação.

A criança é um ser com uma sensibilidade muito aguçada. A facilidade de captar e absorver sentimentos e comportamentos a sua volta é muito grande. Com base nisso, verificamos que a família é crucial na criação e educação do infante-juvenil, uma vez que é no conforto da família que o caráter da criança será construído, e nela os direitos fundamentais são garantidos.

2.3. Alienação Parental

O período que antecede a Carta Constitucional de 1988 não fazia previsão da dissolução matrimonial, e havendo desquite, a guarda da criança era dada a aquele que fosse julgado inocente. Ou seja, o detentor da criança a obtinha como “prêmio”, punindo severamente o culpado com a perda definitiva da guarda da criança.

Agora a entidade da estrutura familiar modificou-se, visto que a legislação protege todos os cidadãos e garante-lhes o direito a felicidade, permitindo o rompimento conubial a qualquer momento, tornando-se cada vez mais comum a formação de família monoparental.

A separação por mais querida que seja por pelo menos uma das partes atinge diretamente todo o grupo familiar, especialmente os filhos. A ruptura decorre de contenda conjugal enfrentada pelo casal, que só é solucionada com a dissolução judicial amigável ou litigiosa.

E quando ocorre a dissolução conjugal existe a possibilidade de haver sentimentos de raiva por parte dos pais, mediante ao fracasso na relação. A prole tem que ser protegida e todos os seus direitos resguardados, uma vez que a separação pode resultar no afastamento entre pais e filhos, obstando a criança ao usufruto do direito a convivência familiar.

Visto que os direitos conferidos a criança e adolescente são conceituados como causa pétrea e, se submetidos a um convívio litigioso, não poderá sobrepor os interesses de outrem em cima destes. Havendo sobreposição e interferência na formação psicológica da prole, por um de

seus genitores, com o intuito de atingir o outro, caberá sanções previstas na lei nº 12.318/2010.

A referida lei dispõe sobre Alienação Parental, que é tipificada quando dissolvido o casamento, um dos cônjuges, denominado ex-cônjuge alienante, sente um grande desejo de punir o outro e para ter êxito no seu propósito utiliza o(s) filho(s) como ferramenta de vingança contra o cônjuge, denominado ex-cônjuge alienado.

As práticas familiares passaram por grandes transformações, hoje a mulher assumiu mais responsabilidades, trabalham fora e estudam, em contrapartida o homem participa mais das tarefas do lar e cuidados com os filhos. E por conta disso, havendo separação conubial, as disputas pela guarda dos filhos se intensificaram, estabelecendo a guarda compartilhada, horários flexíveis, visitas com mais habitualidade, tudo para dar garantia ao direito de convivência familiar à prole.

É certo que todos quando se casam, depositam sua fé em uma relação perdurável que resistirá por toda a vida, sendo essa uma das maiores justificativas para os sentimentos de decepção e magoa vivenciada por aquele que foi surpreendido com o fim da relação. O sentimento de abandono e rejeição é que move o alienante a assumir uma conduta que venha a prejudicar o outro.

O ato da alienação parental está comumente com aquele que detém a guarda do filho, que manipula a prole para que sinta raiva ou ódio do outro intencionalmente. Sendo usualmente deferida a guarda as mães, são elas as que mais praticam a alienação parental, mas não é uma regra, podendo ser o alienador o pai, os avós dentre outros. Nesse passo é todo oportuno trazer o que diz o artigo 2º da Lei nº 12.318/10:

“Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenha a guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause

prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculos com este.”

A conduta adotada pelo alienador atinge diretamente o comportamento da criança e na sua formação psíquica, muitas vezes sem fundamento algum, implanta na criança dúvidas sobre o caráter e conduta do alienado, trazendo para si a criança e, em conjunto, agem para prejudicar de forma direta o outro genitor.

A criança nem sempre consegue discernir o que é o certo do errado, e é nessa fraqueza que o alienador consegue impor suas verdades de forma incessante à prole, tomando tudo o que lhe é dito como verdadeiro.

Com base no que foi proferido insta dizer que a lei da alienação parental é de suma importância. A conduta adotada fere diretamente a Constituição Federal de 1988, em razão do artigo nº 227, que faz previsão que os pais ou os responsáveis legais têm a obrigação de garantir todos os direitos conferidos a criança e adolescente. Direitos esses que inclui o direito a convivência familiar, os efeitos causados à criança podem ser irreversíveis e a identificação precoce pode extinguir, ou aliviar, os prejuízos sofridos pelas partes vitimadas.

2.4. Diferença entre Síndrome da Alienação Parental e Alienação Parental

A síndrome da alienação parental (SAP) é um termo criado pelo psiquiatra infantil Richard A. Gardner, em meados de 1980, que pormenoriza o distúrbio sofrido pela criança que nutre, sem fundamento algum, sentimentos negativos a um dos seus genitores. Concerne a fatores emocionais que corresponde aos malefícios sofridos pelo menor, comumente identificado nos casos de disputas de custódias, onde o seu guardião desempenha uma campanha degenerativa contra o alienado, com a intenção de dificultar ou romper os laços deste com a criança.

A síndrome reporta ao comportamento da criança que recusa, perseverantemente, a perdurar qualquer tipo de contato com o genitor alvo sem justificativa, que incontinentemente sofre com a separação dos pais. O seu comportamento é um agravante da influencia sofrida por parte de seu guardião que semeia “falsas memórias” e a criança aceita tudo como se fosse verdadeiro.

Diferente da alienação, que corrobora o afastamento do filho com um dos pais mediante a intervenção do guardião da criança, a síndrome advém deste. Ou seja, a SAP é o resultado da tipificação da alienação sofrida pela criança, ou seja, é uma patologia referente à criança e os danos e sequelas causados a ela.

2.5. O Comportamento do Genitor Alienador

A identificação e caracterização da alienação parental se dá a partir do reconhecimento do comportamento do alienador que são inúmeros, pois o alienante pode ser muito criativo e o campo explorado por ele pode ser inimagináveis e de difícil entendimento, pois apesar de geralmente os casos de alienação serem movidos pelo mesmo objetivo, afastar e romper os laços do alienado com a criança, o comportamento é variado a cada caso.

O progenitor, ao conseguir êxito nos seus objetivos, assume total controle sobre a criança, detendo-a como sua propriedade e o alienado passa a ser considerado um intruso que deve ser evitado pelo infante. Para o alienante a questão contra o genitor alienado torna-se caso de vida ou morte e deter a criança para si torna-se essencial.

Quando o alienador depara-se com um especialista, tenta a qualquer custo ocultar seus atos temendo ser descoberto, mas acaba caindo em contradições, e também é possível identificar o comportamento através de gestos articulados pelo mesmo, como exemplo, enquanto os olhos choram a boca sorri dentre outros aspectos da linguagem corporal.

Cabe também salientar que nem sempre a conduta assumida pelo alienador é percebida por ele, muitas vezes trata-se de má interpretação e

acaba tomando um sentido errôneo, resultado da cessação da vida conjugal e outras causas similares. Entende-se que a ação praticada é intencional, só não é analisada, pensada nas consequências e danos que podem resultar em função de seus atos.

Quando identificada a alienação parental é característico a similaridade da personalidade hostil e o sentimento de raiva evidente, tornando as proles vítimas fáceis para o êxito de suas manipulações.

A melhor forma de identificação dar-se-á na conduta padronizada no progenitor alienante, como: desonrar, caluniar, manchar a imagem do alienado, organizar atividades variadas para o dia de visitas de modo a distrair a prole para desmerecê-las ou inibi-las, ocultar informações importantes referente aos filhos, tomar decisões sem o consentimento do outro, coagir a criança a decidir entre um e outro enfatizando as implicações se a escolha não for o alienado, exterioriza arguições mentirosas de abuso sexual, uso de produtos ilícitos e álcool, presenteia com uma frequência maior e em contrapartida destrói ou cuida mal dos presentes que o genitor alienado dá à criança, não permite que seja levado para a casa do outro os pertences de maior afeição da criança, apresentar novo afeto à prole e nomeá-lo seu novo pai ou nova mãe, ocultar e interceptar cartas, e-mails, ligações e presentes com destino ao infante, incluir terceiros nas manipulações, dentre outras atitudes.

A lei que regulamenta a alienação parental, em seus incisos do artigo 2º, faz menção a um rol de comportamentos caracterizados pelo alienante, são eles:

“I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;”

Quando o alienador visa prejudicar a convivência da criança com o alienado, desqualificando e denegrindo a imagem deste perante a prole.

“II - dificultar o exercício da autoridade parental;”

Agir com individualidade em relação as decisões inerentes à criança de modo a desautorizar e excluir a autoridade do progenitor alvo.

“III - dificultar contato da criança e adolescente com genitor;”

Criar obstáculos para a criança e o alienado não manter contatos com o intuito de haver ruptura dos laços afetivos, impedimento de qualquer ligação, fora o estabelecido judicialmente.

“IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;”

Decorre dos descumprimentos dos horários estipulados judicialmente, utilizando-se de pretextos para impedir a convivência familiar, se beneficiando de métodos de chantagem aplicados à criança.

“V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;”

Com a expectativa de distanciar o filho do outro, comete a omissão de informações de fatos importantes sobre a criança, fatos esses que podem ser sobre saúde, rendimento escolar, mudança de endereço, feitos da criança, entre outros.

“VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência da criança ou adolescente;”

Pode-se dizer que, de todas as possibilidades, esta seria a mais cruel e agravante artimanha utilizada pelo cônjuge alienador, usada geralmente quando falharam as outras alternativas. O alienador aponta falsa denúncia inclusive de abuso sexual, praticado pelo alienante contra a criança. Podendo causar sequelas permanentes no menor, uma vez que ela pode absorver isso e criar falsas memórias.

“VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com outro genitor, com familiares deste ou com avós.”

A mudança de domicílio para um local distante, sem justificativa, é utilizado como ferramenta para facilitar o afastamento afetivo.

É importante destacar que estas hipóteses são meramente exemplificativas, podendo ser identificados outros tipos de comportamentos com a objeção de afastar o filho do alienado, caracterizados pelas análises realizadas nos alienadores. A prática desses atos também pode ser aplicados em situações diferentes à ruptura da união conjugal, ocorrendo também a alienação durante o vínculo conubial.

2.6. Guarda compartilhada

Com a separação conubial os interesses da criança têm que ser resguardados, para manter esses direitos, com maior atenção ao direito a convivência familiar, foi sancionada a Lei nº 13.058/2014 que estabelece o significado da expressão “Guarda Compartilhada”.

O convívio familiar é de suma importância para criança, trazendo benefícios para a sua formação e a compreensão do real significado da palavra união e solidariedade familiar, com respaldo a futuros conflitos nupciais na sua vida adulta.

Com fulcro nesses preceitos, a legislação brasileira através da guarda compartilhada, regulamenta a divisão da guarda entre os pais, com sua aplicabilidade obrigatória em relações litigiosas, estabelecido em seu artigo 2º que diz:

“quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

Com objetivo de resguardar a criança, a lei garante aos pais o direito igualitário de condições ao exercício da guarda dos filhos nos casos de rompimento conubial. A sua aplicação também objetiva a prevenção de alienação parental, na ocorrência de contendas familiares.

A guarda compartilhada será aplicada mesmo sem o consenso dos pais, que pode cair em desuso, podendo ser regulada de forma diferente quando o conflito dos pais ultrapassarem o mero dissenso, em razão de sua imaturidade ou quando os interesses deste prevalecer sobre o da criança, causando prejuízo no desenvolvimento saudável da prole. Com base no descrito insta salientar Souza, (pg. 137 2017):

“É importante destacar que a guarda conjunta apresenta uma dificuldade prática, pois comumente os casais não conseguem manter um apropriado relacionamento após a ruptura da vida conjugal. Porém, mesmo com as dificuldades na prática da guarda compartilhada, a guarda unilateral produz um maior espaço para o desenvolvimento de uma alienação parental, visto que a convivência da criança ou do adolescente permanece desequilibrada entre os genitores”.

2.7. As consequências para a criança e adolescente

As consequências da alienação parental recaem sobre todos os envolvidos, inclusive sobre o alienador. Porém seu maior impacto incide sobre a criança, uma vez que esta é mais vulnerável, visto que possui menos recursos de defesa e de autoimunidade.

Quando o alienante obtém êxito no seu propósito e o alienado se afasta da criança, o saudável desenvolvimento dela já estará comprometido e a reconstrução desta relação, se possível, exigirá um esforço que se arrastará por longos anos.

Os efeitos causados em consequência da alienação parental podem não ser imediatos, com a possibilidade de surgir na idade adulta, e

seu resultado tende a ser o padecimento pela culpa de ter participado de uma grande injustiça em relação ao alienado. Em contrapartida, a criança terá como modelo exclusivamente o genitor alienante, dessa forma, em seu futuro, propenderá a refazer os passos de seu genitor.

O afastamento por parte de um de seus genitores causa grave desamparo psicológico na criança, somados com sentimentos negativos em relação a este, quiçá perderá o interesse e rejeitará manter qualquer vínculo sem motivo aparente, conduta que será praticada por muitos anos, resultando graves sequelas ao infante.

Os males sofridos pela conduta de um dos seus genitores têm reflexos, não somente na figura psíquica, como também nos fatores comportamentais, podendo haver uma variação nas implicações sofridas, considerando a idade, perfil da sua personalidade e a intensidade e frequência que se é aplicada as manipulações sobre a criança.

A criança que sofre desse mal pode desenvolver e apresentar problemas como: depressão crônica, dificuldade de adaptação em ambientes sociais comuns, transtorno de identidade e imagem, agressividade, ansiedade, desorganização, desespero, culpa, sentimento de isolamento, dupla personalidade, pré-disposição ao suicídio e, ao atingirem a idade adulta, inclinação ao consumo de álcool e as drogas.

Os malefícios serão os mais diversos possíveis, de modo que fica evidenciado que a pratica da alienação parental desencadeará graves prejuízos, refletindo diretamente na criança que poderá se perdurar por toda a sua vida, os danos podem, ou não, serem reversíveis, fica a critério de cada caso em concreto.

2.8. Procedimentos da alienação parental

A lei nº 12.318/2010 define em seu artigo 2º que o ato de alienação parental dar-se-á a partir da interferência na formação psicológica da criança e adolescente, mediante manipulações imediação pelo que detém a guarda da prole para que haja o rompimento de vínculos e laços afetivos contra genitor.

Quando caracterizado a tipificação da conduta, deve o alienado buscar o entendimento pelo bom senso, recorrendo ao apoio psicossocial para a vítima e iniciar tratamento psicoterapêutico. No caso da recusa do alienante em colaborar e restabelecer uma relação saudável, esgotados os meios paralelos, caberá ao alienado ingressar com uma ação ao Juízo da Vara da Família, Infância e Juventude para que seja o mediador e executor dos procedimentos cabíveis.

Denota-se que o judiciário deve ser o ultimo recurso. Quando utilizado terá um peso decisivo na solução de conflitos familiares. No cenário jurídico, já possui muitas ações que reconhecem a alienação parental nas contendas familiares, contudo ainda existem barreiras para a identificação e reconhecimentos da alienação em processos.

Com indícios de pratica abusiva e julgado necessário pelo juiz, o reconhecimento ficará condicionado a laudo psicológico e biopsicossocial, que será baseado em avaliações e entrevista pessoal com as partes. Comprovado os atos atípicos da alienação, ficará o progenitor alienante sujeito as medidas previstas no artigo nº 6 da referida lei que, de acordo com a gravidade do caso, pode variar, desde uma advertência até a suspensão da autoridade parental.

3. CONCLUSÃO

Nem sempre, no ordenamento jurídico, existiu o reconhecimento dos direitos e garantias da criança e adolescente, considerado hoje um feito, que foi proporcionado mediante intensos obstáculos. A composição da família era definida de outra forma que, com o passar dos anos, modificou-se e moldou-se, priorizando e colocando à frente os interesses do menor e reconhecendo a obrigação conjunta em prol à garantia dos direitos fundamentais inerentes a criança.

A lei nº 12.318/2010 visa resguardar o direito à convivência familiar, pois é no seio da família que a criança se desenvolve, devendo ser proporcionada a uma relação harmoniosa e sadia. Para assegurar esse direito, houve a necessidade de mecanismos para pô-los em prática

quando esses fossem violados de alguma forma, inclusive em disputas judiciais resultantes de conflitos conjugais.

O que refere à família são os cuidados que os adultos devem possuir em relação aos filhos, para obter êxito na preparação para a vida adulta e estruturação da sua personalidade. Obrigação esta incumbida aos pais, ou detentores da guarda da criança e adolescente e, quando frustrados, esses cuidados podem resultar em sérios danos.

Na ocorrência de separação matrimonial a criança deve ser protegida, visto que ela sofre com os resultados advindos deste, inclusive quando é utilizada como instrumento de vingança por um dos seus genitores para atingir o outro. Considerado uma forma de abuso e, quando caracterizado, deverá ser levado ao conhecimento do sistema judiciário, mediante a intervenção da família e, no caso de negligência desta, caberá a sociedade ou ao estado a responsabilidade, para que seja evitado ou amenizado o sofrimento e/ou danos maiores à criança.

Os pais devem se conscientizar acerca da responsabilidade que detém sobre a criança na sua formação e desenvolvimento. Adotar uma, ou mais, condutas tipificadas na alienação parental resultará em grandes prejuízos à prole.

Assim sendo, deve ser feito um estudo aprofundado das condições que possibilitaram comportamentos divergentes aos previstos em lei, sua maior aplicabilidade e maior divulgação da matéria, para que possa ser sanado da sociedade, qualquer vestígio que venha a por em risco a integridade física e psíquica da criança e adolescente.

REFERÊNCIAS

Associação brasileira de normas técnicas – ABNT. NBR 10719: apresentação de relatórios técnico-científicos. Rio de Janeiro, 1989. 9 p.

[Augusto, Luis Fernando. A evolução da idéia e conceito de família. Disponível em > Acesso em novembro de 2017.](#)

BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acessado em novembro de 2017.

BRASIL. Emenda nº 9, de 28 de junho de 1977. Brasília, DF: Senado Federal, 1977. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior_1988/emc09-77.htm> Acesso em novembro 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em Acesso em novembro de 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em novembro de 2017.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em novembro de 2017.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Brasília, DF: Senado Federal, 2014. Disponível em Acesso em novembro de 2017.

Hernandez, Erika Fernanda Tangerino; Gonzales, Gustavo Henrique Oliveira Pereira; Stevanato, Naira Junqueira. O direito à convivência familiar e comunitária e suas implicações no poder familiar. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2530&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em novembro de 2017.

JusBrasil. Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11472170/artigo-233-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>> Acesso em novembro 2017.

Moreira, Marina. Síndrome da Alienação Parental: O direito e a psicologia. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8794/Sindrome-da-alienacao-parental-o-direito-e-a-psicologia>> Acesso em novembro de 2017.

Silva, Denise Maria Perissini. A nova lei da alienação parental. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9277> Acesso em novembro de 2017.

Souza, Juliana Rodrigues de. Alienação parental sob a perspectiva do direito à convivência familiar. 2ª edição/ Juliana Rodrigues de Souza – Leme/SP: Mundo Jurídico, 2017.

Wikipedia. Síndrome da alienação parental. Disponível em Acesso em novembro 2017.

A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO SERVIÇO PÚBLICO

TAINÁ BELO PAZ DA SILVA:
Bacharelanda do Curso de Direito da
Faculdade Católica do Tocantins.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA

(Orientadora)[\[1\]](#)

Resumo: O presente artigo retrata os mandamentos impostos pela Constituição da República Federativa do Brasil, seus princípios e regras inerentes à admissão em concursos públicos de provas e de provas e títulos. Focar-se-á na necessidade de aprovação em concurso para o ingresso no serviço público. Junto também será feita a exposição do referido na Lei 13.429/17, a qual não faz restrição à atividade terceirizada em cargo público, autorizando a prestação do serviço tanto na atividade meio como na atividade fim. Será indagado aqui a contraditoriedade do disposto na referida Lei com relação à Carta Magna, comparando-as. Utilizou-se o método dedutivo e concluiu-se que o disposto na nova lei de terceirização de nº 13.429/17 não propicia tratamento igualitário aos cidadãos, não oportunizando a todos a possibilidade de ingresso em cargos de carreira pública, colocando o interesse público subsidiário ao interesse privado e ferindo desta forma os princípios constitucionais da Administração Pública impostos no artigo 37.

Palavras-chave: concurso público; administração pública; terceirização.

Abstract: This article portrays the commandments imposed by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, its principles and rules inherent to admission to public examinations of evidence and evidence and titles. It will focus on the need for approval in competition for entry into the public service. Also mentioned will be the exposition referred to in Law 13.429 / 17, which does not restrict the outsourced activity in public office, authorizing the provision of the service both in the middle activity and in the end activity. The contradiction of the provisions of said Law with respect to the Magnum Letter will be investigated, comparing them. The deductive method was used and it was concluded that the provisions of the new law

of outsourcing nº 13.429 / 17 do not provide equal treatment to citizens, not allowing everyone the possibility of entering public career positions, placing the public interest subsidiary to the private interest and thus injuring the constitutional principles of the Public Administration imposed in Article 37.

Keywords: public tender; public administration; outsourcing.

Sumário: Introdução. 1 Basilares Do Direito Do Trabalho. 2 Terceirização Trabalhista. 3 Atividade Fim e Atividade-Meio. 4 Terceirização Na Administração Pública Do Brasil. 5 Princípios da Administração Pública. 5.1 Princípio da Legalidade. 5.2 Princípio da Impessoalidade. 5.3 Princípios da Moralidade. 5.4 Princípio da Publicidade. 5.5 Princípio da Eficiência. 6 Concurso Público. 7 Nova Lei de Terceirização e a Constituição Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 37, I e II dispõe que cargos empregos e funções públicas da Administração Públicas são acessíveis à todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. E estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, excetuando-se as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Veja-se que qualquer outra forma de ingresso no serviço público sem a instituição igualitária de realização de concurso vai de contra com o proposto na Carta Magna.

Em outra vertente há a chamada terceirização, que permite a alocação de servidores sem a realização de concurso. Até o presente ano, o serviço terceirizado só era permitido na prestação de serviços na atividade meio e não para cargos públicos. Entretanto em 31 de março de 2017 foi instituída a Nova Lei de Terceirização de nº 13.429, a qual não limitou a área de atuação do serviço terceirizado, abrangendo desta forma até no ingresso do serviço público.

Essas questões aqui expostas deixam clara a necessidade de se discutir sobre esse tema, apresentando os conteúdos propostos pela Constituição Federal e o que é disposto pela Lei nº 13.429, com suas respectivas divergências.

1 BASILARES DO DIREITO DO TRABALHO

Para Maurício Godinho Delgado: “O direito do trabalho é ramo jurídico especializado, que regula certo tipo de relação laborativa na sociedade contemporânea.” (DELGADO, 2015, p.45)

O direito do Trabalho se divide em Direito Individual do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho. O primeiro pode ser definido como o conjunto de princípios, regras e institutos jurídicos que regem sobre pessoas e matérias relacionadas à relação empregatícia de trabalho; e o segundo como também um complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regem sobre as relações laborais de empregados e de outros grupos jurídicos e sua ação é considerada coletiva.

Os sujeitos da relação de emprego são o empregado e o empregador. A figura do empregado é definida pelo artigo 3º da CLT: “considera-se empregado toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”. Observa-se que empregado é toda pessoa natural que prestará serviços ao tomador, com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

A figura do empregador é definida no artigo 2º da CLT: “empregador é a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço.” Complementado pelo parágrafo 1º do mesmo artigo equiparam-se a figura do empregador: “os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas e outras instituições sem fins lucrativos que admitirem trabalhadores como empregados.” Percebe-se que o empregador é tratado como empresa, sendo ele definido como pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que irá dirigir essa prestação pessoal do serviço na forma de contrato de emprego com uma pessoa

física, também de forma pessoal, onerosa, não eventual e sob sua subordinação.

O que une as duas figuras apresentadas acima é o contrato de trabalho, este definido por Maurício Godinho Delgado como: “o acordo tácito ou expresso mediante o qual ajustam as partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas” (DELGADO, 2015, p. 542.) Pode-se notar que este contrato ocorrerá de forma expressa ou tácita, no qual as partes, estas capazes, através de um objeto lícito obrigam-se uma perante a outra de modo não eventual, oneroso, e com subordinação ao tomador mediante o pagamento de salários.

Diverso desse modelo clássico bilateral de contrato de trabalho entre empregado e empregador, surge o modelo trilateral de relação sócio econômica, a chamada de terceirização. Nesta inserem-se o obreiro; o prestador de serviços, que realiza suas atividades juntamente a empresa tomadora de serviços; e a empresa terceirizante que terá vínculo jurídico apenas com o obreiro e vice-versa, ela que o contratará.

2 TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

A terceirização é definida como uma organização do processo produtivo em que se é contratado um terceiro para a realização de uma atividade periférica da empresa. Segundo Maurício Godinho Delgado terceirização:

Resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa. (DELGADO, 2015, p. 473).

Por ter surgido nas últimas três décadas no Brasil, é considerado um fenômeno relativamente novo. Somente a partir de 1970 houve a incorporação de norma que tratava da terceirização, instituindo-se através da Lei do Trabalho Temporário (lei n. 6.019/74), que tratava do campo privado da economia. Esta autorizava a prestação de serviço apenas na atividade-meio das empresas tomadoras de serviço.

Nos anos de 1980 e 1990, em vista da frequente utilização desse modelo trilateral, o Tribunal Superior do Trabalho editou duas súmulas de jurisprudência uniforme, a de número 256 de 1896 e a de número 331, de dezembro de 1993, tratando sobre esse tema.

Súmula de número 256 do TST: “salvo os casos previstos nas Leis nº. 6.019, de 3.01.74 e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. ”

Com as exceções constantes existentes na referida súmula e junto ao posterior advento da Constituição Federal de 1988, que vetou de forma expressa a contratação de servidores sem a realização de concurso público, veio a revisão da mesma na forma Súmula 331 do TST:

Súmula nº 331 do TST

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE** (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de

20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Nota-se que a súmula veio para cobrir as lacunas da antiga súmula 256, e fixar as hipóteses de terceirização vindas do Decreto lei nº 200/67 e da Lei nº 5.645/70 (conservação e limpeza e atividades-meio). Além de ter deixado explícito a vedação constitucional de contratação de servidores sem a formalidade do concurso público.

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo

com o art. 10, § 7º do Decreto-lei n. 200 (Lei n. 5.645/70, art 3º parágrafo único.)

DECRETO-LEI Nº 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967 Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Observa-se que todas as autorizações para serviço temporário só referem-se à atividade-meio. Posteriormente veio o advento da Lei 6.019 e da Lei n. 7.102/83 que tratava de trabalho temporário e de vigilância bancária, respectivamente. Ambas as leis trataram sobre a terceirização apenas no mercado privado, sem estender para o âmbito público.

Nos anos 90, surge a Lei 8.949, que acrescentou um parágrafo único ao artigo 442 da CLT, somando uma nova hipótese de terceirização: “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviço daquela”.

Em março deste ano entrou em vigor a Lei 13.429, que veio para alterar dispositivos da Lei nº 6.019. Lei essa que em seu parágrafo 3º do artigo 9º não mais faz restrição à terceirização só para a atividade-meio e faz regulamento aprovando também sobre a atividade-fim:

Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade

fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterà:

[...]

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços” (NR)

Nota-se que, com exceção a lei 13.429 acima referida, as demais leis anteriores e decretos restringiam o âmbito da terceirização, não permitindo a sua efetivação em ingresso de cargos públicos indo de acordo com o proposto pela Constituição.

3 ATIVIDADE FIM E ATIVIDADE-MEIO

A doutrinadora Carla Teresa Martins Romar define atividade-meio como:

atividade-meio — é toda aquela que dá suporte à execução da atividade- -fim. Não é essencial na constituição da própria empresa e nem definidora de sua manutenção ou continuidade, mas contribuem para o funcionamento do empreendimento. Como exemplos de atividades-meio, podem ser citados os serviços de conservação e limpeza, de vigilância patrimonial, de fornecimento de refeições, de manutenção de máquinas e equipamentos, de transporte de empregados, de processamento de dados, de distribuição, entre outros. (ROMAR, 2015 p.134)

Atividade-meio refere-se às atividades periféricas a essência da dinâmica empresarial. Tarefas essas não essenciais a empresa, não relacionadas a atividade núcleo da mesma. São elas, com base no antigo texto da Lei n. 5.645 de 1970 e juntamente com o decreto nº 2.271 de 1987: transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhada, somadas a atividades meramente instrumentais, de

apoio ao empreendimento, tais quais de serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.

A atividade-fim é definida por Carla Teresa Martins Romar como: “aquela que se encaixa como essencial na finalidade para a qual a empresa foi constituída, coincidindo com seu objetivo social. São, portanto, as atividades principais, nucleares, desenvolvidas pelo prestador de serviços”. (ROMAR, 2015, p. 134).

Contemplada pelo decreto lei nº 200/67 a atividade fim é definida por funções e tarefas essenciais, nucleares, principais, é o fim pela qual uma determinada empresa exerça seu trabalho.

4 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO BRASIL

A atividade terceirizada na administração pública no Brasil sempre existiu, porém a sua regulamentação só veio com o advento da Reforma Administrativa em 1967, na forma de Decreto Lei nº 200, o qual tratava das hipóteses de descentralização administrativa.

A chamada descentralização administrativa ocorre quando o Estado delega suas atividades para que uma pessoa realize e não diretamente pelos seus órgãos (União, Estados, Distrito Federal, e municípios). Esta ocorre por outorga ou delegação. Outorga ocorre quando o Estado transfere a função pública para uma pessoa jurídica e precisando obrigatoriamente da existência de uma lei que a institua. E a descentralização por delegação é quando há a transferência por ato unilateral ou por contrato à uma pessoa física, em que a mesma irá atender diretamente a população, praticando o serviço público sob fiscalização do Estado. Este tipo de descentralização não é regido por lei e sim por contratos e atos administrativos.

Em sentido material dentro da administração pública existe a polícia administrativa, o fomento, a intervenção, e o serviço público, que vai ser um dos objetos materiais principais de estudo trabalhados ao longo deste artigo. Serviço Público é aquele prestado para a população, praticados

através da administração pública formal ou por pessoas delegadas sob o regime jurídico de direito público.

Aqueles que praticam o serviço público são chamados de servidores públicos. Servidores Públicos são agentes administrativos sujeitos ao regime jurídico-administrativo do Estado. Estes estão inseridos em cargos públicos. Sua regulamentação é elencada pela Constituição Federal de 1988, do artigo 37 a 44, especificamente no artigo 37, inciso II que trata da exigência do concurso de provas e títulos para a introdução dos mesmos em cargos públicos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II- A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

É constatado no referido artigo a exigência de concurso público de provas, ou de provas e títulos juntamente com a proibição da contratação através de análise de títulos ou de currículos, ou as demais formas de seleção que não sejam através da realização de prova. Friza-se que o que rege o disposto nesse artigo são os princípios administrativos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. E para que se tenha um basilar dos princípios que o artigo 37 rege, eles serão retratados a seguir.

5 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios então elencados no artigo 37 merecem exposição de seus significados por tamanha importância, e desta forma será exposto os mesmos seguidos de suas definições:

5.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Definido como princípio base é elencado genericamente no artigo 5º da Constituição Federal, que trata de direitos e garantias fundamentais: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Entretanto para o direito administrativo a legalidade é muito mais restrita e específica que a geral imposta pela Constituição. Marcelo Alexandrino Vicente Paulo diz em suas palavras que:

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: o princípio da legalidade representa a consagração da ideia de que a administração pública só pode ser exercida conforme a lei, sendo a atividade administrativa conseguinte, sublegal ou infralegal, devendo restringir-se à expedição de comandos que assegurem a execução da lei. (PAULO & ALEXANDRINO, 2013 p. 190)

5.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Segundo Marcelo Alexandrino Vicente Paulo:

A impessoalidade da atuação administrativa impede que o ato administrativo seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se a vontade da lei. Dessa forma, impede perseguições ou favorecimentos, discriminações benéficas ou prejudiciais aos administrados. Qualquer ato praticado com o objetivo diverso da satisfação do interesse público será nulo por desvio de finalidade.” (ALEXANDRINO & VICENTE, 2013 p.192)

Entende-se que o princípio da impessoalidade significa dizer que os atos praticados pelo Poder Público não irão priorizar interesses individuais,

mas sim o interesse da coletividade, realizando o tratamento igualitário a todos.

5.3 PRINCÍPIOS DA MORALIDADE

Segundo Fernanda Marinela o princípio da moralidade:

Exige que a Administração Pública e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a ideia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (MARINELA, 2015 p.73 e 74)

O exposto acima é o entendimento de que os atos públicos devem seguir uma moral, uma regra de conduta, uma boa-fé. E todo ato praticado com a intenção maliciosa violará a conduta proposta por este princípio.

5.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira o princípio da publicidade:

Impõe a divulgação e a exteriorização dos atos do Poder Público (art. 37 da CRFB e art. 2.º da Lei 9.784/1999). A visibilidade (transparência) dos atos administrativos guarda estreita relação com o princípio democrático (art. 1.º da CRFB): o povo, único e verdadeiro titular do poder, deve conhecer os atos dos seus representantes. Quanto maior a transparência pública, maior será o controle social sobre os atos da Administração Pública e das entidades privadas que exercem atividades delegadas ou de relevância pública. (OLIVEIRA, 2013 p. 101, 102)

Significa que todo ato administrativo deve ser exposto publicamente, para que sem restrições, e de forma transparente todos tenham o direito de visualizá-lo.

5.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira o princípio da eficiência:

Impõe a divulgação e a exteriorização dos atos do Poder Público (art. 37 da CRFB e art. 2.º da Lei 9.784/1999). A visibilidade (transparência) dos atos administrativos guarda estreita relação com o princípio democrático (art. 1.º da CRFB): o povo, único e verdadeiro titular do poder, deve conhecer os atos dos seus representantes. Quanto maior a transparência pública, maior será o controle social sobre os atos da Administração Pública e das entidades privadas que exercem atividades delegadas ou de relevância pública. (OLIVEIRA, 2013 p. 101, 102)

Perceba que o princípio acima, tem a sua função de demonstrar que a máquina pública deve prestar seus serviços com qualidade, empenho, buscando não realizar gastos desnecessários do dinheiro público, e procurar sempre satisfazer o interesse público.

6 CONCURSO PÚBLICO

O processo realizado pelo concurso público caracteriza-se por seleção aberta a todos, em que candidatos preenchendo os requisitos pré-dispostos no edital podem se inscrever. E se atingirem a pontuação proposta para a aprovação, tomarão posse do cargo. Com relação aos títulos do concurso público, pode-se dizer que não se deve por um peso maior nesse quesito, dando preferência à pessoas que já estavam temporariamente contratadas ou terceirizadas.

A forma de seleção realizada pelo Concurso Público é o maior representante do sistema de mérito (meritocracia), fundamentados em princípios administrativos aqui já expostos.

Fora as exceções constitucionais e doutrinárias, não realizado o concurso e adentrando alguém de qualquer outra forma para a função de servidor público, nulo será a sua nomeação ou a contratação. Na ocorrência da nulidade, será conservado os salários que já estiverem sido pagos para que não haja enriquecimento ilícito da Administração em casos de nomeados de boa-fé.

Qualquer tratamento diverso e satisfatório a um ser em detrimento de todos, fere o princípio da isonomia. Este previsto no artigo 5º da Constituição Federal o qual dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” Aplicar esse princípio é representar a democracia, a igualdade no tratamento aos cidadãos.

Como é disposto pela doutrinadora Maria Sylvia Zanella:

‘Pelo mesmo fundamento, o STF tem decidido serem inconstitucionais medidas previstas em leis de reclassificação de cargos, como o **acesso**, a **transformação** ou o **aproveitamento** de servidores em cargo de nível superior àquele para o qual prestou concurso. Ainda que a legislação utilize terminologia variada, existe o objetivo de permitir que o servidor que prestou concurso para determinado cargo passe a ocupar outro, de nível de escolaridade mais elevado. Tal procedimento contraria o artigo 37, II, da Constituição. (DI PIETRO, 2017, p. 770)

Na mesma linha o STF considerou inconstitucional o instituto da transferência previsto nos artigos 8º, IV, e 33 da Lei nº 8.112, de 11.12.90, ambos suspensos pela Resolução nº46, de 23.05.97, do Senado Federal e revogados pela Lei nº 9.527, de 10.12.97. Além de também considerar inconstitucionais as medidas previstas em lei de reclassificação, casos que ocorrem quando servidores tem o acesso, transformação, ou

aproveitamento para um cargo de nível acima do qual ele prestou concurso. Para Maria Sylvia Zanella:

Ainda que a legislação utilize terminologia variada, existe o objetivo de permitir que o servidor que prestou concurso para determinado cargo passe a ocupar outro, de nível de escolaridade mais elevado. Tal procedimento contraria o artigo 37, II, da Constituição. O entendimento do STF só tem sido abrandado em hipóteses em que as atribuições são semelhantes e desde que os servidores tenham prestado concurso público em cargo da mesma natureza.⁴² Pela Súmula Vinculante nº 43, ficou pacificado o entendimento de que “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”. (DI PIETRO, 2017, p.770)

Precedente representativo da Súmula vinculante de número 43:

Ação direta de inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. - O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos e, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a 'promoção'. Estão, pois, banidas

das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados. - O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o 'aproveitamento', uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo. (...) ([ADI 231](#), Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno,p. 35 e 36)

Jurisprudência posterior ao disposto pela súmula de número 43:

Inconstitucionalidade: investidura via remoção ou permuta

Com o advento da Constituição de 1988, o concurso público é inafastável tanto para o ingresso nas serventias extrajudiciais quanto para a remoção e para a permuta (dupla remoção simultânea). Precedentes. 2. Reconhecida a ilegitimidade do ato, não é lícito que o agravante permaneça como titular da serventia para a qual se removeu por permuta." ([MS 32123 AgR](#), Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgamento em 24.2.2017, DJe de 14.3.2017)

Inconstitucionalidade: investidura em cargo por meio de transferência de servidores

"Em síntese, aduz o requerente que os dispositivos impugnados são inconstitucionais, por violarem o princípio do concurso público (...). (...). (...) as normas impugnadas autorizam a transposição de servidores do Sistema Financeiro BANDERN e do

Banco de Desenvolvimento do Rio Grande do Norte S.A - BDRN para órgãos ou entidades da Administração Direta, autárquica e fundacional do mesmo Estado (...). 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da inconstitucionalidade das normas que permitem a investidura em cargos ou empregos públicos diversos daqueles para os quais se prestou concurso. (...) 5. Vale ressaltar que os dispositivos impugnados não se enquadram na exceção à regra do concurso público, visto que não tratam de provimento de cargos em comissão, nem contratação por tempo determinado para suprir necessidade temporária de excepcional interesse público. 6. Portanto, a transferência de servidores para cargos diferentes daqueles nos quais ingressaram através de concurso público, demonstra clara afronta ao postulado constitucional do concurso público." ([ADI 3552](#), Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento em 17.3.2016, DJe de 14.4.2016.)

No mesmo sentido a Súmula de nº 685 do Supremo Tribunal Federal, dispõe ser inconstitucional qualquer modalidade de provimento que proporcione ao servidor investir-se em concurso público, sem ter antes prévia aprovação destinada ao seu provimento em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente havia investido. Percebe-se aqui a exigência e a importância da realização de concurso para o preenchimento do cargo público.

7 NOVA LEI DETERCEIRIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A terceirização na Carta Magna é tratada com restrições, e as suas atuações fora dos seus limites impostos não estariam de acordo com a ordem jurídica brasileira. Em seu artigo 37 XXI, retrata:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Tal qual a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal julgou como indispensável a admissão em concurso para exercer função na Administração Pública:

[...]

“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.” (STF. ADI nº 2.949. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, p. 04).

Semelhantemente, a ADI 242 declarou inconstitucional o provimento de cargos públicos sem a feitura de concurso:

[...]

O § 1º do art. 97 da Carta de 1969 exigia concurso público para a "primeira investitura" no serviço público, e não para cargo inicial de carreira, além de ressaltar outros casos indicados em lei; permitia, pois, o provimento derivado de cargos públicos pelo acesso, transferência, aproveitamento e progressão funcional. Precedente: Repr. nº 1.163-PI.

O art. 37, II, da Constituição exige concurso público para investidura em qualquer cargo público, salvo para os cargos em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração e para os cargos subseqüentes da carreira, cuja investidura se faz pela forma de provimento denominada "promoção". Não permite, pois, o provimento por ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento de servidor em cargos ou empregos públicos de outra carreira, diversa daquela para a qual prestou concurso público. Precedente: ADIn nº 231-RJ(STF. Tribunal Pleno. ADI-242.Rel. Min. Paulo Brossard, p.01)

Tanto é que já foi retirada da Constituição a forma de ascensão. Era disposto na Carta Magna de 1969:

Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

Observa-se o emprego da palavra "primeira" tratava o concurso como promoção, o qual o servidor a partir da primeira investidura em cargo público poderia ascender para outro cargo público superior ao que prestava, apenas por já ser concursado no primeiro. Na Constituição de 1988 isto foi corrigido, retirando-se o vocábulo "primeiro" do parágrafo referido, passando a admitir o ingresso em qualquer cargo público seja ele superior ou inferior, apenas através da realização de prova de concurso.

Mais adiante, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma:

Quando a Constituição fala em **concurso público**, ela está exigindo procedimento aberto a todos os interessados, ficando vedados os chamados

concursos internos, só abertos a quem já pertence ao quadro de pessoal da Administração Pública. Daí não terem mais fundamento algumas formas de provimento, sem concurso público, previstas na legislação ordinária anterior à Constituição de 1988, como a transposição (ou ascensão) e a readmissão. (DI PIETRO, 2017, p.748)

É instituído a aprovação prévia em concursos públicos de provas ou de provas e títulos como requisito necessário para a investidura em cargo público. Tornando explícito que o interesse individual sempre estará subordinado à coletividade, e não vice-versa.

Não obstante nova lei 13.429/17 amplia a atuação da terceirização, podendo admiti lá em todo tipo de serviço, ela não restringe ao âmbito da administração público e em seus efetivos cargos público, o qual a Carta Magna estabelece explicitamente que só podem adentrar nesses serviços quem realiza o concurso público.

A terceirização na atividade-fim beneficia seres individuais e deixa a oportunidade para a sociedade em segundo plano, instigando o retorno do nepotismo por meio das empresas terceirizadas.

Nepotismo que ocorre quando o agente público utiliza de seu poder para favorecer parentes, sejam eles por afinidade ou por consanguineidade, o que é vetado pelo [Decreto nº 7.203, de 04 de junho de 2010](#), que dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal, excetuando em casos em que essas contratações vierem de seguidas aprovações em processo seletivo, que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.

Especificamente em seu artigo 7º, vem tratar de nepotismo na terceirização. É estabelecido que o edital de licitação para contratação de empresas prestadoras de serviços terceirizados bem como os convênios e instrumentos equivalentes para contratação de entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade federal, devem estabelecer

vedação de que familiar de agente público preste serviço no órgão ou entidade em que este exerça cargo ou função de confiança.

Além da Súmula Vinculante de nº 13 do Supremo Tribunal Federal que vem a vedar a prática do nepotismo:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Diante do que foi exposto, nota-se que a administração pública está em prol do interesse da sociedade e não é justo para o indivíduo que realiza o concurso, e é aprovado não assumir o cargo devido ser alocado em seu lugar um servidor terceirizado.

E o que é disposto na lei 13.429/17, vai de contra os mandamentos constitucionais por permitir o serviço terceirizado tanto na atividade meio quanto na atividade fim.

Desta forma se vê a necessidade de concursos públicos de provas e títulos com seguida aprovação do candidato para que este assuma o cargo público, sendo esta a forma mais justa de admissão de emprego. Obedecendo ao princípio do interesse público e os de igualdade, impessoalidade e legalidade.

CONCLUSÃO

Vimos que a Administração Pública e seus efetivos cargos públicos têm em sua forma de ingresso preceituado pela Constituição Federal a realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, e que

essa forma de ingresso rege-se através da obediência dos princípios constitucionais já expostos.

Essa forma de admissão dá oportunidade a todos que queiram ingressar no serviço público, de uma forma igualitária e sem qualquer preferência, como é elencado pelo princípio da igualdade disposto na Constituição.

Diante do exposto conclui-se a que a terceirização sem qualquer forma de restrição, possibilitando então sua efetivação na atividade meio e atividade fim como preceitua a Lei 13.429/17, pode acarretar a volta do nepotismo precedendo-se pela desigualdade entre os cidadãos, e que a forma de admissão por concurso público é constitucional e deve ser obedecida.

REFERÊNCIAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo. Malheiros, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14 ed. São Paulo LTR, 2015.

VASCONCELOS, Telmo da Silva. O princípio constitucional da moralidade e o nepotismo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 8, n. 66](#), [1jun.2003](#). Disponível em:. Acesso em: 5 nov. 2017.

VARASSIN, Luciana. Princípio da legalidade na administração pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: . Acesso em: 05 nov. 2017.

GASPARINI. Diogenes. Direito administrativo. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo. Malheiros, 2006.

BRASIL, [Constituição da republica federativa do brasil](#) de 1988.
Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: **05 de Nov.2017**.

BRASIL, [DECRETO Nº 7.203, DE 4 DE JUNHO DE 2010](#). Disponível
em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7203.htm. Acesso em> 05 de Nov.2017.

BRASIL, [LEI Nº 13.429, DE 31 DE MARÇO DE 2017](#). Disponível
em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm Acesso em: 05 de Nov.2017.

BRASIL, [LEI No 6.019, DE 3 DE JANEIRO DE 1974](#). Disponível
em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em: 05 de nov.2017.

SILVA, Rommel Viegas. A Terceirização Na Administração Pública ante o princípio Do Concurso. Fesp Faculdades. João Pessoa, 2012.
Disponível
em: [http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/TCC%20%20ROMMEL%20\(1\).pdf](http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/TCC%20%20ROMMEL%20(1).pdf). Acesso em: 18 de maio. 2017.

BRASIL, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.949
MINAS GERAIS Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630137>
7 Acesso em: 05 de nov.2017.

BRASIL, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 242-2
RIO DE JANEIRO Disponível
em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266265>. Acesso em:05 de nov.2017.

BRASIL, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 231-7
RIO DE JANEIRO. Disponível
em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266259> Acesso e: 05 de nov.2017.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 7. ed. — São Paulo : Saraiva, 2016.

Aragão, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. – 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXANDRINO, MARCELO; Paulo, Vicente. Resumo de Direito Administrativo Descomplicado. 5ª Edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

ALEXANDRINO, MARCELO; Paulo, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 21ª Ed. rev e atual.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

ROMAR, Carla Teresa Martins Romar. Direito do Trabalho Esquematizado. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios do direito administrativo – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2013.

BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. Direito administrativo facilitado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo:-parte introdutória, parte geral e parte especial ---'16 ed.rev.e atual –Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GUIMARES, Fernando Vernalha. Concessão de serviço público. 2 ed. rev.atual e ampl.--- São Paulo: Saraiva, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Santos, Mauro Sérgio dos. Curso de Direito Administrativo.--- Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13, Aplicação das Súmulas no STF. DJe de 29.8.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>. Acesso em 08 de nov 2017.

NOTA:

[1] Orientadora: Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutoranda em Tecnologia Nuclear IPEN/USP. E-mail: karine.mota@catolica-to.edu.br

A GUARDA COMPARTILHADA COMO MECANISMO DE EVITAÇÃO DO PROCESSO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

GABRIELA FONSECA BEZERRA:
Acadêmica de Direito da Faculdade
Serra do Carmo.

ANDREIA AYRES GABARDO DA ROSA

(Orientadora) [1]

RESUMO: Este trabalho consiste numa pesquisa bibliográfica no qual abrange o tema da guarda compartilhada como mecanismo de evitação do processo de alienação parental. A guarda compartilhada foi criada com o objetivo de beneficiar a criança nos casos de separação dos pais. O objetivo da pesquisa é desenvolver uma ideia de que a utilização dessa ferramenta possa evitar que ocorra alienação parental. Este artigo está dividido em cinco capítulos no qual o primeiro trata de uma breve introdução que analisa o objetivo do artigo, o segundo trata sobre o histórico do poder familiar que será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, o terceiro traz o conceito da Lei da alienação parental e suas consequências, no quarto faz um breve resumo da criação da Lei da guarda compartilhada e por último analisamos como essa lei pode servir no combate da alienação parental.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação parental, Guarda compartilhada, Separação.

ABSTRACT : This work consists of a bibliographical research in which it covers the theme of the shared guard as mechanism of avoidance of the process of parental alienation. Shared custody was created for the purpose of benefiting the child in cases of parental separation. The objective of the research is to develop an idea that the use of this tool can prevent parental alienation. This article is divided into five chapters, in which the first deals with a brief introduction that analyzes the purpose of the article, the second deals with the history of family power that will be exercised on equal terms by the father and the mother. Concept of the Law of parental alienation and its consequences, in the fourth makes a brief summary of the creation of

the Law of shared custody and finally we analyze how this law can serve in the fight against parental alienation.

KEYWORDS: Parental Alienation, Shared Guard, Separation.

SUMÁRIO: 1- Introdução, 2- O Poder Familiar e a dissolução do casamento, 3- Alienação Parental, 3.1- Consequência Psicossocial e Jurídica da Alienação Parental, 4- Criação da Lei 13.058/2014, 5- Como a lei pode servir nesse combate da alienação parental, 6- Conclusão, 7- Referências.

1- INTRODUÇÃO

Com o término da relação conjugal, surge o assunto referente à guarda do filho, e esse é um dos maiores causadores de conflitos, que na maioria das vezes, não se dá somente pela guarda, mas porque evidentemente acontece a ruptura de um laço afetivo, no qual um dos genitores começa a se sentir abandonado. O genitor com esse sentimento de perda pode desenvolver um processo de Alienação Parental que nada mais é que uma interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Por mais amigável que aconteça o fim do vínculo conjugal, pode-se resultar consequências indesejáveis para os genitores e para sua prole. No entanto esse problema aumenta ainda mais quando a separação é litigiosa, na qual o magistrado deve decidir quem será o detentor da guarda.

O objetivo principal deste trabalho é analisar se a determinação da guarda compartilhada aos genitores que não convivem juntos, ou que estejam em litígio, é uma eficaz solução para evitar casos de alienação parental. Pretende-se também demonstrar que ambos os pais têm o direito de convívio diário com o seu filho e o dever de proteger, educar e criar,

abordando, assim, as diversas formas de guarda, especialmente a guarda compartilhada.

Este artigo se utilizará de pesquisa bibliográfica baseada em material já elaborado como: artigos científicos, livros, Jurisprudência, etc. No qual pretende proporcionar maior familiaridade com o tema abordado com o intuito de torná-lo mais explícito e identificar os fatores que contribuem para ocorrer à alienação parental e ainda ver como a guarda compartilhada serve como benefício para tentar combatê-la.

2- O PODER FAMILIAR E A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Família é uma sociedade formada por indivíduos, unidos por laço de sangue ou de afinidade. A afinidade no qual se dá com a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar pelo casamento. Com o passar dos tempos esta sociedade familiar sentiu-se a necessidade de criar leis para se organizar foi aí que surgiu o Direito de Família, regulando as relações familiares e tentando solucionar os conflitos entre elas (PEREIRA, 2004 p.10 e 11).

O Direito vem regulando e legislando, sempre com o objetivo de ajudar a manter a família para que o indivíduo possa inclusive existir como cidadão é ter suas relações interpessoais e sociais de forma saudável.

O Direito Civil junto com suas normas, princípios e costumes regulam as relações jurídicas do Casamento, da União estável, do Concubinato e do Parentesco, previstos pelo Código Civil de 2002. (BARBOSA, 2002 p.16).

Na duração do casamento ou da união estável, a guarda se mantém nas pessoas de ambos os pais, conforme preceitua o artigo 1.643 do Código Civil e o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos.

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Nele também consta o poder familiar nada mais é que um dever dos genitores a ser praticado no interesse dos filhos e da família, sendo que se os mesmos não os tiverem cumprindo com seus deveres e que isso pode prejudicar o seu filho, o Estado tem o direito de intervir, podendo suspender ou até mesmo excluir o poder familiar.

No entanto, essas sanções citadas não têm como objetivo a punição, mas sim de preservar a criança de influência para não prejudicar o seu desenvolvimento futuro, pois a perda do poder familiar deve ser decretada a destituição somente em casos em que a segurança ou a dignidade esteja em perigo (DIAS, 2006).

3- ALIENAÇÃO PARENTAL

A situação é bastante comum no cotidiano dos casais que se separam: um deles, magoado com o fim do casamento e com a conduta do ex- cônjuge procura afastá-lo da vida do filho menor, denegrindo a sua imagem perante este e prejudicando o direito de visitas. Cria-se nesses casos, em relação ao menor a situação conhecida como “órfão de pai vivo”. (GONÇALVES, 2016, p. 294)

A [LEI Nº 12.318/2010](#) traz em seu artigo 2º o conceito claro do que se diz respeito à alienação parental.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause

prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Sabe-se que a Alienação Parental é um ato desumano praticado, geralmente, pelo titular da custódia, visando afastar o outro genitor de perto da criança, fazendo com que a criança desenvolva, conseqüentemente, a Síndrome da Alienação Parental. Essa Síndrome da Alienação Parental (SAP) é um termo criado pelo psiquiatra infantil estadunidense Richard Gardner, em 1985, pode ser considerado como

uma das consequências provocadas na criança quando sofre a alienação por um dos pais.

É possível identificar a Síndrome a partir do momento em que a criança começa a dar sua própria contribuição na campanha para desmoralizar o Genitor Alienado, ou seja, quando a criança já foi alienada, e começa a demonstrar o desvio do afeto com o Genitor Alienado.

Pereira (2012) em seu artigo, afirma que a Síndrome da Alienação Parental pode ser caracterizada, “Com a ruptura dos laços conjugais, aquele que detém a guarda dos menores, em alguns casos, procura evitar o contato do filho com o (a) ex-genitor(a), provocando na maioria das vezes, danos psicológicos irreparáveis ao menor.”^[2]

Gardner cita um conjunto de sintomas que aparecem na criança geralmente juntos, que pode ser caracterizado a Síndrome da Alienação Parental, vejamos:

1. Uma campanha denegatória contra o genitor alienado.
2. Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação.
3. Falta de ambivalência.
4. O fenômeno do “pensador independente”.
5. Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental.
6. Ausência de culpa sobre a crueldade a e/ou a exploração contra o genitor alienado.
7. A presença de encenações ‘encomendadas’.
8. Propagação da animosidade aos amigos e/ou à família extensa do genitor alienado. (2002, p. 2)

Desta forma, as crianças que sofrem a Síndrome de Alienação Parental, demonstrarão os sintomas supramencionados, que pode ser

considerado leve, quando não apresentados os oito sintomas, no entanto, quando todos os sintomas estão presentes, considera-se moderada ou severa a Síndrome.

Cumpra esclarecer ainda a diferença entre a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental (SAP). Vejamos o que Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca diz acerca dessa diferença:

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às seqüelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. Essa conduta alienante, quando ainda não deu lugar à instalação da síndrome, é reversível e permite – com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário – o restabelecimento das relações com o genitor preterido. (2006, p. 2)

Toso (2010) em seu artigo, que trata dos “Elementos Básicos para a Compreensão do Conceito de Alienação Parental” traz como conceito o seguinte entendimento:

A Alienação Parental é consequência de uma ruptura da vida comum, que por algum motivo, trouxe para um dos cônjuges um sentimento de traição, de raiva, ou vingança, instigando uma cruzada

difamatória para que o filho do casal alimente em si toda a frustração e impotência diante do término do casamento. Assim, a criança passa a ser instrumento do indivíduo que outorga se de “genitor alienante”, papel que invariavelmente cabe às mães, contra o “genitor alienado”.(p.1)

Desse modo, pensar nas consequências para uma criança ou adolescente que passa meses ou até anos excluídos da presença do genitor, sendo alienados e mesmo repleto de provas não sendo ouvido pela justiça, preocupa.

Por isso a necessidade do presente estudo, o qual tem o intuito de além de identificar as consequências, buscar soluções, tendo em vista o grande sofrimento em todo o círculo familiar que ocorre a Alienação Parental.

Resta claro então, que a Alienação Parental é a atitude do Genitor Alienador em excluir o outro Genitor da vida da criança, enquanto que a Síndrome da Alienação Parental pode ser considerada como a consequência que a Alienação Parental traz para a criança.

3.1- CONSEQUÊNCIA PSICOSSOCIAL E JURÍDICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Sabe-se que a prática da Alienação Parental traz consequências tanto para a criança alienada, quanto para o genitor alienador.

No entanto, tendo em vista a não tipificação da alienação parental como crime, e a Síndrome que sofre a criança alienada, é possível concluir que quem mais sofre as consequências, é a criança, vítima da alienação.

Toso entende que, uma criança alienada:

É uma criança que não quer ter qualquer tipo de contato com um dos progenitores e que expressa apenas sentimentos negativos sobre esse pai e somente positivos sobre o outro. Podemos afirmar

que essa criança perdeu completamente o alcance da totalidade dos sentimentos que uma criança normal nutre por ambos os genitores. (2010, p. 4)

A prática da Alienação Parental pode ser caracterizada pelo exercício abusivo do direito de guarda. A prática desse exercício é capaz de produzir diversas consequências, tanto para o Genitor alienador, quanto para o Genitor Alienado, no entanto, as consequências mais dramáticas recaem sobre a criança alienada.

As consequências que a Síndrome da Alienação Parental traz para a criança alienada podem variar, de acordo com a idade, e o grau de maturidade da criança, podendo produzir sequelas capazes de perdurar o resto da vida.

De forma precisa, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca traz algumas consequências que a Síndrome da Alienação Parental pode trazer para a criança alienada:

A síndrome, uma vez instalada no menor, enseja que este, quando adulto, padeça de um grave complexo de culpa por ter sido cúmplice de uma grande injustiça contra o genitor alienado. Por outro lado, o genitor alienante passa a ter papel de principal e único modelo para a criança que, no futuro, tenderá a repetir o mesmo comportamento. [...] Como decorrência, a criança (ou o adulto) passa a revelar sintomas diversos: ora apresenta-se como portadora de doenças psicossomáticas, ora mostra-se ansiosa, deprimida, nervosa e, principalmente, agressiva. Os relatos acerca das consequências da síndrome da alienação parental abrangem ainda depressão crônica, transtornos de identidade, comportamento hostil, desorganização mental e, às vezes, suicídio. É escusado dizer que, como toda conduta inadequada, a tendência ao alcoolismo e ao uso de drogas também é apontada como consequência da síndrome. (2006, p. 5)

É possível notar que são graves as consequências supramencionadas, razão pela qual, conclui-se, claramente, que a maior vítima nos casos de Alienação Parental, é a criança alienada.

A nova lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318/10), traz em seu contexto que considera-se a prática da Alienação Parental, a interferência na formação psicológica da criança, assim, é possível notar que a lei em comento visa a proteção da formação psicológica da criança que por consequências de atos cometidos pelos pais, tem que se submeter a uma criação diferenciada, tendo em vista que sempre estará acompanhada ou só pelo pai ou só pela mãe.

Assim, a lei supra traz ainda as consequências jurídicas trazidas pelo ato da Alienação Parental, tendo em vista que tal ato fere os direitos fundamentais da criança ou do adolescente, desta forma, aquele que praticar a Alienação Parental se submete as consequências dispostas nos incisos no art. 6º, *in verbis*:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental. (BRASIL, 2010)

A alienação parental pode ser praticada diretamente ou com o auxílio de terceiros e, em qualquer caso, são puníveis.

Importante ressaltar que, de acordo com a Lei de Alienação Parental, a declaração do ato de alienação parental pode se dar a requerimento das partes interessadas ou de ofício, e poderá ser declarada em qualquer momento do processo judicial tramitando, conforme disposto no art. 4º da Lei 12.318/10.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Ainda de acordo com o artigo supramencionado, o Juiz, após ouvir o Representante do Ministério Público, “tomará as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso”.

Para que seja caracterizada a prática da Alienação Parental, não bastam meras alegações, devem ser colhidos e levados aos autos importantes subsídios técnicos para que, com uma análise cuidadosa do caso, se verifiquem indícios que realmente levem à alienação parental.

O juízo titular da 1º Vara de Família de Campo Grande, em um texto elaborado pelo Departamento de Jornalismo TJMS, David de Oliveira Gomes Filho, afirma que de cada 10 processos de separação envolvendo guarda dos filhos, em 03 é possível perceber a prática da Alienação Parental.

Ainda nessa entrevista o TJMS pergunta qual a avaliação do juízo sobre a nova lei de Alienação Parental. [3]

Em resposta o MM. Juiz afirma que:

“Só no fato de discutirmos estas questões, de fazermos as pessoas refletirem sobre isto, já estamos fazendo algo positivo. A lei, por sua vez, é um avanço, mas ela deve ser aplicada com extrema sensibilidade pelo magistrado, pois ele estará interferindo em uma relação complexa, carregada de emoção e de consequências trágicas se mal conduzida. De outro lado, deverá ser ágil, pois a lentidão, neste caso, assemelha-se à total implosão da relação familiar que se tenta proteger.”

Desta forma, pode-se notar que não somente o Alienador sofre as consequências desta Alienação, como também as crianças alienadas, ou melhor, as crianças são as maiores vítimas desta Alienação, tendo em vista que um desentendimento de seus pais, ou até mesmo um ciúme excessivo por parte do Alienador traz consequências psicológicas sérias à criança alienada, razão pela qual surge a Lei de Alienação Parental, visando proteger a formação psicológica dessas crianças.

Portanto, as consequências Jurídicas da Alienação Parental, podem ser definidas como sendo as punições impostas ao alienador, aquelas dispostas nos incisos do artigo 6º da Lei de Alienação Parental, punições estas que visam trazer de volta a paz familiar e o bom desenvolvimento psicossocial da criança alienada.

4- CRIAÇÃO DA LEI 13.058/2014

A Lei n.º 13.058/2014, que no Senado recebeu o n.º 117/2013 e na Câmara o n.º 1.009/2011, onde teve sua origem, com autoria do Deputado Arnaldo Faria de Sá, em que contribuí com consultor, modifica os dispositivos legais sobre guarda de filhos, constantes do Código Civil (arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634).

Essa lei, após muito debate, foi aprovada por unanimidade, e tem por finalidade provocar um melhor olhar dos magistrados em relação à guarda compartilhada, que vinha sendo rejeitada nos processos contenciosos, sem a devida atenção do Código Civil que já previa essa espécie de guarda no §2º do art. 1.584.

Assim, a Lei n.º 13.058/2014 estabeleceu a obrigatoriedade da guarda alternada, com codinome de guarda compartilhada, ordenando a divisão do tempo da posse física dos filhos pelos pais, sem ressaltar a obrigação de cooperação conjunta dos progenitores, mas destacando por meio dos arts. 1.583, §2º, e 1.584, §§2º e 5º, do CC que o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe disciplinar visando à divisão equilibrada do tempo com o pai e a mãe, e que a guarda conjunta física não será excepcionalmente aplicada em quatro hipóteses:

1. Quando, havendo motivos graves as condições fáticas contraindicarem;
2. Quando, não atender os superiores interesses do menor;
3. Se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor;
4. Quando o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe.

Rodrigo da Cunha Pereira, em seu artigo traz uma melhor explicação acerca da criação da Lei da guarda compartilhada, vejamos:

A lei da guarda compartilhada obrigatória, lei n.º13.058 de 22/12/14 instalou um novo sistema de educação e criação de filhos de pais separados. Ela é fruto da luta de pais responsáveis que se viam injustiçados por não poderem participar mais de perto da vida de seu filho. Afinal recusavam-se a ser meros coadjuvantes ou ocuparem um papel secundário na vida dos filhos. E educação de criança se faz com a participação em seu cotidiano. Há exceções, para tal obrigatoriedade, pois há quem não queira, não possa ou não tenha condições de participar do dia-a-dia dos filhos. Antes, a guarda era compartilhada apenas quando possível. Mas sempre davam um jeito de não ser possível. Agora mudou. Está instalado um novo paradigma jurídico em que as crianças/adolescentes serão os maiores beneficiários.

Assim, pode-se dizer que a lei da guarda compartilhada foi criada, pensando especialmente nas crianças, com o intuito de trazer uma melhor criação e um convívio igual na vida do pai e da mãe.

Nesse sentido, tal estudo vai servir para conscientização sobre como seria o futuro com tantas crianças que sofrem a síndrome da Alienação Parental. Sendo assim podemos averiguar como a Lei n.º13.058/2014 da guarda compartilhada, pode servir de ferramenta para combater a alienação parental. Observando os riscos da Alienação Parental nesse processo de separação e os impactos na criação dos filhos, relacionando os benefícios da Guarda Compartilhada no convívio dos filhos com seus pais e os Benefícios da Lei no processo de separação.

5- COMO A LEI PODE SERVIR NESSE COMBATE DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Inicialmente cumpre destacar que, tem-se como ponto primordial da guarda compartilhada a divisão de responsabilidade legal em relação aos filhos, partilhando conjuntamente as obrigações e decisões importantes

concernentes aos menores. Nesse sentido, registra-se como vantagens alcançadas por este instituto, os seguintes pontos:

I – Ela impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião, o que é causa, normalmente, de muita angústia e desgaste emocional em virtude do medo de magoar o preterido;

II – possibilita o exercício isonômico dos direitos e deveres inerentes ao casamento e união estável, a saber, guarda, sustento e educação da prole;

III – diminui os sentimentos de culpa e frustração do genitor não guardião pela ausência de cuidados em relação aos filhos;

IV – com as responsabilidades divididas, as mães, que originalmente ficam com a guarda, têm seu nível de cobrança e responsabilidade em relação à educação dos filhos diminuídos e seguem seus caminhos com menores níveis de culpa;

V – aumenta o respeito mútuo entre os genitores, apesar da separação ou divórcio, porque terão de conviver harmonicamente para tomar as decisões acerca da vida dos filhos, e desta maneira a criança ou adolescente deixa de ser a tradicional moeda usada nos joguetes apelativos que circundam as decisões sobre o valor da pensão alimentícia e outras questões patrimoniais. (BRANDAO, 2007)

A guarda compartilhada possui diversos mecanismos que podem efetivamente excluir qualquer tentativa de afastamento do menor com o genitor, por apresentar inúmeras vantagens para os mesmo. Assim, em se tratando da criança ou do adolescente, estes terão convivência igualitária com cada um dos pais, fazendo com que a comunicabilidade entre eles seja mais fácil e ainda obter uma adaptação ao novo grupo familiar de forma pacífica.

Ademais, para os genitores o instituto melhor a qualificação na competência de cada um dos genitores, pois irá existir uma cooperação maior e uma divisão dos gastos de manutenção dos filhos mais perfeita.

A respeito da guarda compartilhada, tem-se que esta não se reduz às expectativas de funcionamento do cotidiano infantil, na medida em que seu significado prioritário seria o de garantir o duplo vínculo de filiação, o convívio da criança com ambos os pais. Assim, decorrentes pesquisas sobre o assunto, mostram que a determinação judicial de guarda compartilhada pode funcionar como um suporte para a convivência familiar – um direito de crianças e adolescentes – bem como para o pleno e seguro exercício da paternidade e da maternidade. Ao aplicar esta modalidade de guarda, o Estado determina para os pais da criança o que se espera quanto ao exercício da paternidade e da maternidade após a separação.

Ademais, faz-se oportuno destacar que somado a Lei n.º 13.058/2014, tem-se a Lei n.º 12.318/2010 que tem como intuito determinar sanções para coibir a prática da alienação parental, para não haver a violação aos princípios constitucionais no âmbito familiar, garantindo os interesses de todas as partes envolvidas no caso, buscando o melhor interesse e a proteção da Criança e do Adolescente, devendo ser respeitado à convivência familiar. Desse modo, também dará maior efetividade à aplicação do ordenamento jurídico, pois uma vez caracterizados os atos de alienação parental, haverá comprovação e atuação direta dos Conselhos Tutelares.

Dessa forma, a Lei da Guarda Compartilhada e de Alienação Parental se revelaram serem dispositivos legais de grande valor para minorar ou evitar a ocorrência do processo de alienação, de modo preventivo e repressivo, o qual a referida alienação parental gera efeitos desastrosos quer em relação ao cônjuge alienado, quer em relação aos filhos, vítimas maiores. Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário aplicar, efetivamente e sem temor, os dispositivos previstos neste precedente legal, de forma que o fenômeno da alienação parental não prospere, evitando assim maiores riscos para todos os componentes do grupo familiar.

6- CONCLUSÃO

Todavia, o objetivo do presente trabalho foi o de verificar se a concessão da guarda compartilhada para os genitores em separação litigiosa pode prevenir ou até mesmo acabar com a alienação parental, ou seja, se esse paradigma de guarda tem a eficácia de interromper o problema que é a conduta do alienador em relação ao alienado e à criança. Sendo assim, ficou comprovada a importância de conceder a guarda compartilhada, mesmo quando não há um consenso entre os genitores, porque a criança, de modo nenhum, tem a ver com a separação, e, com isso, os pais têm de se conscientizar que os filhos serão para toda a vida, independente da separação dos genitores. A dissolução conjugal não pode afetar a relação dos pais com os seus filhos, porque eles têm o direito de conviver com ambos, assim como era antes de os pais romperem o vínculo.

De acordo com a psicóloga Judith Wallerstein, na maioria dos divórcios, os divorciados continuam intensamente rancorosos um com o outro, os quais não desaparecem após o divórcio. Por certo, o divórcio se impõe em determinadas situações insustentáveis, mas a ideia de que o divórcio acaba com o intenso relacionamento de amor e ódio do casamento é outro mito de nossa época.

Nesse sentido, é que se enquadra a Lei n.º 13.058/2014, o qual estipula a manutenção do princípio supremo do superior interesse do menor, apresentando soluções nos embates relativos às crianças e aos adolescentes, e ao próprio convívio dos pais, porquanto os seus interesses podem considerar os mais variados arranjos a despeito da sua guarda física e da sagrada convivência dos genitores.

Ademais, o instituto da guarda compartilhada se insere no pensamento dos genitores quanto à continuidade das relações existentes antes da ruptura, procurando os pais fazerem com que os seus filhos sofram o menor número de alterações possíveis em sua rotina pessoal e no seu entorno geográfico, bem assim como referência aos seus hábitos e costumes, já bastando o cataclisma que se abate sobre as suas vidas com

a quebra da unidade familiar e por vezes com a formação de novas famílias e terceiros com os quais precisarão dividir a atenção.

7- REFERÊNCIAS

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Direito de Família**. São Paulo: Suprema Cultura. 2002,

[BLOG DA ADVOGADA ELAYNE MOURA. Lei prevê punição para praticante de alienação parental.](#) Autoria do Texto: Departamento de Jornalismo - TJ MS . Disponível em <http://draelaynemoura.blogspot.com.br/2010/> > Acesso em: 15/11/2017.

BRANDÃO, Débora. **Guarda compartilhada: só depende de nós**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br> > Acesso em 17/11/2017.

BRASIL. Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Alienação Parental**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 12/04/2017

BRASIL. Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014. **Guarda Compartilhada**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 21/03/2017.

CASTRO. Vanessa Dantas - **As consequências jurídicas da alienação parental**. PROJETO DE PESQUISA.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver**. 2. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, [Leandro Marinho](#) - **A dissolução do casamento e a guarda compartilhada dos filhos**- Publicado em 05/2014. Elaborado em 09/2013 > Acesso em 09/11/2017.

FLICK, U. **Introdução à pesquisa qualitativa**. Artmed, Porto Alegre, 2009.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Síndrome de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=6>>. Acesso em: 10/06/2017.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo, Atlas, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rafael. **Guarda Compartilhada [livro eletrônico]: física e jurídica**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Mariana Brasil **A família: Conceito e evolução histórica e sua importância**. http://www.pesquisedireito.com/a_familia_conc_evol.htm > Acessado em 17/11/2017.

PEREIRA, Geni Paulina. **Síndrome da Alienação Parental: Uma Análise Constitucional**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sindrome-da-alienacao-parental-uma-analise-constitucional,36031.html>>. Acesso em: 22/06/2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7ª.ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. **Anotações sobre a guarda compartilhada**. Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões. Ano 1, Volume IV, agosto, 2011. Revista do Tribunais

TOSO, Katarine Vanderlei. **Elementos Básicos para a Compreensão do Conceito de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2426/1950>>. Acesso em: 15/05/2017.

NOTAS:

[2] PEREIRA, Geni Paulina. **Síndrome da Alienação Parental: Uma Análise Constitucional.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sindrome-da-alienacao-parental-uma-analise-constitucional,36031.html>>.

[3] BLOG DA ADVOGADA ELAYNE MOURA. **Lei prevê punição para praticante de alienação parental.** Autoria do Texto: Departamento de Jornalismo - TJ MS . Disponível em <http://draelaynemoura.blogspot.com.br/2010/>.

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA E SUA FRAGILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL

LARISSA SOARES DUARTE DE LIMA E SILVA:
Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

MARIA DO CARMO COTA

(Orientadora)^[1]

RESUMO: O presente artigo procurou expor uma moderna forma de violência que atua principalmente nas redes sociais, chamada por pornografia de vingança e também demonstrar a maneira falha do ordenamento jurídico penal brasileiro e a fragilidade ao penalizar a nova conduta ilícita. A problemática apontada foi a falta de leis específicas que proporcionam uma penalização mais dura. As decisões dos tribunais ainda geram uma sensação de impunidade e desconforto, em virtude de não existir uma legislação própria que pune devidamente e ampara as vítimas. Em alguns casos os tribunais não enquadram a conduta como difamação e injúria, de forma que resta a vítima entrar com processo civil de reparação de danos morais e materiais. Ao final concluiu-se que é de suma importância que a casa legislativa dê uma atenção à criação de leis que visam fortemente combater e proteger as futuras vítimas da pornografia de vingança afim de não prejudicar as vítimas, visto que as penalidades são brandas e as consequências na vida das vítimas são maiores. Para a pesquisa foi usado referências bibliográficas e jurisprudências.

Palavras-chave: Pornografia de vingança. Pornografia não-consensual. Violência de gênero. Ordenamento jurídico penal.

ABSTRACT: The present article sought to expose a modern form of violence that acts mainly in social networks, called for pornography of revenge and also demonstrate the faulty way of the Brazilian criminal legal system and the fragility when penalizing the new illicit conduct. The problem pointed out was the lack of specific laws that provide a harder penalty. Court decisions still generate a sense of impunity and discomfort, as there is no legislation of its own that punishes and protects victims. In

some cases the courts do not frame the conduct as libel and slander, so that the victim is left to file a civil suit for the reparation of moral and material damages. In the end it was concluded that it is of the utmost importance that the legislative house should pay attention to the creation of laws that aim strongly to combat and protect future victims of revenge pornography in order not to harm victims, since penalties are mild and the consequences in the lives of the victims are greater. For the research was used bibliographical references and jurisprudence.

Keywords: Revenge Porn. Non-consensual Porn. Gender Violence. Criminal Legal Order.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Pornografia de Vingança; 2.1 Conceito; 2.2 Pornografia de vingança vista como violência de gênero; 3 Pornografia de Vingança no Direito Brasileiro Penal; 3.1 Legislações acerca do tema; 4 Casos de pornografia de vingança; 4.1 Caso Holly Jacobs; 4.2 Caso AnnMarie Chiarini; 4.3 Caso Francielle dos Santos Pires; 4.4 Caso Rose Leonel; 5 Jurisprudências Penais Acerca do Tema; 6 Considerações finais

1 INTRODUÇÃO

Vive-se em uma complexa Sociedade da Informação, que facilitou a comunicação entre os homens, sendo esta uma necessidade intrínseca do ser humano, visto que a comunicação é uma das formas de sobrevivência, seja caracterizada por falas, gestos e até mesmo mensagens.

E a partir da terceira revolução industrial, teve-se um crescimento revolucionário da tecnologia, como por exemplo: o computador que fora criado em meados de 1940, porém só foi disponibilizado para o uso doméstico por volta de 1970, o telefone celular móvel que fora criado em 1973 e a internet que fora criada por volta de 1970, porém só se expandiu em 1990 com a criação da WWW (World Wide Web) que possibilitou a criação mais dinâmica de sites.

Na atualidade é possível mandar mensagens, fotos, vídeos e fazer ligações para pessoas de todos os lugares, basta estar conectado a internet. Essa facilidade com a troca de comunicação tem seus lados

positivos e seus lados negativos, neste trabalho será apresentado dois dos riscos da internet e as consequências jurídicas: sexting e revenge porn.

O sexting (do inglês: sex - sexo e texting - troca de mensagens e imagens pelo celular), é o envio eletrônico de imagens, vídeos e mensagens de conteúdo sexual entre os jovens, enquanto Revenge Porn (do inglês: pornografia da vingança) é a publicação e divulgação sem autorização dessas trocas de imagens, vídeos e mensagens, com o objetivo de vingança.

O presente artigo contextualiza a pornografia de vingança, apontando as suas causas e consequências, definindo a conduta como uma ferramenta de controle masculino sobre as mulheres e identificando -a como uma violência de gênero. Tem como objeto o estudo do tema, trazendo conceitos e julgados de casos reais, demonstrando que a pornografia de vingança atinge em maior número as mulheres, principalmente as jovens. Evidencia que além da sanção penal existem outros mecanismos de punição. Aborda a forma com que o tema - pornografia de vingança - vem sendo tratado e discutido pelo judiciário e legislativo brasileiros. Isto porque há uma forte tendência em criminalizar o responsável pelo vazamento do conteúdo íntimo, de modo que o direito penal não é a única solução para a proteção da vítima.

2 PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

2.1 CONCEITO

Com o advento da Internet e facilidade de comunicação virtual, vários casais têm feito a prática de trocas de mensagens com fotos e/ou vídeos de cunho sexual, e a cada dia, este ato vem sendo recorrente, aumentando ações judiciais e divulgações nas mídias. Execução esta, que rompe a confiança entre o casal, ao serem divulgadas tais intimidades.

Trata-se de uma conduta de divulgar, na internet e por meio dela, fotos e/ou vídeos privados contendo conteúdo de nudez ou sexo de uma pessoa, sem sua autorização, com o objetivo de expô-la através da rápida disseminação do conteúdo, causando estragos sociais e emocionais na vida da vítima (BUZZI, 2015)

Para Marcelo Crespo, Pornografia de Vingança é:

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

Compreende-se que o principal objetivo do agressor é punir a vítima, constringendo-a mediante da exposição de fotos, vídeos ou áudios íntimos dela, geralmente motivado por não aceitar o término da relação amorosa ou por qualquer outro motivo que achar conveniente. Vale ressaltar que na maioria dos casos as vítimas são mulheres, porém também estão sujeitos a sofrer o constrangimento os homens, os transsexuais e os travestis.

Uma vez divulgado o conteúdo sexual, a vítima passa a ser apontada como culpada, principalmente quando se trata do sexo feminino. Estas exposições não autorizadas coloca a vítima em situações vexatórias, julgando-a, culpando-a e a oprimindo seja no âmbito pessoal, seja no profissional. Exemplo disto, pode ser citado o caso de Holly Jacobs. Ela teve suas fotos íntimas expostas, e ao tomar conhecimento disto, procurou a polícia. Ao ser atendida, foi informada de que nada poderia ser feito, pois houve o consentimento de sua parte, ao tirar as fotos.

Os danos sofridos afetam consideravelmente as vítimas no psíquico-emocional e material. Elas podem desencadear: depressão, inseguranças, preconceitos, agressões, ofensas, ansiedade, perda de emprego, inclusive o suicídio. Para a professora Maria Alves, além das situações da perda de emprego ou suicídio, a identidade profissional da vítima também é afetada,

visto que a sociedade a rotula como uma garota de programa. (CASTRO, Marina. 2013.)

Ao executar a pornografia de vingança, ela tenta demonstrar que detêm um poder sobre a outra pessoa, agredindo-a moralmente, repreendendo-a e violando a sua honra, reputação e liberdade sexual.

2.2 PORNOGRAFIA DE VINGANÇA VISTA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A violência de gênero é produto de uma sociedade patriarcal, justificada pelas relações de poder entre o homem e a mulher, em que a mulher é vista como inferior e vulnerável. Historicamente sempre existiu uma diferença entre o sexo masculino e o sexo feminino tanto na política, quanto na economia e na sociedade, diferença essa em que coloca o sexo masculino no topo da cadeia hierárquica, enquanto é imposto ao sexo feminino a submissão. Simone de Beauvoir, já defendia que a humanidade é masculina e o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele; ela não é considerada um ser autônomo. (BEVAUOIR, Simone de. 1949)

É nítida a diferença quando o sexo feminino é tratado como um objeto, um ser de sensualidade, de sentimentalismo exagerado e de submissão enquanto o sexo masculino é visto como um ser dominador, certo e detentor da razão e que a sua vontade deve ser cumprida.

A pornografia de vingança pode ser considerada como violência de gênero quando a vítima do sexo feminino é a detentora da culpa da disseminação do material de conteúdo sexual e tem sua dignidade arruinada enquanto o agressor segue com sua vida. O agressor não é devidamente punido por causa da culpabilização da vítima, visto que, a sociedade desvaloriza a conduta ocorrida julgando os hábitos, ambientes frequentados e atitudes da vítima, procurando a culpabilidade da mesma na conduta e desta forma retira a atenção do verdadeiro causador, aquele que por motivo fútil espalha as fotos de maneira vingativa para justamente prejudicar a reputação da vítima.

3 PORNOGRAFIA DE VINGANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

No Direito Penal Brasileiro é considerado crime, mesmo que ainda não tenha uma lei específica, a propagação de fotos, vídeos e qualquer outro material com conteúdo sexual sem permissão dos participantes, no Direito Civil Brasileiro essa propagação é suscetível de indenização moral e material e para a Constituição Federal a divulgação não consensual de conteúdos sexuais íntimos fere os direitos constitucionais elencados na carta Magna. No art. 5, X da CF/88 dita que “são invioláveis: 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;”.

O Código Penal tipifica a propagação como difamação, imputar fato ofensivo à reputação, ou como injúria, ofender a dignidade ou decoro, estão previstos nos artigos 139 e 140 respectivamente. Se a vítima for menor de idade, será aplicado o Estatuto da Criança e do Adolescente, e se a vítima esteve em um relacionamento íntimo com a pessoa que propagou os materiais, poderá ser aplicada a Lei Maria da Penha.

Vale ressaltar que, o marco inicial da busca por penalizar os crimes virtuais surgiu após o caso da Carolina Dieckmann, que vivenciou um caso de extorsão quando hackers invadiram seu computador, pegaram fotos íntimas suas e cobraram um pagamento para não divulgarem e com a repercussão das imagens de conteúdo sexual íntimo foi criada em 2012 a lei Carolina Dieckmann (Lei n.º 12.737/2012) com o objetivo de punir aqueles que invadem aparelhos eletrônicos para obtenção de dados particulares.

O Marco Civil da Internet, criado em 2014 com o objetivo de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres, dispõe que em casos de exposição de pornografia de vingança, após solicitação da vítima, a vítima pode requerer a remoção dos materiais sexuais dos sites e aplicativos que estão hospedando. Caso não retirem, os provedores do conteúdo também serão considerados corresponsáveis pela divulgação.

Dois deputados federais apresentaram em 2013 dois projetos de leis que visam criminalizar a pornografia de vingança e criar formas de combater os atos que violam a intimidade da mulher. São esses o PL n.º 6.630/2013 e o PL n.º 5.555/2013, além desses, há outros projetos de lei apenas a eles: PL n.º 6.713/2013, PL n.º 6.831/2013, PL n.º 7.377/2014, PL n.º 5.822/2014 e PL n.º 170/2015.

3.1 LEGISLAÇÕES ACERCA DO TEMA

Com advento de alguns crimes virtuais, que antes eram somente praticados no mundo real, certas legislações foram criadas e outras adaptadas para contribuir, punir ou trazer boas práticas no uso da rede mundial de computadores. Tal crime, que hoje é conhecido por pornografia de vingança, já existia. Porém, a disseminação de informações, injúrias, difamações, calúnias, dentre outros, não possuía a velocidade como nos dias atuais, ao utilizarem a Internet.

3.1.1 Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990

A lei nº 8.069 também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tem como o objetivo proteger as crianças e os adolescentes das diversas formas de violência e seus direitos. Em seus artigos 240 e 241 apresenta a tipificação da pornografia infantil, que posteriormente foram mudados pela lei nº 11.829/2008, visto que os crimes não eram tão abrangentes e causavam interpretações de impunidade com certos atos.

Os referidos artigos tratam dos crimes pornográficos infantis , praticados através de imagens, vídeos, com as suas devidas penas. Como mostra, por exemplo, o artigo abaixo:

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

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

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

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.” (citação da lei)

Em maio de 2017, o presidente Michel Temer sancionou uma lei que altera a Lei nº 8.069, para prever a infiltração de agentes de polícia na Internet, com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente nos crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C, 241-D, dentre outros.

A associação Safernet Brasil realizou uma pesquisa demonstrando que garotas de 13 a 15 anos representam a maioria das vítimas (35,71%) que procuram ajuda psicológica. A pesquisa também revelou que 60,71% das vítimas possuem de 10 a 17 anos. Nestes casos, o crime enquadra segundo os artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente. (KLEBER, 2014)

Na prática, há relatos de que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não tem sido tão eficaz como deveria, pois há adolescentes que não demonstram ser menores de idade. Elas produzem, muitas vezes por conta própria, fotos e vídeos com roupas íntimas, e quando tais produtos são divulgados, a punição que se encontra no ECA não pode ser executada, justamente por estar claro, de que deve haver cena de sexo explícito ou pornográfica.

3.1.2 Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006

Conhecida como “Lei Maria da Penha”, esta é reconhecida mundialmente, através das Organização das Nações Unidas, como uma das principais leis que combate a violência contra a mulher. A história desta lei começou, através de uma brasileira chamada: Maria da Penha Maia Fernandes, que buscava justiça e punição ao seu ex-marido, que a agrediu gravemente, deixando sequelas físicas e mentais. Além de ter tentado com a vida desta mulher, por duas vezes. Após ver seu ex-marido conseguir responder em liberdade, quando ele fora julgado pela primeira tentativa de homicídio, Maria da Penha foi atrás da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) para demonstrar como o Estado brasileiro é omissos aos casos de violência doméstica. Em 2001, a Comissão responsabilizou o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres. Após o reconhecimento mundial do caso, a legislação brasileira reconheceu a necessidade de criar uma lei que punisse a violência doméstica contra as mulheres.

A Lei 11.340/06, intitulada como Lei Maria da Penha, dispõe em seu art. 5º:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a

ofendida, independentemente de coabitação.” (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006)

Há duas observações a serem mencionadas, ao interpretar o artigo acima. Ele visa à proteção da integridade física, psicológica e moral, como também, fica claro que a violência doméstica não precisa acontecer tão somente no lar; se estende para as relações íntimas de afeto, ou seja, basta o agressor responsável pela divulgação das fotos ou vídeos estar em um relacionamento afetivo com a vítima.

O art. 7º define as formas de violência doméstica contra a mulher:

[...]

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

[...]

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006)

Sobre o artigo entende-se que, a violência psicológica e moral estão presentes na pornografia de vingança, podemos citar como exemplo de violência psicológica a humilhação, perseguição, intimidação e a ameaça, enquanto a violência moral é considerada qualquer conduta caluniosa, difamatória ou injuriante, como por exemplo quando a vítima passa a ser desrespeitada e ofendida.

3.1.3 Projetos de Lei

Não há dúvidas dos empenhos e muitas tentativas em elaborar projetos de lei com o objetivo de coibir atos tão agressivos quanto a esses (pornografia de vingança virtual). A seguir, serão demonstrados alguns deles, como exemplos.

3.1.3.1 Projeto de Lei nº 5.555, de 09 de maio de 2013

O deputado federal João Arruda (PMDB/PR) propôs em 2013, um projeto de lei considerado “Maria da Penha Virtual”, com o objetivo de acrescentar na Lei Maria da Penha a violação de intimidade como violência doméstica e criar formas para combater as ofensas contra a mulher na Internet ou outros meios de propagação de informação.

O artigo 2º do projeto de lei, modificaria o art. 3º da Lei 11.340/06, acrescentando o direito à comunicação, com a seguinte redação:

“Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à comunicação, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

Já o artigo 3º, do projeto de lei, traz o acréscimo do inciso IV no art. 7º da referida lei:

“Art. 7º [...]

VI – violação da sua intimidade, entendida como a divulgação por meio da Internet, ou em qualquer outro meio de propagação da informação, sem o seu expresso consentimento, de imagens, informações, dados pessoais, vídeos, áudios, montagens ou fotocomposições da mulher, obtidos no âmbito de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.”

E o artigo 4º, do projeto de lei, acrescentaria um parágrafo no art. 22 da lei referida:

“Art.22 [...]

§5º Na hipótese de aplicação do inciso VI do artigo 7º desta Lei, o juiz ordenará ao provedor de

serviço de e-mail, perfil de rede social, de hospedagem de site, de hospedagem de blog, de telefonia móvel ou qualquer outro prestador do serviço de propagação de informação, que remova, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, o conteúdo que viola a intimidade da mulher."

O deputado mencionado acima na justificativa do projeto de lei defende que a política pública ou a legislação ainda não abordou a violação praticada por companheiros ou ex-companheiros da intimidade da mulher; que fazem tais práticas, com o objetivo a fim de constrange-la divulgando na Internet vídeos, áudios, imagens, dados e informações pessoais sem o seu expresso consentimento. Isso demonstra uma forma de violência doméstica. Ele afirma que: "esse tipo de violação se torna progressivamente mais danoso, quanto mais disseminado e universalizado, do ponto de vista social e geográfico, está o acesso a Internet no Brasil."

No dia 21 de fevereiro de 2017, foi discutido em plenário a matéria do projeto de lei e a Relatora da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, a deputada federal Laura Carneiro (PMDB-RJ), apresentou um substituto do projeto que foi aprovado. Esse substituto modifica do projeto de lei o teor do artigo 4º retirando o qual era antes e acrescenta um novo teor:

Art. 4º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 140—A: "Exposição pública da intimidade sexual

‘Art. 140-A. Ofender a dignidade ou o decoro de outrem, divulgando, por meio de imagem, vídeo ou qualquer outro meio, material que contenha cena de nudez ou de ato sexual de caráter privado.

Pena: reclusão, de três meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço a metade se o crime é cometido:

I - por motivo torpe;

II - contra pessoa com deficiência."

Ou seja, se o projeto de lei for sancionado, além das modificações da Lei Maria Penha, também será acrescentado um novo artigo no Código Penal que tipifica a divulgação não consensual da intimidade da mulher. O projeto foi remetido ao Senado Federal no mesmo dia em que foi apresentada a mudança.

3.1.3.2 Projetos de lei: PL nº 5.822/2014 e PL nº 170/2015

Em 25 de junho de 2013, foi proposto o Projeto de lei nº 5.822 pela deputada federal Rosane Ferreira (PV/PR) e em 04 de fevereiro de 2015, foi proposto o Projeto de lei 170 da deputada federal Carmen Zanotto (PPS/SC), que tratam também de incluir na Lei Maria da Penha, a divulgação não consensual dos materiais íntimos da mulher como forma de violência doméstica. Por se tratarem do mesmo assunto apresentando pelo Projeto de lei n 5.555/2013, foram colocados apensos a este.

3.1.3.3: Projeto de Lei nº 6.630, de 23 de outubro de 2013

Proposto pelo deputado federal Romário (PSB/RJ) com a intenção de criar no Código Penal uma nova tipificação para a conduta da Pornografia de Vingança, alterando o Decreto-lei n. 2.848/40.

O segundo artigo do projeto de lei pretende acrescentar o artigo 216-B, no rol dos Crimes Contra a Dignidade Sexual (Código Penal, Título VI), com o objetivo de tipificar a conduta de divulgar fotos ou vídeos com cena de nudez ou ato sexual sem autorização da vítima, dispondo a ele o seguinte teor:

“Divulgação indevida de material íntimo

Art. 216-B. Divulgar, por qualquer meio, fotografia, imagem, som, vídeo ou qualquer outro material, contendo cena de nudez, ato sexual ou obsceno sem autorização da vítima.

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.

§1o Está sujeito à mesma pena quem realiza montagens ou qualquer artifício com imagens de pessoas.

§2o A pena é aumentada de um terço se o crime é cometido:

I - com o fim de vingança ou humilhação;

II – por agente que era co?njuge, companheiro, noivo, namorado ou manteve relacionamento amoroso com a vítima com ou sem habitualidade;

§3o A pena é aumentada da metade se o crime é cometido contra vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa com deficiência.”.

Além da tipificação da conduta, o deputado se preocupou em definir que a vítima tem direito a ser indenizada pelas despesas da mudanc?a de domici?lio, de instituic?a?o de ensino, tratamentos me?dicos e psicol?gicos e perda de emprego. A indenização do projeto de lei não afetará o direito da vítima de entrar com um processo civil de reparação de danos morais e materiais. E por fim, o juiz poderá penalizar o agressor impendendo-o de acessar as redes sociais ou servic?os de mensagens eletro?nicas pelo prazo de ate? dois anos.

O Projeto, no dia 21 de fevereiro de 2017, foi declarado prejudicado em face da aprovação do Substitutivo adotado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania ao PL 5.555/2013 e gerou a sua desapensação automática do PL 5.555/2013, em face da declaração de prejudicialidade deste e do seu conseqüente arquivamento.

3.1.3.4 Projetos de lei: PL n.º 6.713/2013, PL n.º 6.831/2013 e PL n.º 7.377/2014

O Projeto de Lei n.º 6.713/2013, proposto pelo deputado federal Eliene Lima (PSD/MT), propõe a tipificação da conduta para pessoas que publicarem postagens pornográficas de vingança na internet, não importando tratar-se de imagem de homem ou de mulher, punindo com um ano de reclusão e 20 salários mínimos.

O Projeto de Lei n.º 6.831/2013, proposto pelo deputado federal Sandes Júnior (PP/GO), acrescenta o artigo 216-B ao Código Penal, o crime de “exposição pública da intimidade física ou sexual”, com pena de reclusão, de um a três anos. Acrescido da qualificadora: se a exposição é feita por meio de comunicação de massa, inclusive pena internet, com pena de reclusão, de dois a cinco anos. A pena é aumentada: de um terço, se a vítima for menor de dezoito anos; e de metade, se a exposição é decorrente de qualquer relação íntima de afeto na qual o agressor conviva

ou tenha convivido com a vítima, independente de coabitação; de relações de família ou parentesco ou de relação de trabalho.

O projeto de Lei n.º 7.377/2014, proposto pelo deputado federal Fábio Trad (PMDB/MS), acrescenta no artigo 216-B, o crime de violação de privacidade, na forma seguinte: oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar, sem consentimento da vítima, imagem em nudez total, parcial ou em ato sexual ou comunicação de conteúdo sexualmente explícito, de modo a revelar sua identidade, utilizando-se de qualquer mídia, meio de comunicação ou dispositivo. A pena de reclusão é de dois a seis anos, com possibilidade de aumento de um terço se o crime for cometido com finalidade de assediar psicologicamente; em ato de vingança; para humilhação pública ou por vaidade pessoal; contra cônjuge, companheira, namorada ou com quem conviva ou tenha convivido em relação íntima, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Vale ressaltar que mesmo se a vítima aceitar capturar ou armazenar o conteúdo, configurará o crime. Os três projetos de lei se encontram apenas ao Projeto de Lei nº 6.630/13.

3.1.4 Crimes contra a Honra, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940

Diante da inexistência de uma legislação específica sobre a divulgação não consentida de material íntimo, a vítima pode entrar com um processo de crimes que atestam contra a honra: a difamação (art. 139 imputar fato ofensivo à reputação) e a injúria (art. 140 ofender a dignidade ou decoro).

A honra é reconhecida pelo art 5, inciso X, da CF como um direito inviolável, visto que é um atributo essencial à personalidade. Desta forma, Nelson Rosenvald e Cristiano Farias entendem que a “honra é a soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2008.). Pode-se entender que a honra são os atributos físicos, intelectuais e morais que cada pessoa possui.

Adevan Saraiva cita MUÑOZ CANDIDO:

A honra é um dos bens mais sutis e mais difíceis de apreender desde o ponto de vista jurídico-penal. Isso se deve, sobretudo, a sua relativização, a existência de um ataque a honra depende das mais diversas situações de sensibilidade, do grau de formação, da situação tanto do sujeito passivo como do ativo, e também das relações recíprocas entre ambos, assim com das circunstâncias do ilícito. (SARAIVA, Adevan. 2015)

De acordo com o doutrinador Fernando Capez, a honra pode ser subdividida em objetiva e subjetiva. A objetiva trata da reputação social, ou seja, da imagem da pessoa na sociedade:

Honra objetiva: diz respeito à opinião de terceiros no tocante aos atributos físicos, intelectuais, morais de alguém. Quando falamos que determinada pessoa tem boa ou má reputação no seio social, estamos nos referindo à honra objetiva, que é aquela que se refere à conceituação do indivíduo perante a sociedade. É o respeito que o indivíduo goza no meio social. (CAPEZ, 2007)

Enquanto a honra subjetiva é o que a pessoa pensa de si mesma:

Honra subjetiva: refere-se à opinião do sujeito a respeito de si mesmo, ou seja, de seus atributos físicos, intelectuais e morais; em suma, diz com o seu amor-próprio. Aqui não importa a opinião de terceiros. O crime de injúria atinge a honra subjetiva. Dessa forma, para a sua consumação, basta que o indivíduo se sinta ultrajado, sendo prescindível que terceiros tomem conhecimento da ofensa. (CAPEZ, 2007).

A honra subjetiva representa o conceito que a pessoa tem de si mesma e dos seus valores, ou seja, o sentimento da própria dignidade, enquanto que a honra objetiva representa o sentimento que os demais têm

sobre sua reputação, bom nome, estima e seus atributos. Nos ensinamentos do Nélson Hungria, a honra objetiva possui relação com o apreço e o respeito de que somos objeto ou nos tornamos merecedores perante os nossos concidadãos, ao passo que a honra subjetiva possui um liame mais próximo ao sentimento de nossa dignidade própria.

3.1.4.1 Crime de difamação

O código penal dispõe no artigo 139:

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções

A difamação consiste em imputar fatos à uma pessoa manchando a sua reputação. Nessa visão, o doutrinador Nélson Hungria define:

Consiste na imputação de fato que, embora sem revestir caráter criminoso, incide na reprovação ético-social e é, portanto, ofensivo à reputação da pessoa a quem se atribuiu. (HUNGRIA, Nélson. Comentários ao código penal, v. VI. 1980)

Pune-se com a difamação, tão somente, aquilo que popularmente é chamado de “fofoca”. É o crime daquele que, sendo o fato falso ou verdadeiro, o imputa a alguém com o fim de denegrir a sua reputação. (GRECO, 2010)

A partir do momento em que a vítima é difamada, o bem a ser protegido é a honra objetiva. Fernando Capez em seu livro diz que para ocorrer a difamação, é necessário que o fato ofensivo chegue ao conhecimento de terceiros, pois o que a lei penal protege é a reputação do ofendido. (CAPEZ, 2007)

Na pornografia de vingança, é nítida a difamação quando a vítima passa a ser rotulada e reconhecida pela sociedade com a má-fama, como nos casos citados em que as vítimas passaram a serem consideradas garotas de programa. Enquadra também no crime de difamação, as pessoas que contribuem para a divulgação do material íntimo compartilhando-o.

Assim entende Cezar Roberto Bitencourt que o artigo não contém previsão de divulgar a difamação. Pode parecer que o divulgador não deve responder pelo crime de difamação. Contudo, essa impressão não é verdadeira e não se trata de analogia ou interpretação prejudicial. Ocorre que quem divulga fato desonroso imputado a alguém, pratica nova difamação. (BITENCOURT, 2010)

3.1.4.2 Crime de injúria

O código penal dispõe no artigo 140:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1 - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2o - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3 Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

A injúria é tipificada como ofensas pessoais que atingem a dignidade ou o decoro da vítima.

Segundo o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

Injuriar é ofender a dignidade ou o decoro de alguém. A injúria, que é a expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo, traduz sempre desprezo ou menoscabo pelo injuriado. É essencialmente uma manifestação de desprezo e de desrespeito suficientemente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno. (BITENCOURT. 2010)

A injúria se trata de crime contra a honra subjetiva, visto que ofende os atributos físicos, morais ou intelectuais, posto assim não é necessário que terceiros saibam da ofensa, bastando apenas a vítima ter sua autoestima afetada. Ressalta-se que para configurar a difamação é necessário o conhecimento da ofensa por terceiros e a imputação dos fatos, enquanto a injúria basta ofender o decoro.

De acordo com Rogério Greco:

Esclarece Aníbal Bruno: "Injúria é a palavra ou gesto ultrajante com que o agente ofende o sentimento de dignidade da vítima. O Código distingue, um pouco ociosamente, dignidade e decoro. A diferença entre esses dois elementos do tipo é tênue e imprecisa, o termo dignidade podendo compreender o decoro. Entre nós costumava-se definir dignidade como o sentimento que tem o indivíduo do seu próprio valor social e moral; o decoro como a sua respeitabilidade. Naquela estariam contidos os valores morais que integram a personalidade do indivíduo; neste as qualidades de ordem física e social que conduzem o indivíduo à estima de si mesmo e o impõem ao respeito dos que com ele convivem" (GRECO, 2017).

O código penal divide a injúria em três tipos: simples (art. 140), injúria real (art. 140 §2) e injúria preconceituosa (art 140. §3). A injúria real é qualificada pelo uso de violência, não com o objetivo de ofender a saúde física, e sim com objetivo de humilhar, desprezar, ridicularizar a vítima, atingindo-a em sua honra subjetiva. Nota-se a injúria real em um caso em

que a vítima recebia mensagens do seu ex-parceiro que a chamava de “vagabunda, parasita, sanguessuga, mosca morta”, entre outras ofensas.

4. ESTUDO DE CASOS

Os casos relatados neste tópico tem como objetivo demonstrar como a conduta tem um impacto negativo no cotidiano das vítimas.

4.1 CASO HOLLY JACOBS

Holly Jacobs teve um relacionamento com um rapaz durante 3 anos e alguns meses. Em um determinado momento, ela decidiu que deveriam terminar. Um mês após o término, em 2009, ela fora informada através de uma amiga, que a foto do seu perfil de uma determinada rede social, havia sido alterada, por uma foto em que ela estava nua.

Nas semanas e meses seguintes, Holly viu dezenas de suas imagens pornográficas, que haviam sido enviadas para, até então namorado, sendo circuladas pela Internet. Estas fotos estavam em mais de duzentos sítios de pornografia; não bastando expor a sua imagem de foro íntimo, colocou seus dados pessoais (nome completo, endereço eletrônico, número de telefone). Holly, suspeitou de imediato do seu ex-namorado, mas ele negava autoria deste fato e ainda afirmou que o seu computador teria sido invadido.

Ao ser entrevistada num canal de televisão (BBC), relatou todo o fato ocorrido, além da informação que recebera na delegacia (nada poderia ser feito, pois era maior de idade e tinha consentido ser fotografada).

Em 2012, Holly conseguiu abrir um processo contra o ex, fazendo uso das leis contra assédio virtual, utilizando como prova, as mensagens de correios eletrônicos que continham ameaças. Seu ex foi inocentado das acusações. Ele afirmou que Holly estava fazendo uma “caça as bruxas” na internet e que isso arruinou a vida dele.

Alguns meses depois, para sua proteção, Holly mudou seu nome legalmente, além de iniciar a sua liderança no grupo Cyber Civil Rights Initiative (Iniciativa por Direito Cívico na Internet). A função deste grupo, é combater a prática de “pornô de vingança”, como também, as páginas da rede mundial de computadores que publicam esse tipo de conteúdo.

4.2 CASO ANNMARIE CHIARINI

Em fevereiro de 2010, Annmarie Chiarini e seu namorado, discutiram devido ao comprimento da saia que Annmarie estaria usando para trabalhar. No calor da discussão, ele a ofendeu, acusando-a de dormir com seus amigos (sexo masculino). No dia seguinte, ele checkou a rede social dela, e a acusou de ter relação sexual com pelo menos três homens a mais. Annmarie ao ser acusada, negou e tentou convencê-lo de que suas acusações seriam falsas. Mas não bastou a palavra dela, ele continuou acreditando em estar sendo traído. Diante desta crença, ele fez ameaças que leiloaria as 88 fotos que ele tinha dela nua, no sítio eBAY, caso ela não confessasse as suas infidelidades. Vale enaltecer, que estas fotos íntimas, ela foi forçada a tirar, com apenas três meses de namoro.

Annmarie procurou ajuda da polícia de Baltimore. O oficial que fora à sua casa, disse que ele nada poderia fazer, visto que nenhum crime havia sido cometido. Na tarde seguinte, ela recebeu mensagens de correio eletrônico do sítio eBay com o link do leilão que estava sendo ofertado as suas fotos íntimas. O link havia sido enviado para as cinco paginas da faculdade em que ela lecionava, para uma rede social, além do seu ex-marido e a babá. Durante dois dias, ela buscou formas de controlar os danos, pedindo para o eBay retirar o leilão e denunciando o seu ex nas redes sociais.

Após um ano, Annmarie recebeu uma mensagem anônima de correio eletrônico alertando-a sobre um sítio pornográfico que exibia suas fotos nua. Nesse sítio continha o seu nome completo, a cidade e o estado onde morava, Como também, o nome do seu local de trabalho. Esta página eletrônica ficou no ar por 14 dias e teve mais de 3.000 visualizações.

Após uma tentativa de suicídio, Annmarie empenhou-se para conseguir uma legislação que protege vítimas da pornografia de vingança. Em 02 de fevereiro de 2011, ela apresentou o seu apoio ao projeto de lei 105 e 107 do Senado, no Comitê Judicial da Assembleia Geral de Maryland (EUA). O projeto de lei 175 do Senado entrou em vigor em 1 de outubro de 2012, que regulamenta sobre o uso devido do correio eletrônico. Em 2013, o delegado Jon Cardin a convidou para fornecer informações, e testemunhar em apoio a nova lei de pornografia de

vingança, que estava sendo redigida e foi introduzida na sessão legislativa em 2014.

4.3 CASO FRANCYELLE DOS SANTOS PIRES

Francielle dos Santos, ou Fran como era chamada, possuía 19 anos quando descobriu a sua gravidez. Após esta descoberta, ela e seu namorado discutiram com frequência, pois ele duvidava da paternidade desta gravidez, e assim, houve o término do relacionamento. Porém, o término não durou muito e se reconciliaram. A partir da reconciliação, ele a convenceu de gravar seus atos sexuais, mesmo ela não se sentindo confortável, resolveu ceder.

O relacionamento não durou muito e logo terminaram novamente. Seu ex-parceiro irritado com o término, compartilhou os vídeos com os amigos e logo foi viralizado. As informações pessoais da Fran (nome, endereço, local de trabalho, telefone) foram repassadas através da Internet. O vídeo disseminou, por conta de um gesto de mão que Fran fazia; várias pessoas, incluindo celebridades, compartilharam fotos repetindo o gesto.

Por conta desta repercussão, ela recebeu diversas mensagens e ligações de pessoas interessadas em programas sexuais. Fran teve que mudar a sua rotina, seu visual, afastou do trabalho, largou a faculdade, ficou por um ano procurando por um novo emprego, mas não obteve êxito. Ela entrou com um processo criminal contra o seu ex-parceiro, pedindo a condenação dele por injúria e difamação. Mas a ele fora ofertada e aceita por ele, a proposta de prestação de serviços comunitários, por cinco meses. Para Fran, a condenação não foi justa, visto que ela sofreu diariamente as consequências do vídeo exposto. Ela defende a criação de uma lei para punir os devidos responsáveis que divulgarem material íntimo sem autorização.

4.4 CASO ROSE LEONEL

Rose Leonel, apresentadora de um canal de tv e jornalista de Maringá, terminou seu noivado com Eduardo Gonçalves dias, em outubro de 2005. Em janeiro de 2006 começou o pesadelo, o seu ex-parceiro havia distribuído mais de 15 mil e-mails para familiares, amigos, colegas do

trabalho e conhecidos dela contendo as suas fotos íntimas, os emails eram enviados semanalmente e chamados de capítulos. Também gravou as fotos em CDs e distribuiu pela cidade.

Além dos emails e CDS enviados, suas fotos foram parar em sete milhões sites pornográficos brasileiros e estrangeiros. Não satisfeito, informava que ela era garota de programa e divulgou o telefone da casa, do trabalho e o celular do filho. Rose perdeu o emprego, era lichada pela cidade, recebia propostas de programas sexuais de várias pessoas e seu filho de 11 anos teve que mudar de país, foi morar com o pai nos Estados Unidos, porque era alvo de bullying na escola.

Antes de ter suas fotos divulgadas, Rose já havia descoberto o plano do ex, em uma entrevista revela que tinha a senha do email dele e o acessava com frequência para saber como ele estava. Em um desses acessos, descobriu uma negociação com um técnico de informática, onde ele perguntava qual era o procedimento para publicar fotos e quanto custava. Depois de 15 dias de negociação, ele pagou R\$ 1.000,00 (hum mil reais) em aparelhos para a publicação das fotos. No mesmo dia que descobriu, fez um boletim de ocorrência na delegacia e mesmo ele sendo notificado, seguiu com a vingança.

Após seis anos da repercussão do caso, seu ex-parceiro foi condenado por injúria e difamação pela divulgação na internet das fotos íntimas. Ele foi condenado a prestar serviços comunitários e pagar uma indenização mensal durante um ano e onze meses no valor de R\$ 1.200,00.

5. JURISPRUDÊNCIAS PENAIS ACERCA DO TEMA

Conforme dito, por não existir a conduta tipificada da pornografia de vingança, os tribunais entendem que os casos se enquadram como difamação e injúria. Vale frisar a importância da criação da tipificação para freiar o crescimento dos casos e demonstrar aos agressores que seus atos não irão ficar impunes.

A primeira decisão trazida diz respeito à apelação criminal no 756.367-3, julgada pelo Tribunal de Justiça do Paraná, com a seguinte ementa:

PENAL. APELAÇÃO. CRIMES DE INJÚRIA E DE DIFAMAÇÃO. ARTS. 139 E 140 DO CÓDIGO PENAL. AGENTE QUE POSTA E DIVULGA FOTOS ÍNTIMAS DA EX-NAMORADA NA INTERNET. IMAGENS E TEXTOS POSTADOS DE MODO A RETRATÁ-LA COMO PROSTITUTA EXPONDO-SE PARA ANGARIAR CLIENTES E PROGRAMAS. PROVA PERICIAL QUE COMPROVOU A GUARDA NO COMPUTADOR DO AGENTE, DO MATERIAL FOTOGRÁFICO E A ORIGEM DAS POSTAGENS, BEM COMO A CRIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE BLOG COM O NOME DA VÍTIMA. CONDUTA QUE VISAVA A DESTRUIR A REPUTAÇÃO E DENEGRIR A DIGNIDADE DA VÍTIMA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O defeito da procuração outorgada pelo querelante ao seu advogado, para propor queixa-crime, sem 1 Em substituição ao Desembargador José Maurício Pinto de Almeida. TRIBUNAL DE JUSTIÇA Apelação Criminal nº756.367-3 menção do fato criminoso, constitui hipótese de ilegitimidade do representante da parte, que, a teor do art. 568 C.Pr.Pen., "poderá ser a todo o tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais"... (STF-1ªTurma, HC 86.994-7/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 14.03.2006, DJ 31.03.2006, p. 18) 2. "1. A ausência de menção ao fato criminoso na procuração que acompanha a queixa trata-se de vício que pode ser sanado a qualquer tempo do processo-crime, ainda que ultrapassado o prazo decadencial, até o momento da sentença final, consoante o disposto no art. 569 do Código de Processo Penal. 2. Qualquer forma de demonstrar o interesse do querelante na persecução criminal quanto ao seu fato objeto supre o

defeito do art. 44 do Estatuto Repressivo, eis que este se foca na possibilidade de futura responsabilização do querelante no caso de cometimento do crime de denunciação caluniosa." (Acórdão nº 24.993, da 2ª C.Criminal do TJPR, Rel. Des. José Maurício Pinto de Almeida, julg. 06.08.2009 - unânime, DJ 28.08.2009) 3. Comete os crimes de difamação e de injúria qualificadas pelo emprego de meio que facilita a sua propagação - arts. 139 e 140, c.c. 141, II do CP - o agente que posta na Internet imagens eróticas e não autorizadas de ex-namorada, bem como textos fazendo-a passar por prostituta. TRIBUNAL DE JUSTIÇA Apelação Criminal nº 756.367-3

(TJ-PR - ACR: 7563673 PR 0756367-3, Relator: Lilian Romero, Data de Julgamento: 07/07/2011, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 681)

Trata-se do caso em que a vítima terminou o relacionamento de 3 anos com o réu, Sr. Eduardo, que inconformado com o término, passou a manchar a imagem da vítima em seu ciclo social disseminando vários materiais de cunho sexual íntimo. O material parou em diversos sites da internet, e fora enviado para os familiares, amigos e colegas de trabalhos da vítima, através de um falso email, criado pelo corréu contratado para fazer o serviço, se passando pela vítima.

O ex-parceiro da vítima foi condenado nos crimes previstos nos artigos [139](#), [140](#), c.c. com os arts. [141](#), [III](#) e [71](#) e na forma do art. [70](#), todos do [CP](#), em 1 ano, 11 meses e 20 dias de detenção, e 88 dias-multa. O regime inicial fixado para o cumprimento da pena corporal foi o aberto. As penas privativas de liberdade foram substituídas por duas restritivas de direito: prestação da quantia de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) e prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública.

Outra decisão acerca do tema é a apelação criminal nº 0032404-70.2012.8.07.0016, julgada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. INJÚRIA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. PALAVRA DA OFENDIDA RESPALDADA POR OUTRAS PROVAS. RECONHECIMENTO DA RETORSÃO. INJÚRIA INICIAL PROFERIDA PELO QUERELADO. IMPOSSIBILIDADE. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO ART. 804 DO CPP, C/C O SEU ART. 3º E INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 20, § 3º, ALÍNEAS A, B e C DO CPC. 1. Versão da lesada no sentido de que o apelante a ofendeu com impropérios, confirmada por outros depoimentos, constitui prova suficiente a embasar a condenação. 2. A retorsão não pode ser aplicada a quem proferiu a injúria retorquida, como no presente caso, em que o apelante tomou a iniciativa da injúria contra a ofendida. 3. O art. 804 do Código de Processo Penal determina a condenação do vencido ao pagamento das custas processuais; os honorários advocatícios também podem ser aplicados ao vencido, consoante o art. 3º do referido codex, aplicando-se analogicamente as regras do art. 20 do Código de Processo Civil. 4. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ-DF - APR: 20120111704323 DF 0032404-70.2012.8.07.0016, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Data de Julgamento: 07/08/2014, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 15/08/2014 . Pág.: 276)

Consta no relatório da decisão que o acusado e a vítima, A.R.R., mantiveram relacionamento amoroso por cerca de um ano e meio. Com o término, o apelante passou a agredir física e verbalmente a ex-parceira, “abordando-a de forma insiste e agressiva, proferindo palavras chulas e ofensivas. Além de enviar mensagens emails para a vítima ofendendo sua

honra e dignidade, chamando-a de "vagabunda, parasita, sanguessuga, mosca morta".

A vítima nada havia feito até receber mensagens que citavam fotos íntimas dela, que decidiu mover uma ação contra o parceiro. Este negou ser responsável do compartilhamento e que havia apagado as fotos após o término, ainda tentou desacreditar a vítima, dizendo que suas testemunhas são seus amantes e que portanto afasta a credibilidade dos depoimentos.

O acusado foi condenado a 1 mês e 5 dias de detenção, no regime inicial aberto, substituída por uma pena restritiva de direitos, por infringir o art. 140 do Código Penal, c/c o art. 5º da Lei no 11.340/2006 e sua apelação foi negada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o objetivo do artigo é demonstrar a fragilidade do ordenamento jurídico perante os inúmeros casos da pornografia de vingança, que não podem ser considerados como um fenômeno isolado, visto que a conduta está se tornando cada vez mais habitual e perceptiva em nossa sociedade.

A primeira parte do artigo pretende pontuar o conceito da pornografia de vingança e como pode ser enquadrado na violência de gênero, visto que a grande maioria das vítimas são do sexo feminino, contudo vale ressaltar que, mesmo sendo maioria, ainda existem casos em que o sexo masculino, os transexuais e os travestis também são vítimas da conduta. Enquanto a segunda parte mostra situações reais, o que dita a legislação para proteger as vítimas e as decisões tomadas pelos tribunais relacionadas às legislações.

As decisões dos tribunais ainda geram uma sensação de impunidade e desconforto, em virtude de não existir uma legislação própria que pune devidamente e ampara as vítimas. Em alguns casos os tribunais não enquadram a conduta como difamação e injúria, de forma que resta a vítima entrar com processo civil de reparação de danos morais e materiais.

Dito isso, é de suma importância que a casa legislativa dê uma atenção à criação de leis que visam fortemente combater e proteger as futuras vítimas da pornografia de vingança. Porque cada vez mais aumentam os casos, em consequência dos agressores saberem que não

serão duramente penalizados em poder prejudicar as vítimas, visto que as penalidades são brandas e as consequências na vida das vítimas são maiores.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Thiago. Jovem acusado de divulgar vídeo íntimo é julgado em Goiânia Disponível em: <<https://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/jovem-acusado-de-divulgar-video-intimo-e-julgado-em-goiania-17480/>> Acesso em 14 de outubro de 2017.

BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo. Trad. Sérgio Milliet. v.2. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Volume II: parte especial : dos crimes contra a pessoa. 12. ed. — São Paulo : Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2017

_____. Decreto-lei no 2.848, de 07 de janeiro de 1940. Código Penal . Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: . Acesso em: 27 de setembro de 2017

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. Disponível em Acesso em: 27 de setembro de 2017

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, DF. Disponível em Acesso em: 27 de setembro de 2017.

_____. Projeto de Lei nº 5.555, de 09 de janeiro de 2013. Brasília, DF. Disponível em: . Acesso em: 27 de setembro de 2017.

_____. Projeto de Lei nº 5.822, de 25 de junho de 2013. Brasília, DF. Disponível em . Acesso em: 27 de setembro de 2017.

_____. Projeto de Lei nº 170, de 04 de fevereiro de 2015. Brasília, DF. Disponível em . Acesso em: 27 de setembro de 2017.

_____. Projeto de Lei nº 6.630, de 23 de outubro de 2013. Brasília, DF. Disponível em . Acesso em: 27 de setembro de 2017.

_____. Projeto de Lei nº 6.713, de 06 de novembro de 2013. Brasília, DF. Disponível em: . Acesso em: 27 de setembro de 2017.

_____. Projeto de Lei nº 6.831, de 26 de novembro de 2013. Brasília, DF. Disponível em: . Acesso em: 27 de setembro de 2017.

_____. Projeto de Lei nº 7.377, de 07 de abril de 2014. Brasília, DF. Disponível em: . Acesso em: 27 de setembro de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal no 0032404-70.2012.8.07.0016. Relator: Desembargador João Batista Teixeira. 3a Turma Criminal. Brasília, DF, 07 de agosto de 2014. Diário da Justiça Eletrônico, 15 de agosto de 2014. p. 276. Disponível em: . Acesso em: 29 de setembro de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Criminal no 756.367-3. Relatora: Desembargadora Lilian Romero. 2a Câmara Criminal. Curitiba, PR, 07 de julho de 2011. Diário da Justiça Eletrônico, 27 de julho de 2011. n. 681. Disponível em: [órdão-756367-3#>](#). Acesso em: 29 de setembro de 2017.

BUZZI, Vitória Macedo. Pornografia de vingança: Contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133841/TCC%20Vit%C3%B3ria%20Buzzi%20Versao%20Repositorio.pdf?sequence=1>> Acesso em: 04 de setembro de 2017

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 2: parte especial; 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

CARDOSO, Isabela Cristina Barros; VIEIRA, Viviane. O discurso de títulos de notícias sobre violência sexual: a mídia on-line e a culpabilização

da vítima de estupro. EID&A – Revista Eletrônica de estudos Integrados em Discurso e Argumentação, Ilhéus, n. 7, p. 69- 85, dez 2014. Disponível em: . Acesso em: 04 de setembro de 2017.

CASTRO, Marina. Consequências psicológicas de revenge porn são maiores em mulheres, afirma professora. Disponível em: <<http://www.jornaldocampus.usp.br/index.php/2013/12/consequencias-psicologicas-de-revenge-porn-sao-maiores-em-mulheres-afirma-professora/>> Acesso em: 29 de setembro de 2017

CHIARINI, Annmarie. I was a victim of revenge porn. I don't want anyone else to face this <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/19/revenge-porn-victim-maryland-law-change>> Acesso em: 14 de outubro de 2017

CRESPO, Marcelo. **Revenge Porn: A Pornografia da vingança.** JUSBRASIL. Disponível em Acesso em 06 de setembro de 2017.

DAMACENO, Diego. EFICÁCIA PUNITIVA NA DIVULGAÇÃO DE MATERIAL SEXUAL SEM CONSENTIMENTO. Disponível em: <<http://www.facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-1497472367715.pdf>>. Acesso em: 04 de setembro de 2017

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. 7 ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREITAS, Eber e JUSTINO, Agatha. Revenge porn: a Justiça está preparada?. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/noticias/tecnologia/revenge-porn-a-justica-esta-preparada/85011/?desktop=true>>. Acesso em 06 de setembro de 2017.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 10 Edição. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal, volume VI. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1980.

JACOBS, Holly. Victims of revenge porn deserve real protection. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/oct/08/victims-revenge-porn-deserve-protection>> Acesso em 14 de outubro de 2017

NOMURA, Leandro. 'Crime na internet é ferida aberta', diz mãe sobre fotos nuas vazadas pelo ex. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/minhahistoria/2017/05/1885458-crime-na-internet-e-ferida-aberta-diz-mae-sobre-fotos-nuas-vazadas-pelo-ex.shtml>> Acesso em: 14 de outubro de 2017

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARAIVA, Adevan. Dos crimes contra a honra: breves comentários. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39929/dos-crimes-contra-a-honra-breves-comentarios>> Acesso em: 16 de outubro de 2017.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. *Os crimes cibernéticos e a Lei nº 12.737/2012*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 22 jan. 2015. Disponível em: . Acesso em: 16 outubro de 2017.
SPAGNOL, Débora C. *Intimidade na internet – “Revenge Porn” – Nova forma de violência contra a mulher*. Disponível em Acesso em: 23 Outubro de 2017.

TOMAZ, Kleber. Vítimas de 'nude selfie' e 'sexting' na internet dobram no Brasil, diz ONG. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/04/vitimas-de-nude-selfie-e-sexting-na-internet-dobram-no-brasil-diz-ong.html>>. Acesso em 16 de outubro de 2017.

NOTA:

^[1]Orientadora: Defensora Pública de Classe Especial. Professora titular de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Tocantins - UFT e da Faculdade Católica de Tocantins – FACTO. Pós-Doutorado em

Direito da saúde pela UNIVERSITÁ de MESSINA – Itália. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Del Museo Social Argentino – UMSA – Argentina. Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT e Escola Superior da Magistratura – ESMAT. Pós – graduada lato sensu, em Direito Constitucional. Direito Administrativo Universidade do Tocantins – UNITINS. Especialização em Gestão Pública e qualidade em serviço na Universidade Federal da Bahia. Especialização em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro de ensino Superior de Jataí. Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Tiradentes – UNIT. Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba – UNIUBE.

ASSÉDIO SEXUAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS E AS MELHORES FORMAS DE COMBATÊ-LO

LIVIA DAIENY OLIVEIRA DA COSTA:
Bacharelada do Curso de Direito da Faculdade
Serra do Carmo.

ANDREIA AYRES GABARDO DA ROSA

(Orientadora)[\[1\]](#)

RESUMO: O presente artigo trata sobre o assédio sexual desde a elucidação sobre seu conceito, que é pacífico pela doutrina e jurisprudência, bem como sobre as normas legais vigentes, cuja conduta ilícita está explicitamente elencada na norma penalista, todavia vem sendo utilizada implicitamente por outros ramos do direito, tais como o civilista e trabalhista. Dessa forma, a pesquisa tem como objetivo trazer as modalidades de assédio sexual, suas características, males ocasionados às vítimas, bem como as formas de combate. Havendo de se destacar que os males causados pelo assédio sexual nem sempre são de fácil percepção, tão pouco de fácil superação, fazendo com que a vítima de assédio sexual carregue traumas cujo reflexos influenciem em sua vida social. Emerge daí a necessidade de estabelecer formas de combate de maneira mais eficaz para evitar tanto que o assediador fique impune bem como que o assediado, vendo a imediata resposta dada ao ato lesivo, possa conduzir sua vida com o senso de justiça.

PALAVRAS – CHAVES: Assédio sexual; Crime, Vítimas; Combate.

ABSTRACT: This article deals with sexual harassment from the elucidation of its concept, which is pacific by the doctrine and jurisprudence, as well as the current legal norms, whose illicit conduct is explicitly listed in the criminal law, but it has been used implicitly by other branches of the right, such as the civilian and labor. In this way, the research aims to bring the sexual harassment modalities, their characteristics, evils caused the victims, as well as the forms of combat. It should be noted that the evils caused by sexual harassment are not always easy to perceive, so little of an overcoming, causing the victim of sexual harassment to carry traumas

whose influences influence their social life. There arises the need to establish forms of combat in a more effective way to avoid so much that the harasser goes unpunished as well as that the harassed person, seeing the immediate answer given to the injurious act, can lead his life with the sense of justice

KEY WORDS: Sexual harassment; Crime, Victims; Combat.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentação teórica. 2.1 Conceitualização e regulamentações. 2.2 Consequências psicossociais do assédio sexual. 2.3 Condutas e modalidades do assédio sexual. 2.4 Formas de combate. 2.5 Das normas trabalhistas. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O mercado atual requer dos seus profissionais cada vez mais o poder de comunicação, maior facilidade no trabalho em grupo e que desenvolva tarefas e funções nas mais adversas situações do cotidiano, e tenham êxitos no cumprimento das metas preestabelecidas.

No entanto, estas características podem propiciar a ocorrência do assédio sexual nas relações trabalhistas, uma vez que proximidade e envolvimento podem facilmente ser confundidas com anuência. Há tempos se discute sobre o assédio sexual nas relações trabalhistas, mas ainda há que se estudar mecanismos de combate mais eficazes.

O assédio sexual não ocorre apenas em casos em que há níveis hierárquicos diferentes, entre gestores e subordinados, mas configura-se pelo simples fato da convivência entre duas pessoas, sendo uma delas não apta para relacionar-se.

Grande parte destes delitos são ocultados pelas vítimas, comumente por receio de perder emprego, de denunciar e não obter provas suficientes para deter o assediador, por acreditar que o fato é desmerecedor de denúncia, entre outros motivos.

Em decorrência do constrangimento e dos acometimentos que as vítimas sofrem quando se deparam com esse problema, independente do sexo, da idade ou da função exercida, conhecendo inclusive do poder de

desestruturação que esses indivíduos às impõe; e que serão discutidas as jurisprudências e legislações que garantem defesa às mesmas.

Em uma abrangência jurídica o presente trabalho irá compor-se do assunto para o melhor entendimento daquilo que a lei entende por delito. E ainda nas diversas formas que há para se combater o assédio nas relações de trabalho, tendo por finalidade apresentar os conceitos e preceitos utilizados para embasar sobre o tema escolhido, “um procedimento utilizado na investigação social, para a coleta de dados ou para ajudar no diagnóstico ou no tratamento de um problema social” (LAKATOS E MARCONI, 2004, p. 12).

Este estudo se limita apenas à discussão do assédio nas relações trabalhistas, nas práticas e formas de combatê-lo, sabendo que atualmente tem se tornado um grande empecilho para a carreira profissional, inclusive para os próprios assediadores, mesmo que inconscientemente, uma vez que são punidos por tal delito. O esclarecimento sobre tal assunto pode ser tido como uma das maneiras de erradicar esse delito do dia-a-dia dos que o sofrem.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 CONCEITUALIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÕES

O entendimento doutrinário a respeito do conceito de assédio sexual encontra-se sedimentado. A Organização Internacional do Trabalho – OIT, conceitua o assédio sexual como “a conduta de natureza sexual, manifestada fisicamente, por palavras, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra sua vontade, causando-lhe constrangimento e violando a sua liberdade sexual”.

Diniz (1998, p.285) estabelece o conceito de assédio sexual como “ato de constranger alguém com gestos, palavras ou emprego de violência prevalecendo-se das relações de confiança, de autoridade ou empregatícia, com um escopo de obter vantagem sexual”

Filho (2005, p.12) cita “o assédio sexual, caracterizando-se por uma conduta de cerco insistente e indesejado para a prática de ato de natureza sexual”.

Nos Tribunais trabalhistas a visão acerca do conceito de assédio sexual também se encontra sedimentada, conforme se denota pelo julgado da 5ª Vara do Trabalho de Contagem – MG, TRT 3º Região, expondo a compreensão da magistrada Érica Aparecida Pires Bessa acerca do tema:

O assédio sexual pode ser conceituado como conduta reiterada de natureza sexual não desejada. Quando praticada no ambiente de trabalho é ainda mais danosa por envolver a subordinação inerente ao contrato de trabalho. Tanto que o Direito Penal tipificou o assédio no âmbito da relação trabalhista como a conduta de constranger alguém, prevalecendo-se de sua condição de superior hierárquico, com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual (art. 216-A do Código Penal)

O conceito legal de assédio sexual está inserido explicitamente no Código Penal no artigo 216-A:

Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

No que tange ao preceito legal estabelecido pelo diploma legal é salutar expor o posicionamento do Ministro Marcos Aurélio:

Colho, do artigo 216, alínea “a”, do Código Penal, determinados aspectos, elementos, e aí vejo, nessa figura penal, um avanço na cultura, objetivando – muito

embora possam constar como agente o homem ou a mulher – a recuperação do que denominado, até mesmo em romance em voga, o sagrado feminismo.

O preceito, o texto legal direciona à liberdade no trabalho, à liberdade em sentido amplo. Mais do que isso, visa a preservar a dignidade daquele – não me referido aqui ao homem ou à mulher – que prestar serviços.

Nesta seara diferente que se possa pensar o assédio sexual não ocorre apenas tendo como agente ativo o homem e agente passivo a mulher, doravante para sua incidência o agente prevalecendo de sua condição de superior hierárquica ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função, empregue procedimento condenável de constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual.

A norma penal descrita no artigo 216 é um crime de natureza formal, cujo núcleo é “constranger”. Diante disto, para o Ministro Marcos Aurélio, “constranger” é palavra sinônima de tolher a liberdade, de importunar, de forçar, de coagir – e, aí, vem a especificidade -, valendo-se o agente da hierarquia, da ascendência em relação a vítima”.

No âmbito do ordenamento civil, vela-se pela imposição do dever de reparar os danos causado à vítima, conforme elucida Bittar (1994, p. 561).

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado.

Acerca de responsabilidade civil Silva (2010, p. 642) define:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

Venosa (2003, pág. 33-35), dissertando sobre o tema, esclarece:

Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o bônus pater familias: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal

(...) acrescentemos que o dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização. O dano psicológico pressupõe modificação de personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, bloqueios etc.

Evidente que esses danos podem decorrer de conduta praticada por terceiro, por dolo ou culpa. O dano moral, em sentido lato, abrange não somente os danos psicológicos; não se traduz unicamente por uma variação psíquica, mas também pela dor ou padecimento moral, que não aflora perceptivelmente

em outro sintoma. A dor moral insere-se no amplo campo da teoria dos valores.

Desse modo, o dano moral é indenizável, ainda que não resulte em alterações psíquicas. Como enfatizamos, o desconforto anormal decorrente da conduta do ofensor é indenizável

Neste diapasão dispõe o artigo 186 do Código Civil disciplina:

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.

Assim todo e qualquer ato que venha a violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, que o caso do assédio sexual, cujo prejuízo arcado pela vítima não são a princípio material, embora possa alcançar tal conotação devido a proporcionalidade lesiva da ofensa causada, é configurada como ato ilícito, nascendo então o dever de reparação indenizatória, conforme atribui o artigo 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em regra geral, a responsabilidade civil é individual, todavia o artigo 932 do Código Civil estabelece a responsabilidade solidárias, a qual impõe aos empregadores pelos atos praticados por seus empregados:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Neste sentido segue entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

EMENTA: INCISO IV DA SÚMULA Nº 331 DO COL. TST. **RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.** LIMITAÇÃO. Pela edição da Súmula nº 331, o TST sedimentou entendimento de que, em caso de não-cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de mão-de-obra, subsistirá a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, seja ente público ou privado. O escopo de tal verbete é garantir o adimplemento do crédito trabalhista do hipossuficiente, em situações em que inadimplente o real empregador. Em sendo a tomadora da mão- de-obra da reclamante empresa beneficiária dos serviços prestados, esta não se eximirá da responsabilidade do pagamento dos créditos do pagamento dos créditos da reclamante decorrentes do vínculo de emprego com a prestadora de serviços. **ASSÉDIO SEXUAL PROVA. DANO MORAL.** Se a prova oral produzida, em cotejo com as alegações exordiais, aponta para a prática de atos de assédio sexual de superior hierárquico em face da obreira, forçoso o reconhecimento da responsabilidade civil da reclamada (RO 00444.2011.861.10.00.7 RELATORA MARINA REGINA MACHADO GUIMARÃES.)

Embora o assédio sexual tenha sua previsão legal no código penal sua conotação vem se estabelecendo a cada dia mais nos outros ramos do direito, em especial o direito trabalhista, onde cada vez mais se vê obtendo demandas que visam rescisões contratuais indiretas, ou até mesmo conversões de rescisões de justa causa para sem justa causa, além de reparação civis pelos ilícitos causados, cuja valoração pecuniária nem sempre atende na mesma proporção a ofensa moral sofrida pela vítima.

2.2 CONSEQUÊNCIAS PSICOSSOCIAIS DO ASSÉDIO SEXUAL

Dentre as consequências do assédio sexual podem estar o sentimento de humilhação e a exposição da vítima, prejudicando sua integridade psicossocial. Isso pode ocorrer por meio de perseguições, ameaças, piadas ou ironias, assim como explica Silva (2015, p. 3):

[...] se exterioriza com a exposição e submissão do trabalhador a gestos, palavras, comportamentos obsessivos e vexatórios, ridículo, humilhações públicas e privadas, ameaças, ironias, sarcasmos e perseguições, em degradação das condições de trabalho, atentando contra a dignidade e a integridade psíquica e até física do empregado.

Porém há uma grande dificuldade de apreciação dos critérios objetivos da tipologia penal, pois problema está em saber diferenciar quando um comportamento deve ser considerável inócuo e plenamente irrelevante e quando deve ser tido como ofensivo à honra e à dignidade da pessoa, desta maneira abre-se um questionamento acerca dos limites entre uma brincadeira inconsequente e a ofensa sexual, para elucidar qualquer dúvida acerca destes limites a ministra Ellen Gracie, explana:

O divisor de águas é um só, embora altamente variável seja a sensibilidade da vítima. Ele está na ausência de alternativas de que disponha a ofendida para fazer cessar um comportamento que lhe seja desagradável ou ofensivo. Chave para a determinação da efetiva ocorrência de um caso de assédio sexual é a determinação de que o comportamento repetido e mal aceito pela vítima venha a estabelecer o que se convencionou denominar de “ambiente hostil”, ou melhor, “inóspito”, vale dizer um ambiente de trabalho onde a vítima por sentir-se molestada e pouco à vontade vê tolhida sua oportunidade de pleno desenvolvimento profissional e de encontrar no trabalho que executa a desejada realização pessoal.

Há de se levar em consideração que as invertidas sexuais por mais que não tenha uma violência física, mas a violência mental, trazendo transtornos psicológicos imensuráveis a suas vítimas, conforme preceitua Veloso (2016, *on-line*):

Temos que entender que o assédio moral e sexual são violências. Ou seja, eles têm as mesmas consequências que outros tipos de violência podem ter. A tortura ou violência psicológica está frequentemente associada ao chamado transtorno de adaptação e, dependendo das situações vivenciadas no ambiente de trabalho, também podem ser causadas de reações mais agudas como estresse pós-traumático, que é um transtorno que se caracteriza pela lembrança de forma rotineira das situações traumáticas com toda carga negativa original. São os chamados “*flashbacks*” que impedem que a pessoa leve uma vida normal, além de se apresentarem por vezes juntamente com outros problemas mentais como depressão ou ansiedade patológica.

Entre as doenças mais comuns ocasionadas pelo assédio sexual estão: depressão, transtorno de stress pós-traumático, transtornos de ansiedade e de adaptação, retraimento social e em casos mais graves ocasionam até mesmo o suicídio.

Os abalos derivados do assédio sexual nem sempre são facilmente superados pela vítima, levando a caso graves de depressão, pois tais assédios acarretam modificações drásticas na maneira conduzir sua vida, interferindo diretamente para diminuir a auto estima, reduzindo o grau de participação em atividades significativas da vida social, e por vezes o que torna mais cruel a situação, o fato das vítimas de assédio sexual se submeterem a eventuais atos por sentimento de culpa, pelo qual a vítima pensa que por algum motivo deu causa a eventual investida.

Entre os transtornos pós-traumáticos pode-se destacar o fato de vítima, envolta do sentimento de repúdio pelo assédio sexual, ter

recordações recorrentes e intrusivas do evento, o que é classificada como reexperiência traumática, pelo qual Freitas (apud Waldo Filho; Sougey, 2001), destaca:

Em regra, a pessoa tem recordações recorrentes e intrusivas dos eventos, tais como sonhos aflitivos, pesadelos, *flashbacks* e pensamentos/lembranças espontâneas e involuntárias que não se alteram com o tempo, carregadas de forte componente afetivo e emocional, trazendo angústia e sofrimento intensos.

Também pode-se desenvolver transtornos de ansiedade, cuja característica é bem explanada por Olivetti (2010, p.08):

Os transtornos de ansiedade são caracterizados como aqueles com alto nível de ansiedade, levando o indivíduo a estado emocional de altíssima apreensão e tensão, na esperança ou eminência de alguma coisa de ruim acontecer com ele, podendo ter reações físicas quantos psicológicas desconfortáveis.

Outro trauma advindo do assédio sexual é o retraimento social, o qual a vítima deixa de participar ou estar envolvido em situações que antes lhe proporcionavam prazer e bem-estar, por não mais se sentir em sintonia com as demais pessoas do seu ciclo social.

Os transtornos psicológicos ocasionados às vítimas de assédio sexual levam a constantes pensamentos suicidas, os quais, se não acompanhando de forma mais minuciosa e com o devido tratamento, pode vir a se concretizar.

2.3 CONDUTAS E MODALIDADES DO ASSÉDIO SEXUAL

O ambiente de trabalho devido a convivência constante é local propício para que haja maior proximidade entre os colaboradores, por vezes e até mesmo vedada pelas instituições no intuito de prevenir a

incidência que qualquer tipo de assédio sexual que outrora possa ocorrer, Pastore e Robortella (1998, p. 12) explicam que:

O ambiente de trabalho favorece a sociabilidade e a comunicação, podendo gerar relações afetivas de toda natureza. Até paixões desmesuradas, voluptuosas, surgem como decorrência natural da convivência diária, das fraquezas e carências do ser humano, sem que isso produza consequências na ordem jurídica trabalhista.

Quando a forma de tratamento diverge da que comumente é aceitável, diante do senso comum, e investidas podem trazer desconfortos e males à vítima, daí decorre a incidência do assédio sexual, o qual segundo entendimento doutrinário pode incidir por intimidação ou chantagem.

O assédio sexual por intimidação ou ambiental a qual Brito (apud Santos, 2002, pág. 47) estabelece o conceito:

pela atitude do patrão, superior hierárquico ou dirigente público, ou mesmo de colega de trabalho, de solicitar atividade sexual importuna ou indesejada ou qualquer outra investida de índole sexual, com intenção de restringir, sem motivo, a atuação de alguém no trabalho ou de criar uma circunstância ofensiva ou abusiva ou um ambiente de trabalho hostil, ainda que o assediado não venha sofrer punição ou a perder a posição funcional ostentada antes do assédio

Barros (2007, pág. 922-923) também estabelece o conceito de assédio sexual por intimidação:

conduta do empregador que, além de dirigir galanteios e elogios à empregada, sugere-lhe que compareça ao trabalho mais decotada, fazendo-lhe

reiteradamente declarações de amor e propostas de união estável, acarretando para a empregada constrangimento no trabalho e transtorno em sua vida conjugal.

Conceito recepcionado pela a jurisprudência predominante no Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região:

ASSÉDIO SEXUAL. DANO DE ORDEM IMATERIAL. COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM. O assédio sexual para tornar-se ilícito trabalhista necessita que a vítima sofra constrangimentos funcionais em geral praticado por quem detém cargo superior. Releva delinear, segundo abalizada doutrina, o "**assédio sexual por intimidação**" (assédio ambiental), consistente em **incitações sexuais inoportunas ou por outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no trabalho.** Acrescente-se que, quando caracterizada ofensa à honra e à imagem do indivíduo, é o dano moral passível de sofrer ressarcimento de ordem patrimonial, (art. 5º, inc. X, da Constituição Federal de 1988). Mister pontuar que o dano moral, nesse contexto, é *in re ipsa*, vale dizer, deriva da própria natureza do fato. Por conseguinte, desnecessária a prova do prejuízo moral em si, exigindo-se tão somente a demonstração dos fatos que lhe deram ensejo, o que ocorreu no caso. No caso em exame, os elementos probatórios não deixam dúvidas quanto ao ilícito praticado pelo dirigente sindical, superior hierárquico da reclamante, e desmoronam a tese do reclamado de que não contribuiu direta ou indiretamente para a concretização da conduta

assediadora. É sabido que o empregador, pela culpa na escolha e na fiscalização, torna-se objetivamente responsável pelos atos de seus prepostos (arts. 932, III e 933, do Código Civil). A boa fé contratual, a demandar a necessidade de agir-se com elevação e senso da responsabilidade, principalmente quando unidos por relação contratual de natureza laboral, foi frontalmente agredida pelo reclamado. Por isso, surge o dever do reclamado em reparar a recorrida, tal qual decidido na origem. A respeito do *quantum* indenizatório, considerados o conteúdo didático, as circunstâncias que compõem o dano sofrido pelo empregado e diante da gravidade da conduta patronal, revela-se adequado o montante arbitrado na d. decisão atacada. **2. Recurso ordinário conhecido e desprovido.** (TRT 10ª. REG. DF. 0000389-13.2016.5.10.0004. RELATOR GILBERTO AUGUSTO LEITÃO MARTINS)

Já o assédio sexual sobre chantagem também é conceituada por Britto (apud SANTOS, 2002, p. 43).

a prática de ato, físico ou verbal, de alguém visando a molestar outrem, do mesmo sexo ou do sexo oposto, no trabalho ou em razão dele, aproveitando-se o assediador da condição de superior hierárquico ou de ascensão econômica sobre o assediado, que não deseja ou considera uma molestação tal iniciativa, com a promessa de melhorar, manter ou de não modificar o status funcional da vítima ou, 5 mediante ameaça de algum prejuízo profissional, com a finalidade de obter satisfação sexual

Para Filho (2005, p. 08) o assédio sexual por chantagem ocorre quando a pressão pela sujeição a prática de determinada conduta de natureza sexual, sob a eminência do prejuízo de algum eventual benefício:

O assédio sexual pode ser praticado por chantagem, quando o agente exige da vítima a prática (e/ou aceitação) de uma determinada conduta de natureza sexual, não desejada, sob a ameaça de perda de um determinado benefício.

O assédio sexual por chantagem pela jurisprudência predominante do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

ASSÉDIO SEXUAL. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO. A doutrina se reporta a duas modalidades de assédio sexual: o assédio por chantagem e o assédio por intimidação. O primeiro é tipificado no art. 216-A do Código Penal Brasileiro, restando caracterizado quando a conduta do agente consiste em *"constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função"*. O segundo, por sua vez, caracteriza-se pela *"conduta do empregador que, além de dirigir galanteios e elogios à empregada, sugere-lhe que compareça ao trabalho mais decotada, fazendo-lhe reiteradamente declarações de amor e propostas de união estável, acarretando para a empregada constrangimento no trabalho e transtorno em sua vida conjugal"*. (Alice Monteiro de Barros, in Curso de Direito do Trabalho, LTr, 3ª ed., 2007, p. 922-923). Devidamente comprovados nos autos os fatos alegados pela reclamante, consistentes em investidas públicas de conotação sexual pelo superior hierárquico, com nítida violação da dignidade íntima da trabalhadora, resta configurada a obrigação de indenizar. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ASSÉDIO**

SEXUAL. QUANTUM DEBEATUR. Demonstrado o ato ilícito patronal, mostra-se impositiva a condenação da reclamada ao pagamento da indenização respectiva. A definição do montante a ser pago a título de indenização exige a avaliação sobre aspectos de fato que são próprios a cada lide, como a condição social dos envolvidos, a natureza, a extensão do dano e o grau de culpa do ofensor, bem como suas consequências na esfera subjetiva da vítima. **Recurso da reclamada conhecido e desprovido**

É possível destacar que os Tribunais são pacíficos ao reconhecerem as duas modalidades de assédio sexual, todavia o grande impasse encontra-se justamente na dificuldade de conseguir provar a real existência do assédio sexual, que na grande maioria das vezes não ocorre de maneira notória.

2.4 FORMAS DE COMBATE

Dentre as principais formas de combater o crime de assédio dentro do ambiente de trabalho está primeiramente a denúncia dos fatos, e conseqüentemente a punição quanto ao agressor, neste sentido menciona o artigo 927, parágrafo único, sob à responsabilidade civil, que ora transcreve-se:

Art. 927 – Aquele que por ato ilícito (186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Essa forma de punição do delito também pode ser inútil em alguns casos. Pastore (1998, p. 42) elucida que estes mecanismos de controle “[...] devem reduzir a gravidade do problema, porém deve-se ter o cuidado para não criar um excesso de zelo e medo que façam com que o relacionamento entre os companheiros de trabalho praticamente não exista”.

O raciocínio segue conforme mencionado anteriormente, sabendo que há também a necessidade de haver regras organizacionais cabíveis para cada caso, seja punindo ou demitindo o colaborador, nesse caso o assediador. No entanto, Lima (2017, p. 1) esclarece que “de nada adianta a conscientização dos trabalhadores ou o estabelecimento de regras éticas ou disciplinares se não se criarem, na empresa, espaços de confiança, para que possam as vítimas dar vazão às suas queixas”. Explica ainda que para se punir verdadeiramente os criminosos é preciso que “tais espaços possam ser representados por esquemas de ouvidoria ou comitês formados nas empresas, especialmente indicados para receberem denúncias sobre intimidações e constrangimentos, garantindo-se sempre o sigilo das informações” (LIMA, 2017, p. 1).

Ainda sobre a punição e combate interno, Nascimento (2005, p.136) cita o Código Civil, onde fala das medidas preventivas e o necessário rigor consistente nela:

[...] Código Civil, aspecto que exige da empresa cuidados especiais, medidas preventivas e rigor na seleção e fiscalização dos empregados para não ser acusada por atos dos mesmos;

d) embora mais difícil a de empregado sobre superiora hierárquica, punível também como justa causa e as mesmas reparações civis.

Além da precisa e imediata punição por parte da organização é necessário que haja a punição em forma de lei, assim é descrito pelo TRT da 10ª Região DF onde suas decisões também entendem que há a possibilidade da rescisão indireta no caso de prática de assédio sexual:

Assim, a indenização por dano moral no trabalho não pode resultar de meros atos gerais e isolados. É imprescindível que decorra de todo um processo que seja contínuo e doloroso para o empregado, infligindo-lhe abalo psicológico, constrangimentos e humilhações, assim perturbando o desenvolvimento do trabalho do empregado. (TRT 10^a REG. DF 0001187-2016, DESEMBARGADOR ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA).

O Código Penal em seu artigo 216-A ressalta que a responsabilidade da ação é totalmente do autor e prevê pena de um a dois anos de detenção “[...] por força da previsão penal de um a dois anos de detenção, não pode ser objeto de apreciação pelos Juizados Especiais Criminais, posto que a sanção para delitos apreciáveis naquele juízo não pode ultrapassar a um ano”.

Acerca da prova os Tribunais Regionais do Trabalho, já vem manifestando em vários julgados, que ora transcreve-se um exemplo:

Mister pontuar que o dano moral e sexual, nesse contexto, é *in re ipsa*, vale dizer, deriva da própria natureza do fato. Por conseguinte, desnecessária a prova do prejuízo moral em si, exigindo-se tão somente a demonstração dos fatos que lhe deram ensejo, o que ocorreu no caso. No caso em exame, os elementos probatórios não deixam dúvidas quanto ao ilícito praticado pelo dirigente sindical, superior hierárquico da reclamante, e desmoram a tese do reclamado de que não contribuiu direta ou indiretamente para a concretização da conduta assediadora. É sabido que o empregador, pela culpa na escolha e na fiscalização, torna-se objetivamente responsável pelos atos de seus prepostos (arts. 932, III e 933, do Código Civil). (TRT 10^o DF, PROCESSO n.º 0000389-13.2016.5.10.0004 - RECURSO

ORDINÁRIO (1009) RELATOR: JUIZ GILBERTO AUGUSTO LEITÃO MARTINS)

Formam as seguintes observações o contexto narrado pelo relator juiz Gilberto Augusto Leitão Martins (TRT 10º DF, processo n.º 0000389-13.2016.5.10.0004 - recurso ordinário (1009)), onde o mesmo caracteriza as ações de assédio sexual, mencionando inclusive comentários inoportunos, insinuações e gestos obscenos:

São inúmeras as manifestações do assédio sexual. Poderá assumir a forma não verbal (olhares concupiscentes e sugestivos, exibição de fotos e textos pornográficos seguidos de insinuações, passeios frequentes no local de trabalho ou diante do domicílio da vítima, perseguição à pessoa assediada, exibicionismo, entre outros); verbal (convites reiterados para sair, pressões sexuais sutis ou grosseiras telefonemas obscenos, comentários inoportunos de natureza sexual), e física (toques, encurrallamento dentro de um ângulo, roçaduras, apertos, palmadas, esbarrões propositais, apalpadelas, agarramentos, etc.). Na maioria da vezes, os gestos são acompanhados de linguagem sexista. Em geral, só o repúdio a uma solicitação sexual ou a oposição declarada a uma atitude sexual ofensiva justifica a ação judicial.

Dessa forma, a punição maior não ultrapassa a pena de dois anos de detenção ou a indenização, sendo a apreciação sendo feita por Juizados Especiais, portanto cabe à vítima levar o fato ao poder responsável para que seja tida como crime e considerada a punição adequada, de acordo com o delito cometido.

2.5 DAS NORMAS TRABALHISTAS

A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) trata das leis de maneira individual e coletiva e possui menções importantes sobre a

interferência do assédio sexual nas relações trabalhistas e trata seriamente o assunto, incluindo punições para o regime das empresas e defesa das vítimas desse delito.

As ações trabalhistas tratam o assédio sexual e suas formas de punição como, basicamente, três tipos. O primeiro são os pedidos de indenização por danos morais. Há ainda, os pedidos de rescisão indireta do contrato de trabalho, tal como transcreve-se a tendência do 13ª Vara do Trabalho De Brasília/DF da Ação Trabalhista, 001447-92.2014.5.10.0013 RO - Acórdão 3ªturma/2016 - Desembargador Ribamar Lima Júnior:

Há casos em que o dano moral ou sexual prescinde da prova da dor ou do sofrimento, reveláveis in re ipsa. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de mora salarial contumaz, de acidente gerador de deformidade ou deficiência ou que tire a vida do empregado. Em outros, porém, há necessidade de que a vítima demonstre o impacto negativo sobre a sua honra, imagem ou status moral decorrente de uma ação ou omissão alheia.

Por fim, processos envolvendo demissão por justa causa, especialmente quando a denúncia é contra o próprio patrão. Silva (2016, p. 7) explica que “Tanto no caso da justa causa quanto no da rescisão indireta, não existe previsão explícita na CLT”. O autor menciona ainda que a CLT prevê que o empregado poderá considerar “rescindido o contrato e pleitear a devida indenização caso o empregador não zele pela segurança e decência no local de trabalho, preservando o respeito à vida privada do empregado e ocorra ato lesivo da honra e da boa fama do empregado (SILVA, 2016, p. 7).

A CLT em seu Art. 483 demonstra da seguinte maneira quanto a pleitear uma devida indenização, observando atentamente ao item a – onde menciona sobre os atos contrários aos bons costumes, ao item c – manifesto de mal considerável, ao item atos lesivos contra a honra e boa fama e principalmente item f – empregador ou seus prepostos praticarem atos que ofendam fisicamente:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;

c) correr perigo manifesto de mal considerável;

d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

§ 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.

§ 3º - Nas hipóteses das letras d e g, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo. (Incluído pela Lei nº 4.825, de 5.11.1965)

Já em seu artigo Art. 482, as alíneas “b” e “j” no que diz respeito inclusive sobre a justa causa, trata-se da conduta e do mau procedimento, dando ênfase aos atos que lesionam a boa fama e a honra nas relações trabalhistas.

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;

i) abandono de emprego;

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966).

Portanto, pode ser afirmado da segurança da lei quanto aos atos de assédio nas relações trabalhistas, desde que haja denúncia das práticas. Havendo ainda os mais diversos casos, sendo eles diferenciados por sexo, por idade ou mesmo por hierarquia.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assédio sexual no trabalho não é um tema novo, no entanto, as maneiras de punir e combater estes atos ilícitos sempre tiveram grande repercussão. No decorrer deste estudo pode ser vislumbrado desde o conceito, os elementos e as condutas quanto as formas de combate. Portanto, foi possível concluir que o assédio atrapalha a empresa em sua efetividade e cotidiano e traz inúmeros problemas para a pessoa abusada. Trata-se ainda de motivo para que haja rescisão contratual pelo descumprimento das obrigações e insulto em relação ao próximo.

Tipificado não apenas por comentários ou elogios, mas também de forma agressiva e violenta e ainda sem existência de hierarquia, pode se

caracterizar o assédio quando existe no contexto um contrato de trabalho, e ter o sujeito assediador, fazendo com que a pessoa que está sendo assediada fique em uma posição desconfortável quase que total submissão aos desejos e instintos sexuais da outra pessoa, pois qualquer tentativa de denúncia ou negativa quanto ao assédio em si pode se transformar em sua demissão ou rebaixamento da sua função.

Contudo, cabe ao assediado a busca de provas para que possa se munir de defesa em relação à garantia de seu emprego e espaço inviolado dentro da organização, se resguardando ainda dos requisitos da lei quanto garantia de punição para o assediador. Além disso, de garantir de regras internas organizacionais que garantam que não haja qualquer tipo de constrangimento, mesmo que se escolha permanecer na empresa.

Pode ser denotado que dentre as formas de combate para o assédio sexual nas relações trabalhistas, parte principalmente do princípio da própria defesa, com a garantia do próprio espaço. No entanto, atos de punição são afiançados e precisam ser usados sempre que necessário.

4. REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BRASIL, Código Penal. [Lei Nº 10.224, de 15 de Maio de 2001](#). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10224.htm. Último acesso em 21 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em:
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2003/lei-10778-24-novembro-2003-497669-normaatualizada-pl.html>. Último acesso em 21 abr. 2017.

BRASIL. [Código Civil](#). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Último acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula 341. Presunção - Culpa do Patrão ou Comitente - Ato Culposo do Empregado ou Preposto. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0314.htm. Último acesso em 13 fev. 2017.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Último acesso em 20 fev. 2017.

BRASIL. CLT – Art. 482 - Decreto lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943. Disponível em: . Último acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. CLT – Art. 483 - Decreto lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943. Disponível em: . Último acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. **Organização Internacional do Trabalho. Assédio Sexual no Trabalho – Perguntas e respostas**. Disponível em . Acesso em 15 nov 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3^a Região. **NJ DESTAQUE: Rede de supermercados é condenada a pagar indenização de R\$ 30 mil a trabalhadora assediada sexualmente por gerente**. Disponível em <https://portal.trt3.jus.br/internet/imprensa/noticias-juridicas/rede-de-supermercados-e-condenada-a-pagar-indenizacao-de-r-30-mil-a-trabalhadora-assediada-sexualmente-por-gerente>>. Acesso em 15 nov 2017.

BRASIL. **CÓDIGO PENAL**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 15 nov 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 2.033-8 / DF**. Tribunal Pleno. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80678>>. Acesso em 15 nov 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região. **RO 00444-2011-861-10-00-7**. Julgado em 13 out 2011. Disponível em <http://www.trt10.jus.br/consweb_gsa/gsa_segunda_instancia.php?tip_processo=trt=RO&ano_processo=2011&num_processo=6942&num_processo_voto=267569&dta_publicacao=21/10/2011&dta_julgamento=13/10/2011&embargo=&tipo_publicacao=DEJT&termos=ass%C3%A9dio%20sexual>. Acesso em 15 nov 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 2.033-8 / DF**. Tribunal Pleno. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80678>>. Acesso em 15 nov 2017, pág. 100

BRITO, Myla Marcellino. **Assédio Sexual no Direto do Trabalho: a reparação do dano e o ônus da prova**. Disponível em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1092/752>>. Acesso em 15 nov 2017.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo – SP: LTr. 2007, pág 922-923.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região. RO 0000389-13.2016.5.10.0004. Brasília – DF, 12 jul 2017. Disponível em <http://www.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=Y0iEZ2t_9ZCvCKuK24H_gcLLJG7PstD5KaGvp5zN.as>. Acesso em 15 no 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região. RO 0001209-63.2015.5.10.0102. Brasília – DF, 11 mai 2016. Disponível em <http://www.trt10.jus.br/jurisprudencia/ServletVisualizaDocumento;jsessionid=Y0iEZ2t_9ZCvCKuK24H_gcLLJG7PstD5KaGvp5zN?nomeArquivo=0001209-63.2015.5.10.0102.html&tipoDownload=inline&tipoConteudo=text_html;charset=utf-8>. Acesso 15 nov 2017.

DINIZ, Maria Helena, **Dicionário Jurídico**, vol. 3, São Paulo, Editora Saraiva, 1998, p. 285

FILHO, Rodolfo Pamplona. **Assédio Sexual**, 2005. Disponível em < http://www.iag.usp.br/sites/default/files/jusnavigandi_assedio-sexual.pdf>. Acesso em 15 nov 2017.

FREITAS, Mary Luisa de. **As consequências psicossociais da violência sexual**. Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016. Nº 37, v. 14, pág. 270-295.

FILHO, Rodolfo Pamplona. **O assédio sexual na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2001.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**: ciência e conhecimento científico, método científico, teoria, hipótese e variáveis, metodologia jurídica. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

LIMA, Melissa Bastos de. **Assédio moral e sexual no ambiente de trabalho**. Disponível em: <https://dramelissa.jusbrasil.com.br/artigos/111766958/assedios-moral-e-sexual-no-ambiente-de-trabalho>. Último acesso em 21 abr. 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: LTR, 2005.

OLIVETTI, Eloize Teixeira. **O sofrimento psicológico que o assédio moral e sexual ocasiona nas relações do trabalho**. Disponível em < <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2337/1833>>. Acesso em 15 nov 2017.

PASTORE, José & ROBORTELLA, Luiz Carlos A. **Assédio Sexual no Trabalho – O que fazer?** – Editora MAKRON Books. São Paulo – SP, 1998.

VENOSA, Silva de Salvo. **Direito Civil**. 3º ed. São Paulo – SP: Atlas, 2003.

VELOSO, Luciana. **Como sair de uma situação de assedio no ambiente de trabalho**. Disponível em

< <http://azmina.com.br/2016/01/como-sair-de-uma-situacao-de-assedio-no-ambiente-de-trabalho/>>. Acesso em 15 nov 2017.

NOTAS:

[1] Mestre em Psicologia (UFSC). Especialista em Saúde da Família (UFSC) e em Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes (USP). Atualmente é professora de Psicologia Forense e Psicologia Social no curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo, psicóloga responsável pelo Núcleo de Atenção Psicopedagógica que compõe o Núcleo de Apoio ao Discente desta instituição. Psicóloga. Email: deiaayres@yahoo.com.br

ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

KELI CRISTINA DE GODOY DE MELO:
Bacharelanda do Curso de Graduação em
Direito da Universidade Brasil, Campus de
Fernandópolis.

AMAURI PIRATININGA SILVA

(Orientador)

RESUMO: Improbidade administrativa é um ato ilícito ou conduta inadequada, praticados por agentes públicos no exercício de sua função ou fora dela, através de qualquer conduta comissiva ou omissiva obtendo para si ou para outrem o que podemos dizer enriquecimento ilícito, dano ao fisco, e violando os princípios da administração, ocasionando qualquer tipo de lesão ao patrimônio público. Condutas estas que violam os princípios de honestidade, imparcialidade, legalidade e moralidade. A improbidade administrativa esta prevista no artigo 37, § 4º da Constituição Federal, e elaborada pela Lei nº 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que dispõe as seguintes modalidades de atos de improbidade: enriquecimento ilícito (artigo 9º); dano ao erário (fisco) (artigo 10º) e violação ao princípio da Administração Pública (artigo 11º). São atos que causam perdas dos recursos financeiros dos Poderes: da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios, através de condutas inadequadas como o uso de recursos públicos para fins particulares, a aplicação irregular de verbas públicas ou facilitação do enriquecimento para si ou a terceiros aumentando seu patrimônio, em detrimento do poder público.

Palavras-chave: corrupção administrativa, erário, ímprobo.

SUMMARY: Administrative improbity is an unlawful act or improper conduct, practiced by public agents in the exercise of their function or outside it, through any commissive or omissive conduct obtaining for themselves or for others what we can say illicit enrichment, damage to the treasury, and violating the principles of administration, causing any kind of damage to the public patrimony. These conduct violate the principles of

honesty, impartiality, legality and morality. Administrative misconduct is provided for in article 37, paragraph 4 of the Federal Constitution, and elaborated by Law No. 8,429 / 92, known as the Administrative Improbability Act (LIA), which provides for the following types of misconduct: illicit enrichment (Article 9) ; damage to the treasury (article 10) and violation of the principle of public administration (article 11). They are acts that cause losses of the financial resources of the Powers: of the Union, of the States, of the Federal District, and of the Municipalities, through inadequate conducts such as the use of public resources for private purposes, irregular application of public funds or facilitation of enrichment for themselves or to third parties by increasing their assets, to the detriment of public authorities.

Key words: administrative corruption, treasury, impotence.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 8.429/92. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE. INDISPONIBILIDADE DE BENS NA LEI 8.429/92. SANÇÕES NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS - OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008. I. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. II. COSTA. Eduardo José da Fonseca. III. COSTA. Guilherme Recena. Improbidade administrativa: Aspectos processuais da Lei 8.429/92. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

INTRODUÇÃO

O tema discorrido neste estudo tem por objetivo a apresentação objetiva dos Atos de Improbidade administrativa. O Ato de Improbidade Administrativa é o que podemos conceituar de corrupção administrativa, ou seja, atos praticados por agentes públicos no exercício de sua função ou fora dela, através de qualquer conduta comissiva ou omissiva obtendo para si ou para outrem o que podemos dizer enriquecimento ilícito, dano ao erário e com isso o violamento dos princípios da

administração pública, ocasionando qualquer tipo de lesão ao patrimônio público.

Com efeito, com o passar do tempo o ser humano afastou-se muito dos padrões éticos como a honestidade, a moralidade e a honradez, fazendo com que, se aproximasse de uma conduta chamada corrupção. A corrupção certamente é o mal que mais aflige a humanidade neste século e está associada à fragilidade dos padrões éticos da sociedade, refletida principalmente na ética do agente público.

O agente público que se apropria indevidamente dos bens pertencentes aos Poderes, [esta sujeito às graves sanções previstas no artigo 12, da Lei 8.429/92, como a perda da função pública, o ressarcimento dos danos causados ao erário, suspensão dos direitos políticos](#) e a indisponibilidade de bens, sem prejuízo da persecução penal.

A Lei 8.428/92 determina que para se caracterizar e responsabilizar aqueles agentes públicos ou terceiros que, com o uso do dolo e litigância de má-fé ou que tenham ciência da origem ilícita da vantagem, venham causar prejuízos ao erário.

A existência de mecanismos eficazes, efetivos e eficientes, voltados a assegurar o exercício adequado da função administrativa e a repressão de transgressões, é da mais alta relevância.

Nesse passo, dispõe a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, sobre as sanções a serem aplicadas aos agentes públicos e a terceiros responsáveis por atos de improbidade administrativa.

As penalidades aplicadas na improbidade, além das previstas na Constituição Federal, também esta elencada no artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa, o qual enuncia que as penalidades serão aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

Observe-se que, a penalidade "perda dos bens e valores ilícitos" não é aplicável à modalidade de improbidade agressão aos princípios da administração.

Para que um ato ilícito seja considerado crime, é preciso existir uma lei que estabeleça sua natureza penal. Não é caso da improbidade

administrativa que, apesar de ser um ato ilícito, é considerada uma conduta de natureza cível. Dessa forma, não se pode dizer que quem responde por improbidade administrativa tenha cometido um crime.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 8.429/92

A base legal da improbidade administrativa está imposta pelo artigo 37, § 4º da Constituição Federal de 1988, e regulamentada pela Lei nº [8.429/92](#). Com a edição da lei, o legislador definiu o conceito, trazendo quem são os sujeitos ativos e passivos e os tipos de condutas que caracterizam o ato de improbidade e as sanções a serem aplicadas.

Com efeito, os atos de improbidade são praticados por qualquer agente público, servidor ou não, no exercício da sua função, ou particular que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou que dele se beneficie de qualquer forma direta ou indireta, mas tem que estar em conexão a um agente público. Os Atos de improbidade são praticados contra a administração direta ou indiretamente à qualquer um dos Poderes: da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de Empresas incorporadas ao patrimônio público ou de entidade cujo custeio erário concorre a 50% do patrimônio ou da receita anual. Estão também sujeitos às estas penalidades os atos de improbidade contra as entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivos, fiscal ou creditícios de órgãos públicos.

Os agentes públicos de qualquer nível tem a obrigação de velar pelos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade em todos os assuntos que for das repartições públicas.

De outro lado, as lesões ocasionadas pelos agentes públicos ou particulares, perderá sua função pública, terá que arcar com o ressarcimento integral do dano, se no caso for enriquecimento ilícito perderá os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio. E o sucessor daquele que causar a lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às penalidades da Lei 8.429/92, e terá que ressarcir o limite do valor da herança, sem prejuízos de demais cominações previstas em legislação esparsas.

Noutra banda, qualquer pessoa poderá representar a autoridade administrativa competente para que haja a investigação da prática do ato de improbidade, mas caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público para a decretação do sequestro dos bens ou da medida cautelar de indisponibilidade dos bens do indiciado, onde recairá sobre os bens assegurando o integral ressarcimento dos danos onde se originou o acréscimo do patrimônio.

Para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa somente possuem legitimidade o Ministério Público e a pessoa jurídica lesada.

Quando o Ministério Público não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei, sob pena de nulidade, denominado de “custas legis”.

Se a ação for proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada lesada deverá ser chamada, porém a mesma tem a faculdade de ficar em silêncio, bem como atuar ao lado do Ministério Público, figurando com litisconsorte ativo.

Concordamos então que a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, conhecida com LIA é um instrumento importantíssimo para o combate contra a corrupção, capaz de prevenir desvios e reprimir condutas ilícitas, fazendo as transformações político-sociais tão almejadas pela sociedade brasileira.

2. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A improbidade administrativa representa um ato ilícito, condutas inadmissíveis e desfavoráveis, proibidas por lei constitucional, mas já vem sendo praticada há algum tempo no ordenamento jurídico, pelos agentes públicos e políticos, enquadrada como crime de responsabilidade.

Porém, no que diz respeito aos servidores públicos em geral, o instrumento normativo não abordava a improbidade, mas há que se ressaltar que já era dispensada ao tema certa preocupação com os atos de

corrupção ao mencionar o enriquecimento ilícito desses agentes públicos no exercício de função ou cargo público.

A improbidade administrativa constitui um ciclo vicioso ao caráter do servidor público ou político, que atua no sentido de estabilizar a ordem pública e direcionar aquilo que é moralmente correto, não contrariando aos interesses institucionais do órgão a que pertence, ou as Leis Constitucionais de um país.

Vigora entre nós a legalidade moral, ética e juridicamente tecnicista no trato da coisa pública.

A improbidade vem crescendo cada vez mais em diversos níveis administrativos em todo o país, trazendo inúmeros e graves malefícios e desvantagens para toda a sociedade em geral, impedindo o desenvolvimento, a evolução social e igualdade para todos os indivíduos, à medida que dificulta as condições globais e sociais da honestidade em um país corrupto.

Desta forma, a improbidade administrativa entende-se que é o ato que afronta os princípios norteadores da atuação administrativa, ou seja, é designativo da chamada corrupção administrativo, ou melhor, da acepção técnica, do fato jurídico decorrente de conduta humana, positiva ou negativa, de efeitos jurídicos involuntários.

3. CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE

A improbidade administrativa é caracterizada pelo alcance dos seus efeitos sobre a sociedade, de forma gradativamente, porém com urgência, há uma extrema necessidade de elimina-la, de extingui-la em nosso contexto social.

Com efeito, a responsabilização civil do agente público pode ser apurada no âmbito administrativo, observando e exigindo a ampla defesa que exige o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, ou na via regressiva, pois, conforme o texto constitucional, o agente público não tem

legitimidade passiva para figurar em ação indenizatória movida pelo particular.

A Constituição Federal de 1988 nominou a expressão “servidor público” se referindo ao indivíduo que trabalha nas repartições administrativas públicas direta ou indiretamente, onde exerce cargo com função pública, em órgãos legislativos e jurisdicionais e ainda existe indivíduo que atua sem vínculo empregatício com o estado ou repartições públicas.

Assim, com a posse e o exercício de agente público, fica obrigado a apresentar ao Serviço Pessoal competente, a declaração de bens móveis, imóveis, semoventes, títulos, ações e dinheiros, ou seja, todos os valores que compõem seu patrimônio privado. A declaração deve ser atualizada anualmente e com a entrega do cargo ou da função, o agente tem que atualizar a declaração. Será punido com pena de demissão, o agente que se recusar a prestar a declaração dos bens ou a falsificação da mesma, inequivocamente.

Portanto, a probidade administrativa tem como objetivo a proteção ao bem tutelado, o dever de lealdade, moralidade e honestidade que devem marcar as condutas lícitas para com a sociedade, principalmente daqueles que participam da administração pública ou com ela colabora.

Se houver indícios de improbidade, o Ministério Público ou a procuradoria do órgão poderá requerer ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou particular que praticou a improbidade. Sem prova concreta da ilicitude, capaz de ser tipificado, em tese, como ato ímprobo, não há como justificar-se o ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

É fato que, a Lei de Improbidade não faz distinção entre o ato doloso e o culposos, pois, descreve a necessidade do particular induzir ou concorrer com o agente público para a prática do ato de improbidade administrativa (dolo), em sua parte final, de maneira equivocada, estabelece que a obtenção de qualquer benefício, direto ou indireto do particular, mesmo que ele

sequer tenha concorrido para tal, ensejará a caracterização da solidariedade na prática do ato ímprobo, por ter grafado uma situação.

Tanto o agente público como o particular que induza ou concorra, ou se beneficia com a prática do ato ímprobo, caracterizarão como ato de má fé, imoralidade e desonestidade para com o estado ou o órgão público a que pertence. O particular que induzir ou concorrer ou se beneficiar será participe do ato ilícito e responderá pelo ato ímprobo, de forma direta ou indireta e sofrerá a mesma sanção que o agente público, estando presente o elemento subjetivo (dolo) sendo configurado o delito.

A improbidade administrativa também difere de crime contra a administração. Enquanto as ações de improbidade são atitudes ilícitas de natureza civil, os crimes contra a administração pública pertencem à esfera penal.

4. INDISPONIBILIDADE DE BENS NA LEI 8.429/92

A indisponibilidade de bens é uma medida cautelar, que tem a função apenas a assecuração da efetividade do direito que esta sendo buscando, e não podemos considera-la antecipação de tutela, por que com essa medida não se adianta nenhum efeito de condenação.

Com a indisponibilidade de bens não adianta almejar a satisfação de crédito, pedindo o ressarcimento de danos ao erário ou o indevido acréscimo patrimonial do agente, apenas se conseguirá segurança à tutela do direito de crédito reconhecido em sentença.

Aplica-se a premissa da necessidade de se vislumbrar a evidência elementar de afronta à lei especial, perigo de dano ao poder público e risco ao resultado útil ao processo.

Diante a prática da improbidade administrativa, o juiz estará autorizado a decretar a indisponibilidade de bens do agente ímprobo, independentemente de provas de que deste estivesse dilapidando seu patrimônio.

Não seria prudente, decretar a indisponibilidade de bens de um agente público que praticasse infração ímproba despida de qualquer conotação patrimonial, ou se o agente fosse processado injustamente por improbidade administrativa, sem qualquer resquício de sua culpabilidade.

5. SANÇÕES NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Com efeito, a natureza cível das sanções na improbidade administrativa corresponde à própria ação de improbidade, sendo razoável a sua aplicação nos crimes de responsabilidade e infração político-administrativas, no sentido de consequências pelo descumprimento das normas jurídicas, por ter agredido bem jurídico tutelado, sujeito as seguintes cominações, que podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativa de acordo com a gravidade dos atos ímprobos.

A Lei 8.429/92 dispõe exclusivamente no artigo 12, algumas sanções para cada espécie de ato de improbidade, ou seja, para cada conduta que foi infringida. Desta forma para a conduta que configure enriquecimento ilícito (artigo 9), serão aplicadas as sanções presentes no inciso I, do referido artigo 12, para as condutas que causam lesões ao erário (artigo 10), as sanções estão presentes no inciso II, do mencionado artigo e as condutas que atentam contra os princípios da administração pública (artigo 11), as sanções estão presentes no inciso III, do citado artigo, estabelecendo assim taxativamente as devidas sanções, “verbis”:

Inciso I- No enriquecimento ilícito: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano ao erário, quando houver a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 a 10 anos, multas de até 3 vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratação com a administração pública ou receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios direto ou indiretamente por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário durante 10 anos;

Inciso II- Nos danos ou prejuízo ao erário: ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se for o caso terá a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos, multas de até 2 vezes o valor do dano e proibição de contratação com a administração pública ou receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios direto ou indiretamente por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário durante 5 anos; e,

Inciso III- Nas violações aos princípios da administração pública: ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos, multas de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratação com a administração pública ou receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios direto ou indiretamente por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário durante 3 anos;

CONCLUSÃO

Posto isso, verifica-se que o tema da improbidade administrativa é de grande relevo no cotidiano atual do Direito Administrativo brasileiro, tendo em vista o decorrer da isonomia em uma sociedade que anseia por uma administração do Estado, buscando estar em transição entre o controle que atribui o papel da legalidade em seus atos, típico de um estado burocrático.

Analisou a conduta de responsabilidade do agente público e particular por ato de improbidade administrativa, citada pela Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/1992, tendo como base os princípios de honra, honestidade, moralidade e caráter do agente público.

Nesse passo, buscou a caracterização de um ato de improbidade, por quem é cometido, qual a condutas dos sujeitos ativos e quem são os sujeitos passivos, tendo em vista os entes públicos.

Portanto, como fundamento para a aplicabilidade da Lei nº 8.429/92, os agentes públicos são condenados a sanções determinadas conforme seus atos ilícitos praticados, como a perda da função pública, perda dos direitos políticos e ressarcimento dos danos. O que é plenamente compatível com a aplicabilidade de sanções administrativas, como o ressarcimento ao erário, a aplicação de multas e a proibição de contratar com a Administração Pública.

Qualquer pessoa poderá representar a autoridade administrativa competente para que haja a investigação da prática do ato de improbidade, mas somente o Ministério Público e a pessoa jurídica lesada poderão

ajuizar a ação de improbidade administrativa e requerer ao juízo competente a decretação do sequestro ou indisponibilidade dos bens do agente mediante a prova cabível a improbidade.

Certamente que não existe unanimidade quanto à natureza jurídica das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, em teses que defendem tanto uma natureza penal, como administrativas e cíveis.

Esta a minha contribuição acadêmica!

REFERÊNCIAS

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

I. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. II. COSTA. Eduardo José da Fonseca. III. COSTA. Guilherme Recena. **Improbidade administrativa: Aspectos processuais da Lei 8.429/92**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scapinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Org.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

A LESIVIDADE EXCESSIVA FRENTE A POUCA EFETIVIDADE DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DO DEPENDENTE QUÍMICO

ELIANE RODRIGUES DA SILVA COSTA:
Bacharelanda em Direito pela Faculdade
Católica do Tocantins.

FÁBIO BARBOSA CHAVES

(Orientador)^[1]

RESUMO: A internação compulsória de dependente químico é medida excepcional, somente admitida quando esgotados todos os recursos extra-hospitalares, além de exigir comando judicial, laudo médico circunstanciado com demonstração do risco de lesão ou morte do indivíduo ou de terceiros. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, qualitativa, que utilizou o método indutivo, pois partiu do uso de raciocínio com base em premissas para chegar a concepção geral sobre a problemática. O presente estudo representa uma abordagem acerca desta medida coercitiva, com intuito de suscitar as controvérsias acerca do conflito existente entre direitos fundamentais e a limitação da autonomia do indivíduo, para, ao final, averiguar o grau de eficácia. Para o alcance do desiderato utilizando-se desta medida verdadeiramente restritiva de direitos, levou-se em consideração as possibilidades de intervenção, os requisitos legais condicionantes, a capacidade técnica e operacional para determinação de medidas voltadas ao tratamento de saúde mental. Neste cenário, e com o percurso ora proposto, analisou-se a capacidade operacional e deliberativa por parte do Poder Judiciário, considerando a natureza eminentemente técnica do tratamento, e da influência da abordagem jurídica em meio a este contexto. Ao realizar a pesquisa levou-se em consideração aspectos jurídicos para analisar a decisão sobre a possibilidade ou não de aplicação da medida, houve reflexão com base nos posicionamentos teóricos e jurisprudenciais acerca de sua aplicação. Tais aspectos faz com que se torne necessário, antes de tomar a decisão de tratar-se de medida judicial válida, aferir se há aptidão para ser de fato eficaz. Por fim, constatou-se haver divergência de posicionamentos sobre a judicialização e seu alcance na tutela que envolve a internação

compulsória, principalmente sobre a interpretação, atendimento aos requisitos legais e aplicação aos casos concretos pelos magistrados.

Palavras-chave: Internação. Dependência química. Eficácia. Judicialização.

ABSTRAC: The compulsory hospitalization of a chemical dependent person is an exceptional measure, only admitted when all extrahospital resources are exhausted, besides requiring judicial order, detailed medical report demonstrating risk of injury or death of the individual or third parties. The present study represents an approach to this coercive measure, raising controversies about the conflict between fundamental rights and limiting the individual's autonomy, in order to ascertain the degree of effectiveness. In order to achieve this goal, this truly restrictive measure is taken into consideration, the possibilities for intervention, the legal requirements, the technical and operational capacity to define measures aimed at the treatment of mental health. In this scenario, and with the path proposed here, the operational and deliberative capacity is analyzed by the Judiciary, considering the technically technical nature of the treatment, and the influence of the legal approach in this context. When considering legal aspects to decide whether or not to apply the measure, considering theoretical and jurisprudential positions on its application, makes it necessary, before deciding whether it is a valid judicial decision, check whether there is an ability to become effective. Finally, there is a divergence of positions on the judicialization and its scope in the tutelage involving compulsory hospitalization, mainly on interpretation, compliance with legal requirements and application to the concrete cases by magistrates.

Key words: Internment. Chemical dependency. Efficiency. Judiciary.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, convém ilustrar sobre os direitos fundamentais do indivíduo, consagrados pela Constituição Federal de 1988, para explicitar

que a política de internações compulsórias, nos moldes que vem sendo solicitada, não só acarretam violações de direitos humanos, como são pouco eficazes para a maior parte dos casos.

Partindo dessa premissa, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88, art. 1º, III), traz em seu bojo, o princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos elementos fundamentais da República, que permeia todo o ordenamento jurídico, reconhecido como estimulador do desenvolvimento social, seja no exercício das funções legislativa ou judiciária, visando assim à concretização dos demais direitos fundamentais, inerentes a pessoa humana. As relações humanas, também são guiadas por esse princípio, no tocante aos direitos individuais e sociais garantidos pela nossa Carta Magna.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido como fundamental para tutela da liberdade, da igualdade e da promoção da justiça. Ora, a dignidade é inerente a todas as pessoas pelo simples fato de existirem, independentemente da sua posição ou/e conduta social, cujo sua plenitude se dá com o gozo da vida. Esta importa a superação da intransigência, da dificuldade de aceitar o outro, da discriminação, da exclusão social em qualquer de suas formas, uma vez que, ocorrendo a sua violação, é plenamente visível.

Nesse contexto, a internação compulsória suscita uma série de controvérsias acerca do conflito existente entre direitos fundamentais, qual seja, limitar a autonomia do indivíduo e a livre locomoção, a qual exige avaliação e equilíbrio na resolução do conflito, uma vez que a aplicação de um não invalida o outro, porém, o afasta provisoriamente.

Desse modo, a relevância da presente pesquisa constitui um desenvolvimento, acrescentamento intelectual acerca do assunto ora analisado, haja vista os diversos posicionamentos teóricos e jurisprudenciais com base na aplicação do instituto da internação compulsória do dependente químico, dentre outras questões a serem levantadas no decorrer desta investigação.

Assim, o presente estudo foi dividido em cinco partes. No primeiro tópico, tem-se uma análise das políticas públicas sobre drogas voltadas ao tratamento do dependente químico, buscando examinar o desenvolvimento de políticas de redução de danos, voltadas à prevenção e reinserção social, com vistas a assegurar os direitos individuais do indivíduo; adiante, no segundo item, discorre-se sobre a internação voluntária, involuntária e compulsória à luz da Lei Federal nº 10.216/2001: nas suas hipóteses e pressupostos; no terceiro capítulo, tem-se uma análise da atuação do Poder Judiciário como instrumento complementar ao atendimento do dependente químico, em que buscou-se pesquisar alguns julgados concernentes ao pedido de internação compulsória de usuários; enquanto que no tópico seguinte, analisou-se sobre o tema reserva do possível como cláusula protetiva do Estado frente à Judicialização dos direitos sociais e por fim, uma abordagem sobre a (in)eficácia da internação jurisdicional no tratamento do dependente químico.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS VOLTADAS AO TRATAMENTO DO DEPENDENTE QUÍMICO

Adiante, buscou-se demonstrar que as medidas opressivas, autoritárias, perpetradas pelo Estado são ineficientes, incapazes de resolver o problema da dependência química, de modo que faz-se necessário o desenvolvimento de políticas de redução de danos, voltadas à prevenção e reinserção social, com objetivo de assegurar os direitos individuais do usuário.

A Lei Federal nº 11.343/06 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, a qual prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e definiu crimes, considerando drogas “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”, nos termos do seu art. 1º, parágrafo único. (BRASIL, 2006)

Quando a norma supracitada trata dos princípios e dos objetivos do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, no seu art. 4º,

estabeleceu os princípios do SISNAD, sendo conveniente destacar: o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados; a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad; a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas; observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estarsocial.

Portanto, fica perceptível alguns pontos fundamentais, como o respeito aos direitos individuais, a responsabilidade entre todos os setores sociais em comunhão com o Estado, reconhecendo a importância da participação social no combate às drogas, a necessidade de uma abordagem multidisciplinar no reconhecimento da interdependência das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social destes indivíduos em situação de vulnerabilidade.

O Conselho Nacional Antidrogas, CONAD, por meio da Resolução nº 03/2005, estabeleceu a Política Nacional sobre Drogas, disciplinando pressupostos, objetivos, tratamento, recuperação e reinserção social.

Dentre os pressupostos, convém destacar alguns atinentes ao presente estudo, tais como reconhecer as diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada.

Ressalta-se, que deve haver tratamento de forma igualitária, sem discriminação, das pessoas usuárias ou dependentes de drogas lícitas ou

ilícitas, garantindo ao indivíduo o direito de receber tratamento adequado com problemas decorrentes do uso indevido de drogas.

A Política Nacional sobre drogas instituiu o princípio da responsabilidade compartilhada, com a coordenação de esforços entre os diversos segmentos do governo e da sociedade, em todos os níveis, com o intuito de obter a redução da oferta e do consumo de drogas, do custo social a elas relacionado e das consequências adversas do uso e do tráfico de substâncias ilícitas.

Inserida na referida política institucional, encontra-se a implantação, efetivação e melhoria dos programas, ações e atividades de prevenção, tratamento, recuperação e reinserção social, levando em consideração os indicadores de qualidade de vida, respeitando os direitos e garantias do indivíduo, e, ainda, com reserva orçamentária permanente para o Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD, com vistas à implementação de ações com ênfase para aquelas relacionadas aos capítulos da PNAD: prevenção, tratamento e reinserção social, redução de danos, redução da oferta, estudos e pesquisas (BRASIL, 2005).

Dentre os objetivos da política sobre drogas inclui-se a conscientização da sociedade brasileira sobre os prejuízos sociais e as implicações negativas representadas pelo uso indevido de drogas e suas consequências, além de educar, informar, capacitar e formar pessoas em todos os segmentos sociais para a ação efetiva e eficaz de redução da demanda, da oferta e de danos, fundamentada em conhecimentos científicos validados e experiências bem-sucedidas, adequadas à nossa realidade.

Por fim, ao tratar do tema prevenção ao uso de drogas ilícitas, a Resolução nº03/2005 evidencia a desconcentração obrigacional do Estado, devendo, para ter-se uma efetiva prevenção, comprometimento, cooperação e parceria entre os diferentes segmentos da sociedade civil organizada, com responsabilidade compartilhada.

Nesse contexto, convém citar alguns programas governamentais direcionados ao combate às drogas, com foco num público em situação de

vulnerabilidade (ociosos, pobreza e outras características) com ataque do mal pela raiz, antes do alastramento da dependência.

Desenvolvido pela Secretaria Nacional de Esporte Educacional do Ministério do Esporte, o programa “Segundo Tempo”, objetivou a democratização do acesso à prática e à cultura do Esporte, promoveu o desenvolvimento integral de crianças, adolescentes e jovens, como fator de formação da cidadania e melhoria da qualidade de vida, prioritariamente em áreas de vulnerabilidade social (OLIVEIRA; PERIM, 2009).

Outro programa a ser mencionado é o “Novo Mais Educação”, criado pela Portaria do MEC nº 1.144/2016, disciplinado pela Resolução FNDE nº 5/2016, como instrumento do Ministério da Educação que objetivou melhorar a aprendizagem em língua portuguesa e matemática no ensino fundamental, por meio da ampliação da jornada escolar de crianças e adolescentes no ano de 2017, tem-se a implementação através da realização de acompanhamento pedagógico (língua portuguesa, matemática artes, cultura, esporte e lazer) o que melhorou o desempenho educacional por meio da complementação da carga horária em cinco ou quinze horas semanais, e conseqüentemente tem contribuído com a alfabetização, reduzido o abandono escolar e ampliação do período de permanência dos alunos na escola (BRASIL, 2017).

Ressalta-se, também, que a Política Nacional sobre Drogas prevê dentre seus objetivos a implantação e implementação de rede de assistência integrada, pública e privada, intersetorial, para pessoas com transtornos decorrentes do consumo de substâncias. Diante de tais diretrizes, têm-se os Centros de Atenção Psicossocial, CAPS, importantes mecanismos que podem evitar a internação compulsória de indivíduos, principalmente, quando são devidamente implementados, tanto com recursos humanos quanto físicos e financeiros.

As unidades acima citadas têm perfil aberto e comunitário, sendo dotadas de equipes multiprofissionais e transdisciplinares, os quais realizam atendimento a usuários com transtornos mentais graves e persistentes, a pessoas com sofrimento e/ou transtornos mentais em geral, sem excluir aqueles decorrentes do uso de crack, álcool ou outras drogas.

Assim, a Portaria nº 3.088/11, com republicação em 21 de maio de 2013, que dispôs sobre os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e os organizou em modalidades, levando-se em consideração a área de cobertura e conjunto de serviços oferecidos.

Alguns destes centros são destinados para atendimento de pessoas com sofrimento psíquico, decorrente de transtornos mentais graves, incluindo os advindos de abuso de substâncias psicoativas, e ofertando acolhimento.

2

A INTERNAÇÃO VOLUNTÁRIA, INVOLUNTÁRIA E COMPULSÓRIA À LUZ DA LEI FEDERAL Nº 10.216/2001: HIPÓTESES E PRESSUPOSTOS

Atualmente, a internação compulsória está prevista na Lei Federal nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Faz, a internação compulsória está prevista na Lei Federal nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

O tratamento em regime de internação deverá oferecer assistência integral à pessoa portadora internada (serviços médicos, assistência social, psicológicos, lazer etc), sendo vedada a internação em instituições com características asilares, que não assegurem aos pacientes seus direitos individuais, enumeradas na própria norma.

A Lei Federal nº 10.216/2001, art. 6º, estabelece que a internação psiquiátrica somente será realizada, mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos, sendo que são considerados nas seguintes hipóteses: internação voluntária, aquela que tem o consentimento do usuário; internação involuntária, aquela que tem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e a internação compulsória, aquela quando determinada pelo Poder Judiciário.

Portanto, a internação compulsória somente acontecerá por meio de determinação judicial, com base na legislação vigente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

Nessa linha de raciocínio, convém ressaltar que a internação compulsória de dependentes químicos é matéria relativamente nova, surgido nas últimas décadas, não havendo sequer regulamentação própria, utilizou-se, como fundamento legal, a já mencionada Lei nº 10.216/2001 (BRASIL, 2001).

A Reforma Psiquiátrica brasileira tornou-se necessária em face da expansão da rede hospitalar psiquiátrica privada ocorrida a partir de 1970, buscou promover novos conceitos, relacionados à cidadania, desinstitucionalização e a humanização das relações sociais pertinentes ao internado.

Em vez do afastamento do indivíduo do convívio social para fins de manutenção de ordem, buscou-se um tratamento humano fundado na dignidade e liberdade, tendo a internação caráter excepcional. Assim, a reforma psiquiátrica em questão propunha o fechamento de hospitais psiquiátricos, hospício, com uma redução gradativa de leitos, visando uma municipalização dos serviços (MONTEIRO, 2016).

A internação compulsória de dependentes químicos é tema que gera inúmeros debates. O debate em relação à internação compulsória gira em torno do risco hipotético que o dependente químico oferece a si e a coletividade em geral (família, vizinhos etc); a incapacidade do indivíduo de curar-se do vício sem segregação; e, ainda, a eficácia da medida de segregação involuntária.

Em divergência aos fundamentos que permitem a medida segregatória de forma involuntária, Winter (2017) aponta quanto ao risco hipotético, a inexistência de legitimidade no argumento oferecido em favor, posto que a internação de um indivíduo em razão de um risco hipotético é embasamento frágil, inclusive rebatido pelo próprio Direito Penal. E, principalmente ao se considerar que a privação de liberdade contra a

vontade do indivíduo, compreende encarceramento fundado na repressão e prevenção.

A suposta incapacidade do indivíduo em ver-se livre da dependência química sem ajuda de terceiros, como argumento que justificaria a necessidade de internação compulsória, e ainda mais diagnosticada pelo Poder Judiciário, flagrantemente não encontra consonância na atual política de segregação, construída a partir de uma luta antimanicomial promovida pela Reforma Psiquiátrica.

A iniciativa do Poder Judiciário, também não está em consonância com o que indicam as manifestações da Organização das Nações Unidas, por meio de Declaração Conjunta: Centros de Detenção Compulsória e Reabilitação de Usuários de Drogas, de março de 2012, que fez-se o apelo aos Estados para o fechamento dos centros de internação compulsória e reabilitação de usuários de drogas e pela implementação de serviços sociais e de saúde, de caráter voluntário, com enfoque na garantia dos direitos individuais:

Todas as intervenções de cuidados em saúde, incluindo o tratamento da dependência de drogas, devem ser realizadas com respeito ao caráter voluntário, com consentimento informado, exceto em circunstâncias excepcionais claramente definidas em conformidade com o marco jurídico internacional de direitos humanos, que garante que tais disposições não estejam sujeitas a abusos. Respostas ao consumo de drogas e dos danos associados à saúde devem incluir prevenção e tratamento para o HIV/aids, outras DST e tuberculose, para aqueles que já fazem com base em evidência (ONU, 2012, p. 03).

Portanto, fica evidenciada que a internação compulsória é medida extrema, excepcional, somente admitida quando esgotados todos os recursos extra-hospitalares, além de estar caracterizado o risco de lesão ou morte tanto do indivíduo quanto de terceiros.

Em respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, dependente químico e objeto de internação compulsória – como medida excepcional que, visou limitar internações desnecessárias, tem-se, inicialmente, a condição primeira como sendo o esgotamento de todos os recursos extra-hospitalares ou que estes venham revelar-se ineficientes, tal como a hipótese de indicação de tratamento ambulatorial por meio de avaliação médica, mas que não tem êxito em razão da resistência ou abandono por parte do paciente; ademais, exige-se que a internação seja medida última na tentativa de resguardar a integridade física do internado, de sua família ou terceiros.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial majoritário:

APELAÇÃO CÍVEL. AVALIAÇÃO E INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. Caso em que é de rigor a internação compulsória. Tratamento ambulatorial indicado na avaliação médica realizada não teve êxito, já que o paciente não aderiu. Caso em que a apelação é provida para condenar solidariamente os entes estatais a fornecer o tratamento de saúde. **DERAM PROVIMENTO AO APELO.** (Apelação Cível Nº70061054599, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 11/09/2014).

Exige-se, também, a própria norma, laudo médico circunstanciado que indique e fundamente a necessidade da internação (art. 6º, Lei nº 10.216/2001).

De acordo com MONTEIRO (2016), o laudo médico circunstanciado compreende aquele que traga minuciosamente a situação mental do paciente, seus exames já realizados, elaboração de diagnóstico, prognóstico e a conclusão sobre a necessidade de internação compulsória ou não.

Entretanto, ignorando por completo o conteúdo integrativo das políticas nacionais e internacionais de organismos especializados, há

decisões judiciais admitindo a internação compulsória, ainda que não haja laudo médico minucioso, mas fundamentado em gravidade e circunstâncias do caso, conforme pode notar adiante:

HABEAS CORPUS REPRESSIVO. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. INTERLOCUTÓRIO DE DEFERIMENTO. - AUSÊNCIA DE LAUDO CIRCUNSTANCIADO INICIAL. EXIGÊNCIA DO ART. 6º DA LEI 10.216/01. MITIGAÇÃO DIANTE DAS PARTICULARIDADES. PRECEDENTE. NÃO ACEITAÇÃO DA DOENÇA E TRATAMENTO PELA PACIENTE. QUADRO CONFLITUOSO COM O FILHO AUTOR. PROVA INICIAL BASTANTE A RECOMENDAR A MEDIDA. HISTÓRICO DE AGRESSIVIDADE E TENTATIVAS DE SUICÍDIO. INSUFICIÊNCIA APARENTE DE MEDIDAS EXTRA-HOSPITALARES. PRODUÇÃO DO LAUDO NO DECORRER DO PROCESSO. DECISÃO ACERTADA. AUSÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL. -

"Como regra a internação compulsória demanda a presença concomitante de dois requisitos básicos, previstos nos arts. 4º e 6º da Lei n. 10.216/2001, a saber, o demonstrativo de que as medidas extra-hospitalares se mostraram insuficientes para melhora do adoentado, e a presença de laudo médico circunstanciado que ateste os seus motivos. Sendo extenso o histórico de violência do paciente esquizofrênico, inclusive em relação aos seus familiares, a ponto de resultar em diversas internações temporárias, é de bom alvitre determinar a segregação compulsória, apesar da ausência de laudo médico pré-constituído, que poderá ser produzido imediatamente após a segregação do paciente. Recurso provido". (TJSC, Ai n. 2013.013985-1, de Palhoça, rel. Des^a. MARIA DO

ROCIO LUZ SANTA RITTA, j. em 21.5.2013). – Na espécie, conquanto não juntado à inicial laudo circunstanciado a que refere o art. 6º da Lei n. 10.216/01, possível a mitigação dessa exigência quando sua confecção é extremamente difícil em razão da animosidade entre as partes e a recusa da paciente em aceitar sua relevante doença mental e o tratamento médico necessário. - Nessa linha, acertada a postergação da apresentação e a decretação da internação liminar quando a prova inicial é robusta quanto à necessidade da medida para o resguardo da integridade de terceiros e da própria vida da paciente, não havendo visível solução extra-hospitalar adequada nesse primeiro momento, devendo a manutenção da medida, entretanto, balizar-se pelo laudo a ser realizado com urgência e periodicamente no decorrer da internação. (TJ-SC - HC: 20130861556 SC 2013.086155-6 (Acórdão), Relator: Henry Petry Junior, Data de Julgamento: 15/01/2014, Quinta Câmara de Direito Civil Julgado).

Outro requisito da internação compulsória é que esta somente será autorizada por médico, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado, onde se localize o estabelecimento, nos termos do art. 8º, Lei nº 10.216/2001.

Ademais, o juiz deverá observar e considerar as condições de segurança do estabelecimento, quanto à segurança do paciente, dos demais internados e funcionários, nos termos da legislação vigente (art. 9, Lei nº 10.216/2001), requisito relacionado ao ambiente terapêutico e aos meios utilizados para tal (BRASIL, 2001).

Por fim, com objetivo crucial da reinserção social do paciente em seu meio, o tratamento deve ser estruturado de forma a oferecer assistência integral ao indivíduo, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros (art. 2º, VIII e IX, Lei nº 10.216/2001).

3 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTAR AO ATENDIMENTO DO DEPENDENTE

O direito é dinâmico, está em constante evolução, modificando-se conforme muda a sociedade. Desse modo, o estudo da jurisprudência é de fundamental importância, posto que representa investigação, mesmo que em diversas vezes sem aspecto científico, mas na melhor das hipóteses com a utilização de fontes doutrinárias, a aplicação da ampla defesa e do contraditório, examinando a fundo as particularidades de cada situação concreta.

Nessa perspectiva, a norma não é a única fonte do direito, sua intervenção vem quando as circunstâncias o exigem e quando os costumes o impõem. O costume, a jurisprudência, a equidade são as verdadeiras fontes reais do direito, por isso a necessidade de reconhecer sua importância (PAGE, 1962 apud MIRANDA, 2015). Portanto, é inegável a relevância da interpretação e aplicação que é dada pelo Judiciário para a efetividade da norma.

A jurisprudência não poderá originar um direito em contrariedade a um expresso significado da lei. Todavia, poderá atuar nos limites do próprio exercício jurisdicional, que compreende a efetivação da norma, valendo-se das regras da hermenêutica jurídica.

Nesse sentido, foram analisados alguns julgados concernentes ao pedido de internação compulsória de dependente químico.

Em ação individual de obrigação de fazer com pedido de antecipação de efeitos da tutela, nº 0032035-59.2014.827.2729, 3ª Vara dos Feitos da Fazenda e Registros Públicos, Comarca de Palmas-TO, a genitora pleiteou a internação compulsória em face do seu filho, que integra a lide juntamente com o Município de Palmas e o Estado do Tocantins, todos requeridos.

Apesar de haver laudo médico com indicação da necessidade de internação compulsória, assinado por psiquiatra, o magistrado encaminhou os autos para realização de perícia médica por junta oficial do Tribunal de

Justiça, que concluiu pela segregação para tratamento médico, posto que o drogadito era usuário de crack há oito anos, tinha comportamento violento e praticava delitos.

Porém, juntamente com estas constatações, foi averiguado que o dependente já havia sido internado, sem sucesso, por três vezes. É válido mencionar também, que não havia seguido no tratamento no CAPS, que restou infrutífero.

Com base na avaliação médica acima, o magistrado deferiu a medida de urgência para que fosse ofertada vaga em clínica especializada em tratamento de dependentes químicos, o que foi confirmado em sede de sentença, inclusive com parecer favorável do Ministério Público.

Na ação individual de obrigação de fazer com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, nº 0015167-35.2016.827.2729, 3ª Vara dos Feitos da Fazenda e Registros Públicos, Comarca de Palmas-TO, a genitora também pleiteou a internação compulsória em face do seu filho, que integra a lide juntamente com o Município de Palmas e o Estado do Tocantins, todos requeridos.

Entretanto, neste caso, como não havia laudo médico atestando a necessidade de internação, o magistrado encaminhou os autos para realização de perícia médica por junta oficial do Tribunal de Justiça.

Além de outros requisitos, nesta demanda o magistrado também constatou que dependente havia sido internado em outras oportunidades, inclusive, objeto de outra ação judicial (autos nº 5010112-91.2011.827.2729), de cinco anos atrás. Por esta razão, contrária à outra demanda, o médico perito opinou pela não internação compulsória, indicou acompanhamento em CAPS AD. Acampado neste posicionamento pericial, o magistrado negou o pedido antecipatório de urgência, não vislumbrou a necessidade de internação do indivíduo dependente químico:

É que a perícia médica apresentada no evento
42 mostrou-se desfavorável à medida

de internação compulsória solicitados autos. A Lei n.º 10.216/01 alterou, em muitos aspectos, a forma de o Estado tratar os portadores de enfermidades mentais e dependentes químicos, reformulando de maneira mais digna e eficaz o modelo assistencial em saúde mental, admitindo, ainda, a internação compulsória destes enfermos. Segundo a normativa legal, as formas de internação psiquiátrica somente são admitidas após o exaurimento dos demais recursos extra-hospitalares, e mediante a apresentação de laudo médico circunstanciado caracterizando de maneira expressa os seus motivos. (TJTO, 2011)

No caso apresentado, insurgiu-se a parte Autora da demanda e interpôs agravo de instrumento, que foi improvido, tanto em decisão monocrática, quanto em sede de julgamento do mérito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. PERÍCIA MÉDICA REALIZADA PERANTE ESTE TRIBUNAL DESFAVORÁVEL A MEDIDA DE INTERNAÇÃO. LIMINAR INDEFERIDA. DECISÃO MANTIDA.

AGRAVO DESPROVIDO. 1. A internação compulsória deve ser evitada, quando possível, e somente adotada como última opção, em defesa do internado e, secundariamente, da própria sociedade. É claro, portanto, o seu caráter excepcional, exigindo-se, para sua imposição, laudo médico circunstanciado que comprove a necessidade de tal medida. 2. No caso dos autos, a perícia médica realizada perante este Tribunal, mostrou-se desfavorável à medida de internação, dispondo que “o periciando já se beneficiou da internação compulsória, haja vista que efetuou o tratamento em regime de internação e apresentou melhoras. O seu quadro clínico atual é de anormalidade e

embora se saiba que o índice de recaídas é alto nesses casos, existe a necessidade de se analisar o momento. No momento atual o periciando está trabalhando e seria um contrassenso retirá-lo do trabalho para uma internação compulsória”. 3. Assim, incabível o deferimento da medida de internação, sendo necessário aguardar o desenvolvimento da marcha processual para verificar-se ao final se a medida de exceção Página 2 de 2 tornar-se-á necessária, de modo que por ora não se constata a plausibilidade das alegações. 4. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (TJTO, 2011)

Diante o perscrutado até o momento, evidenciou-se a fragilidade dos argumentos produzidos pelo Poder Judiciário, dos quais ofereceu soluções diversas para casos que apresentaram as mesmas circunstâncias.

A dissonância de julgados é comum no cenário judicante, fruto da independência funcional do magistrado e de outras garantias institucionais. Ocorre que a liberdade de um indivíduo que não praticou crime punível com reclusão ou detenção não pode ser objeto de deliberações sujeitas à subjetividades ou outros critérios desvinculados de diagnósticos especializados na área de psiquiatria ou áreas afins, e deve ser garantida como fruto de proteção individual e humanizada.

4 DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO CLÁUSULA PROTETIVA DO ESTADO

Um dos aspectos fundamentais dos direitos sociais tipificados no texto constitucional brasileiro é a sua efetividade. Além disso, o direito à saúde, como no presente caso, passa a ser considerado uma garantia de titularidade de qualquer ser humano no território nacional, merecedor da atuação concreta e eficiente do Poder Público, sobretudo do Poder Executivo.

Sob esta perspectiva, a Administração Pública deverá reservar significativamente recursos financeiros a fim de satisfazer os interesses advindos dos mesmos direitos sociais.

Sabendo-se das incumbências estatais, já que o Estado assumiu deveres a partir do panorama constitucional de 1988, os orçamentos anuais construídos em consonância com a legislação aplicável alocam gastos financeiros com despesas relacionadas aos direitos sociais, dentre eles com a saúde.

Nesta situação, o ente estatal responsável pela respectiva despesa se responsabiliza para tal, porém o faz proporcionalmente ao que estiver previsto para arrecadação.

O planejamento orçamentário possibilita à Administração Pública a execução de suas despesas de forma responsável, já que os gastos necessários seriam proporcionais àquilo que o ente havia arrecadado previamente.

Quando uma despesa surge sem a respectiva previsão de receita, a Administração Pública terá que deslocar recursos que anteriormente estavam previstos para determinado gasto, para satisfazer esta nova demanda. Não se trata de uma prática saudável para qualquer gestão organizacional, mas, se sim, de algo extremamente necessário e excepcional, o prejuízo administrativo poderá ser eliminado *a posteriori*.

O problema surge quando esta prática deixa de ser exceção e passa a ser a regra. Isto acontece quando a efetivação de um direito social é utilizado como único argumento de decisões judiciais, que deixam de levar em consideração a organização administrativa baseada em princípios orçamentários de responsabilidade.

Desse modo, a complexidade para a efetividade dos direitos sociais, tem-se que:

A concretização dos direitos de segunda dimensão deve levar em consideração circunstâncias

materiais, observando, diante das conjunturas fáticas, a extensão de sua incidência. Com isso não se defende sua insegurança, variando ao sabor de uma caneta discricionária. Contudo, esses dispositivos não podem ser aferidos de forma voluntária, sem adequação com as condições sociopolítico-econômicas. Os afãs mais voluntariosos vão sendo aplainados à medida que as decisões sejam proferidas pelas instâncias superiores, até chegar ao Supremo Tribunal Federal que definirá seus contornos (AGRA, 2012, p. 813).

A Judicialização de direitos sociais deve ser aceita como consequência de uma nova leitura do texto constitucional, com vistas a agregar regras e princípios.

A intersetorização compulsória, como um dos exemplos de fruto da intervenção do Poder Judiciário junto às incumbências da Administração Pública, deveria ser fundamentada não só na efetivação obrigatória de um compromisso estatal, mas em princípios relacionados à responsabilidade administrativa, como a reserva do possível, o do não retrocesso social ou da proibição da evolução reacionária.

A interferência do Poder Judiciário em demandas que devem ser objetos de políticas públicas é antidemocrática e incompatível com o princípio da separação dos poderes, o que por sua vez caracteriza a usurpação de competências do Legislativo e Executivo.

Por serem escassos os recursos públicos, a escolha dos direitos devem ser priorizados pelos representantes eleitos pelo povo (SAMPAIO JÚNIOR, 2008). E, ainda, outro ponto refere-se à desorganização na Administração Pública causada pela ingerência judicial, posto que ao invés dos gestores centrarem no planejamento e execução de políticas públicas, acabariam por se dedicar às demandas individuais advindas do Judiciário.

Deveria haver um aprofundamento do diálogo institucional entre os diversos poderes (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Entretanto, a maioria da doutrina entende pela judicialização dos direitos sociais em caso de omissão do Estado. Nesse sentido, é válido citar NOVELINO (2014):

O discurso contrário à eficácia positiva dos direitos sociais, outrora predominante em nossa doutrina e jurisprudência, foi gradativamente substituído por uma postura mais pró-ativa do Poder Judiciário no sentido de conferir a merecida efetividade a esses direitos fundamentais [...] Os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais, possuem uma dimensão subjetiva, conferindo ao cidadão o direito de exigir do Estado determinadas prestações materiais. As diretrizes e os programas de ação traçados por uma Constituição rígida são vinculantes e obrigatórios e não meros conselhos ou exortações morais para o legislador (NOVELINO, 2014, p. 763).

Segundo AGRA (2012), as obrigações decorrentes da imposição dos direitos sociais são exigíveis e não dependem da discricionariedade da administração ou do legislador, e não há como negar a possibilidade de intervenção do Judiciário em casos de omissão do Estado. Até mesmo, porque, sendo também a Constituição Federal um conjunto de normas, a impossibilidade de judicialização dos direitos sociais torna-se conflitante com o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional, nos termos do art. 5º, XXXV, C. R. F. B/1988.

Entretanto, deve ser observada a reserva do possível, no qual pontua-se sobre a garantia de proteção e efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal e normas infraconstitucionais, que acarretam gastos econômicos consideráveis, pois, em sua maioria, compreendem obrigações prestacionais para o Poder Público, tais como a construção de sistema habitacional, saúde, educação, dentre outros.

Em razão do supracitado fundamento, isto é, a efetivação dos direitos fundamentais e a situação financeira do Estado, o qual alega que os recursos são insuficientes e as necessidades sociais imensas, ocorreu a

admissão de que o Poder Público, na sua função de deliberar sobre as prioridades e estabelecer suas políticas públicas de destinação das verbas existentes, poderia alegar o que se passou a denominar cláusula da reserva do possível.

Segundo MASSON (2016), a expressão reserva do possível só tornou-se conhecida a partir do *leading case* julgado pelo Tribunal Federal alemão, nos anos 70 do séc. XX, denominado *numerus clausus*, no qual a Corte alemã julgou a demanda judicial proposta pelos estudantes não admitidos em escolas de medicina no país em função da política de limitação do número de vagas em Universidades, a década de 60.

O pedido fundamentava-se no art. 12 da Constituição Alemã: é direito de todos os alemães escolher livremente sua profissão, seu local de trabalho e seu centro de formação. Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional determinou que o direito à prestação positiva, aumento do número de vagas, estaria sujeito à reserva do possível, que seria aquilo que fosse razoável para o indivíduo exigir, de maneira racional, da sociedade.

Apesar do acima relatado, faz-se importante analisar sucintamente os autos nº 0022267- 75.2015.827.2729, ação que tramita na 4ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos de Palmas-TO, que trata de ação de obrigação de Fazer com pedido de antecipação de tutela proposta pela genitora em face do Estado do Tocantins e do Município de Palmas, visando a internação compulsória de sua filha dependente química.

Os entes públicos requeridos alegaram em sede de contestação e posteriormente em sede de apelação, que não se pode reconhecer uma responsabilidade absoluta e ilimitada por parte dos entes públicos na atenção à saúde da população.

Nas questões envolvendo o direito à saúde, deve o Poder Judiciário pautar sua atuação com base em dois norteadores, quais sejam, o princípio da reserva do possível e os critérios de repartição de competências no âmbito da saúde.

Em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontram sob uma reserva do possível, circunstância que enseja tomada de decisão acerca da destinação de recursos públicos, cometidas aos órgãos políticos e, para tanto, legitimados.

Entretanto, observa-se que o juízo em sede de sentença – como normalmente tem sido em decisões nas varas da Capital do Estado, apesar das alegações acima, aponta que a falta de recursos públicos, teoria da reserva do possível, não pode servir como barreira intransponível à concretização dos direitos fundamentais, pois o que está em jogo é o mínimo existencial, tanto para a saúde do indivíduo, como para uma convivência pacífica, cabendo à Administração Pública gerir seus recursos de modo atender, satisfatoriamente, tais direitos.

Entretanto, pontua-se que a reserva do possível condicionaria a realização dos direitos sociais, culturais e econômicos, em grande parte, à disposição financeira e possibilidades orçamentárias do Poder Público. Uma vez demonstrada a incapacidade econômico-financeira do Estado, não seria razoável exigir a efetividade da prestação positiva, ainda que prevista na Constituição Federal.

5 A (IN) EFICÁCIA DA INTERNAÇÃO JURISDICIONAL NO TRATAMENTO DO DEPENDENTE QUÍMICO

Como já mencionado anteriormente, a internação compulsória deve ser medida excepcional, posto que quando aplicada de forma autoritária comumente é incapaz de resolver o problema da dependência química, pois normalmente encontra-se destoadada de políticas de redução de danos e de prevenção.

COELHO E OLIVEIRA (2014) advertem sobre tais medidas, apontam que se a Lei Federal nº 10.216/2001 foi elaborada a fim de garantir a proteção de doentes mentais e tendo como principal bandeira a desospitalização, não é passível a utilização dessa mesma lei para pessoas que não são portadoras de doenças mentais e, principalmente, com objetivo de tornar a internação a regra, fato que contraria todos os longos períodos de debates e tramitação do referido diploma legal.

Há portanto, distorção na aplicação da referida norma pelos atores jurídicos, podendo-se concluir que:

1) dependente químico não é doente mental; 2) a internação compulsória prevista na Lei 10.216/01 deve ser aplicada tão somente para os casos de doentes mentais que cometam alguma infração criminosa, como espécie de medida de segurança; 3) a internação compulsória de dependentes químicos é ilegal por falta de previsão legal, e inconstitucional por violar o direito à saúde e à dignidade da pessoa humana; 4) as internações que vêm ocorrendo podem ser equiparadas à tortura e, assim, violam direitos humanos; 5) O Poder Judiciário é guardião de direitos humanos, não podendo, sob argumento algum, violá-los (COELHO; OLIVEIRA, 2014, p. 365).

Sobre a eficácia do tratamento, principalmente pelo fator da contrariedade do indivíduo em ver-se segregado para intervenção médica e, também, em razão da não recomendação de parcela dos profissionais da saúde ao considerarem a não adesão voluntária do paciente, o tratamento apresentará reduzidas chances de êxito.

Nesse sentido, em balanço realizado quanto ao enfrentamento ao crack e outras drogas, mostrou que dos 2 mil dependentes químicos que foram internados nos dois anos de vigência da política pública no Distrito Federal – internação compulsória, somente 217 permanecem livres das drogas, sem recaídas (CORREIO BRASILIENSE, 2012).

Segundo COELHO E OLIVEIRA (2014), a internação compulsória está sendo realizada da pior forma possível, o uso da medicação somente para “sossegar” o internado não é efetivo, posto que o paciente tenta a todo momento evadir-se.

Deve existir regras, mas isso não pode ocorrer de forma autoritária. O indivíduo não pode ser coagido a ser tratado contra a sua própria vontade, pois, para além de dificultar o tratamento e propiciar recaídas – o

próprio estresse causado por uma internação acarreta mais danos ao dependente – viola os direitos de liberdade e saúde.

Em ação judicial acima analisada (0015167-35.2016.827.2729, 3ª Vara dos Feitos da Fazenda e Registros Públicos, Comarca de Palmas-TO), observa-se que o indivíduo após ficar internado e obter avaliação médica que atestava sua melhora, teve recaídas no ano seguinte, como não fora juntado aos autos laudo médico atestando a necessidade de internação, a junta médica oficial, considerando que já havia internação infrutífera em outra oportunidade (ação judicial nº 5010112-91.2011.827.2729), optou pela não internação compulsória, por isso, considerando a situação pessoal do indivíduo, indicou acompanhamento em CAPS AD.

Em outra exemplificação, tem-se o Programa de Orientação e Assistência a Dependentes da Universidade Federal de São Paulo, que em estudo realizado aponta que 98% dos pacientes que são internados compulsoriamente sofrem recaídas pouco tempo depois do fim da segregação.

Portanto, aponta que as políticas públicas devem respeitar o sujeito, seus direitos e sua saúde. A decisão pela segregação ou não de um dependente químico é uma decisão que deve ser feita por equipes de saúde, composta por profissionais treinados para tal finalidade e não com base em uma decisão judicial (TOURINHO, 2013).

Observa-se, em números, a ineficácia da internação compulsória. Desse modo, haveria o Estado de promover investimentos na implementação e ampliação de redes de atenção psicossocial especializadas em álcool e drogas, de centros de convivência, de leitos de internação psiquiátricas em hospitais, políticas de geração de renda, enfim, formas diversas de reabilitação social. **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da análise das normas, teorias e casos apresentados, verificou-se que o uso de drogas é um fenômeno histórico e que necessita ser avaliado por diversos ângulos, para buscar um resultado prático ou justificável, que não seja baseado apenas no isolamento-encarceramento

do dependente químico, mas que sejam ofertadas alternativas eficazes e menos agressivas aos direitos fundamentais do indivíduo.

Assim, observou-se que a internação compulsória é uma medida drástica, que pode causar dano de difícil reparação, a qual tem sido cada vez mais trivial, principalmente quando são pessoas situadas nas camadas mais vulneráveis e hipossuficientes. Tal modalidade de tratamento deve ser excepcional como diz a própria norma aplicável ao caso - Lei Federal nº 10.216/01 –, até mesmo em razão do referido dispositivo legal não ter sido criada especificamente para o tratamento de dependentes químicos.

Como pode ser evidenciado nas ações de internação compulsória examinadas, especificamente no Município de Palmas -TO, que atualmente não dispõe de clínica ou hospital do Poder Público que possa acolher esses pacientes decorrentes de ordem judicial para tratamento compulsório.

Essa realidade demonstra a falta de interesse e o desaparelhamento do Estado em aderir uma política de tratamento ambulatorial com todos os mecanismos necessários que auxiliem na cura ou na redução de danos dos dependentes químicos. Do contrário, o tratamento desses pacientes tem sido restrito, apenas a medidas meramente paliativas e sem nenhuma eficácia.

Necessário destacar, novamente, que a Lei Federal nº 10.216/01 visa à proteção de pessoas acometidas de transtornos mentais e não de dependentes químicos.

Contudo, verificou-se que na prática, os operadores do direito, ignoram o preceito fundamental do princípio da legalidade e expandem as hipóteses de cabimento, tornando-a fruto de interpretação extensiva, ou por analogia, aos adictos.

Além disso, a internação psiquiátrica, em qualquer das modalidades, somente toma-se cabível quando forem esgotados todos os recursos extra hospitalares e estas se revelarem insuficientes. É o que determinou o artigo. 4º da referida lei em comento.

Ou seja, existindo a necessidade do internamento, buscar-se-á sempre meios alternativos que primam pela reinserção e bem estar social do paciente, tendo em vista, que o tratamento em meio aberto, tem maiores chances de recuperação, pois tem um fator relevante: a vontade individual.

Dessa forma, consubstanciado na fragilidade do sistema da internação compulsória, uma vez que mostra-se pouco eficaz, principalmente quando o paciente não possui motivação para superar seu quadro de dependência, sendo que este é elemento primordial na recuperação do indivíduo.

Faz-se necessário a efetivação das políticas públicas que de fato ofereçam os parâmetros mínimos e a assistência médica especializada para que os dependentes químicos não venham ficar desassistidos de toda sorte, uma vez que é dever do Estado garantir o mínimo existencial.

Entretanto, a concessão de medidas em sede de tutela de urgência, às vezes sem ouvir a própria administração pública ou qualquer corpo de especialistas na área médica, agrava ainda mais esta já frágil situação jurídica, não obstante ser frequentemente a decisão de magistrados que optam por tomar a partir do momento que se depara com um pleito desta natureza.

Ressalta-se, por fim, que a internação compulsória da forma como vem sendo implementada por determinação judicial em face dos entes públicos, devem ser revistas e aplicadas com precaução, parcimônia, atentando-se à reserva do possível; aos critérios de repartição de competências no âmbito da saúde, de modo que o Poder Judiciário não pode privilegiar situação particular, comprometendo o orçamento destinado às demais políticas públicas destinadas à saúde da sociedade como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário.

O risco da judicialização sobre as políticas públicas em detrimento da administração financeira do Estado e a definição de estratégias e políticas para a aplicação dos recursos públicos foge da alçada do Poder Judiciário; e, por fim, principalmente é o respeito aos direitos e garantias

fundamentais do indivíduo dependente químico objeto de internação compulsória.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: . Acesso em 02 maio 2017.

_____. **Lei nº. 10.216, de 06 de abril de 2001**. Lei da Reforma Psiquiátrica, Disponível em:. Acesso em 02 maio 2017.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 26 ago 2017.

_____. **Resolução CONAD nº 03, de 28 de outubro de 2005**. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=101642>. Acesso em 26 ago 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº 70061054599**. Apelante: Taciane R. B. Apelado: Estado do Rio Grande do Sul e Município de Sarapinga. Relator Rui Portanova. Porto Alegre, 11 de setembro de 2014.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas Corpus nº 20130861556**. Impetrante: Kelin Kassia Algayer. Autoridade Coatora: Juízo da Comarca de Pomerode. Relator Henry Pedtry. Florianópolis, 16 de janeiro de 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Autos nº 0032035-59.2014.827.2729**. Autor: Alzemira José Luiz. Réus: Estado do Tocantins e outros. Juíz Freredico Paiva Bandeira de Souza. Palmas, 29 de abril de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Autos nº 0015167-35.2016.827.2729**. Autor: Maria da Paixão R. de Souza. Réus: Estado do Tocantins e outros. Juíz Freredico Paiva Bandeira de Souza. Palmas, 18 de agosto de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Autos nº 0022267-75.2015.827.2729**. Autor: Deusinha Carneiro da Silva. Réus: Estado do Tocantins e outros. Juíz Roniclay Alves de Moraes. Palmas, 22 de março de 2017.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Autos nº 0022267-75.2015.827.2729**. Disponível em: https://eproc1.tjto.jus.br/eprocV2_prod_1grau/. Acesso em 20 set 2017.

_____. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Programa Novo Mais Brasil**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/programa-mais-educacao>. . Acesso em 26 ago 2017.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_r ep.html . Acesso em 26 ago 2017.

COELHO, Isabel. OLIVEIRA, Maria Helena Barros. **Internação compulsória e crack**: um desserviço à saúde pública. Saúde Debate, Rio de Janeiro, V. 38, nº 101, pp. 359-367, abr-jun 2014.

CORREIO BRASILIENSE. **Combate ao crack**: de 2 mil internados no DF, 217 não tiveram recaídas. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2013/09/12/interna_cidadesdf,387919/combate-ao-crack-de-2-mil-internados-no-df-217-nao-tiveram-recaidas.shtml. Acesso em 02 set 2017.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MONTEIRO, Fábio de Holanda. **A internação psiquiátrica compulsória na perspectiva dos direitos humanos e fundamentais.** Curitiba: Prismas, 2016.

OLIVEIRA, Amauri Aparecido Bássoli de; PERIM, Gianna Lepre. **Fundamentos pedagógicos do programa segundo tempo: da reflexão à prática.** Maringá : Eduem, 2009.

ONU. **Declaração Conjunta:** Centros de Detenção Compulsória e Reabilitação de Usuários de Drogas. 2012. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//noticias/2013/03/COMPLETA_DECLARACAO_CONJUNTA_MARCO_2012-_traducao.pdf. Acesso em 02 set 2017.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição.** São Paulo: Método, 2008.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TOURINHO, Pedro. **A ineficácia da internação compulsória.** 2013. Disponível em: <http://cebes.org.br/2013/01/a-ineficacia-da-internacao-compulsoria/>. Acesso em: 21 set 2017.

WINTER, Gustavo Schlupp. **Internação compulsória de dependente de drogas: do mito da defesa social e ajuda compulsória à violência e exclusão social.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NOTA:

[1] Professor Orientador do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; Doutor e Mestre em Direito, pela PUC/GO e PUC/MG; E-mail: fabio.barbosa@catolica-to.edu.br.

EFEITOS JURÍDICOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL COM BASE NA LEI N° 12.318/2010

JANETE CLEIA MARTINS GONÇALO:
Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

MATEUS SCHAEFFER BRANDÃO

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo, que tem como tema a alienação parental, faz uma análise acerca das mais variadas formas e causas da alienação parental nas famílias, com enfoque numa pesquisa de jurisprudências proferidas no Estado do Tocantins, priorizando sempre o princípio do afeto, da dignidade humana e do melhor interesse do menor, além da relevância do poder familiar no âmbito jurídico. Apresenta-se o instituto da alienação parental, distinguindo-a da síndrome da alienação parental. Explana-se os critérios de identificação, as características do agente alienante e as consequências para as crianças e adolescentes alienados. Discute acerca da Lei 12.318/2010, Lei da Alienação Parental, tecendo comentários sobre seus dispositivos legais, no intuito de demonstrar as consequências jurídicas e a responsabilidade civil do agente alienante. Nessa perspectiva, evidenciam-se os aspectos processuais, - principalmente no que diz respeito aos julgados analisados – quanto à dificuldade de produzir provas para constatação dos atos alienatórios.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação Parental; Danos Físicos e Psicológicos; Dignidade da Pessoa Humana; Âmbito Familiar.

ABSTRACT : This article, which has the theme of parental alienation, analyzes the most varied forms and causes of parental alienation in families, focusing on a research of jurisprudence in the State of Tocantins, always prioritizing the principle of affection, human dignity and the best interests of the child, and the relevance of family power in the legal arena. The institute of parental alienation is presented, distinguishing it from the syndrome of parental alienation. Explain the identification criteria, the characteristics of the alienating agent and the consequences for the

alienated children and adolescents. It discusses Law 12.318 / 2010, the Law of Parental Alienation, commenting on its legal provisions, in order to demonstrate the legal consequences and civil liability of the alienating agent. From this perspective, the procedural aspects are evidenced, especially in relation to the judged ones, as to the difficulty of producing evidence to verify the alienatory acts.

KEYWORDS: Parental Alienation; Physical and Psychological Damage; Dignity of human person; Family Scope.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ALIENAÇÃO PARENTAL. 2.1 CAUSAS E PRÁTICAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL. 2.2 PERFIL DO ALIENADOR. 2.3 CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL FACE À VÍTIMA. 3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA ALIENAÇÃO PARENTAL. 4. REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa melhor compreensão acerca do tema Alienação Parental, que ocorre no âmbito familiar e em momentos que por si só já são extremamente traumatizantes, desconfortáveis e tristes, para todos os envolvidos, qual seja, o da dissolução da união conjugal.

O referido tema é polêmico, posto que esse tipo de agressão se passa dentro do convívio familiar, partindo de pessoas da família, em regra, o que dificulta a intervenção do Estado no que diz respeito a prevenção, punição e suporte às vítimas, prova disso se faz pela regulamentação do tema, que se deu apenas em 2010, através da Lei 12.318.

Portanto, a Lei da Alienação Parental é bastante nova, principalmente quando se é levado em consideração há quantos anos essa prática já existe. Prova disso se faz pela expressão “alienação parental” que, segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, em sua Obra Direito Civil Brasileiro (2016, p. 294), foi inventada por Richard Gardner em

1985, quando se referia, nos tribunais norte-americanos, às ações de guarda nas quais um dos genitores alienava a criança visando o rompimento dos laços afetivos com o outro genitor.

Neste sentido, nota-se que o presente tema existe e afeta o convívio familiar há bastante tempo, e, apesar de ter sido regulamentado somente em 2010, vem sendo mais discutido e recebendo maior atenção, uma vez que se trata da família e da saúde de crianças, que se veem na situação da separação dos pais, os quais, ao não saberem lidar acabam criando um sentimento de ciúmes, vingança e destruição da vida do ex-cônjuge, não se importando em utilizar seus filhos para afetá-lo.

Posto isso, deve-se ressaltar que a agressão causada pela alienação parental é, primeiramente, psíquica, tornando-se difícil de identificá-la, bem como é sabido que o Estado não pode, em regra, intervir nas relações pessoais, familiares, etc., a não ser que estas afrontem certos princípios ou normas, e causem prejuízos a outrem, como é o caso do presente tema.

Destarte, o presente artigo visa abordar detalhes sobre o tema, tais como a forma dessa agressão, quem são os agentes ativos e passivos, bem como quais efeitos recaem sobre os envolvidos. Tem como objetivo ainda, discorrer sobre a Síndrome da Alienação Parental – SAP, que é uma consequência da alienação parental sofrida pela criança.

Diante desse cenário atual, espera-se contribuir para melhor esclarecimento do tema, para que as pessoas que o desconhecem passem a se familiarizar e, caso um dia venham a presenciar, tomem as atitudes corretas, assim como pretende-se alertar as famílias que encontram-se passando por este problema, no intuito de incentivar que medidas sejam tomadas e que cada vez mais os alienadores tenham medo de sofrer as consequências e, por isso, deixem de cometer tal agressão.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL

Tendo em vista que a dissolução do matrimônio ou da união estável deve afetar apenas a relação jurídica havida entre as partes, ou seja, a

sociedade conjugal, tal fato não deveria, em tese, contaminar a relação dos pais entre seus filhos. Sendo exatamente o que diz o Art. 1.579 do Código Civil, leia-se: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. ”

Neste seguimento dispõe ainda o Art. 1.632 do mesmo diploma legal, observe:

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.[\[1\]](#)

Sendo assim, o Código Civil, ao dispor sobre Poder Familiar, estabelece que deverão ser preservados os direitos de ambos os genitores perante aos seus filhos, quando da dissolução do casamento, podendo ser modificada apenas o direito à guarda, que deve ser exercida com responsabilidade e visando a melhor convivência entre pais e filhos.

Neste sentido, destacam-se os princípios éticos estabelecidos às relações familiares contidos no Art. 227 da Constituição Federal e no Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.[\[2\]](#)

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios,

todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.^[3]

Logo, é dever da família, principalmente dos genitores, prover a segurança de seus filhos, proporcionando-lhes uma vivência de forma dignidade, com respeito e convivência familiar, facultando-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral e social da melhor maneira possível.

Consequentemente, a Alienação Parental deve ser rigorosamente repudiada, prevenida e punida, uma vez que afronta todos os princípios dispostos alhures, bem como afeta diretamente a saúde da criança que sofre tal abuso.

O conceito de Alienação Parental, trazido pelo doutrinador Paulo Nader (2016, p. 162), afirma que tal prática se configura quando:

[...] o pai ou a mãe, detentor da guarda, procura desfazer ou desqualificar, perante o filho, a imagem do outro genitor. A ação nociva se faz, por exemplo, quando a mãe procura inculcar no filho a ideia de que o pai o abandonou, quando na realidade ela mesma boicota a aproximação entre ambos. [...] (NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 5. p. 162)^[4]

Por se tratar de uma forma de agressão verbal, esta atinge diretamente o psicológico da criança, podendo resultar em distúrbios psíquicos de diferentes tipos e graus. Em face dessas consequências é que a Lei nº 12.318 de 2010 foi criada, visando punir os agressores alienantes, bem como visando ainda amenizar os efeitos negativos suportados pelas vítimas.

2.1 CAUSAS E PRÁTICAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Segundo o doutrinador Paulo Nader (2016, p. 162), a alienação parental é comum após a ocorrência da separação e menciona, dentre os possíveis motivos para tal prática, a magoa e a conduta do ex-cônjuge.

Não obstante, o mesmo doutrinador, afirma que tal prática pode derivar de tais motivos:

[...] O motivo determinante da conduta do genitor alienante é variado: possessividade, desejo de vingança, sentimento de injustiça, ciúme. [...] (NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 5. P. 162, 2016)[5]

Deste modo, as causas que levam o genitor ou outro parente da vítima da alienação parental a praticarem tal ato são diferentes, até porque é um ato que decorre de um sentimento pessoal, e, portanto, subjetivo, de cada pessoa que encontra-se na situação de separação.

Em que pese às práticas de alienação parental estejam descritas no parágrafo único do Art. 2º da Lei nº 12.318/2010, esse rol é apenas exemplificativo, posto que a alienação pode se dar ainda de diversas outras maneiras, desde que interfiram na formação psicológica da criança. São elas:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente,

inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.^[6]

Neste sentido, verifica-se, inclusive nos tópicos adiante, que existem inúmeras condutas passíveis de serem tipificadas como alienação parental, isto porque, o requisito primordial para se verificar a ocorrência da alienação é identificar a intenção do alienador, pois, basta este último estar com intenção de fazer o menor repudiar seu genitor, ou causar qualquer prejuízo que interfira na relação familiar com algum outro parente, de forma que interfira na formação psicológica da criança.

Sendo assim, conclui-se que as causas que levam o alienador a praticar tal ato, bem como às formas que ele utiliza para tanto são condutas de meio necessárias para atingir um fim específico, qual seja, o de afastar a criança de algum familiar, portanto, estando esta intenção caracterizada, bem como havendo comprovação de abalo psicológico no menor, em decorrência dessa intenção do alienador, o ato de alienação restará comprovado e passível das punições cabíveis.

2.2 PERFIL DO ALIENADOR

A Lei de Alienação Parental (12.318/2010) já estabeleceu em seu Art. 2º que o alienador poderá ser um dos genitores da criança, seus avós, ou qualquer outra pessoa que a tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, *in verbis*:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a **interferência na formação psicológica da**

criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância **para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.** (Grifo nosso)[7]

Portanto, o alienador pode ser desde um membro da família – pais, avós, tios, primos, etc. – quanto qualquer outra pessoa que tenha a criança ou adolescente sob sua guarda, vigilância ou autoridade, podendo ser mencionado, como exemplo, um professor, um amigo da família, ou até um vizinho.

Sendo assim, o requisito para se enquadrar no perfil do alienador é que a pessoa tenha autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança, não necessitando ser um familiar, bastando que exerça certo “poder” sobre o menor e que tenha a intenção de prejudicar o convívio daquela criança com algum familiar.

Vale mencionar ainda que, em vista desse requisito e, levando em consideração que a mais comum causa de alienação parental é a separação de um casal, o alienador, por consequência, acaba sendo, mais comumente, um de seus genitores, ou seus avós, contudo, as demais pessoas tipificadas no artigo mencionado alhures também podem ser classificadas como alienadores.

2.3 CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL FACE À VÍTIMA

A consequência sofrida pela vítima de alienação parental mais comum é chamada de Síndrome de Alienação Parental, na qual, segundo o doutrinador Paulo Nader, em sua Obra Curso de Direito Civil (2016, p. 361), a criança sofre distúrbios psíquicos que vão desde a implantação de falsas memórias até a realmente acreditar que o genitor alienado é mau e, conseqüentemente, o genitor alienante é bom.

Segundo o site SAP – Síndrome da Alienação Parental, as crianças e adolescentes vítimas da alienação apresentam os seguintes sintomas:

[...] Apresenta um sentimento constante de raiva e ódio contra o genitor alienado e sua família.

Se recusa a dar atenção, visitar, ou se comunicar com o outro genitor.

Guarda sentimentos e crenças negativas sobre o outro genitor, que são inconsequentes, exageradas ou inverossímeis com a realidade. [...] (Segundo o site SAP – Síndrome da Alienação Parental. Online).

Ainda no mesmo site, o autor narra que as vítimas são mais propensas a:

[...] Apresentar distúrbios psicológicos como depressão, ansiedade e pânico.

Utilizar drogas e álcool como forma de aliviar a dor e culpa da alienação.

Cometer suicídio.

Apresentar baixa auto-estima.

Não conseguir uma relação estável, quando adultas.

Possuir problemas de gênero, em função da desqualificação do genitor atacado. [...] (Segundo o site SAP – Síndrome da Alienação Parental. Online).[\[8\]](#)

Percebe-se, portanto, que os efeitos da alienação parental na vítima são bastante nocivos a sua saúde, tanto física quanto mental, podendo resultar em danos mais “leves”, tais como acreditar que aquele genitor alienado é uma pessoa má, quanto em danos mais graves, como depressão ou propensão ao suicídio.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

No intuito de compreender como os magistrados atuam, aplicando ou não, nos casos concretos, as diversas possibilidades existentes que podem configurar ato de alienação parental, passa-se a uma breve análise de julgados sobre o tema, contudo, primeiramente cumpre destacar que a pesquisa jurisprudencial realizada no artigo em exame tem como foco principal os julgamentos proferidos especificamente no Estado do Tocantins, leia-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. GENITORA FALECIDA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. GUARDA PROVISÓRIA CONCEDIDA AOS AVÓS MATERNS. **INCONFORMISMO DO PAI. ALEGAÇÃO DE QUE AS MENORES SÃO VÍTIMAS DE ALIENAÇÃO PARENTAL. MATÉRIA QUE EXIGE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA AINDA A SER APRECIADA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA.** DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1)A alteração de guarda é medida excepcional que deve ser adotada quando evidenciada a situação de risco e vulnerabilidade da criança; 2)**No caso em comento, as alegações do Requeridos/Agravante são incapazes de demonstrar que os avós maternos não estão priorizando o bem-estar das crianças;** 3)**Arguição de que as menores são vítimas de alienação parental é matéria que demanda dilação probatória;** 4)Agravado de Instrumento a que se nega provimento, para manter incólume a decisão objurgada que defere a guarda provisória a favor dos avós maternos. (AI 0005698-04.2016.827.0000, Rel. Juíz ZACARIAS LEONARDO, 2ª Turma da 1ª Câmara Cível do Estado do TO, julgado em 14/12/2016[9]). (Grifo nosso)

No julgado acima nota-se o inconformismo do genitor, alegando que os avós, que encontram-se com a guarda das crianças, praticam alienação parental em seu desfavor, contudo, o magistrado menciona que tal alegação deve ser vastamente comprovada, bem como que não restou demonstrado que os avós não estariam prezando pelo bem estar das crianças, restando no julgamento improcedente.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. AVÓS E TIOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 333, I e II, DO CPC. INSURGÊNCIA QUANTO À FREQUÊNCIA DAS VISITAS. **PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES**. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A inversão do ônus da prova, ante a **suscitação de alienação parental** que estaria sendo exercida pela agravante, como prova negativa pelo conteúdo alegado, inviabilizaria a tramitação do processo, já que foram os autores da ação que alegaram a ocorrência de sua possível ocorrência, no que, impõe seja aplicada ao caso em exame, a regra prevista no art. 333, I e II, do CPC. Inversão do ônus da prova afastada. 2. **No caso dos autos, a concessão de finais de semana alternados para a convivência entre os filhos menores da agravante com o avó e tios paternos, mostra-se compatível com o ordenamento jurídico, o qual preconiza estender-se o direito de visitas aos avós e tios, bem assim de que seja observado o direito de convivência familiar da criança e do adolescente.** 3. Agravo conhecido. Parcial provimento. (Agravo de Instrumento nº 5009334-29.2012.827.0000, Relatora: Juíza Adelina Gurak, 1ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do TO, Data do Julgamento: 30/07/2013[10]). (Grifo nosso)

Neste julgado resta claro que houve menção da ocorrência de alienação parental, quanto ao direito de visitas de avós e tios paternos, contudo, o Magistrado entendeu que a concessão de finais de semana alternados para convivência dos filhos com seus avós e tios não fere direito da criança, pelo contrário, é uma garantia legal, que prevê o convívio familiar saudável, sendo assim, o recurso também foi indeferido.

E M E N T A AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA PROVISÓRIA. GENITOR. MANUTENÇÃO. PEDIDO DE ALTERAÇÃO. PRUDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. **SITUAÇÃO DE RISCO NÃO EVIDENCIADA**. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. **Havendo indícios de que a criança está bem assistidas com moradia e habitualidade com o colégio, sob a guarda do genitor, deve ser a ele deferida a guarda provisória até que se comprove, através de dilação probatória, quem possui condições materiais e estabilidade emocional para cuidar do filho menor**, porquanto a alteração de guarda reclama a máxima prudência, por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, diante da prevalência do melhor interesse da criança. (Agravo de Instrumento nº 0021984-57.2016.827.0000, 2ª Câmara Cível do Tribunal do Justiça do TO, Relator: Des. MARCO VILLAS BOAS, Data do Julgamento: 17/05/2017[11]). (Grifo nosso)

Extrai-se do julgado acima que não houve prova suficiente das alegações de alienação parental pelo autor, na verdade, o Magistrado narra que a instrução processual demonstrou indícios de que a criança estava sendo bem cuidada, logo, o parente que tinha sua guarda estava cumprindo com o princípio do melhor interesse do menor, bem como também afirma que tal acusação deve ser amplamente comprovada, o que não ocorreu, acarretando no julgamento improcedente do recurso.

APELAÇÃO CÍVEL – MODIFICAÇÃO DA GUARDA – PRESTÍGIO DO MELHOR INTERESSE AO MENOR – GUARDA COMPARTILHADA – IMPRESCINDÍVEL UMA PACÍFICA RELAÇÃO ENTRE OS PAIS. 1 - **Dos autos é possível concluir que tanto o pai como mãe apresentam condições para exercer a guarda do filho. In casu o menor desde a separação do casal esteve sob a guarda da mãe, havendo nos autos prova de que está sendo bem educado, revelando-se um adolescente centrado e aplicado às suas atividades escolares e extracurriculares, tais como curso de idiomas e prática de esportes, fatores que demonstram a boa qualidade dos cuidados da mãe. Desta forma, estando bem assistido, não vejo como a modificação da guarda demonstraria uma prioridade ao menor.** 2 - **Muito embora tenha havido decisões recentes que remeteram ao entendimento de que a guarda compartilhada pode ser decretada pelo Juízo mesmo à míngua do consenso dos pais, tenho que ao menos uma pacífica convivência entre os ex-cônjuges deverá existir para tal exercício de guarda, o que não está comprovado pelo caso em deslinde, onde o excasal trava inúmeros processos decorrentes da separação.** 3 - Recurso conhecido, no mérito improvido. (APELAÇÃO Nº 5001285-33.2011.827.0000, RELATOR: JUIZ EURÍPEDES LAMOUNIER (JUIZ CONVOCADO), 3ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do TO, Data do Julgamento: 16/05/2013^[12]). (Grifo nosso)

Já neste julgado, no qual também houve menção de alienação parental, porém versou sobre guarda compartilhada, o Magistrado entendeu por não conceder o pedido do genitor tendo em vista que o

menor encontrava-se com sua genitora desde a separação, comprovando esta última que sempre priorizou o melhor interesse da criança, fundamentou sua decisão ainda no fato de os pais não demonstrarem convivência pacífica, motivo pelo qual não entende saudável ao menor ter sua guarda compartilhada entre os pais.

O que se pôde notar das jurisprudências mencionadas alhures é que os pontos mais mencionados pelos Magistrados são: o melhor interesse da criança e a falta de comprovação das alegações de alienação, isto porque a parte que alega precisa provar o que diz, contudo, na falta desta comprovação, a parte contrária facilmente pode conseguir provas que enfraqueçam tal alegação, levando ao indeferimento do pedido.

Noutro ponto, importante mencionar também que, após várias buscas pelos julgados relativos ao tema, verifica-se que este não é muito comum, no que diz respeito ao Estado do Tocantins, o que foi notado diante da dificuldade de encontrar julgamentos procedentes às alegações de alienação parental, o que se pretendia para analisar como se davam as ocorrências deste ato, suas consequências e até a frequência com que acontecem e são levadas ao judiciário.

Neste sentido, destaca-se que nas referidas buscas foi possível encontrar apenas um julgamento favorável à alegação de alienação parental, leia-se:

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO. **SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR**. INTERESSE DO MENOR. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. 1. As normas jurídicas que tratam de crianças e adolescentes tendem a convergir para a proteção dos menores visando seu bem estar. 2. **Havendo substanciosos indícios de exposição aguda das crianças às ações da mãe e do padrasto, pertinente a suspensão do poder familiar, de modo a preservar seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e**

dignidade. 3. Se a decisão interlocutória encontra-se suficientemente amparada no conjunto probatório acostado aos autos, não há motivo para reforma. 4. Agravo conhecido e improvido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 5000159-11.2012.827.0000, Relatora: Juíza Célia Regina Régis, 2ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do TO, Data do Julgamento: 18/12/2012[13]). (Grifo nosso)

A ementa acima diz respeito a uma ação de suspensão do poder familiar, tendo em vista a ocorrência de alienação parental por parte da mãe e do padrasto dos menores, mencionando o Magistrado que houve “substanciosos indícios” do alegado, posto que se viu na necessidade de preservar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social dos menores, e, para tanto, manteve a decisão de suspender o poder familiar da mãe e do padrasto.

Diferente dos demais julgados encontrados, este foi o único julgado procedente, quanto à alegação de alienação parental, mediante alegações e fortes indícios, não havendo menção de que o autor tenha comprovado, documentalmente, tudo que afirmou, porém, o julgador encontrou forte probabilidade, durante a instrução processual que o levou a entender pela procedência do pedido, aplicando, como penalidade pela prática da alienação, a suspensão do poder familiar.

4. REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Lei nº 12.318/2010 que dispõe sobre a Alienação Parental e altera o art. 236 da lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, foi aprovada pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sancionada em 26 de agosto de 2010, com vedação parcial, quanto aos seus artigos 9º e 10º.

Em vigor desde então, a referida Lei, que possui apenas onze artigos, regulamenta, conceitua e define em rol exemplificativo as formas de alienação parental, bem como prevê as consequências que o agente

alienador poderá sofrer e os direitos assegurados às crianças vítimas de tal ato.

O artigo 2º da Lei conceitua alienação parental e traz algumas formas de praticá-la, expressamente consideradas pelas formas exemplificativas, o que abre um leque vasto de opções além das descritas na legislação, bastando apenas a configuração da intenção de prejudicar o vínculo do menor com os demais parentes.

O artigo 3º equipara alienação parental com assédio moral contra criança, veja:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental **ferre direito fundamental da criança** ou do adolescente **de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental** ou decorrentes de tutela ou guarda. (Grifo nosso)[14]

Os artigos 4º e 5º estabelecem algumas regras de procedimento, afirmando que ao haver indício de alienação parental, o qual pode ser declarado de ofício ou requerido pela parte, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidental, o processo terá andamento prioritário, devendo o Magistrado decretar as medidas protetivas provisórias que visam preservar a saúde da criança, inclusive a de reaproximação com o parente alienador, mediante visitação assistida, quando não houver iminente risco à vida ou saúde da criança. Estabelece ainda que o Juiz deverá determinar perícia psicológica ou biopsicossocial.

No que diz respeito às consequências jurídicas imputadas ao agente causador da alienação parental, o Art. 6º da Lei nº 12.318/2010 esclarece que o Juiz poderá, ao constatar a ocorrência da alienação parental, efetuar uma das medidas descritas nos incisos do mencionado artigo, quais sejam:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.[\[15\]](#)

Por fim, os artigos 7º e 8º versam sobre guarda compartilhada e alteração de domicílio do menor, e, conforme já mencionado, os art. 9º e 10º foram vetados, veja:

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada. [\[16\]](#)

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de

consenso entre os genitores ou de decisão judicial.[17]

Portanto, visando coibir e reprimir os agressores da alienação parental, a referida Lei dispõe acerca de diversas medidas que podem ser tomadas para cessar a agressão e punir o causador do dano, das quais variam desde advertência a perda da guarda da criança.

Não obstante a Lei de Alienação Parental, existem ainda outras previsões legais que também asseguram o bem-estar do menor, como por exemplo o art. 227 da CF/88, encontrado no capítulo que versa sobre Família, Criança e Adolescente, o qual trata do princípio da proteção integral à Criança, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.[18]

Neste seguimento, deve ser ressaltado que o alienante que pratica tal ato fere o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), o qual prevê os direitos fundamentais da criança que não devem ser afrontados, leia-se:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.[19]

Além dos dispositivos mencionados, existem ainda as garantias constitucionais inerentes a todo ser humano, como direito à vida, à saúde, à igualdade, à segurança, logo, todos estes dispositivos legais regem princípios constitucionais e legais que visam garantir a boa saúde das crianças e adolescentes, sendo assim, o alienante que pratica assédio moral afronta a Carta Magna e a Legislação específica, devendo ser punido.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As demandas relacionadas ao Direito de Família, não diferentes dos outros ramos do Direito, sofrem constantes mudanças e evoluem de acordo com a sociedade. Essas mudanças que ocorrem no meio social interferem diretamente na criação, modificação e interpretação das leis, sendo assim, o tema abordado é exemplo prático do reflexo da sociedade na atuação do Poder Legislativo, isto porque, a Lei de Alienação Parental foi criada especificamente pela necessidade que se viu de proteger as crianças e adolescentes de genitores alienadores em uma situação específica, qual seja, em regra, a de separação conjugal.

A necessidade desta proteção surgiu através das demandas que começaram a chegar ao Judiciário, acarretando nas discussões doutrinárias, acadêmicas e jurisprudenciais, até ser de fato formalizada pela Lei nº 12.318/2010, que ainda é muito recente no ordenamento.

Em que pese já existam leis que protejam o melhor interesse da criança e do adolescente, bem como a Carta Maior que dita garantias constitucionais relativas a todo ser humano, houve-se a indispensabilidade de criar uma lei que regulamentasse, exclusivamente, a prática de alienação parental, por se tratar de assunto que envolve agressão psíquica praticada contra criança por um de seus genitores ou parentes.

Sabendo que a alienação parental acontece no ceio familiar, geralmente em momentos de conflitos, tais como a da separação, bem como sabendo da existência do princípio da intervenção mínima do Direito de Família, o qual prevê que não cabe ao Estado “sufocar” a seara familiar, - o que ocorre também com os demais ramos do direito e não somente o

de família, - o Estado dificilmente poderia intervir no âmbito familiar utilizando-se de analogia para punir os culpados pela alienação, daí, com o surgimento da referida lei, concretizou-se a intervenção estatal subsidiária e necessária, posto que o dever neste caso era, primeiramente, da família.

Por se tratar de Lei relativamente nova e que não taxa as condutas passíveis de serem configuradas alienação parental, o que se buscou ao analisar a jurisprudência do estado do Tocantins foi compreender, na prática, como se dava a aplicabilidade do referido dispositivo, sendo assim, foi possível verificar, primeiramente, que o assunto não é muito recorrente neste Estado, assim como se pôde observar que as não muitas alegações de alienação parental foram julgadas improcedentes pela falta de comprovação.

Conclui-se, portanto, que as pessoas devem se atentar mais ao fato de documentarem a ocorrência da alienação parental, para que consigam realmente cessar essa prática e proteger a vítima, tarefa esta que pode ser realizada, por exemplo, mediante laudos psicológicos. Ao passo que, noutro ponto, os julgadores também precisam analisar com muito cuidado a instrução processual para que se tenha uma sentença fundamentada e justa, posto que existem pessoas que podem se valer deste dispositivo no intuito de prejudicarem o outro, acusando-o injustamente.

Desse modo, o tema em exame é bastante relevante, uma vez que ocorre dentro das famílias, afetando significativamente as crianças vítimas desta prática, e ainda existem muitos que desconhecem que são vítimas, julgam certas atitudes como normais em decorrência da raiva momentânea, contudo, há de ser observado que na verdade quem sofre é a criança, que sequer tem a capacidade de entender o que se passa.

Por tais motivos é que o tema gera impacto direto em todas as famílias da sociedade, pois as que não passaram ou passam pelos problemas que podem acarretar na alienação parental, estão passíveis de também sofrerem este mal, portanto, somente conhecendo sobre o tema será possível evitá-lo, repreendê-lo e punir os responsáveis.

Por fim, importa mencionar que, em que pese tratar-se de lei relativamente nova, o tema já vinha sendo discutido de diversas formas, motivo pelo qual o presente artigo não poderia esgotar todas as fontes existentes sobre o assunto, bem como não pôde discutir mais profundamente os temas mencionados, contudo, propiciou ao leitor a oportunidade de ter uma dimensão da importância de tal problemática, e espera-se, que o instigue a buscar mais conhecimento e a continuar pesquisando sobre o tema.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.318 de 26 de Agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental** e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2001. Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

BRASIL. **SAP – Síndrome da Alienação Parental.** Online. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

BRASIL. **Agravo de Instrumento nº 0005698-04.2016.827.0000**, Relator Juíz Zacarias Leonardo, 2ª Turma da 1ª Câmara Cível do Estado do TO, Julgado em 14/12/2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=e0c1a0fac698377b7d851b500e95da2c&options=%23page%3D1>. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

BRASIL. **Agravo de Instrumento nº 5009334-29.2012.827.0000**, Relatora: Juíza Adelina Gurak, 1ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do TO, Data do Julgamento: 30/07/2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=af1591784d81702f851de52e5f814e6f&options=%23page%3D1>. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

BRASIL. **Agravo de Instrumento nº 0021984-57.2016.827.0000**, 2ª Câmara Cível do Tribunal do Justiça do TO, Relator: Des. MARCO VILLAS BOAS, Data do Julgamento: 17/05/2017. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=7e890ca6b9f72079c64c7afd9554e749&options=%23page%3D1>. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

BRASIL. **Apelação Nº 5001285-33.2011.827.0000**, Relator: Juiz Eurípedes Lamounier (JUIZ CONVOCADO), 3ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do TO, Data do Julgamento: 16/05/2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=17601469d7200fd97fdb96c759316a8&options=%23page%3D1>. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

BRASIL. **Agravo de Instrumento nº 5000159-11.2012.827.0000**, Relatora: Juíza Célia Regina Régis, 2ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do TO, Data do Julgamento: 18/12/2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=340741fe6a271c32abc2c254236d0221&options=%23page%3D1>. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6. 13ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2016.

LAKATOS, E. Maria; MARCONI, M. de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica: Técnicas de pesquisa**. 7ª edição – São Paulo: Atlas, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, v. 5. Direito de Família. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2016.

NOTAS:

[1] Lei nº 10.406/2002, artigo 1.632.

[2] Constituição Federal de 1988, artigo 227.

[3] Lei nº 8.069/1990, artigo 3º.

[4] NADER, 2016. p. 162.

[5] NADER, loc. cit.

[6] Lei nº 10.318/2010, artigo 2º.

[7] Lei nº 10.318/2010, artigo 2º.

[8] Síndrome da Alienação Parental. Online.

[9] TJ TO, Agravo de Instrumento nº 0005698-04.2016.827.0000.

[10] TJ TO, Agravo de Instrumento nº 5009334-29.2012.827.0000.

[11] TJ TO, Agravo de Instrumento nº 0021984-57.2016.827.0000.

[12] TJ TO, Apelação nº 5001285-33.2011.827.0000.

[13] TJ TO, Agravo de Instrumento nº 5000159-11.2012.827.0000.

[14] Lei nº 12.318/2010, artigo 3º.

[15] Lei nº 12.318/2010, artigo 6º.

[16] Lei nº 12.318/2010, artigo 7º.

[17] Lei nº 12.318/2010, artigo 8º.

[18] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 227.

[19] Lei nº 8.069/1990, artigo 3º.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA COMARCA DE PALMAS – TO

RICARDO SOUSA MEDEIROS:
Bacharelado do curso de Direito -
Fasec: Faculdade Serra do Carmo

ANTÔNIA MARIA DA SILVA

(Orientadora)¹

RESUMO: A pesquisa a seguir tem como tema as audiências de custódia, com destaque as que foram realizadas no Estado do Tocantins. O ordenamento jurídico por diversas vezes já apresentou as precárias condições do sistema penitenciário brasileiro apontando que são amplamente conhecidas e destacadas em inúmeros relatórios de organismos nacionais e internacionais da defesa dos direitos humanos. Apesar de várias iniciativas pioneiras por parte da sociedade civil, das funções essenciais à justiça e dos órgãos do Sistema de Justiça Criminal, há setores que ainda apresentam grande resistência para a adequada implantação do procedimento de audiência de custódia, tendo em vista o seu impacto na rotina da Justiça e uma incompreensão de sua real natureza e importância. Respectivamente vale considerar quais os desafios enfrentados para implantação das audiências de custódia. Nesse sentido através de uma pesquisa bibliográfica pretende-se compreender o aparato legal relacionado às audiências de custódia sob a perspectiva dos direitos humanos, identificar a legislação relacionada às audiências de custódia, delinear o histórico das penas no Brasil e apresentar os aspectos

1 Professora do curso de Direito – Fasec: Faculdade Serra do Carmo.

relacionados às audiências de custódia no Tocantins. Busca-se nesse âmbito analisar a legislação relativa a tais audiências e expor aspectos relacionados à audiência de custódia no Tocantins.

Palavras-chave: Penas. Custódia. Audiência.

ABSTRACT: The following research is the subject of custody hearings, especially those that were conducted in the State of Tocantins. The legal system on several occasions has already presented the precarious conditions of the Brazilian penitentiary system, pointing out that they are widely known and highlighted in numerous reports by national and international human rights organizations. In spite of a number of pioneering initiatives by civil society, the functions essential to justice and the organs of the Criminal Justice System, there are sectors that still show great resistance to the proper implementation of the custody hearing procedure, in view of their impact on the Routine of Justice and a misunderstanding of its real nature and importance. Respectively, it is worth considering the challenges faced in the implementation of custody hearings. In this sense, a bibliographical research is intended to understand the legal apparatus related to custody hearings from a human rights perspective. Identify the legislation related to custody hearings, delineate the history of the sentences in Brazil and present the aspects related to the hearings of Custody in Tocantins. In this context, it seeks to analyze the legislation related to such hearings and to present aspects related to the custody hearing in Tocantins.

Key words: Feathers. Custody. Court hearing.

INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), juntamente com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) lançaram, em fevereiro de 2015, o projeto de Audiência de Custódia. “O objetivo é combater a cultura do encarceramento que se instalou no Brasil, através da monitoração eletrônica e do uso de medidas alternativas à prisão” (BRASIL, 2016).

As audiências de custódia tratam-se de uma ação do Conselho Nacional de Justiça mediante a qual o cidadão preso em flagrante é levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas. Acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, o autuado será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. O juiz também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar

se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão (CNJ, 2015 p. 06).

Nesse sentido a audiência de custódia “funda-se no postulado da dignidade da pessoa humana e tem base normativa em dois tratados internacionais sobre direitos humanos” estabelecido no artigo 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/92) e o art. 9 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/92).

A implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José. Assim está previsto que a audiência de custódia prevê que o preso em flagrante deve ser apresentado e entrevistado por um juiz, em audiência com a participação do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Na ocasião o juiz analisará o aspecto da legalidade da prisão, da sua necessidade e continuidade, bem como da eventual concessão de liberdade. Em decorrência do projeto, os órgãos envolvidos estão desenvolvendo esforços no sentido de implementar ações que visem alcançar um

dos objetivos de sua criação: evitar torturas e maus tratos aos presos, entre outros (BRASIL, 2015 p. 07).

Leva-se em consideração nesse contexto que:

Apesar do posicionamento favorável externado pelas 2^a, 5^a e 7^a Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, bem como da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça de fomentar a implantação da prática nos Tribunais do país, o (a) defensor (a) atuante na área criminal certamente se verá em um contexto de necessidade de afirmação da garantia em sua atividade diária. Para tanto, é essencial uma atuação célere, tão logo conhecida a ocorrência de prisão, contínua e sem receio de uma maior incisividade (recursal e até correicional), se necessária. É importante destacar que a necessidade da audiência de custódia se impõe inclusive em situações de funcionamento de sobreaviso da Justiça, notadamente em finais de semana e no recesso judiciário de fim de ano. Nesses contextos, em que não raro o juiz encarregado possui especialidade diversa da criminal, é de se esperar uma resistência ainda maior à observância da garantia convencional. (BRASIL, 2015, pg 13).

A pesquisa a seguir está disposta nos seguintes tópicos: histórico das penas no Brasil; legislação relacionada às audiências de custódia e audiências de custódia no Brasil e Tocantins.

1. HISTÓRICO DAS PENAS NO BRASIL

As primeiras leis penais aplicadas no Brasil, através dos Governos Gerais, foi a das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que tem características muito semelhantes, e mantêm a essência da desigualdade entre nobres e plebeus, e a ampla aplicação da pena mais grave, a pena de morte. “A precária estrutura estatal daquele momento, não permitiu que essas ordenações fossem aplicadas de maneira organizada e eficiente” (WOLFF, 2007 p. 181).

As penas previstas nestas legislações seguiam as características já descritas do Direito Penal no início do século XVII, sendo demasiadamente cruéis, severas e assustadoras principalmente no que tange aos delitos praticados contra o rei ou contra o poder monárquico de uma forma geral.

Além disso, houve grande influência religiosa no Direito Penal, não foi diferente no Brasil, onde a religião oficial era a católica, e quem não pertencesse a ela ou não respeitasse as suas regras, sofria as mais variadas perseguições (CAPEZ, 2007 p. 74).

Assim essa estrutura punitiva, era rígida demais para conviver com os pensamentos irradiados pelo Iluminismo, da Revolução Francesa e outros

movimentos liberais, que foram positivados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Com a Independência do Brasil e o surgimento de um sentimento nacionalista, foi outorgada a Carta Constitucional do Império de 1824, a qual foi influenciada pelos referidos princípios de caráter liberal e humanístico.

Bitencourt (2007 p. 51) menciona que:

As inovações dessa Constituição para o Direito Penal passaram ainda por trazer a característica da pessoalidade da sanção penal, ao proibir o confisco de bens e a declaração de infâmia aos parentes do condenado. Além disso, seguindo a linha humanitária já descrita, estabeleceu o uso da pena de prisão, prevendo cadeias seguras, limpas e bem arejada.

Desse modo, era latente a necessidade da criação de um diploma Penal independente e compatível com os novos preceitos constitucionais, o que também foi positivado pela Constituição de 1824, mesmo assim havia a necessidade urgente da formulação de um Código Criminal, fundado na justiça e equidade.

Outrossim:

Em 16 de dezembro de 1830 surge o primeiro Código Brasileiro, que foi inovador trazendo uma legislação que tinha como princípios, a igualdade perante a lei

penal e a individualização da pena. O Código Criminal do Império, reduziu as hipóteses de pena de morte, eliminou a crueldade na sua execução e eliminou as penas infamantes, exceto contra os escravos. O aprisionamento do criminoso foi privilegiado pelo Código e passou a ser previsto como autêntica a própria sanção penal, havendo a previsão até em caráter perpetuo (SAINT-CLAIR, 2004 p. 28).

As inovações desse diploma penal primário foram um grande avanço para o Direito Penal Brasileiro, e destaca-se ainda a previsão das penas de multa, suspensão e perda de emprego, o que foi um grande passo na previsão no que tange a alternativas ao cárcere. O diploma previa como penas possíveis as de: morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão de emprego e açoites, essa última somente para escravos.

Com a abolição da escravatura em 1888 e Proclamação da República em 1889 ocorreram diversas alterações no contexto social brasileiro e a necessidade de se modificar a legislação penal se tornou latente.

Assim, ainda no Governo Provisório da República foi aprovado as pressas o Código Penal de 1890, que procurou suprir as lacunas do código anterior, no entanto, talvez pela forma como foi aprovado recebeu

inúmeras críticas dos penalistas da época. Pois, segundo os críticos não compactuava com o pensamento humanitário da época, principalmente no que tange as medidas punitivas (SAINT-CLAIR, 2004 p. 95).

As penas previstas no diploma foram “reclusão, prisão celular, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, banimento, interdição, suspensão de emprego público, com possibilidade de inabilitação para o exercício de outro e multa” (FILHO, 2017 p. 02). Assim, aboliu a pena de morte e ainda instalou o regime penitenciário de caráter correccional, trazendo alguns avanços, apesar das falhas.

Vários projetos de reformulação do Código Penal de 1890 foram propostos, com inúmeras tentativas de substituição, e várias leis aprovadas para adequar o ordenamento ao contexto social complexo do período. “Assim, rapidamente foram se acumulando diversas leis extravagantes, que tratavam de situações carentes da tutela penal, de modo a remediar as deficiências desse diploma legal” (MIRABETE, 1992 p. 52).

Após todas essas dificuldades, além de outras causadas pelo momento de instabilidade política vivida pelo país naquele período, conseguiu-se aprovar um novo diploma, que teve grande importância para o Direito Penal Brasileiro, o Código Penal de 1940. “Entrou em vigor em 1942 e mesmo que com diversas modificações é a legislação penal que está em vigor hoje no Brasil” (FILHO, 2017 p. 02).

Adotou-se, nesse Código, uma divisão entre penas principais e penas acessórias, sendo as primeiras compostas por reclusão, detenção e multa, e as segundas por perda de função pública eletiva de nomeação, interdição de direito e publicação de sentença. Assim, nota-se que a privação de liberdade é a sanção por excelência. O que mostra que não houve uma preocupação com o já significativo problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais.

As inovações originadas pelo diploma legal, as quais evidenciam uma preocupação com o abrandamento das penas, são elencadas por Fragoso (2000 p. 15),

O Código Penal de 1940 incorpora o princípio da reserva legal (inaplicável às medidas de segurança); o sistema de duplo binário (penas e medidas de segurança); a pluralidade das penas privativas de liberdade (reclusão e detenção); a exigência do início da execução para a configuração da tentativa (art.12); o sistema progressivo para o cumprimento das penas privativas de liberdade; a suspensão condicional da pena e o livramento condicional. Na Parte Especial, dividida em onze títulos, a matéria se inicia pelos crimes contra a pessoa (abandonando-se o critério do CP anterior), terminando pelos crimes contra a administração pública. Não há, no CP comum, pena

de morte nem de prisão perpétua. O máximo da pena privativa de liberdade é de 30 anos.

Ainda assim, alguns avanços necessários não foram trazidos de imediato, o que motivou as diversas modificações na lei penal, como a questão de que o nosso ordenamento focalizava apenas na pena e na culpabilidade, não se preocupando com elemento fundamental do crime, o autor, o ser humano. Pois, após ser condenado, o apenado era esquecido pelos órgãos judiciários, que só focavam na imposição da pena, o que só começou a ser modificado com a reforma penal de 1963.

Em 1977 “ocorreu mais uma importante modificação no diploma de 1940, ao modificar a Parte Geral do Código, destaca-se que introduziu no ordenamento a prisão-albergue e o *sursis*, introduzidos pela Lei 6.416” (FILHO, 2017 p. 03). O que foi um grande avanço no caminho para alternativas a prisão, tendo em vista que, apesar de não serem espécies de penas alternativas contribuem para evitar o cerceamento da liberdade.

Respectivamente:

Já em 1981 foi produzido, por uma comissão de notórios penalistas constituída pelo Ministro a Justiça Ibraim Abi-Ackel, o anteprojeto modificativo da parte geral do Código Penal, o qual extinguiu as penas acessórias, passando a prever três modalidades de pena: privativas de liberdade, restritivas de direito e patrimoniais. Na correção desse projeto, aboliu-se a

multa reparatória e substituiu-se a modalidade de aprendizado compulsório pela limitação de fim de semana, mantendo a regulação do problema da indenização das perdas e danos decorrentes do delito a cargo da lei civil (CAPEZ, 2007 p. 156).

Um das mais importantes reformas do direito penal brasileiro foi introduzida pela Lei 7.209 de 1984:

Buscou aplicar um aspecto mais humano, mais realista à legislação criminal, que visou pela primeira vez restringir a aplicação das penas privativas de liberdade, além de garantir mais direitos aos criminosos. As penas previstas no ordenamento foram mais uma vez modificadas e passaram a ser: privativa de liberdade, restritiva de direito, e multa, as chamadas penas alternativas. No rol das penas restritivas de direito, tem-se a prestação de serviços à comunidade, a limitação de fim de semana e a interdição temporária de direitos. O aumento da criminalidade, a rejeição do apenado pela sociedade, os altos índices de reincidência e o surgimento de novos crimes, são exemplos de algumas das motivações dessa importante reforma na legislação (BITENCOURT, 2009 p. 202)

A Lei 9.099/95, foi outra significativa reforma na legislação penal brasileira, trouxe modificações substanciais no Poder Judiciário Nacional, pois disciplinou os Juizados Especiais Criminais, trazendo vários avanços para o Direito Penal Brasileiro. Além disso, adotou algumas medidas despenalizadoras, como a composição civil dos danos, a da transação penal e a suspensão condicional do processo (BRASIL, 1995).

A Lei 9.714/98 veio de certa forma complementar a lei do parágrafo anterior, tendo em vista que, acrescentou hipóteses de penas alternativas, a prestação pecuniária e a perda de bens e valores, e buscou valorizar os Direitos Humanos, já que restringiu a possibilidade de o Estado interferir na liberdade dos delinquentes

A dogmática mundial em torno dos direitos e garantias individuais culminou em regramentos internacionais sobre direito Penal, e um dos documentos que merecem destaque como um dos mais importantes introduzidos no Brasil é o intitulado “As Regras de Tóquio”. Foi criado com o objetivo de salientar a importância das sanções e medidas alternativas ao cárcere, da não privação da liberdade como meio de tratamento do delinquente (CAPEZ, 2007 p. 148).

Assim, representam normas mínimas que devem prevalecer para a aplicação de medidas não privativas de liberdade, essas normas acabaram

por contribuir para a origem das premissas que deram origem e aprovaram as já referidas Leis 9.714 e 9.099, que como visto seguem a ideia de pena de prisão como última hipótese, do Direito Penal Mínimo.

Destaca-se que, outro importante marco para o ordenamento penal do Brasil foi o advento da Constituição Federal de 1988, que modificou o ordenamento como um todo, dando origem a uma tutela legislativa mais garantista e que priorizava os direitos e garantias individuais e coletivos.

Capez (2007 p. 65) enfatiza que: “a criação da Carta Magna foi realizada em um contexto histórico que muito se diferenciava daquele de 1940, pela própria evolução social, mas principalmente porque de 1964 a 1985 o Brasil viveu um período de ditadura militar”. Período que foi marcado, pelo controle político das Forças Armadas, com violações sancionadas de direitos humanos fundamentais, prisões arbitrárias, desaparecimentos, torturas para obter confissões, perseguição política, violação a liberdade de expressão e dos meios de comunicação, dentre muitas outras.

Assim, houve profundas modificações na sociedade brasileira, o que também influenciou na confecção do referido texto constitucional.

Nos últimos anos, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, percebeu-se um considerável aumento da legislação penal extravagante. O que em parte ocorre devido a uma mentalidade equivocada de políticas públicas, na qual a atividade legislativa é utilizada para criar legislações de emergências com o fulcro de atender a pressões

sociais, muitas vezes logo após a explosão de casos emblemáticos como constantemente se presencia.

Além disso:

Notável é que, dada a dinamicidade de nossa sociedade, alguns tipos penais não comportam mais o tratamento que lhes eram destinados quando da publicação do Código Penal, em 1940. Assim o Direito Penal Brasileiro caminha em um sentido contrário às diretrizes do “Direito Penal Mínimo” que deveriam guiar o ordenamento e principalmente a atividade legislativa (CAPEZ, 2009 p. 170).

A esse respeito elucidou Greco (2009, p. 6):

Sendo a finalidade do Direito Penal a proteção dos bens essenciais ao convívio em sociedade, deverá o legislador fazer a sua seleção. Embora esse critério de escolha de bens fundamentais não seja completamente seguro, pois que nele há forte conotação subjetiva, natural da pessoa humana encarregada de levar a efeito tal seleção, podemos afirmar que a primeira fonte de pesquisa se encontra na Constituição.

Portanto, cabe ao legislador, ou deveria caber, uma adequada seleção dos bens jurídicos que pretende proteger através do Novo Código Penal, usando Constituição como bússola indicadora das condutas que devam ser, ou não, punidas. Pois, em diversos pontos pairam dúvidas acerca da teoria adotada pelo nosso atual código penal.

As alternativas a prisão buscam humanizar o Direito Penal, reduzindo os índices de sofrimento e degradação do homem que é encarcerado, dando-lhe a oportunidade de responder pelos seus atos de maneira condizente com a sua condição de ser humana, sem ser submetido as atrocidades do cárcere.

As alternativas a prisão buscam humanizar o Direito Penal, reduzindo os índices de sofrimento e degradação do homem que é encarcerado, dando-lhe a oportunidade de responder pelos seus atos de maneira condizente com a sua condição de ser humana, sem ser submetido as atrocidades do cárcere.

No ordenamento jurídico a denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão.

2. LEGISLAÇÃO RELACIONADA ÀS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

O arcabouço legal para as audiências de custódia preceitua:

O relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do Código de Processo Penal); A concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, do Código de Processo Penal); A substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (arts. 310, II, parte final e 319 do Código de Processo Penal); A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, parte inicial); A análise da consideração do cabimento da mediação penal, evitando-se a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de práticas restaurativas; outros encaminhamentos de natureza assistencial (CNJ, 2015 p. 08).

Não obstante o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

Assim sendo o projeto objetiva determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada a prisão, a fim de que seja resguardada sua integridade física e psíquica.

A audiência de custódia tem por escopo assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do estado.

Ela garante a presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Com isso, evitam-se prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros.

Finalmente, audiências de custódia permitem conhecer e tomar providências diante de possíveis casos de maus-tratos e de tortura.

O art. 5º, inciso LXII, da Constituição determina que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, procedimento que o atual art. 306 do Código de Processo Penal detalha, ao dispor que, em até 24 horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública, bem como, no mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Ressalta-se, todavia, que o Brasil é signatário do Pacto de Direitos Civis e Políticos, promulgado por meio do Decreto nº. 592, de 6 de julho de 1992, que reconhece a todos os membros da família humana direitos iguais e inalienáveis, constituindo a dignidade humana o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Nesse contexto, o item 3 do artigo 9 do referido Pacto, estabelece que:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade (PROJETO DE LEI DO SENADO, nº 554, DE 2011, p. 02).

Considera nesse sentido o que afirma o Pacto de San José, que estabelece em seu artigo 7:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de 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 (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, DE 22 DE NOVEMBRO DE 1969, p. 04).

Nesse sentido que a audiência de custódia, surge justamente neste contexto de conter o poder punitivo, de potencializar “a função do processo penal e da jurisdição como instrumento de proteção dos direitos humanos e dos princípios processuais” (PAIVA, 2015 p. 216).

Assim, a audiência de custódia corrige de forma simples e eficiente a dicotomia gerada: o preso em flagrante será imediatamente conduzido à presença de um juiz para ser ouvido, momento em que o magistrado decidirá sobre as medidas previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal (CPP).

Nesse sentido como menciona Andrade e Alflen (2016 p. 08) “estamos diante de um procedimento indispensável quando analisamos o processo penal através de um viés constitucional”, visto que, estão inseridos nesse ato valorosos princípios processuais, como presunção de inocência, ampla defesa e contraditório, os quais passaremos a analisar sucintamente.

3. AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NA COMARCA DE PALMAS -TO

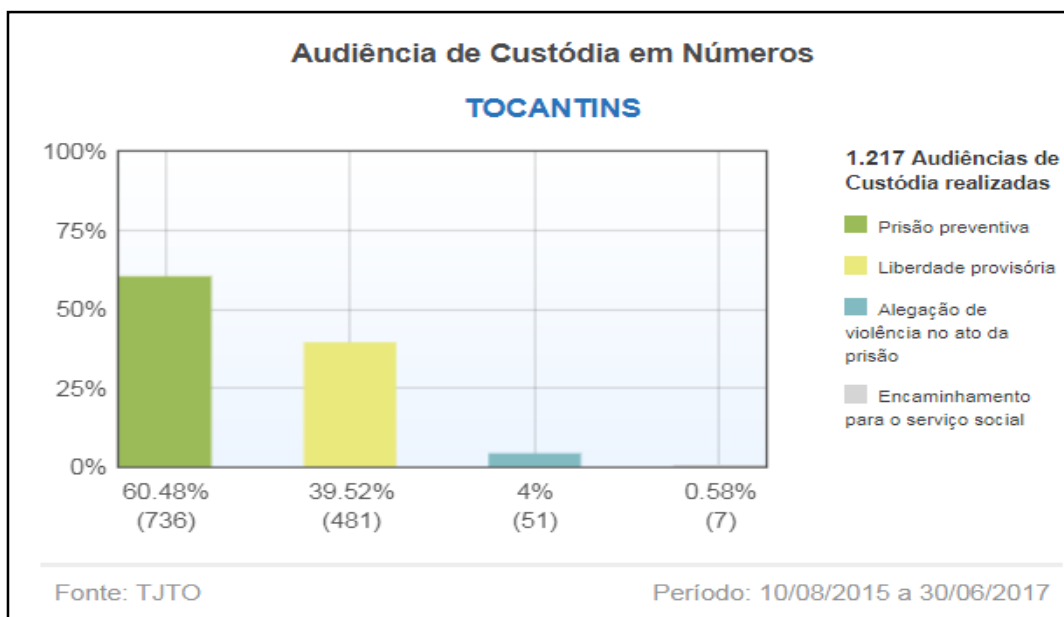
A RRESOLUÇÃO Nº 17, DE 2 DE JULHO DE 2015 IMPLANTOU, NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO TOCANTINS, A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PREVISTA NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.

No Brasil o total de audiências de custódia no período entre outubro de 2015 e junho de 2017, segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça² (2017 p. 12) foram:

- 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%).

No Tocantins os dados de acordo o CNJ (2017) está de acordo o gráfico abaixo:

² Fonte: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>.



Nesse sentido o programa de audiências de custódia também prevê a implantação de centrais integradas de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal.

É o suporte necessário para que o magistrado decida por alternativas à prisão, além de incentivar a avaliação sobre a necessidade de manutenção das prisões.

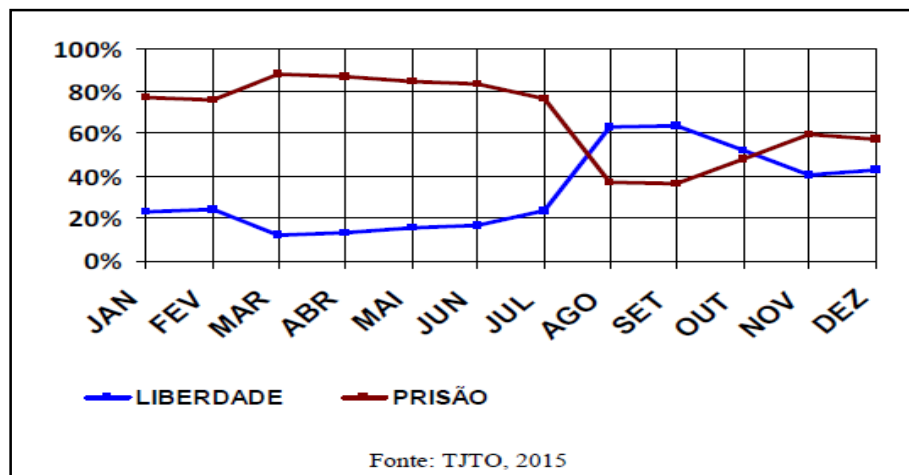
O Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO)³:

Realizou 254 audiências de custódia entre agosto e dezembro de 2015. O balanço dos primeiros cinco meses de implantação do projeto do Conselho

³ Fonte: <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3902-tocantins-realiza-254-audiencias-de-custodia-em-cinco-meses>. Acesso em 12/05/2017.

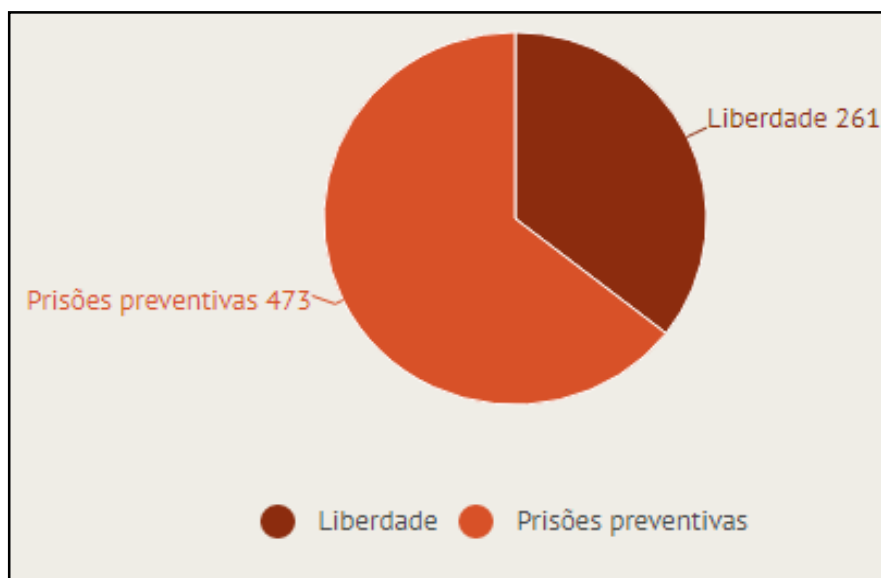
Nacional de Justiça (CNJ) na Comarca de Palmas aponta ainda que mais da metade dos casos resultou na liberdade das pessoas detidas em flagrante, contribuindo, entre outros pontos, para desafogar o sistema prisional (TJTO, 2015 p.01).

A quantidade de liberdades deferidas durante o ano de 2015 na Comarca de Palmas pode ser representada na seguinte figura:



Giacoia, (2016) assevera que por sua vez, levando-se em conta o período de agosto a dezembro de 2015, em que a audiência de custódia já havia sido implantada na comarca de capital por força da Resolução nº 17/2015/TJTO, de um total de 225 (duzentas e vinte e cinco) pessoas presas, 116 (cento e dezesseis) foram colocadas em liberdade após a realização da audiência de custódia, resultando, portanto, no número expressivo de 51,5% (cinquenta e um vírgula cinco por cento) de pessoas liberadas do cárcere após tal ato solene judicial.

Já em 2016 como aponta o Conselho Nacional de Justiça as audiências de custódia na comarca de Palmas – TO tiveram os seguintes números:



Fonte: TJTO, 2016

Denota-se nesse sentido que além de desafogar o sistema prisional, as audiências de custódia contribuem de diversas outras maneiras para o melhor funcionamento da justiça. “O sistema não incha, a forma de operacionalizar o sistema pelos agentes fica mais fácil, traz economia grande para o Estado e ainda impede presos que podem ser colocados em liberdade por conta do perfil deles ou da pequena gravidade do crime sejam aliciados” (LEWANDOWSKI, 2015 p. 01)

De acordo com a Secretaria Estadual de Defesa e Proteção Social:

Atualmente o custo mensal de um preso no Tocantins é de R\$ 3,5 mil. Com isso, a economia gerada nos

primeiros meses de realização do projeto ultrapassa o montante de R\$ 160 mil, uma vez que, pelos trâmites tradicionais, cada preso temporário fica de sete a 10 dias no sistema antes de receber o direito de responder pelo crime em liberdade (TJTO, 2016 p. 01).

O presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski, destacou que o Brasil só tem a ganhar com a observância dos princípios constitucionais da harmonia e da independência entre os poderes. Ele esteve em Palmas para acompanhar a realização da primeira audiência de custódia no estado do Tocantins, que levou um detento à presença do juiz em menos de 24 horas após sua prisão em flagrante, como determinam tratados internacionais ratificados pelo país.

Na opinião do ministro, o ato só foi possível graças à harmonia entre o Judiciário do Tocantins e o governo do estado, com a mobilização dos órgãos de segurança pública para cumprir o prazo de apresentação dos presos à Justiça. Ele acrescentou que, a exemplo do que se verificou no Tocantins, o cumprimento dos referidos princípios constitucionais é um dever a ser observado em todo o país.

Vasconcellos (2015 p. 01) assinala que na primeira audiência de custódia do Tocantins, um homem acusado de ameaça recebeu o direito de responder ao processo em liberdade. Além de ser acusado de um crime

de baixo potencial ofensivo, ele trabalha, tem endereço fixo e não possui antecedentes criminais.

O ministro Lewandowski, após acompanhar a audiência de custódia, falou com os jornalistas. Ressaltou que um dos principais objetivos do projeto do CNJ é evitar a longa permanência na prisão de pessoas sem condenação. Segundo ele, muitos presos provisórios (ainda não julgados) estão sujeitos a violência e abusos. Além disso, correm o risco de serem arregimentados pelas facções criminosas que, de dentro dos presídios, comandam atos cometidos contra a população (VASCONCELLOS, 2015 p. 02).

O ministro acrescentou que, além de garantir a dignidade da pessoa humana, o projeto do CNJ permite aos estados reduzir os gastos com a custódia dos presos. Isso porque, com a realização das audiências de custódia, o encarceramento fica reservado aos que cometem crimes violentos e representam ameaça à sociedade.

De acordo o CNJ (2016) nos estados onde o projeto foi lançado, o índice médio de autorizações para presos em flagrante responderem a processos em liberdade é da ordem de 50%. “Essas pessoas são acusadas de delitos de baixo potencial ofensivo (na maioria furto), têm endereço fixo e não possuem antecedentes criminais” (BRASIL, 2016 p. 02).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estudo possibilitou a compreensão acerca das audiências de custódia, os aspectos relacionados as penas e o destaque das audiências no Tocantins. Considerou-se nesse interim que o ordenamento jurídico por outras vezes já apresentou as precárias condições do sistema penitenciário brasileiro apontando que são amplamente conhecidas e destacadas em inúmeros relatórios de organismos nacionais e internacionais da defesa dos direitos humanos.

As audiências de custódia foram previstas em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, que desenvolveram esforços para consolidar ações de alternativas para a prisão, além de impulsionar a avaliação sobre a necessidade de manutenção das prisões.

As alternativas de prisão mais humanizadas propõem minorar os índices de sofrimento e degradação da pessoa é encarcerado, dando-lhe a oportunidade de responder pelos seus atos de maneira condizente com a sua condição de ser humano.

Nesse sentido dentre as várias iniciativas jurídicas para aprimorar o sistema de cárcere no Brasil, não resta dúvida que as audiências de custódia trouxeram um novo viés para seu melhoramento, as que ocorreram no Estado do Tocantins entre 2015 e 2017 como apontou o estudo são amostras disso.

São consideradas assim um grande avanço, visto que, o apenado não fica mais esquecido pelos órgãos judiciais. Tal fato é considerado um grande progresso no que se refere as alternativas de prisão, contribuindo assim para evitar a diminuição da liberdade.

Vale mencionar que o estudo acima apontou que além de assegurar a apresentação do preso à autoridade judiciária em tempo razoável, de modo a salvaguardar a dignidade da pessoa humana, a audiência de custódia traz consigo o mérito de diminuir a população carcerária, resultando, conseqüentemente, em economia para o Estado.

No contexto do Tocantins e na comarca de Palmas vê-se aumentado o percentual de liberdades provisórias concedidas após a implantação da audiência de custódia, mostrando assim a eficácia e eficiência do jurídico no Estado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. São Paulo: Saraiva. 2009.

BRASIL. Audiência de custódia. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Audiência de custódia: manual de orientação. Defensoria Pública da União. Secretaria-Geral de Articulação Institucional. – Brasília: DPU, 2015.

BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). Lei de execução penal: Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado, nº 554, de 2011. Altera o § 1o do art. 306 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DECRETO nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 15/05/2017

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 20/06/2017.

FILHO, Antonio Carlos Santoro (2017). Sistema de penas no direito brasileiro: breve evolução histórica. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56965/sistema-de-penas-no-direito-brasileiro>. Acesso em 25/07/2017.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. Lições de Direito Penal. Rio de Janeiro. Forense, 2000.

GIACOIA, Gilberto. Direito penal, processo penal e Constituição I. XXV congresso do conpedi. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Parte geral. 11.^a Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de metodologia científica. - 5. ed. - São Paulo: Atlas 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-07-84- 5^a ed. – Revisada e atualizada – São Paulo: Atlas, 1992.

PORTELA, Girlene Lima (2004). Abordagens teórico-metodológicas: Pesquisa quantitativa ou qualitativa? Eis a questão. Disponível em: http://www.paulorosa.docente.ufms.br/metodologia/AbordagensTeoricoMetodologicas_Portela.pdf. Acesso em Dez: 2016.

SAINT-CLAIR, Clóvis (2004). A pena perpétua. Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/-/Epoca/0,6993,EPT369288-1664-1,00.html>>. Acesso em 25 set: 2016. soc_012.htm>. acesso em 13 out: 2016.

TJTO. Audiência de custódia. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3902-tocantins-realiza-254-audiencias-de-custodia-em-cinco-meses>. Acesso em dez: 2016.

VASCONCELLOS, Jorge. Audiência de custódia reflete harmonia entre poderes, diz Lewandowski. In: Agência CNJ de Notícias. Audiência de custódia. CNJ, 2015.

WOLFF, Maria Palma. Antologia de vidas e histórias na prisão: Emergência e Injunção de Controle Social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

APLICABILIDADE OU NÃO DA LEI MARIA DA PENHA PARA DEFESA DO HOMEM

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: Abordar-se-á neste artigo a possibilidade ou não da aplicação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006), na defesa do homem. Utilizamos a metodologia bibliográfica, com intuito de nos embasarmos, além da própria legislação, mas também, através de jurisprudências sobre o tema. Desta feita, tendo como propósito, alicerçar e fornecer ao leitor maior compreensão sobre o respectivo assunto.

Palavra-chave: Lei Maria da Penha; Lei nº 11.340/2006; aplicabilidade; defesa do homem.

Abstract: It will be discussed in this article the possibility or not of the application of the Law Maria da Penha (Law n ° 11.340 of August 07, 2006), in the defense of the man. We use the bibliographical methodology, with the intention of basing ourselves, besides the legislation itself, but also, through jurisprudence on the subject. This time, with the purpose of establishing and providing the reader with a better understanding of the subject.

Keywords: Maria da Penha Law; Law No. 11.340/2006; applicability; defense of man.

Introdução

A Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, foi criada com o intuito de coibir a violência contra mulher. Alicerçada pelo artigo 226, § 8º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme transcrito:

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

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.[\[1\]](#)

Fundamentada, também, pelos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres, de 18 de dezembro de 1979, promulgada pelo Decreto Lei nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Por seu turno, encontra-se embasada de acordo com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, adotada pela Assembleia da Organização dos Estados Americanos em 1994 – Convenção do Belém do Pará (1994), ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995, traz disposto em seu preâmbulo:

A Assembleia Geral [...] Preocupada porque a violência em que vivem muitas mulheres na América, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, é uma situação generalizada; [...] Convencida da necessidade de dotar o sistema interamericano de um instrumento internacional que contribua para solucionar o problema da violência contra a mulher; [...][\[2\]](#)

Cristalino, também, apesar de não explícito na Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, que a Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da resolução 48/104, de 20 de dezembro de 1993, teve grande influência e impacto, como podemos notar através da transcrição de um pequeno trecho desta resolução:

Reconhecendo que a violência contra as mulheres constitui uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que conduziram ao domínio e à discriminação das mulheres por parte dos homens e impediram o progresso pleno das mulheres, e que a violência contra as mulheres constitui um dos mecanismos sociais fundamentais através dos quais as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens,[...] [3]

Por fim, após este breve relato, nos resta apresentar no transcorrer deste trabalho um breve histórico no que tange a Lei Maria da Penha, para posteriormente aprofundarmos no desenvolvimento do propósito temático deste artigo.

1. Breve histórico quanto a prevenção e combate à violência contra as mulheres no Brasil.

O Brasil teve sua legislação inicialmente constituída pelas Ordenações Filipinas, leis compiladas por ordem de D. Felipe I. As mulheres, segundo estas Ordenações, deveriam ser tuteladas na vida civil, devido sua “fraqueza de entendimento”.

Destarte, caso a mulher fosse casada, a incapacidade seria suprida pelo marido, caso solteira pelo respectivo representante legal. As Ordenações Filipinas deixam de reger a sociedade brasileira a partir da publicação do Código Civil de 1916.

Com brilhantismo Mary Del Priore leciona:

Pobre ou rica, as mulheres possuíam um papel: fazer o trabalho de base para o edifício familiar – educar os filhos segundo os preceitos cristãos, ensinar-lhes as primeiras letras e atividades, cuidar do sustento e da saúde física e espiritual deles, obedecer e ajudar o marido. Ser, enfim, a “santa mãezinha”. Se não o fizesse, seria confundida com

um “diabo doméstico”. Afinal, sermões difundiam a ideia de que a mulher podia ser perigosa, mentirosa e falsa como uma serpente. (...) O modelo ideal era Nossa Senhora, modelo de pudor, severidade e castidade.

A Soma dessa tradição portuguesa com a colonização agrária e escravista resultou no chamado patriarcalismo brasileiro.^[4]

O Código Civil de 1916, por seu turno, não avançou no que tange os direitos da mulher, proporcionando a continuidade da hierarquização familiar e instituindo o pátrio poder e a incapacidade da mulher casada. Deste modo, o marido caracterizava-se como chefe da sociedade familiar, com plenos poderes de representação legal dos membros da família, da fixação de domicílio, da autorização para o trabalho da mulher, da administração dos bens, dentre tantos outros.

No que tange a esfera criminal, apesar de extinta no Código Criminal de 1830 a possibilidade, autorizada, dos maridos matarem as mulheres, em caso de adultério ou de mera suposição desta ocorrência, o Código Penal de 1890 e em seguida o de 1940 trata dos crimes passionais, com a alegação de legítima defesa da honra, apesar de constar no corpo do Código Penal de 1940, em seu art. 28: “a emoção ou a paixão não excluem a responsabilidade penal”.

Segundo Mariza Correia:

O período romântico acabara e, lançado o novo argumento, a absolvição tornar-se á um pouco mais complicada, parecendo passar a ser, de fato, privilégio de poucos, já que será preciso “demonstrar” não só a infidelidade da companheira, mas também a honorabilidade de seu assassino. A dupla definição desta honorabilidade, através do trabalho, do valor social do homem e da necessária fidelidade de sua companheira, passa a estar ligada de forma

permanente na argumentação da legítima defesa da honra.^[5]

Somente em 1991, a legítima defesa da honra, foi afastada através de decisão do Superior Tribunal de Justiça, conforme expomos:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JURI. DUPLO HOMICIDIO PRATICADO PELO MARIDO QUE SURPREENDE SUA ESPOSA EM FLAGRANTE ADULTERIO. HIPOTESE EM QUE NÃO SE CONFIGURA LEGITIMA DEFESA DA HONRA. DECISÃO QUE SE ANULA POR MANIFESTA CONTRARIEDADE A PROVA DOS AUTOS (ART. 593, PARAGRAFO 3., DO CPP).

NÃO HA OFENSA A HONRA DO MARIDO PELO ADULTERIO DA ESPOSA, DESDE QUE NÃO EXISTE ESSA HONRA CONJUGAL. ELA E PESSOAL, PROPRIA DE CADA UM DOS CONJUGES. O MARIDO, QUE MATA SUA MULHER PARA CONSERVAR UM FALSO CREDITO, NA VERDADE, AGE EM MOMENTO DE TRANSTORNO MENTAL TRANSITORIO, DE ACORDO COM A LIÇÃO DE HIMENEZ DE ASUA (EL CRIMINALISTA, ED. ZAVALIA, B. AIRES, 1960, T.IV, P.34), DESDE QUE NÃO SE COMPROVE ATO DE DELIBERADA VINGANÇA.

O ADULTERIO NÃO COLOCA O MARIDO OFENDIDO EM ESTADO DE LEGITIMA DEFESA, PELA SUA INCOMPATIBILIDADE COM OS REQUISITOS DO ART. 25, DO CODIGO PENAL.

A PROVA DOS AUTOS CONDUZ A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO DUPLO HOMICIDIO (MULHER E AMANTE), NÃO A PRETENDIDA LEGITIMIDADE DA AÇÃO DELITUOSA DO MARIDO. A LEI CIVIL APONTA OS CAMINHOS DA

SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO. NADA JUSTIFICA MATAR A MULHER QUE, AO ADULTERAR, NÃO PRESERVOU A SUA PRÓPRIA HONRA.

NESTA FASE DO PROCESSO, NÃO SE HA DE FALAR EM OFENSA A SOBERANIA DO JURI, DESDE QUE OS SEUS VEREDICTOS SO SE TORNAM INVIOlaveis, QUANDO NÃO HA MAIS POSSIBILIDADE DE APELAÇÃO. NÃO E O CASO DOS AUTOS, SUBMETIDOS, AINDA, A REGRA DO ARTIGO 593, PARAGRAFO 3., DO CPP.

RECURSO PROVIDO PARA CASSAR A DECISÃO DO JURI E O ACORDÃO RECORRIDO, PARA SUJEITAR O REU A NOVO JULGAMENTO.

(REsp 1.517/PR, Rel. Ministro JOSE CANDIDO DE CARVALHO FILHO, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/1991, DJ 15/04/1991, p. 4309)[6]

Instituídos em 1995, através da Lei nº 9.099, os Juizados Especiais para julgar delitos de menor potencial ofensivo. A lei demonstrou-se incompatível com os casos de violência doméstica, revelando-se um retrocesso no que tange os direitos das mulheres. A Lei nº 9.099/95 restou por banalizar a violência contra a mulher, aplicando simples sanções como multa, serviços comunitários, desta forma, expondo a autora a maior risco de violência e segurança.

Este efeito catastrófico causado pela Lei nº 9.099/95 levou o movimento de mulheres a propor a criação de lei específica, com intuito na proteção das mulheres em situações de violência. Surge, então, a Lei nº 10.788/2003, que define violência contra a mulher de forma mais abrangente em conformidade com a Convenção de Belém do Pará, todavia inerente somente aos casos atendidos pelos serviços de saúde, assim a referida lei dispõe: “Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados”. [7]

Crime de lesão corporal, de acordo com o Código Penal, sofre alterações explícitas na Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004, criando um tipo especial de lesão, denominado “Violência Doméstica”:

Art. 1o O art. 129 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 9o e 10:

"Art. 129.

Violência Doméstica

§ 9o Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1o a 3o deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9o deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).”.

Apesar das alterações legislativas ocorridas, até a época apresentada, já se vislumbrava em 2002 a necessidade da construção de um marco legal com foco na violência contra as mulheres. A organização não-governamental CEPIA (Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação), com auxílio de outras organizações, promove o estudo e apresenta proposta de lei através da Carta da Cepia.^[8]

A metodologia aplicada na elaboração da Carta da Cepia seguiu os seguintes parâmetros: análise dos efeitos da aplicabilidade da Lei nº 9.099/95 em relação a violência doméstica; análise de projetos em tramitação no Congresso Nacional; comparativo de leis especiais estrangeiras sobre violência doméstica.

Em relação aos efeitos da Lei nº 9.099/95, com brilhantismo, explicam Calazans e Cortes:

No balanço dos efeitos da aplicação da Lei 9.099/95 sobre as mulheres, diversos grupos feministas e instituições que atuavam no atendimento a vítimas de violência doméstica constataram uma impunidade que favorecia os agressores. Cerca de 70% dos casos que chegavam aos juizados especiais tinham como autoras mulheres vítimas de violência doméstica. Além disso, 90% desses casos terminavam em arquivamento nas audiências de conciliação sem que as mulheres encontrassem uma resposta efetiva do poder público à violência sofrida. Nos poucos casos em que ocorria a punição do agressor, este era geralmente condenado a entregar uma cesta básica a alguma instituição filantrópica.^[9]

Após dois anos de debates e estudos, os quais contaram com a colaboração dos Juizados Especiais Criminais, é elaborado um anteprojeto, que possui como intuito a ampliação da discussão, visando adesão de parlamentares, magistrados e atores sociais.

Desta feita, o anteprojeto apresentava a seguinte proposta: conceituação da violência doméstica de acordo com a Convenção de Belém do Pará (1994); elaboração de uma Política Nacional de combate à violência contra a mulher; medidas preventivas de proteção à vítima; medidas cautelares aos agressores; criação de serviços públicos para atendimento domiciliar; adoção de Juízo Único, com competência tanto cível, quanto criminal, através de varas especializadas para julgar os respectivos casos de violência doméstica contra as mulheres e relacionados; encerramento da aplicabilidade da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher.

No ano de 2004 é instituído, através da Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, um Grupo de Trabalho, conforme Decreto Lei nº 5.030, de 31 de março do referido ano, com o seguinte escopo: “Institui o Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher, e dá outras providências”.

Recebido o Projeto de Lei nº 4.559 em 25 de novembro de 2004, sendo esta data, 25 de novembro emblemática, visto que, a Organização das Nações Unidas o declarou como Dia Internacional da Não Violência contra a Mulher.

Durante a tramitação ocorreram contribuições significativas da sociedade ao projeto original, tais como: criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência tanto cível, quanto criminal; penas pecuniárias e cesta básica foram vedadas; dano moral e patrimonial são incluídos no conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher; reforço para as Delegacias de Atendimento à Mulher; possibilidade de inclusão da vítima em programas assistenciais, de proteção a vítima e a testemunha, acesso a transferência de local de trabalho, se servidora pública e estabilidade por motivo de afastamento do emprego, por 6 (seis) meses, e acesso aos benefícios de desenvolvimento científico e tecnológico; substituição das medidas cautelares por medidas protetivas; criação obrigatória de centros de atendimento psicossocial e jurídico, casas de abrigo, delegacias especializadas, núcleos de defensoria públicas, dentre diversos serviços de atendimento; comparecimento do acusado a programas de recuperação e reeducação de acordo com a Lei de Execução Penal, artigo 152.

Após apreciação e votação, o projeto foi sancionado e denominado Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), homenageando Maria da Penha Fernandes, que é exemplo de luta tanto na esfera jurídica nacional e internacional de direitos humanos, a fim de exigir que a violência que sofreu por seu ex-marido não ficasse impune.

2. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha.

Como exposto, a Lei Maria da Penha provoca uma ruptura com o modelo existente na Lei nº 9.099/95, inaugurando, assim, uma nova análise referente ao elevado potencial ofensivo dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, aplicando medidas de proteção, prevenção e penalização.

O artigo 5º, da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha (LMP), traz explícito em seu caput o seguinte texto:

Artigo 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – Em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.[\[10\]](#)

Por certo, a referida lei, ao dispor a proteção baseando-se no gênero, definiu-o em relação aos aspectos sociais, ou seja, os papéis masculino e feminino na relação íntima familiar, ou seja, teve como cerne as expectativas da sociedade a respeito do homem e da mulher, diante dos demais atores sociais.

De acordo com os ensinamentos de Marcela Cardoso, Herbert Mendes e Fernanda Martins: “A Lei abriga a mulher, não fazendo distinção de sua orientação sexual, à normal chega ao alcance tanto para as lésbicas como travestis, transexuais e transgênicos os quais mantêm relação íntima em ambiente ou de convívio”.[\[11\]](#)

Destarte, em concordância com a citação acima exposta, a Lei Maria da Penha abrange os indivíduos, independente de orientação sexual, que desenvolvam o papel cultural e histórico existente em nossa sociedade, como já exposto no primeiro item deste artigo, de homem na relação íntima familiar.

Desta feita, resta apresentar na íntegra julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que corrobora com nosso entendimento acerca da Lei:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PODER JUDICIÁRIO.
São Paulo. Registro: 2015.0000770986. ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2097361-61.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante GABRIELA DA SILVA PINTO, é impetrado MM. JUIZ (A) DE DIREITO DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO CENTRAL.

ACORDAM , em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, concederam a segurança para aplicar em favor de GABRIELA DA SILVA PINTO as medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22, inciso III, alíneas a,b e c, da Lei nº 11.340/06, vencido o E. Desembargador Roberto Solimene, que a denegava e não declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 8 de outubro de 2015. ELY AMIOKA (RELATOR). VOTO Nº 718

MANDADO DE SEGURANÇA 2097361-61.2015.8.26.0000. COMARCA DE SÃO PAULO (VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA). IMPETRANTE: GABRIELA DA SILVA PINTO NOME SOCIAL (JEAN CARLOS DA SILVA PINTO NOME CIVIL). IMPETRADO: MM. JUIZ DO JUIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. IMPETRANTE BIOLOGICAMENTE DO SEXO MASCULINO, MAS SOCIALMENTE DO SEXO FEMININO. VIOLÊNCIA DE GÊNERO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por GABRIELA DA SILVA PINTO - nome social (JEAN CARLOS DA SILVA PINTO nome civil) , contra ato do MM. Juiz da Vara Central de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, que indeferiu pedido de concessão de medidas protetivas em seu favor (fls. 01/11).

Indeferida a liminar (fls. 56), vieram as informações solicitadas (fls. 59/65) e a Douta PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA , no Parecer de fls. 67/70, opinou pela concessão da segurança.

É o relatório.

A segurança deve ser concedida.

Narra a IMPETRANTE que manteve relacionamento amoroso com RAFAEL FERNANDO DA SILVA OLIVEIRA por cerca de um ano, e após o término da relação este passou a lhe proferir xingamentos e fazer ameaças.

Diante dos fatos, a IMPETRANTE registrou a ocorrência perante a Autoridade Policial e, mantidas as ameaças, solicitou a aplicação das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha.

O Juízo de origem, contudo, indeferiu as medidas pleiteadas alegando que estas têm por objetivo a prevenção e coibição de violência doméstica e familiar motivada por desigualdade de gênero em face da mulher, excluindo, assim, sua aplicação em favor da ora IMPETRANTE, que biologicamente pertence ao sexo masculino.

Todavia, a lei em comento deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim é que a Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero, e é como gênero feminino que a IMPETRANTE se apresenta social e psicologicamente.

Tem-se que a expressão “mulher”, contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito às características biológicas do ser humano, dentre as quais GABRIELA não se enquadra, enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo, e aqui GABRIELA pode ser considerada mulher.

A IMPETRANTE, apesar de ser biologicamente do sexo masculino e não ter sido submetida à cirurgia de mudança de sexo, apresenta-se social e psicologicamente como mulher, com aparência e traços femininos, o que se pode inferir do documento de identidade acostado às fls. 18, em que consta a

fotografia de uma mulher. Acrescenta-se, por oportuno, que ela assina o documento como GABRIELA, e não como JEAN CARLOS.

Ressalte-se, por oportuno, que o reconhecimento da transexualidade prescinde de intervenção cirúrgica para alteração de sexo. Os documentos acostados aos autos, como acima mencionado, deixam claro que a IMPETRANTE pertence ao gênero feminino, ainda que não submetida a cirurgia neste sentido.

E esta Corte já decidiu, por exemplo, que a alteração do nome civil não exige a realização prévia de cirurgia para mudança de sexo:

“RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL

Pretensão da autora de alteração de prenome feminino para masculino Nome feminino que, em face da condição atual da apelante, a expõe ao ridículo Fotos que demonstram, verdadeiramente, que a aparência da autora é de um home

Laudo psicológico que atesta a necessidade da retificação da pessoa humana Possibilidade de modificação.” (Apelação Cível nº 0055269-67.2008.8.26.0576, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Galdino Toledo Junior, j. em 03/02/2015).

É, portanto, na condição de mulher, ex-namorada de RAFAEL, que a IMPETRANTE vem sendo ameaçada por este, inconformado com o término da relação.

GABRIELA sofreu violência doméstica e familiar, cometida pelo então namorado, de modo que a aplicação das normas da Lei Maria da Penha se fazem necessárias no caso em tela, porquanto comprovada sua condição de vulnerabilidade no relacionamento amoroso.

Nesse sentido são os ensinamentos de Maria Berenice Dias: “(...) Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenha identidade com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra ela no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência (...)” (DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

Por fim, cumpre observar que o documento de fls. 81, juntado por RAFAEL, em que GABRIELA afirma ter reatado o relacionamento, em nada altera a situação aqui tratada.

O Mandado de Segurança é ação constitucional que não admite dilação probatória, não cabendo ao agressor juntar aos autos documento assinado pela vítima a fim de afastar a necessidade das medidas pleiteadas.

Caso GABRIELA não pretendesse o seguimento da ação, deveria ter peticionado por meio da Defensoria Pública, que a representa nestes autos.

E apenas como esclarecimento, a assinatura aposta na Declaração de fls. 81 não coincide com a firmada no documento de identidade de GABRIELA, como se observa às fls. 18.

Assim, concede-se a segurança para aplicar em favor de GABRIELA DA SILVA PINTO as medidas

protetivas de urgência previstas no artigo 22, inciso III, alíneas a, b e c, da Lei nº 11.340/06.

ELY AMIOKA (RELATORA).[\[12\]](#)

Por fim, cabe destaque para o trecho a seguir, referente ao entendimento do STJ quanto a questão de gênero, aqui tratada: “A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual”[\[13\]](#).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. 1. Recurso especial tirado de acórdão que, na origem, fixou a competência do Juízo Civil para apreciação de ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, em detrimento da competência da Vara de Família existente. 2. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas trouxe, como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional. 3. Apesar da organização judiciária de cada Estado ser afeta ao Judiciário local, a outorga de competências privativas a determinadas Varas, impõe a submissão dessas varas às respectivas vinculações legais construídas em nível federal, sob pena de ofensa à lógica do razoável e, in casu, também agressão ao princípio da igualdade. 4. Se a prerrogativa de vara privativa é outorgada ao extrato heterossexual da população brasileira, para a solução de determinadas lides, também o será à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de

qualquer natureza que tenham similar demanda. 5. Havendo vara privativa para julgamento de processos de família, esta é competente para apreciar e julgar pedido de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, independentemente das limitações inseridas no Código de Organização e Divisão Judiciária local 6. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1291924 RJ 2010/0204125-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 28/05/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2013).

Cristalino que o disposto no artigo 5º da Lei 11.340/2006, a questão de gênero e orientação sexual resta vinculada aos respectivos papéis sociais que os indivíduos, na relação, venham a exercer.

Derradeiro e fundamental a exposição dos ensinamentos de Fausto Rodrigues de Lima e Claudiene Santos:

A proteção da mulher, preconizada na Lei Maria da Penha, decorre da constatação de sua condição (ainda) hipossuficiente no contexto familiar, fruto de cultura patriarcal que facilita sua vitimação em situações de violência doméstica, tornando necessária a intervenção do Estado, em seu favor, no sentido de proporcionar meios e mecanismos para o reequilíbrio das relações de poder imanentes ao âmbito doméstico e familiar.

Reconhecer a condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica invalidar sua capacidade de reger a própria vida e administrar os próprios conflitos. Trata-se de garantir a intervenção estatal positiva, voltada à sua proteção e não à sua tutela.^[14]

3. Considerações finais

De acordo com o exposto neste artigo, vislumbra-se que a jurisprudência nos remete a interpretação da Lei dentro do contexto atual da sociedade.

Destarte, conforme disposto no art. 5º da Lei Maria da Penha, é plenamente possível a sua aplicabilidade ao sexo masculino, visto que, poderá este desempenhar papel social no contexto familiar de mulher.

Por seu turno, ao homem que desempenha o papel patriarcal, culturalmente e historicamente intrínseco em nossa sociedade, em casos de violência restará amparado pelas leis dispostas no Código Penal e Civil.

Tal diferenciação não infringe qualquer dispositivo constitucional, uma vez que, a igualdade revelar-se-á, no que se refere a esta legislação específica que tratamos, a partir do instante que eleva-se a condição de proteção, prevenção e punição do mais forte a atos ilícitos cometidos contra o mais fraco, alcançando assim a equidade, ou seja, a respectiva igualdade entre os indivíduos.

4. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Marcela Cardoso Schütz de; SCHÜTZ, Hebert Mendes de Araújo; DIAS, Fernanda Martins. *A aplicabilidade da Lei Maria da Penha na proteção da violência contra a mulher*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11065&revista_caderno=3>. Acesso em out 2017.

BRANDÃO, Eliane Reis. "*Eu quero saber quais são os meus direitos*": *A complexa trama entre cidadania e lógica familiar*. In: STREY, Marlene Neves; AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer de; JAEGER, Fernanda Pires. (Orgs.) *Violência, Gênero e Políticas Públicas*. Porto Alegre: EDUPCRS, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 226 § 8º*, Distrito Federal, 1988. p. 128. Disponível em: . Acessado em: 18/10/2017.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Diário Oficial da União (DOU). Distrito Federal. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acessado em: 18/10/2017.

BRASIL. *Lei nº 10.788, de 24 de novembro de 2003*. Diário Oficial da União (DOU). Distrito Federal. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.778.htm>. Acessado em: 18/10/2017.

BRASIL. *Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Diário Oficial da União (DOU). Distrito Federal. 2006. Disponível em: . Acessado em: 19/10/2017.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Íaris. *O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha*. In: CAMPOS, Carmem Hein de (org). *Lei Maria da Penha Comentada em Uma Perspectiva Jurídico- Feminista*. Editora Lumem Juris , Rio de Janeiro, 2011.

CHAUÍ, Marilena. *Participando do Debate sobre Mulher e Violência*. In: FRANCHETTO, Bruna; CAVALCANTI, Maria Laura V.; e HEILBORN, Maria Luiza (org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*, São Paulo, Zahar Editores, 1985.

CEPIA, Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação. *Carta da Cepia*. Rio de Janeiro: CEPIA. Ano VIII, nº 10, dezembro 2012. Disponível em: . Acessado em: 18/10/2017.

CORREIA, Mariza. *Os crimes da paixão*. Coleção Tudo é História. VI. 33. Ed. Brasiliense, 1981.

DEL PRIORE, Mary. *Histórias e Conversas de Mulher*. 1ª, ed. São Paulo: Planeta, 2013.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade: Abordagem Jurídica e Multidisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.

LIMA, Fausto Rodrigues de Lima e SANTOS, Claudiene. *VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar*, 2ª tiragem. Lumen Juris, 2009.

OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Convenção do Belém do Pará*; 1994. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bissbliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>>. Acessado em 18/10/2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração sobre a eliminação da violência contra as mulheres*. Resolução 48/104. 1993. Disponível em: < http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_7.htm>. Acessado em 18/10/2017.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Organizado por Candido Mendes de Almeida. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em . Acesso em 18/10/2017.

SLOBODA, Joana Aparecida. *Lei Maria da Penha: estudo da lei e estatísticas de violência doméstica contra a mulher na cidade Cascavel-Paraná*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 155, dez 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18301>. Acesso em out 2017.

SOUZA, Mércia Cardoso De; MENDES, Gabriela Flávia Ribeiro; LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins; SANTANA, Jacira Maria Augusto Moreira Pavão; OLIVEIRA, Magnolia Bandeira Batista de; SILVA, Jaqueline Souza da. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) e a Lei Maria da Penha. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível

em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7874>. Acesso em out 2017.

STJ. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1291924 RJ 2010/0204125-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 28/05/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23356819/recurso-especial-resp-1291924-rj-2010-0204125-4-stj/inteiro-teor-23356820?ref=juris-tabs>>. Acessado em: 19/10/2017.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.517/PR, Rel. Ministro JOSE CANDIDO DE CARVALHO FILHO, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/1991, DJ 15/04/1991, p. 4309. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=4085>>. Acessado em: 18/10/2017.

TJ-SP. Tribunal de Justiça de São Paulo - MS: 20973616120158260000 SP 2097361-61.2015.8.26.0000, Relator: Ely Amioka, Data de Julgamento: 08/10/2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/10/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_MS_20973616120158260000_9ed33.pdf?Signature=%2F2%2B%2FOY5hqKtEF%2FAE6WecdXiFWw8%3D&Expires=1508429028&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=58236510df54918be0c417e785152ea8>. Acessado em: 19/10/2017.

NOTAS:

[1] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 226 § 8º*, Distrito Federal, 1988. p. 128. Disponível em: . Acessado em: 18/10/2017.

[2] OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Convenção do Belém do Pará*; 1994. Disponível em: <

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bissbliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>>. Acessado em 18/10/2017.

[3] ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração sobre a eliminação da violência contra as mulheres*. Resolução 48/104. 1993. Disponível em: < http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_7.htm>. Acessado em 18/10/2017

[4] DEL PRIORE, Mary. *Histórias e Conversas de Mulher*. 1ª, ed. São Paulo: Planeta, 2013, pp. 9 e 10.

[5] CORREIA, Mariza. *Os crimes da paixão*. Coleção Tudo é História. VI. 33. Ed. Brasiliense, 1981. p. 61.

[6] STJ. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.517/PR*, Rel. Ministro JOSE CANDIDO DE CARVALHO FILHO, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/1991, DJ 15/04/1991, p. 4309. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=4085>>. Acessado em: 18/10/2017.

[7] BRASIL. Diário Oficial da União (DOU). *Lei nº 10.788, de 24 de novembro de 2003*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.778.htm>. Acessado em: 18/10/2017.

[8] CEPIA, Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação. *Carta da Cepia*. Rio de Janeiro: CEPIA. Ano VIII, nº 10, dezembro 2012.

[9] CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. *O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha*. In: CAMPOS, Carmem Hein de (org). *Lei Maria da Penha Comentada em Uma Perspectiva Jurídico- Feminista*. Editora Lumem Juris , Rio de Janeiro, 2011. p. 42.

[10] BRASIL. Diário Oficial da União (DOU). *Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, Art.5º*. Distrito Federal. Disponível em: . Acessado em: 19/10/2017.

[11] ARAÚJO, Marcela Cardoso Schütz de; SCHÜTZ, Hebert Mendes de Araújo; DIAS, Fernanda Martins. *A aplicabilidade da Lei Maria da Penha na proteção da violência contra a mulher*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11065&revista_caderno=3>. Acesso em out 2017.

[12] TJ-SP - MS: 20973616120158260000 SP 2097361-61.2015.8.26.0000, Relator: Ely Amioka, Data de Julgamento: 08/10/2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/10/2015.

[13] STJ - REsp: 1291924 RJ 2010/0204125-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 28/05/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2013

[14] LIMA, Fausto Rodrigues de Lima e SANTOS, Claudiene. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, *Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar*, 2ª tiragem, p. 54.

AS TERMINOLOGIAS DO NARCOTRÁFICO

BRENO EDUARDO CAMPOS ALVES:

Delegado de Polícia do Estado do Tocantins; Pós-Graduado em Direito em Administração Pública; Pós Graduado em Ciências Criminais.

Resumo: O presente artigo tem como escopo a investigação sobre as terminologias do narcotráfico, confluindo entendimentos de significantes e significados. As terminologias institucionais ligadas ao combate do Estado ao narcotráfico através de suas instituições policiais, bem como as terminologias jurídicas que embasam o primeiro viés, são os espeques que apoiam a presente investigação. Neste pé, se vislumbra percorrer de forma lógica, dentro do contexto de emprego, e dentro do contexto de uso, de palavras que influem diretamente no palco de eventos relacionados às instituições policiais, às leis que estipulam o combate ao narcotráfico, dando um balizamento norteador nesta confluência.

Palavras-chave: Lei de drogas; narcotráfico; investigação policial.

Abstract: This article has as scope the investigation on the terminologies of drug trafficking, converging understandings of signifiers and meanings. Institutional terminologies linked to the State's fight against drug trafficking through its police institutions, as well as the juridical terminologies that underlie the first bias, are the factors that support the present investigation. In this context, it is envisaged to logically traverse, within the context of employment, and within the context of use, words that directly influence the stage of events related to police institutions, laws that stipulate the fight against drug trafficking, giving a guiding beacon at this confluence.

Keywords: *Drug law; drug trafficking; police investigation.*

Sumário: 1. Introdução. 2. As diversas terminologias institucionais do narcotráfico. 3. As diversas terminologias institucionais do narcotráfico. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O narcotráfico e sua escusa atividade criminal se trata de um dos maiores problemas de segurança pública no Brasil, sendo o entrave para o sucesso de índices de pacificação social, elevando as estatísticas criminais de maneira a termos números comparados com países comumente beligerantes.

O Brasil elencou na Constituição Federal de 1988 as suas forças componentes do sistema de segurança pública, criando no âmbito federal, bem como nos Estados e no Distrito Federal, as forças policiais.

As instituições policiais judiciárias, aquelas apontadas para a investigação do narcotráfico, criaram em seu âmbito de atuação, unidades específicas, conhecidas como delegacias especializadas e departamentos especializados.

Neste pé, no primeiro capítulo abordaremos o viés das terminologias institucionais do narcotráfico.

Por outro lado, os regramentos estipulados pelas leis vigentes no nosso país também especificaram terminologias para designar as substâncias proibidas. O que vai de encontro ao segundo capítulo, o qual versa sobre as terminologias jurídicas do narcotráfico.

Por fim, o trabalho pretende criar um elemento norteador de pesquisas e entendimentos técnico-jurídicos do trabalho policial.

2. AS DIVERSAS TERMINOLOGIAS INSTITUCIONAIS DO NARCOTRÁFICO

O enfrentamento mundial ao tráfico ilícito de drogas acabou por fornecer um vasto número de substantivos utilizados para designar substâncias e produtos que o Estado adotou como itens de proibição de negociações, transações, tradições, utilizações indiscriminadas, entre outras. Neste sentido, surgiram ao longo dos tempos uma gama de identificações como narcóticos, ópios, tóxicos, drogas, entorpecentes, alucinógenos, psicoativos, psicotrópicos, entre outros.

No Brasil, primeiro país do mundo em que foi editado uma lei para proibir a *maconha*, a primeira denominação foi de “**pito de pango**”, em uma lei criada pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro no §7 da postura que regulamentava a venda de gêneros e remédios pelos boticários, conforme menção:

Diz o §7º do Título II:

É proibida a venda e uso do pito de pango, bem como a conservação dele em casas públicas; os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas que dele usarem, em oito dias de prisão. (PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, 2017)

“*Pango*” se referia a um cachimbo de barro comumente utilizado naquela época para se fumar a maconha, ou cânhamo, como também era designada à época, sendo um anagrama da palavra maconha. Boticários, por sua vez, tratavam-se da denominação do ofício que hodiernamente designamos como farmacêuticos. Observa-se, que no regramento a conduta de usar era mais gravemente punida do que a de vender, o usuário era preso, o vendedor ilegal (traficante) pagava multa.

O termo *DROGAS* aparentemente é proveniente do francês antigo, “*drouge*”, que veio do termo “*droge-vate*”, usado pelas línguas germânicas (“*droog*”, holandês antigo) das partes baixas da Europa, designando mercadorias secas como remédios, os quais consistiam na época, na maioria das vezes, em ervas desidratadas (secas). Neste diapasão, temos uma gama de produtos que designam substâncias que possam prevenir ou curar doenças, aumentar o bem-estar físico ou mental, designando agentes químicos que alteram os processos bioquímicos e fisiológicos de tecidos e organismos, tendo como proa a visão farmacológica.

Carneiro (2005) aduz que uma conceituação para a palavra droga, vejamos:

A palavra “droga” provavelmente deriva do termo holandês *droog*, que significa produtos secos e servia

para designar, do século XVI ao XVIII, um conjunto de substâncias naturais utilizadas, sobretudo, na alimentação e na medicina. Mas o termo também foi usado na tinturaria ou como substância que poderia ser consumida por mero prazer. (p. 11)

A utilização do termo “*drogas*” isoladamente, conforme acima exposto, acaba não apresentando a sua função designativa da atividade de repressão estatal, vez que existe o comércio de drogas lícitas, ou de forma lícita, que podem ser manejadas (produção, estocagem, venda e aquisição) com autorização legal. Ademais, essa noção de ervas secas não traduz, em sua genealogia, às substâncias sintéticas que atualmente também são objeto de proibição estatal.

O legislador brasileiro optou, quando da gênese da Lei 11343/06, conhecida como Lei de Drogas, pelo termo “*drogas*”, definindo-a como sendo as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (Lei 11343 de 2006)

Como exemplo comparado, temos nos Estados Unidos da América uma polícia federal específica para o combate ao macro tráfico ilícito de drogas, designada pela sigla **DEA** (*Drug Enforcement Administration*), que em tradução figura como Administração de Fiscalização de Drogas.

O termo *TÓXICOS*, nas lições de Genival Veloso de França, designa “*um grupo muito grande de substâncias naturais, sintéticas ou semi-sintéticas que podem causar tolerância, dependência e crise de abstinência*” (2007, p. 321). O termo “tóxicos” advém do latim “*tox?cum*”, que advém, por sua vez, do grego “*τοξικ?v*”, que significa “veneno”). Neste sentido é a qualidade que caracteriza o grau de dano de qualquer substância nociva para um organismo vivo ou para uma parte específica desse organismo (órgão), como um veneno ou uma toxina produzida por

um agente microbiano. Por esta razão o termo é ligado em primeira testa, com pesticidas e venenos (defensivos) agrícolas.

O termo *ENTORPECENTES* se referem a substâncias que entorpecem. O verbo entorpecer significa o ato de produzir torpor em (alguém ou a si mesmo); estar ou ficar em estado de torpor; sendo que por sua vez, torpor designa o sentimento de mal-estar caracterizado pela diminuição da sensibilidade e do movimento; entorpecimento, estupor, insensibilidade. Acontece que algumas drogas não causam a diminuição da sensibilidade, pelo contrário, aumentam a sensibilidade, são estimulantes, como as anfetaminas.

SERGIO DE OLIVEIRA MÉDICI aduz que dependente é *“aquele que está subordinado às substâncias entorpecentes, sujeito às drogas, sob o poder dos tóxicos”, entendendo-se por dependência “o estado de quem está sujeito, sob o domínio, subordinado aos entorpecentes”* (1977, p. 36). Em que pese o significado do conceito ser latente, percebe-se um jogo de palavras, uma necessidade de incluir todas as substâncias.

O termo *ÓPIO*, apesar de ser tratado como sinônimo de droga, origina-se da substância extraída da “papoula do oriente” (*Papaver somniferum*), neste sentido infere-se na produção de tipos específicos de substâncias, entre elas a morfina, a codeína, a heroína, e outras. Desta forma, a maconha, e.g., não é um ópio.

Ao se fazer cortes na cápsula da papoula, quando ainda verde, obtém-se um suco leitoso, o ópio (a palavra ópio em grego quer dizer “suco”). Quando seco, esse suco passa se chamar pó de ópio. Nele existem várias substâncias com grande atividade. A mais conhecida é a morfina, palavra que vem do deus da mitologia grega Morfeu, deus dos sonhos. (CEBRID, 2014, p. 25)

Assim, temos já a ideia de que a ação dos opiáceos no homem são de substâncias depressores do sistema nervoso central, diferentemente da cocaína, por exemplo, que é um estimulante.

O termo *ALUCINÓGENOS* designa substâncias capazes de produzir alucinações nos usuários, alterando sentidos, a percepção, a concentração, os pensamentos, e a comunicação, tendo como exemplo o *LSD* ou o *ecstasy*. Desta forma, não são todas as substâncias reguladas pelo Estado que são capazes de produzir alucinações, sendo que nos leva a um entendimento de que alucinógenos seria espécie e não gênero.

A palavra alucinação significa, em linguagem médica, percepção sem objeto; isto é, a pessoa em processo de alucinação percebe coisas em que elas existam. Assim, quando uma pessoa ouve sons imaginários ou vê objetos que não existem ela está tendo uma alucinação auditiva ou uma alucinação visual. (CEBRID, 2014, p. 49)

O termo *PSICOTRÓPICO*, também relacionado como drogas psicoativas, referem-se a substâncias que agem principalmente no sistema nervoso central. Em sua etimologia temos *psico-* (grego: alma; atividade mental) + *-trópico* (tornar; volta; ter atração por), resultando em ter atração pela atividade mental. Existe também uma classificação de psicotrópicos em estimulantes, depressores e alucinógenos, que acabam por designar alterações psicológicas.

No sentido acima, temos uma combinação denominada drogas psicotrópicas, que por sua vez se divide em três grupos. O primeiro identificado como drogas psicotrópicas depressoras da atividade do Sistema Nervoso Central, sendo aquelas capazes de diminuir a atividade de nosso cérebro, “deprimem seu funcionamento, o que significa dizer que a pessoa que faz uso desse tipo de droga fica ‘desligada’, ‘devagar’, desinteressada pelas coisas” (CEBRID, 2014, p. 7). O segundo identificado como drogas psicotrópicas estimulantes da atividade do Sistema Nervoso Central, sendo aquelas capazes de aumentar a atividade do nosso cérebro, “estimulam o funcionamento fazendo com que o usuário fique ‘ligado’, ‘elétrico’, sem sono” (CEBRID, 2014, p. 7). Por fim, o terceiro, identificado como drogas psicotrópicas perturbadoras da atividade do Sistema Nervoso Central, sendo aquelas ligadas não a quantidade de

percepção, mas à qualidade, “o cérebro passa a funcionar fora de seu normal, e a pessoa fica com a mente perturbada” (CEBRID, 2014, p. 8).

O termo *NARCÓTICOS* (do grego ν?ρκωσις, significa estupefação ou torpor) refere-se a uma variedade de substâncias que induzem o adormecimento e reduzem ou eliminam a sensibilidade. Em termos medicinais, o termo designa apenas o ópio, os derivados do ópio e os seus substitutos sintéticos ou semi-sintéticos (opióides ou opiáceos), usados como anestésicos. O estado de narcose, por sua vez, é o estado de consciência (letargia) provocado pelo uso de narcóticos, sendo que narcótico seria uma substância que causaria uma sonolência, um adormecimento.

Desta forma, a variedade de termos e designações acabam adentrando no linguajar do senso comum, produzindo um fenômeno de formação de signos que culmina em alterações de significados no modo prático, sobretudo pelas agências e unidades de polícia judiciária que detêm proa voltada para apuração de crimes desta estirpe.

Em Minas Gerais a Polícia Civil do Estado de Minas Gerais detém um Departamento Especializado, DENARC – Departamento Estadual de Combate ao Narcotráfico, o qual combate ao tráfico ilícito não apenas de narcóticos, mas de todas drogas estipuladas na Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. A Polícia Federal, por sua vez, detém a DRE – Divisão de Repressão a Entorpecentes, a qual por sua vez não combate apenas o tráfico de drogas que causam torpor, desestimulam (entorpecentes), mas sim, as drogas estipuladas na mesma Portaria descrita alhures.

A tendência nacional das Polícias Civas é a utilização da nomenclatura DENARC, embora tenhamos outras siglas e denominações, vejamos: PARANÁ (DENARC - Divisão Estadual de Narcóticos); MATO GROSSO DO SUL (DENAR – Delegacia Especializada de Repressão ao Narcotráfico); DISTRITO FEDERAL (CORD – Coordenação de Repressão às Drogas); BAHIA (DTE - Delegacia de Tóxicos e Entorpecentes, ligado ao DENARC-BA); MARANHÃO (DENARC- Delegacia de Narcóticos); AMAZONAS (DENARC - Departamento de Investigações sobre

Narcóticos); GOIAS (DENARC – Delegacia Estadual de Repressão ao Narcotráfico); TOCANTINS (DENARC – Delegacia Especializada na Repressão a Narcóticos).

Conforme se vê, a tendência nacional das unidades de polícia judiciária que combatem o tráfico ilícito de drogas ilícitas é a denominação de combate ao narcotráfico, aderindo em sua repressão/ investigações, as variadas espécies de drogas estipuladas na Portaria n. 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Em 2014 a Secretaria Nacional de Segurança Pública –SENASP, vinculada ao Ministério da Justiça, elaborou um caderno temático baseado na terminologia POP – Procedimento Operacional Padrão. Um procedimento operacional padrão (POP) é uma espécie de estudo técnico que procura descrever requisitos e atividades necessários para alcance de um determinado resultado esperado, muito embora não seja de aplicação obrigatória, acaba por ser tornar um referencial aplicável a determinados contextos e operações da segurança pública como um todo.

No documento acima referenciado a SENASP adotou a terminologia “Drogas ilegais”, sendo que o referido caderno temático detém o título: **“A Polícia Judiciária no enfrentamento às Drogas Ilegais”**. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014)

Em que pese o termo “*narcóticos*” ter tido um crescente uso no Brasil pelas polícias judiciárias, no mundo todo a designação “drogas” é a mais comum nas instituições, como nos exemplos: na ONU o Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime (UNODC); na Rússia o Serviço Federal para o Controle de Drogas; e, também, nos Estados Unidos da América com o Drug Enforcement Administration – DEA.

Percebe-se uma separação de significantes, mas não de significados vez que temos, de forma mais costumeira, a designação de “*drogas*” quando falamos em políticas públicas, e de como o tráfico ilícito de drogas afeta o Estado; e temos, por outro lado, a determinação de “*narcóticos*” quando apontamos a repressão policial do Estado. Como outro exemplo temos o Chile, país sul-americano, onde existe

a *Jefatura Nacional Antinarcóticos y Contra el Crimen Organizado*, tal seja, Sede Nacional Anti-Narcóticos e Contra o crime organizado.

A palavra “tráfico” detém sentido semelhante da palavra “tráfego”, apontando a circulação de mercadorias, mas no sentido stricto aponta o viés de ilicitude, ou seja, aquilo que circula de forma ilegal. A palavra vem do italiano *traffico*. Em um estudo da Universidade Federal do Pará, realizado pelo Professor José Maia Bezerra Neto, temos o esclarecimento do caráter polissêmico da palavra *Tráfico*, bem como de um apontamento histórico referindo à escravatura e sua abolição no Brasil:

Antes disso, era uma atividade comercial legal e lícita, senão legítima, sendo uma das formas de comércio denominadas como tráfico ou trafego, realizada por mercadores ou comerciantes também chamados de traficantes, isto é, aquele que leva uma mercadoria de um lugar ao outro, negociando-a com terceiros. Quando de sua proibição legal e, principalmente, quando de sua efetiva repressão, o comércio de escravos africanos tornou-se prática ilícita e condenada moralmente, sendo por isso muitas vezes denominado como tráfico ilícito, distinguindo-se, portanto, esse comércio infame de outras práticas comerciais denominadas como tráfico. Iniciava-se assim a construção da identidade dos comerciantes de escravos como traficantes e de seu comércio como tráfico, com o sentido negativo que essas palavras são usualmente empregadas no Brasil contemporâneo; ou seja, tráfico como negócio ilegal ou sujo e traficante como sujeito imoral e criminoso. (NETO, 2009)

Observa-se, no contexto exposto, que temos substâncias nocivas à saúde pública definidas pelo Estado que não podem ser portadas, vendidas, ofertadas, sem autorização do Estado, ensejando àqueles que a manejam em conformidade com os núcleos dos tipos penais da legislação, a subjunção penal da sua conduta, ou seja, a prática de crime.

A designação “tráfico ilícito de drogas” nos apresenta como a terminologia mais adequada para a referência proposta, sendo que, embora o mais lógico seria unidades de polícia com a denominação de Delegacia Especializada na Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas, temos a polissemia de palavras, bem como a construção de signos, ou seja, elementos gráficos de identificação que já levam ao receptor do signo um conjunto de mensagens, e que acabam por aproximar a população dos propósitos da instituição, fato que hodiernamente ocorre com a marca/signo DENARC e NARCÓTICOS.

Temos que ao investigar um fenômeno (tráfico ilícito de drogas), encontramos diferentes prismas, sejam eles referentes a normas jurídicas, referentes a instituições policiais, instituições sociais, e, neste sentido, situar-se sobre as facetas diversas que o tema referenciado pode nos chegar, é situar-se no seu objeto de investigação.

Drogas se referiam no passado a ervas desidratadas, mas agora detém novos significados, e o pesquisador que lida com essa estirpe de repressão acaba por ter a necessidade de deter um mínimo de entendimento morfológico e etimológico dos termos, pois assim, irá compreender a perspectiva proibitiva dos dias atuais.

3. AS DIVERSAS TERMINOLOGIAS JURÍDICAS DO NARCOTRÁFICO

No capítulo anterior, quando vimos algumas terminologias utilizadas no estudo da temática do tráfico ilícito de drogas, verificamos que os regimentos, ou seja, as leis que criminalizam a conduta do comércio de drogas também denominaram as substâncias proscritas de substantivos diferentes ao longo da história.

Como já dito, a primeira proibição brasileira para o uso da maconha foi em um código de posturas que previa na redação da referida lei a descrição “pito de pango”, ou seja, proíbe-se o pito (fumo) que se usa no “pango” (cachimbos de barro), que era, a saber, a maconha. Aqui há um dado importante, vez que, nem no momento histórico em que o legislador detinha tamanha facilidade para legislar (escrever leis), vez que ele só

tinha uma substância para proibir o uso, e nem nessa vez, conseguiu ser objetivo e escrever diretamente a substância “maconha”.

Certa feita, uma equipe de investigadores da Polícia Civil recebeu Ordem de Serviço para investigar e apurar determinado fato criminoso, tal seja: policiais militares realizavam patrulhamento em uma via pública quando avistaram um indivíduo segurando uma sacola, este mudou seu comportamento ao avistar a viatura policial, demonstrando nervosismo. Os milicianos continuaram o patrulhamento rumando ao referido indivíduo, o qual em um ato de valentia criminosa, evadiu por dentro de um beco até não ser mais visto pelos policiais, deixando para trás a sacola plástica contendo diversos papélotes com substâncias brancas de características e texturas semelhantes à cocaína, e cerca de R\$130,00 (cento e trinta reais). Também deixou para trás, sua carteira de identidade, sendo identificado pelos policiais através da fotografia no referido documento.

Diante das diversas terminologias que verificamos no capítulo anterior, realmente se nota uma dificuldade em manter um discurso objetivo quanto à representação gráfica das substâncias que o Estado queria proibir ou controlar a venda e o uso.

No caso do indivíduo que evadiu da abordagem policial, a equipe realizou primeiramente uma análise do panorama, ou seja, verificaram se o local onde o indivíduo seria abordado, era ou não um ponto de venda de drogas conhecido socialmente. Assim, os investigadores conseguiram aquilatar informações relevantes para indicar o local como ponto de venda amplamente conhecido, isto porque, entrevistaram moradores do logradouro que foram categóricos em afirmar que já não aguentavam mais a tamanha insegurança que sentiam ao ter tão próximo um ponto de venda de drogas frequentado por “pessoas estranhas”. Também adicionaram à investigação algumas ocorrências policiais que indicavam prisões de traficantes de drogas no mesmo local de onde o nacional evadiu, e cumpriram uma importante etapa da investigação do tráfico varejista.

Quando o Brasil ainda era império, vigeu o Código Penal do Império, o qual previa em sua norma do artigo 200 o tipo penal de fornecer “drogas” para o aborto. Em um regulamento da Junta de Higiene Pública datado de

1851, encontramos a menção às “substâncias venenosas”. Em 1919, encontramos a menção “ópio e outras substâncias perigosas” quando da criação na Liga das Nações do Comitê Consultivo sobre o Tráfico de Ópio e Outras Substâncias Perigosas. Em 1925 encontramos a menção “drogas nocivas”, quando da Convenção Internacional de 1925 sobre Drogas Nocivas. Em 1932, na Consolidação das Leis Penais, o termo usado foi “substâncias entorpecentes”, expressão também usada em 1940 quando da edição do Código Penal Brasileiro.

Em 1971, a Lei n.º 5.726 de 29 de outubro, teve como ementa o seguinte texto: “Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências”. (grifo nosso) (BRASIL, 2017)

Em 1976, a Lei 6.368 de 21 de outubro, teve como ementa o seguinte texto: “Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências”. (grifo nosso) (BRASIL, 2017)

Por fim, em 2006, a Lei 11.343 de 23 de agosto, teve a seguinte ementa:

Institui o Sistema Nacional de Polícias sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. (BRASIL, 2017)

Conforme exposição acima, vemos que vez a lei chamou de substâncias venenosas, outrora a lei chamou de substâncias entorpecentes, e em 2006 a lei chamou de drogas.

De volta ao caso da investigação citado alhures, os investigadores realizaram novos levantamentos sobre a pessoa que evadiu da abordagem policial, mas identificado por conta de sua carteira de identidade. O

indivíduo já havia sido preso por tráfico ilícito de drogas em duas oportunidades, sendo que em ambas estava realizando o tráfico varejista, ou seja, em pontos de venda de drogas. Neste pé, além das informações que os policiais militares já haviam registrado, os investigadores de polícia arregimentaram informações referentes ao passado policial do investigado, bem como sobre o ponto (localização geográfica) onde ocorreu o crime investigado.

Entretanto, um ponto chamou a atenção da equipe de investigação, o endereço do indivíduo investigado era em um bairro da regional Pampulha, situada na capital Belo Horizonte, mas o local onde ocorreu a tentativa de abordagem era em uma via pública na Pedreira Padre Lopes, outro bairro muito conhecido por policiais de Belo Horizonte como possuidor de diversos pontos de venda de drogas. Analisando as prisões anteriores do investigado, notaram que estas ocorreram no bairro onde ele residia, faltando, então, aos investigadores, o entendimento desta circunstância, ou seja, porque o “traficante” teria saído de seu local (onde costumeiramente vendia drogas) e teria ido para bairro um pouco distante? A equipe fez enésimas ilações lógicas. Teria o investigado feito amizades com integrantes de outro magote do tráfico e teria migrado para outra região? Teria o investigado mudado de bairro com sua família: Teria ele parentes nesta outra região? Mil diligências necessárias para “arredondar”, tornar cristalina, a investigação.

Em que pese o hercúleo trabalho da equipe, a resposta às inquietudes dos bons investigadores, é suprimida com o conhecimento que este artigo propõe, a criação de um raciocínio lógico. Veremos.

Como vimos, as concepções semânticas que as instituições policiais, os órgãos do Estado, a ciência, as leis, deram para as substâncias que são controladas (ou proscritas), variam de forma a levar aos sujeitos aplicadores da lei, defensores dela, no caso de policiais, a um confuso caminho. Mas a Lei 11343, já referenciada, grafou em seu artigo 66, um norte geográfico sem desvio de bússola, porque, segundo esta norma, não importa qual o nome genérico irá se atrelar ao conjunto das substâncias, vez que se delimitou como drogas as substâncias controladas pela referida lei, ou seja, o conjunto das substâncias proibidas/controladas é

denominado drogas, e as espécies deste conjunto são descritas por uma Portaria (espécie de lei em sentido amplo) do Ministério da Saúde.

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998. (BRASIL, 2017)

Quando a equipe colecionava as informações da investigação que haviam progredido, tiveram acesso ao laudo pericial advindo da seção de perícias criminais, sendo que o respectivo laudo descrevia que as substâncias apreendidas pelos militares, não se tratavam de cocaína, mas, sim, de talco. Ora, os investigadores detinham, neste momento, o seguinte panorama: um indivíduo estava em um ponto de venda de drogas, assustou ao ver a equipe policial, evadiu e deixou para trás sua identificação, papelotes endolados e prontos para a venda, e dinheiro. Este indivíduo não residia no bairro e já detinha outras passagens policiais por tráfico. O único fato que não se encaixava era o porquê ele estava vendendo suas substâncias tão longe de casa, mas acabou sendo explicado pelo resultado do laudo, vez que talco não é droga. E porque não é droga? Porque não está na lista das substâncias que tem a Portaria 344, e somente as substâncias que estão nesta lista são consideradas drogas, conforme o artigo 66 da Lei 11343/06.

Concluíram a investigação com os elementos acima, os quais indicam que o vendedor fujão, estava, em termos esdrúxulos, vendendo gato por lebre, ou seja, talco por cocaína, induzindo os usuários a erro. Estava longe de casa, pois sua farsa não poderia durar muito, e ele devia estar longe de lá antes que um dos compradores voltasse para reivindicar os seus direitos de consumidor.

Assim, temos que a lei proíbe determinadas condutas como portar, trazer consigo, expor à venda, vender, ceder, drogas em desacordo com autorização legal. Para entender a proibição acima, é necessário se valer

de uma lista que vai nos dar a relação de quais substâncias serão consideradas drogas. Essa relação de substâncias vem em listas da Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1988, a qual regulamenta as substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.

Após avançarmos na nossa investigação literária, vamos analisar alguns casos policiais reais. Uma equipe de investigadores recebeu em uma Delegacia de Polícia um homem que lá aportou para denunciar seu vizinho, o qual foi visto entrando no interior de sua casa com duas sacolas contendo substâncias brancas, acreditando, o denunciante, que se tratavam de sacolas de cocaína. A equipe realizou levantamentos que acabaram por revelar que o indivíduo que entrou com as sacolas em seu lar se tratava de um traficante conhecido pela polícia, visto já ter sido preso outras vezes por tráfico de cocaína. Os levantamentos também apontaram que este indivíduo não estava trabalhando, e que utilizava um veículo do ano para se locomover, chamando a atenção dos vizinhos. Após a representação por mandado de busca e apreensão domiciliar, foi localizado, arrecadado e apreendido na residência deste indivíduo 5 quilos de ácido bórico.

No exemplo acima, não se trata de localização e apreensão de drogas, vez que, ácido bórico (ácido ortobórico) não consta nas listas da Portaria n.º 344 de 1998 do Ministério da Saúde. Entretanto, a conduta pode se enquadrar no Art. 33, §1 da Lei 11343/06, vez que este tipo penal tipifica a conduta de posse, guarda, venda, entre outros verbos, de substância que seja matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas. Mas o que temos de entendimento necessário neste caso é o de que não se trata de drogas, ou seja, ácido bórico não é droga para a lei.

Outro caso ocorrido junto ao DENARC/MG versou sobre grande operação policial, na qual os policiais civis cumpriram simultaneamente cerca de 40 mandados de busca e apreensão domiciliar, no intuito de desarticular uma organização criminosa que realizava a venda de anabolizantes através de aplicativos de celulares, pela rede mundial de computadores e com entrega pelos Correios. Em uma das residências em

que foi cumprida as buscas foram encontrados 100 frascos de acetato de trembolona produzidos no Paraguai.

Novamente temos que fazer a pesquisa junto à Portaria 344 de 1998 do Ministério da Saúde, e ao fazermos, verificamos que acetato de trembolona não consta na lista C5, a qual enumera substâncias anabolizantes consideradas como droga para efeitos da Lei 11343/06. Entretanto, vislumbra-se que o comércio desta substância de maneira clandestina ainda é crime, não de tráfico ilícito de drogas, mas, sim, de Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, previsto no Art. 273 do Código Penal Brasileiro, pois esse medicamento é produzido não é produzido dentro das normativas reguladas pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA.

Por fim, apontamos o fato de um indivíduo que foi flagrado pela força policial em posse de 7 litros de acetona, sendo preso pela conduta de tráfico ilícito de drogas, isto porque, a Portaria 344 de 1988 do Ministério da Saúde elenca em suas listas a substância ACETONA, e portar a substância sem a correta autorização legal, tendo como destino a preparação de drogas, configura crime, vejamos:

[TJ-SP - Apelação APL 597053520098260576 SP 0059705-35.2009.8.26.0576 \(TJ-SP\)](#)

Data de publicação: 11/04/2011

Ementa: Lei de Tóxicos . Artigo 33, § 1º(I). Agente que guardava em sua residência frascos de **acetona** e éter e que, confessadamente, utilizava tais matérias-primas no refino da cocaína. Condenação criminal decretada.

[STJ - HABEAS CORPUS HC 219311 SP 2011/0226165-9 \(STJ\)](#)

Data de publicação: 19/12/2011

Ementa: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE

LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343 /06. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Paciente preso em flagrante como incurso no art. 33 da Lei de Tóxicos, uma vez que foi surpreendido em 21/12/2010 na posse de 7 litros de **acetona**, utensílios com resquícios de cocaína e R\$ 900,00 divididos em maços de R\$ 100,00. 2. Quanto à alegação de inocência, além de demandar incursão na seara probatória, tarefa insuscetível de ser realizada na presente via, o tema não foi analisado pela Corte de origem, o que inviabiliza o conhecimento da matéria nesta instância superior, sob pena de vedada supressão de instância. 3. É firme a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a vedação expressa da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal. 4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, no mais, denegado.

A ACETONA, por exemplo, é usada por manicures, bem como vendida em pequenos comércios, como a posse dela pode ensejar crime. Pois bem, a Portaria 344 ao colocar a acetona em uma de suas listas, também coloca um adendo, referenciando que estas substâncias estarão sujeitas à controle da Polícia Federal. Neste sentido, existe uma regulamentação feita pela Polícia Federal, Portaria 1.274 de 2003, a qual descreve regras para manejo, venda e estoque de substâncias como a ACETONA, o THINER, etc.

Necessário, pois, que o policial esteja atento às diretrizes acima explanadas, pois, sabedor de elementos como os acima descritos, terá sequências lógicas, “sacadas”, “tirocínio policial”, para realizar seu trabalho investigativo com maior robustez. Uma vez ocorreu uma operação policial para o cumprimento de mandados de busca e apreensão em diversas residências, tendo em uma destas sido localizado pelos investigadores algumas dezenas de frascos de acetona, cerca de 10 litros, o tirocínio policial não rendeu frutos naquela ação, visto que não conseguiram à época ligar o fato da acetona ser usada pelos traficantes para refinar a cocaína. A Lei 11343/06 também criminaliza a posse de substâncias percussoras, e acetona é uma substância precursora. Observa-se que a posse, guarda, destas substâncias para serem consideradas crime deve ter como destino a preparação de drogas.

A matéria-prima, o insumo ou o produto químico não precisam ser tóxicos em si, bastando que sejam idôneos à produção de entorpecentes. Assim é que a posse de éter ou acetona pode configurar o delito, desde que exista prova de que destinavam à preparação de cocaína. (GONÇALVES; JUNIOR; 2016, p. 103)

Analisamos as diversas terminologias institucionais do narcotráfico, lembrando que optamos pela terminologia “narcotráfico” para designar o tráfico ilícito de drogas, após, analisamos as diversas terminologias jurídicas do narcotráfico.

3. CONCLUSÕES

Diante de todo exposto, conclui-se o presente artigo, o qual traz informações que possibilitam o norteamento do pesquisador profissional diante das diversas facetas e terminologias que fazem parte do mundo dos fatos no tocante ao narcotráfico.

Cotidianamente os operadores policiais se encontram em situações fáticas que podem levar a uma dificuldade de entendimentos, vez que as diversas nomenclaturas utilizadas pelas instituições e pelas legislações

criaram um limbo onde quase todos termos vão tendo o seu significado alterado.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Criminal do Império, de 18 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Consolidação das Leis Penais, de 14 de dezembro 1932. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/72115/pdf/72115.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Decreto 829, de 29 de setembro de 1851. Manda executar o regulamento da Junta de Hygiene Publica. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-828-29-setembro-1851-549825-publicacaooriginal-81781-pe.html>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 08 de ago. 2017.

BRASIL. **Lei 5.726**, de 29 de outubro de 1971. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5726-29-outubro-1971-358075-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 22 jul. 2017

BRASIL. **Lei 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em: 26 jul. 2017

BRASIL. **Lei n. 9296**, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm> Acesso em 28/04/2017.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 20 jul.2017.

BRASIL. **Lei n. 12850**, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em 28/04/2017.

CARNEIRO. Henrique. **Transformações do significado da palavra “droga”**. In: VENÂNCIO, Renato Pinto; CARNEIRO, HENRIQUE (Org.). Álcool e drogas na história do Brasil. Belo Horizonte. Editora PUC Minas, 2005.

CEBRID. **Livreto Informativo Sobre Drogas Psicotrópicas**. Out. de 2014. Disponível em: < <http://www.cebrid.com.br/livreto-informativo-sobre-drogas/>>. Acesso em: 25 jul. 2017

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Legislação Penal Especial**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MÉDICI, Sergio de Oliveira. **Tóxicos**. Bauru: Javoli, 1977.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **A Polícia Judiciária no enfrentamento às drogas ilegais**. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria 344**, de 12 maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf. Acesso em: 26 jul. 2017.

NETO, José Maia Bezerra. **Uma história do tráfico em verbetes: etimologia e história conceitual do tráfico a partir dos dicionários**. Revista Estudos Amazônicos. Disponível em <<http://www.ufpa.br/pphist/estudosamazonicos/arquivos/artigos/4%20-%20IV%20-%20I%20-%202009%20-%20JM%20Bezerra%20Neto.pdf>> Acesso em nov.2016.

PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. Secretaria Municipal da Casa Civil. **Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://wpro.rio.rj.gov.br/arquivovirtual/web/fontes/exibirObjDigital.php?id_objetoDigital=22169>. Acesso em: 16 de jul. 2017.

RIO DE JANEIRO. Código de Posturas de 1830. Disponível em: <http://wpro.rio.rj.gov.br/arquivovirtual/web/fontes/exibirObjDigital.php?id_objetoDigital=22169>. Acesso em 15 ago. 2017.

ATIVISMO JUDICIAL SOB O ENFOQUE DA EXCESSIVA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NOS DEMAIS PODERES

GUILHERME HENRIQUE FERREIRA FOLHA:
Bacharelado em Direito da Faculdade Serra do Carmo.

LILIANE BORGES

(Orientador)[1]

RESUMO: A origem do ativismo judicial perpassa historicamente pela redemocratização e novos modelos constitucionais, filosoficamente com a superação do positivismo – ao que a doutrina chama de pós-positivismo -, e teoricamente ao se reconhecer a força normativa da Constituição. Podendo ser conceituado como a conduta que rompe com os precedentes dos tribunais ou ainda como a conduta do julgador que se afasta dos mecanismos usualmente utilizados na hermenêutica, fato é que nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal tem exercido o ativismo sempre que necessário, eis que o Poder Judiciário não pode furtar-se de entregar a tutela jurisdicional. Enquanto manifestação do Poder Judiciário, o ativismo pode ou não significar a ruptura da independência funcional e da harmonia que devem existir entre os três poderes da União. Mas a experiência revela que o ativismo também está presente na praxe forense dos Estados estrangeiros, sendo que algumas cortes estrangeiras como a de Warren nos Estados Unidos da América, foi fundamental para o reconhecimento de alguns direitos sociais antes suprimidos. Também é possível observar que seus efeitos transcendem o processo enquanto instrumento responsável pela entrega satisfativa da tutela das partes, sendo necessário neste ponto a imparcialidade e técnica do julgador para que sua decisão não seja dotada de cunho político.

Palavras chave: Ativismo Judicial; Poderes; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The origin of judicial activism has historically been through a new democratization and new constitutional models, philosophically with overcoming of positivism - to what the lecture calls post-positivism -, and theoretically by recognizing the normative force of the constitution. It can be

written by the conduct that breaks with the precedents of the courts or even as the conduct of the judge who departs from the mechanisms commonly used in hermeneutics, fact is that in recent years the Federal Supreme Court has exercised the activism whenever necessary, The Judiciary cannot shy away from delivering judicial protection. As a manifestation of the Judiciary, activism may or may not mean the breakdown of the functional independence and harmony that must exist between the three powers of the Union. But experience shows that activism is also present in the forensic practice of foreign states, with some Foreign courts such as Warren in the United States of America was instrumental in the recognition for some previously suppressed social rights. It is also possible to see that its effects transcend the process as an instrument responsible for the satisfactory delivery of the trusteeship of the parties, being necessary in this point the impartiality and technique of the judge so that its decision is not ends with political character.

Keywords: Judicial Activism; Strength; Federal Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto de pesquisa subsidiará vindouro artigo de conclusão de curso superior, o qual tratará do ativismo judicial no Brasil e em linhas gerais no direito comparado sob a ótica constitucional da independência e harmonia dos três Poderes.

No estudo buscará analisar, de início, o poder judiciário, atentando-se para a noção de Estado Democrático de Direito e Democracia e do sistema de jurisdição adotado no Brasil, que diverge do contencioso administrativo adotado em países como França, para finalmente adentrar-se no objeto principal do estudo a ser feito.

Sabendo que a autonomia de cada um dos poderes da União é garantida pela própria Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, seria possível admitir-se a existência e a prática do ativismo judicial sem que com isso as decisões emanadas do poder judiciário eventualmente adquiram um caráter político e violador da democracia, bem

como desatendam ao seu propósito de prestar efetivamente a tutela jurisdicional aos jurisdicionados?

Percebe-se que ao lado de intervenções necessárias e meritórias, algumas extrapolam certos limites, vindo dotadas muitas vezes de sobrecarga emocional como em casos que tratam de medicamentos e terapias. Assim, põem em risco a própria continuidade como princípio que deve ser seguido pela administração pública enquanto prestadora de serviços públicos, que podem comprometer o manejo dos já escassos recursos públicos.

Assim, seja fazendo uso do ativismo judicial ou na própria autocontenção, poder-se-ia estar diante de decisão de cunho meramente político. Contudo, para os otimistas, os juízes e tribunais em exercício não extrapolam suas competências. Antes disto, traduzem a assumida e fundamental participação da magistratura, em conjunto com o legislador, de construir e dizer o direito aplicável à espécie.

Às vezes a sociedade anseia por decisões que envolverão temas ainda não regulamentados em lei, e neste ponto a própria inércia do poder legislativo pode servir de combustível para o ativismo judicial brasileiro.

Sendo certo que o ativismo apresenta seus pontos positivos e negativos, é preciso coibir um ativismo judicial exagerado que flagrantemente invade a esfera dos outros poderes; é necessário que o poder seja repartido. Mas não basta a Constituição dizer que o poder é repartido, é necessário que existam mecanismos de freios e contrapesos e que estes mecanismos sejam respeitados para que funcionem efetivamente.

Neste sentido serão estudadas a missão, funções e competência de algumas entidades, sendo elas: O Conselho Nacional do Ministério Público e o próprio Ministério Público enquanto garantidor do regime democrático e do próprio Conselho Nacional de Justiça enquanto zelador do estatuto da magistratura, dos princípios do Art. 37 da CRFB/88, e dos atos administrativos praticados por órgãos do poder judiciário. Na mesma linha, a própria Ordem dos Advogados do Brasil enquanto guardião da CRFB/88.

2 DO PODER JUDICIÁRIO E O ATIVISMO JUDICIAL

Antes das considerações iniciais acerca do que é o ativismo judicial no Brasil com a exemplificação e citação de algumas jurisprudências pontuais sobre o tema bem como no direito comparado, expondo suas principais características, e serão introduzidas as feições do Poder Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial, ao contrário do que se possa imaginar, não é fenômeno meramente político e isolado. Em verdade faz parte da ascensão do Poder Judiciário advinda do novo modelo constitucional adotado na Carta Política de 1988 e nas Constituições de outros países. Modelo que sofreu inúmeras mudanças no que tange ao modo de pensar e aplicar o Direito. Luís Roberto Barroso (2009) aponta três marcos fundamentais responsáveis por esta mudança: histórico, filosófico e teórico.

Historicamente, após a Segunda Guerra Mundial, e em países como Espanha e Portugal, houve uma redemocratização e a adoção de novos modelos constitucionais, inclusive no Brasil com a CRFB/88. Deixa-se de lado o bem-estar de um estado intervencionista e passa-se a uma maior efetivação das garantias e direitos fundamentais, bem como se nota maior preocupação com a democracia e o Estado Democrático de Direito.

Filosoficamente tem-se a superação do positivismo, adentrando no pós-positivismo, em face do reconhecimento de princípios que hoje norteiam o ordenamento jurídico, em especial o da dignidade da pessoa humana que edificou a teoria dos direitos fundamentais. Não se trata de desprezo ao texto legal, mas interpreta-se o direito com o fito de se obter justiça atribuindo valor normativo aos princípios (ARAÚJO, 2015).

Por fim, teoricamente, reconheceu-se que a Constituição tem força normativa assim como os princípios, de modo que a jurisdição constitucional foi ampliada e surgiram novas categorias interpretativas constitucionais – diretas ou indiretas. Ao se falar em jurisdição

constitucional, é preciso ter em mente que o termo é fruto da redemocratização da Constituição pós – segunda guerra mundial que transformou as Constituições em centros do ordenamento jurídico e não mais apenas num mero documento político. Desta forma surgiram Tribunais Constitucionais que passaram a exercer controle difuso de constitucionalidade e a última palavra passou a ser do Judiciário – princípio da inafastabilidade da jurisdição -.

Em breve análise dos três elementos mencionados acima pode se dizer que o direito evoluiu com vistas a alcançar a justiça social. Na análise histórica percebe-se a preocupação com os direitos fundamentais, deixando-se o Estado em segundo plano. Filosoficamente e teoricamente houve modernização e estabelecimentos de novos métodos de interpretação com o pós-positivismo, sobretudo o axiológico. Mas como ficaria o ativismo judicial de acordo com cada sistema jurídico?

Quando se fala em sistemas jurídicos, famílias do direito, logo nos vem à mente dois principais sistemas: o *de commom law*, tendo seu principal expoente os Estados Unidos da América, e o romano-germânico, tendo como um de seus expoentes o Brasil. Em ambas o direito se propõem a solucionar conflitos, orientar os aspectos da vida social e dar soluções a processos.

Pode se dizer que no sistema romano-germânico, mais adstrito à literalidade das normas e erigidos piamente pela regra escrita, o ativismo judicial seria uma situação alheia e até mesmo conflitante com a realidade jurídica de determinado sistema. Os juristas devem se apegar à lei para a solução do caso concreto. Mas o conceito legal é mais amplo do que se percebe num primeiro momento. Para Souza Junior, apud Carlos Eduardo Dieder Reverbel (2009), agrega-se à legalidade “alguns adjetivos importantes, como, por exemplo, igual, prospectiva, controlável (razoável, proporcional). Pode soar estranha, mas não deixa de ser o princípio da legalidade juridicamente devida, ou seja, da legalidade com certas qualificações jurídicas mínimas.”

Carlos Eduardo Dieder Reverbel (2009, p. 43) vai além ao dispor que:

[...] em um sistema que tem por base a lei – a percepção do ativismo judicial parece ser um mal maior. Mas certamente este ativismo judicial, ao menos no Brasil, possui raízes mais profundas, como o desprestígio da lei, a ineficiência do executivo, a desestruturação do sistema, a irracionalidade das instituições, a ausência de uma boa política, a falta de consenso sobre pontos fundamentais.

Ou seja, além do amplo conceito sobre o que seja legalidade, e que garante a atuação adstrita de juízes a este respeito nos países que tem por base a lei, para o autor o ativismo não seria de todo o mal. Haveria no Brasil quase que um clamor ao Judiciário para que este resolva questões que o Poder Executivo e o legislativo não conseguem.

Ainda de acordo com Luís Roberto Barroso (2009), no Brasil a judicialização é causada pelo sistema brasileiro híbrido de controle de constitucionalidade, pela constitucionalização abrangente e pela redemocratização do país.

O sistema é híbrido, pois tem traços do sistema americano incidental e difuso, onde o juiz no caso concreto se pronuncia sobre a constitucionalidade de determinado tema. Também tem traços do sistema europeu, onde o controle é por ação direta. Com este sistema híbrido, o poder Judiciário é dotado de bastante poder e abre-se o leque de suas possibilidades de interferência nas políticas públicas. A interferência poderá traduzir-se em ativismo judicial.

Já por constitucionalização abrangente, tem-se a inclusão de matérias no texto constitucional, transformando política em direito. Desta forma traz-se para a esfera da jurisdição diversos temas como política, religião, moral, ciência, dentre outros.

Portanto, as mudanças de paradigma no direito constitucional sob a ótica histórica, teórica e filosófica apresentada por Luís Roberto Barroso, aliado à Constitucionalização abrangente do Direito e o sistema híbrido de controle de constitucionalidade, judicializaram as relações sociais, de

forma a abrir caminho à atitude ativista dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Ainda no tocante as causas do ativismo judicial, citando a omissão, ineficiência e inoperância do Poder Legislativo como causa do ativismo judicial, Milton F. Lamanuskas (2009, p.240) dispõe em sua dissertação de mestrado que:

Entre essas, destacam-se a inoperância e a ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo em suprirem as necessidades socioeconômicas ao Estado de Direito. A sociedade parece ter encontrado seu salvador contra a paralisia do sistema público-estatal. De um lado, um Poder Executivo cujo braço operacional é a Administração Pública, caracterizada pela lentidão, burocracia, ineficiência, incapacidade e demais defeitos da tão difamada máquina administrativa. De outro lado, o Poder Legislativo, que de longa data vem perdendo espaço para o Executivo, agora cede lugar ao Judiciário. Parece sim guardar íntima culpa pela efervescente produção jurisdicional – mormente em matéria eleitoral – observada nos últimos anos em nossa nação. Talvez não a justifique, mas certamente é listada como uma das principais causas do ativismo do Poder Judiciário a lacuna deixada pelo Legislativo.

Não se fala aqui que as causas do ativismo judicial se esgotam nas citadas em linhas pretéritas, e é importante salientar que a judicialização das relações sociais não se confunde com o ativismo propriamente dito, mas a expansão da jurisdição constitucional e as novas formas interpretativas mantém estreita correlação com o ativismo judicial.

Judicializar as relações sociais significa colocar nas mãos do Poder Judiciário os mais diversos conflitos, quando, por ineficácia ou omissão, os poderes executivos e legislativos não o fazem. Além desta ineficácia, é

preciso que haja democracia e separação de poderes para garantir a atuação independente do Judiciário.

Em outras palavras, pode-se dizer que para que haja ativismo judicial é necessário que haja a judicialização das relações sociais, mas a recíproca não é verdadeira, de modo que nem sempre que houver o fenômeno da judicialização haverá ativismo judicial.

Identificar no caso concreto se há ou não ativismo judicial não é tarefa fácil. Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p.21), explica que:

[...] o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do Poder Legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis.

É necessário também que os grupos interessados por essa atuação e judicialização busquem a tutela de seus interesses junto ao Poder Judiciário que decidirá sobre os direitos desses interessados de maneira imperativa e fundamentada. O Poder Judiciário deve agir sempre que provocado, sendo que havendo necessidade, haverá judicialização. Mas o ativismo por sua vez, é faculdade de atuação do juiz, que discricionariamente decide se vai ou não praticar o ativismo judicial.

2.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Quando a sociedade experimenta o ativismo judicial, em especial no Supremo Tribunal Federal muitos são os seus efeitos. Com a judicialização das relações sociais, cada vez mais são trazidas ao Poder Judiciário algumas situações jurídicas ainda não previstas em lei, eis que impossível

para o legislador prever todas as hipóteses possíveis de litígios e controvérsias que podem surgir no seio social.

Antes de analisarmos as vantagens e desvantagens do ativismo judicial, cumpre dizer que a reprovação do mesmo enquanto potencialmente ofensiva à separação de poderes não é compartilhada pela maioria. E neste sentido, válida a lição de Mauro Cappelletti *apud* Inocêncio Mártires Coelho (2010), para quem o Supremo Tribunal Federal seria um órgão que não se encaixa em nenhum dos três poderes em virtude de sua distinta missão constitucional, senão veja-se:

Em relação aos tribunais constitucionais, o juízo de reprovação do ativismo judicial enquanto conduta que seria ofensiva ao dogma da separação de poderes, não é compartilhado por muitos juristas de expressão, como é o caso de Mauro Cappelletti, por exemplo, para quem, pela singular posição institucional de que desfrutam – situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes –, as cortes constitucionais não podem ser enquadradas nem entre os órgãos jurisdicionais, nem entre os legislativos, nem muito menos entre os órgãos executivos, porque a elas pertence de fato uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos Poderes tradicionais, antes se projeta de várias formas sobre todos eles, para reconduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência das normas constitucionais.

Portanto, para o autor citado alhures, não se falaria jamais em violação à independência funcional e harmonia entre os poderes da União pelo simples fato de que o Supremo Tribunal Federal enquanto ativista sequer faz parte de um dos três poderes. Isto pois, na visão do autor, o tribunal atua fora e acima da tradicional divisão tripartida em virtude de sua função autônoma de controle constitucional.

Não há dúvidas de que o que causou mais convulsão social dentre os mencionados seja a ADPF n 54 de Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Antes do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal nesta ADPF, milhares de outros casos correlatos foram decididos por juízes de todo o Brasil.

Trata-se da questão do aborto de feto anencéfalo, onde na ADPF nº 54 buscou-se a declaração da inconstitucionalidade da interpretação dos Arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal que impedisse a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo. Buscou-se uma interpretação de acordo com a Constituição que assegurasse todos os direitos fundamentais da gestante envolvidos na questão como o direito à saúde, autonomia da vontade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

No caso da ADPF em questão, o Supremo Tribunal Federal foi ativista quando provocado, e o foi por omissão legislativa. A tipificação do aborto de feto anencéfalo se fazia pela interpretação dada ao dispositivo, que não se coadunava com a Constituição Federal. A interpretação até então classificava tal conduta como criminosa nos dispositivos legais do Código Penal.

Para Rodrigo de Souza Tavares, et al (2008) “uma Corte ativista pode ser caracterizada como tal pelo afastamento dos cânones de hermenêutica jurídica (sobretudo constitucional) partilhados pela comunidade de intérpretes –, e portanto, do desenvolvimento de uma atividade que se poderia qualificar como normogênica”. E foi o que ficou evidenciado no caso, em que a interpretação dada pelo STF divergiu daquela empregada por quem tipificava a conduta, alcançando a decisão determinado fim social.

Entretanto não se fala em falta de correção material, pois apesar de entender que a interpretação não se dava de acordo com a Constituição, a interpretação era lógica e racional, portanto válida e justificável nos campos da moral e da ética. Portanto seria o caso de se adequar a interpretação conferida ao tema à realidade social e aos direitos fundamentais em questão, e de fato declarando inconstitucional a

interpretação de que a interrupção da gestação neste caso seria tipificada como aborto.

Para fundamentar o caso, analisa-se a condição e situação do anencéfalo frente ao Estado Democrático de Direito e à possibilidade de tutela de seus interesses e concretização de seus direitos.

No início de seu voto, o Relator Min. Marco Aurélio faz alusão à laicidade do Estado brasileiro, não o reconhecendo como religioso e nem ateu, mas neutro. Enquanto Estado neutro, o Ministro critica as mensagens religiosas contidas nas cédulas de papel moeda do real e se manifesta contrário aos símbolos religiosos apregoados nas paredes das repartições públicas brasileiras, sob pena de se prestigiar o cristianismo em detrimento de outras religiões.

Esta introdução feita pelo Relator é importante porque demonstra a necessidade de se separar o Estado da igreja, em que pesem as tradições. Assim, é salutar para o relator que não seja usado como fundamento qualquer argumento que tenha condão religioso em manifestações contrárias à declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos dispositivos do Código Penal aludidos acima no sentido de tipificar a conduta da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo.

No voto, enfatiza o Ministro Marco Aurélio:

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a

possui. Paixões religiosas de toda ordem não de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida. [...]A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia.

O relator continua trazendo em seu voto definições e considerações sobre anencefalia. A anencefalia seria a má formação do tubo neural do feto, caracterizado pela ausência parcial do encéfalo e do crânio. Verifica-se a ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e verifica-se um tronco cerebral rudimentar.

É uma doença letal em 100% (por cento) dos casos. Não há potencialidade de vida extrauterina. Não há o desenvolvimento de nenhuma sensibilidade ou emoção, consciência, cognição e vida relacional.

A antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo diferencia-se do aborto eugênico que é criminalizado, feito quando apesar de constatada deficiências há a possibilidade de vida extrauterina. A diferença entre um e outro é sintetizada no voto do Relator Marco Aurélio:

Cumprer rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial.

Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não”⁵². De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não.

Em verdade, constatada a anencefalia, nenhum direito fundamental assegurado constitucionalmente às crianças e adolescentes poderia ser entregue ao portador da anencefalia, pois esta é uma condição incompatível com a própria vida. Assim assevera o Ministro Marco Aurélio

Do mesmo modo, revela-se inaplicável a Constituição Federal no que determina a proteção à criança e ao adolescente, devendo a eles ser viabilizado o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, ficando a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ora, é inimaginável falar-se desses objetivos no caso de feto anencéfalo, presente a impossibilidade de, ocorrendo o parto, vir-se a cogitar de criança e, posteriormente, de adolescente.

Muito se discutiu à época se a manutenção compulsória da gravidez nesses casos se justificaria pelo princípio da solidariedade, ante a possibilidade de doação de órgãos do anencéfalo e se seria violado seu direito à vida no caso de interrupção antecipada da gravidez. Aliás, os inúmeros direitos fundamentais das gestantes, dentre eles: dignidade da pessoa humana, liberdade, autodeterminação, autonomia, saúde e privacidade; ficariam em conflito como esses mesmos direitos do anencéfalo.

No primeiro caso ficou constatada a impossibilidade de doação de órgãos do anencéfalo. E mesmo que a possibilidade fosse realidade, entendeu o Ministro Marco Aurélio que a condição de ser humano da mulher seria posta em segundo plano, coisificando a mulher que seria apenas meio e não fim em si mesma, hipótese que jamais se justificaria.

Quanto à violação do direito à vida, é uma hipótese que escapa da realidade. Conforme já dito, o anencéfalo não é dotado de potencialidade de vida, não se fala em vida extrauterina porque os casos sempre são letais. Então o que num primeiro momento pode mostrar-se como um conflito de direitos fundamentais – direito à vida, saúde e dignidade da pessoa humana da gestante x direito à vida, saúde e dignidade da pessoa humana do anencéfalo – na verdade não passa de conflito aparente.

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. [...]Anencefalia e vida são termos antitéticos.

Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida

A mulher por outro lado experimenta situações devassas e mórbidas, física e psicologicamente falando. Fala-se em aumento de hemorragias, hipertensão, diabetes, partos prematuros e ainda casos de gravidez prolongada; depressão, transtornos psicológicos graves e tendências suicidas também são mencionados no voto do Relator.

Sob pena de se privilegiar direitos de um ser natimorto sem nenhuma expectativa de vida e atributos psíquicos dignos de um ser humano em detrimento de uma pessoa já detentora de direitos e deveres na vida civil, a reprovação moral à interrupção prematura em casos de feto anencéfalo não deve ceder a uma indignação seletiva, a uma falsa moral. Assim, por maioria, o Tribunal decidiu pela admissão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

O caso traz à baila alguns aspectos já tratados neste trabalho. Não havia dispositivo legal que regulasse expressamente a matéria em flagrante lacuna legislativa, ineficiência e ineficácia legislativas, e atribuía-se aos artigos correlatos do Código Penal uma interpretação que como se viu afrontava a Constituição Federal e os Direitos Fundamentais da Mulher.

Com sua inconstitucionalidade declarada, a interpretação que tipificava a conduta de interrupção antecipada da gestação em caso de fetos anencefálicos perdeu espaço no nosso ordenamento jurídico. Portanto tal interpretação, além de ser dotada de ineficácia social, já que o

clamor público e o bem-estar social clamavam pela legalização da interrupção da gravidez, travestiu-se de ilegalidade após o julgamento da ADPF nº 54, para não dizer inconstitucionalidade, configurando presentes os parâmetros autorizadores do ativismo judicial.

Outro caso interessante que merece destaque é o julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.649/DF, questionando a constitucionalidade da Lei 8.899/94 que estabelece transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência comprovadamente carentes. Sob o argumento de violar a propriedade privada, a livre iniciativa e a isonomia, a ação foi julgada improcedente sob o fundamento da preponderância do princípio da solidariedade, e da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

As próprias súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal são exemplos de ativismo. Dentre elas, a súmula vinculante nº 11 que restringiu o uso de algemas, só podendo ser permitido o uso em caso de resistência, receio de fuga ou periculosidade por parte do preso ou de terceiros. A permissão deve ser justificada por escrito sob pena de responsabilização da autoridade, do agente e do Estado, bem como nulidade da prisão ou ato processual a que se refere.

A súmula vinculante nº 25 que trata da vedação da prisão do depositário infiel é outro exemplo. Tendo havido uma virada jurisprudencial neste sentido, em razão do Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica que restringe a prisão por dívida no caso de descumprimento inescusável de prestação alimentícia, hoje no Brasil a única hipótese de prisão civil admitida é esta.

Ainda se tratando do ativismo presente nas súmulas vinculantes, a súmula nº 13 que trata do nepotismo nos três poderes. A questão foi inicialmente levantada no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 12, validando a resolução nº 07 do Conselho Nacional de Justiça que tratava da vedação do nepotismo no Poder Judiciário. Posteriormente no julgamento do Recurso Extraordinário nº 579951, a vedação estendeu-se aos demais poderes.

2.3 A FAVOR DO ATIVISMO

Mesmo não sendo poder constituído pelo voto popular, é certo que o Poder Judiciário exerce poder político sobre os outros dois. Isto decorre de

autorização constitucional para tanto, sendo esta a justificativa normativa para que exista o ativismo no nosso meio. E se existe, é porque no quadro histórico e recente não só do Brasil, mas também de outros países, existe uma dificuldade contra majoritária que exhibe claramente as dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário.

Desta forma, o Judiciário garante seu papel de transformador da sociedade, judicializando relações antes meramente sociais, atribuindo valor principiológico e político às suas decisões. Quanto à questão da judicialização das relações sociais e constitucionalização do direito, Bruno de Souza Lopes, et al (2010, p. 54) tem-se a jurisdição constitucional como instituto que:

define, através da interpretação, os valores que os três Poderes devem seguir, baseados sempre, nos preceitos constitucionais. Em consequência, segundo as observações de Vianna (1999, p.21), o Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, deixa de ser uma instituição politicamente neutra, para assumir um papel importante de garantidor de direitos constitucionais, exercendo um controle sobre os demais poderes. De acordo com Dworkin (2001, p. 102), o controle de constitucionalidade feito pelos tribunais, em específico a revisão judicial – meio pelo qual a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de leis contrárias a Constituição – possibilita que problemas sobre moralidade política sejam discutidos como: “questões de princípio e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito no âmbito da própria legislatura. Com efeito, a jurisdição constitucional não se restringe à aplicação das normas. Ao contrário, através do controle de constitucionalidade, interfere diretamente nas decisões políticas tomadas pelo Executivo e Legislativo, tendo em vista que não admite leis e atos normativos antagônicos à Constituição.

Aqui vale citar novamente as causas do ativismo judicial compostas pela inoperância e ineficiência dos poderes legislativo e executivo. Com a atuação multifacetada do Poder Executivo, tem-se entre suas funções a entrega de direitos fundamentais insculpidas no Artigo 5º da Constituição Federal, muitas vezes defeituosa e necessariamente controlada pelo Poder Judiciário.

O Estado, além de suas missões institucionais de arrecadar tributos, construir obras, exercer poder de política, também entrega (ou não) a tutela de direitos do indivíduo, especialmente dos conferidos no Artigo 5º da Constituição. Quanto maior a tarefa governamental, maior a necessidade de controle pelo Judiciário. Silvio Dobrowolski (1995) fala dessa necessária e inafastável correção pelo Poder Judiciário:

A Carta de 1988 acompanha essa tendência que se complementa pela defesa internacional dos direitos humanos, com ativa atuação de organismos internacionais, nesse campo, inclusive com o funcionamento de Cortes Internacionais de Justiça voltadas a condenar as violações a direitos. No plano interno, a função protetora, embora atribuída ao Estado, nos termos dos artigos 1º, III, da Constituição, que coloca “a dignidade da pessoa humana”, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e em razão de figurarem entre seus objetivos, segundo o artigo 3º, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I) e o de promover o bem de todos (inciso II), cabe, em última instância ao Poder Judiciário, conforme resulta do mencionado inciso XXXV, do artigo 5º, da Carta Fundamental. A Justiça erige-se, desse modo, em baluarte da defesa dos direitos individuais, mesmo e principalmente, quando as violações resultarem da atuação administrativa estatal.

Já o Poder Legislativo, que tem como função precípua a de editar normas, acaba muitas vezes por editar normas contraditórias, antagônicas, de baixa qualidade e de constitucionalidade questionável. Com vistas a

corrigir tais defeitos, o Poder Judiciário faz verdadeiro malabarismo ao atuar em meio a tamanho conteúdo legiferante, ao mesmo tempo em que corrige tais defeitos, interpretando e pronunciando-se sobre a constitucionalidade e aplicabilidade das normas no caso concreto. É esta ineficácia social que, conforme já dito, embasa e serve de parâmetro para o ativismo judicial.

Vive-se numa sociedade cada vez mais globalizada e inter-relacionada, e além dos interesses individuais que merecem a devida tutela jurisdicional efetiva, surgem direitos e interesses meta-individuais como os coletivos e difusos. As mesmas causas e consequências do ativismo judicial que acometem os direitos individuais também acometem esses direitos difusos e coletivos, o que clama ainda mais pelos posicionamentos altivos e ativos do Judiciário. Nas palavras de Silvio Dobrowolski (1995, p. 54):

[...] o Judiciário, nos tempos atuais não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um “governo de juizes”, observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição do autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado. De outra forma, não conseguirá controlar os excessos do Legislativo e do Executivo avantajados no Estado social, nem reprimir os abusos dos superpoderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas.

A importância do ativismo judicial é histórica, já tendo servido em Estados estrangeiros de ferramenta de ampliação de direitos, garantias e liberdades sociais. É o que fez a Corte Norte Americana de Warren nas décadas de 50 e 60 do século passado, a qual ampliou os direitos civis e políticos dos cidadãos americanos. Foi considerada a corte mais ativista da história americana.

Inocêncio Mártires Coelho (2010, p. 58) leciona que:

aquilo que se chama, criticamente, de *ativismo judicial* – no Brasil, como alhures –, não configura nenhum extravasamento de juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, antes traduz a indispensável e assumida participação da magistratura na tarefa de construir o direito *de mãos dadas com o legislador*, asseverando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo e rápido demais para reger-se por fórmulas ultrapassadas.

Assim, o juiz que para Montesquieu era um ente inanimado, passa a ser importante para a evolução do direito, é a alma do progresso jurídico. A lei quando incompleta dependeria da doutrina, mas também da jurisprudência para ser louvável e aplicada.

O ativismo também serve para efetivar os direitos fundamentais com a devida liberdade e igualdade. Em que pese a separação dos poderes, o princípio democrático garante a proteção judicial dos direitos sociais. Assim a maioria permanente representada na promulgação da Constituição Federal de 1988 pelo Poder Constituinte Originário é protegida contra a atuação de uma maioria eventual representada pela legislatura dos políticos. Para Sérgio Cabral dos Reis (2012, p. 67):

Nesse campo, a democracia, que não significa apenas o governo da maioria, não repele, ao contrário, reclama pronta atuação do Judiciário, que deve atuar como guardião da dinâmica representação majoritária *versus* pensamento minoritário.

Em países menos desenvolvidos e carentes de efetividade dos direitos sociais, em que a corrupção está enraizada no cotidiano da atividade política, o ativismo se mostra, além de possível, crucial, sendo alcançado não apenas por uma linha de pensamento lógico formal, mas também sensata, humana e sensível à realidade local.

O ativismo neste caso aflora o sentimento de democracia e Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Sérgio Cabral dos Reis (2012, p. 68):

A efetivação dos direitos sociais, desse modo, como fator responsável pelo aprimoramento da própria democracia, depende de uma postura crítica do interprete quanto à força normativa da Constituição, a qual deve ser de sensibilidade psicológica, sensatez e humanismo, algo que transcende uma linha de pensamento meramente lógico-formal ou de tecnicismos desconectados com a realidade. Em países carentes de políticas sociais efetivas, além de marcados pela forte corrupção no processo político e na realização dos fins estatais, como é o caso do Brasil, é fundamental a presença de juízes comprometidos com o “sentimento constitucional”, especialmente em relação ao adequado sentido dos textos que tratam das normas de direitos sociais.

A necessidade do ativismo por parte do Judiciário também se mostra sob a seguinte perspectiva: O processo eleitoral no Brasil é democrático apenas do ponto de vista formal. Isto faz com que haja uma crise de confiança nas instituições políticas, sobretudo em âmbito executivo e legislativo por causa da maneira como se dá o processo eleitoral. Desta maneira Antonio Carlos Wolkmer, *apud* Sérgio Cabral dos Reis (2012, p. 89) sintetiza em sua obra:

O processo eleitoral, no Brasil, somente é democrático sob o ponto de vista formal. As eleições são extremamente caras, de modo que a maior parte do povo, destituída de recursos, não tem condições de participá-lo em condições reais de vitória. Geralmente, os compromissos assumidos em relação ao financiamento da campanha eleitoral comprometem o exercício do mandato em favor dos

excluídos, mas sim dos grandes grupos que “investiram” no candidato, especialmente por influência dos grandes meios de comunicação.

Assim, promessas não são cumpridas, falta transparência aos governos e há uma verdadeira crise de representatividade, sobretudo nos países subdesenvolvidos, em que a participação da sociedade na política é mais discreta, como é o caso do Brasil.

É a lição de Eurico Zecchin Maiolino, apud Sérgio Cabral dos Reis (2012):

O aparecimento dos direitos sociais, como se sabe, encontra-se atrelada à reivindicação de grupos em relação a uma política emancipatória envolvendo temas como saúde, educação, trabalho, assistência e previdência social e moradia, dentre outros, cujos meios e instrumentos de concretização são eleitos pelo Legislador e efetivados pelo Administrador, normalmente, como forma de respeito ao princípio da isonomia e promoção da dignidade humana. Nos países em via de desenvolvimento, todavia, nem sempre o Estado, por meio dessas funções (legislativa e administrativa), desincumbe-se desta missão de concretizar os direitos sociais através de políticas públicas, especialmente pelo fato de que os mesmos encontram-se deduzidos em normas (“programáticas”) de textura aberta e vaga, o que reclama uma pronta atuação do Judiciário.

Tudo isto aliado ao surgimento de diversos direitos sociais insculpidos na Constituição Federal torna necessário que haja uma proteção judicial desses direitos.

2.4 CONTRA O ATIVISMO

O argumento dos autores que não concordam com a conduta ativista, além da quebra da independência funcional e harmonia que circunda os poderes da república, gira em torno de eventual quebra dos limites normativos à soberania popular por meio das eleições. Mesmo que bem-intencionado, o Poder Judiciário lançaria mão de exercer suas atividades e invadiria a competência do Poder Legislativo. Gisele Cittadino afirma que agindo desta maneira autorizar-se-ia que os tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, atuaria como profeta com decisões intangíveis e inesperadas, ao que a doutrina chama de “teologia constitucional”. Assim, a função jurisdicional extrapolaria os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Seriam ainda três as principais consequências negativas geradas pelo ativismo judicial. Haveria risco para a legitimidade democrática, risco de politização da justiça e a capacidade institucional do Judiciário e seus limites.

Neste ponto, válido lembrar a diferença entre jurisdição constitucional e judicialização das relações sociais; e ativismo judicial. Judicializar a relação social significa colocar nas mãos do Poder Judiciário os mais diversos conflitos, quando, por ineficácia ou omissão, os poderes executivos e legislativos não o fazem. Já o ativismo é a discricionariedade adotada pelo membro do Judiciário – juiz, desembargador ou ministro – que decide se vai ou não praticar o ativismo judicial.

Nada impede – e faz bem para o país enquanto união e Estado – que se pratique a jurisdição constitucional. Entretanto o ativismo judicial pode ser prejudicial se desmedido for colocando em cheque a harmonia e separação de poderes que por sua vez encontram guarida constitucional.

Se o STF não for deferente para com as deliberações do parlamento, sendo ativista apenas em situações essenciais para garantir os direitos fundamentais, o ativismo será prejudicial. Desta feita, exercerá influência política como protagonista da vida política, usurpando a

competência outorgada por meio do sufrágio universal aos poderes executivo e legislativo.

Quanto à segunda consequência negativa exposta acima, tem-se que o Direito tem ligação com a política, mas com ela jamais pode se confundir. Assim, para Luis Roberto Barroso (2009, p. 81):

Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula

E completa:

juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contra majoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia

Portanto, sob pena de ser política e não técnico-jurídica, a subjetividade que cada decisão judicial e juízo de valor formulado pelos juízes carrega devem ficar em segundo plano. Se a motivação e convencimento racional do juiz não forem embasados na prova, na processualística, nos métodos interpretativos admitidos em direito e muito bem sopesadas, serão populistas e atenderão meramente ao clamor popular, de forma que a democracia não seria enriquecida, mas sim fragilizada.

Quanto à dificuldade de se medir o grau de politização das decisões, Carlos Eduardo Dieder Reverbel (2009, p. 87):

A realidade brasileira – e não só ela – os países ibero-americanos que misturam Estado, governo e administração, que não separam jurisdição constitucional de jurisdição ordinária, e que não preservam instituições que facilitem o desenvolvimento de maioria governamental³⁷, mesmo querendo, não conseguirão distinguir, com clareza, o que é jurídico do que é político. Quando se confunde o campo jurídico com o campo político, a consequência é fatal: o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos. Os exemplos, em nossos tribunais, apresentam-se aos borbotões³⁸. Talvez, o mais maléfico deles seja as liminares que concedem internações em hospitais que não possuem vagas. O juiz decide, “juridicamente” um problema de política pública: leitos escassos para pacientes em demasia

Por fim, a capacidade institucional do Judiciário e seus limites seriam ultrapassados. Todo poder exerce suas funções típicas e atípicas. No intuito de promover o devido equilíbrio e harmonia, respeitando o princípio da separação de poderes, os poderes usam de um mecanismo chamado de sistema de freios e contrapesos.

No atual arranjo adotado no Brasil, em tese, sempre que há divergência legal ou constitucional a apreciação será do Poder Judiciário. Em tese porque algumas matérias merecem apreciação diversa, valendo-se de estudos científicos e de especialidades dos outros dois poderes. É o que a doutrina chama de efeitos sistêmicos e capacidade institucional. Nas palavras de Luis Roberto Barroso (2009, p. 4):

Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de

medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.

As implicâncias do ativismo quando praticado por Cortes eleitorais também merecem respaldo. Milton F. Lamanuskas em sua dissertação de mestrado cita casos em que, apesar de respeitar o prazo para regular as eleições, o TSE vai além, alterando as regras do processo eleitoral e provocando instabilidade e insegurança jurídica às instituições e ao certame eleitoral. A conduta ativista ocorre porque o poder regulamentar do Tribunal não encontra limites, usurpando a competência do Poder Legislativo e incidindo em ilegalidade quando utiliza atos normativos secundários para regular o que apenas atos normativos primários poderiam.

Nas palavras de Milton F. Lamanuskas (2012, p. 32):

A observância da vinculação vertical das coligações passou a ser obrigatória para as eleições de 2002, a partir da decisão tomada pelo TSE em resposta à Consulta N. 715/02 supra analisada. A regulamentação do instituto constou do Artigo 4, §1º., Instrução N.55 do TSE, veiculada pela Resolução N. 20.993/02, com base na decisão resumida na Resolução N. 21.002/02 da mesma Corte. [...] O Tribunal havia introduzido, ainda que por meio da atividade hermenêutica, novo entendimento ou nova espécie a alterar as regras do jogo eleitoral, em momento que os partidos já haviam formatado, ainda que incipientemente, seu quadro de candidatos e ajustes políticos nos estados e no país. A mudança

de entendimento – como será enfaticamente repetido neste trabalho – causa extrema confusão e insegurança jurídica às instituições democráticas. [...] agiu a Corte Eleitoral da mesma maneira em que atuou na limitação ao número de Vereadores durante o ano eleitoral de 2004, ignorando o dispositivo do Artigo 16 da CF/88, e mais: utilizou-se de ato normativo secundário para criar nova norma a regular o pleito eleitoral, sobrepondo-se às funções do legislador, ferindo a legalidade estrita, pela qual somente o ato normativo primário, de competência do Legislativo, deve produzir normas.

Ainda firmando posicionamento contrário, o Milton F. Lamanuskas tece críticas ao ativismo causado pelo clamor popular, pautado na omissão e falta de qualidade da atividade legislativa.

Assim, segundo o autor (2012, p. 33)

Técnica e juridicamente falando, nenhuma das razões apontadas justificam a invasão do Judiciário no campo dos outros Poderes. Todavia, certas decisões acabam por agradar a população em termos gerais, pois esta anseia cada vez mais por algum grau de efetividade das políticas públicas e de suas leis. Tanto assim é que, quando decide a Corte Maior que a Administração deve agir, por exemplo, provendo remédios à população, pouco temor causam ao cidadão comum tanto uma eventual quebra de orçamento, de um lado, quanto, de outro, a intromissão nos elementos discricionários das políticas públicas pelo Judiciário. O julgamento mais recente da fidelidade partidária é típico exemplo de atuação voltada a atender os desejos da população por moralização e ética na política, que retirou do Legislativo – ao menos momentaneamente – a competência para regulamentar a questão. Desta

feita, novamente adentra-se no mérito da proporcionalidade e razoabilidade das normas do ordenamento, escapando à função estrita de julgamento quanto à legalidade ou constitucionalidade. Esta sim, atribuição precípua fornecida pelo texto constitucional à Corte Suprema.

Tendo como causa, a burocracia, lentidão, ineficiência, omissão e inoperância do Poder Legislativo, juntamente com a qualidade questionável das leis produzidas – que muitas vezes se conflitam e dificultam a aplicação do direito positivo -, o ativismo judicial serviria para agradar a população. Apesar de efetivar as políticas públicas, o julgamento seria pautado pela proporcionalidade e razoabilidade em detrimento da legalidade e constitucionalidade que deveriam observar os tribunais em suas decisões.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode se concluir que a inevitável criatividade dos juízes – não só inevitável, mas necessária – aplica-se tanto à família da *common law* quanto à família da *civil law*. Salienta-se que, sob pena de por em cheque a ordem jurídica e os preceitos fundamentais insculpidos na carta política, o ativismo judicial deve ser sopesado.

Antes do ativismo ou da contenção judicial, deve prevalecer ainda a ideia de um Judiciário ativo e imparcial, desprendido na medida do possível do cenário político. É que muitas vezes o ativismo ou até mesmo a contenção podem transparecer que certas decisões judiciais apenas querem beneficiar o sistema, desenvolvendo situações jurídicas pré-moldadas.

Percebe-se que ao lado de intervenções necessárias e meritórias, algumas extrapolam certos limites, vindo dotadas muitas vezes de sobrecarga emocional como em casos que tratam de medicamentos e terapias. Assim, põem em risco a própria continuidade como princípio que deve ser seguido pela administração pública enquanto prestadora de

serviços públicos, que podem comprometer o manejo dos já escassos recursos públicos.

Assim, seja fazendo uso do ativismo judicial ou na própria autocontenção, poder-se-ia estar diante de decisão de cunho meramente político.

Contudo, para os otimistas, os juízes e tribunais em exercício não extrapolam suas competências. Antes disto, traduzem a assumida e fundamental participação da magistratura, em conjunto com o legislador, de construir e dizer o direito aplicável à espécie (CAMBI,2013).

Às vezes a sociedade anseia por decisões que envolverão temas ainda não regulamentados em lei, e neste ponto a própria inércia do Poder Legislativo pode servir de combustível para o ativismo judicial brasileiro.

Porém, talvez nunca se veja o momento em que se tenha a vontade do legislador perfeitamente compreendida e abrangida pela lei. Tampouco o momento em que esta seja sinônima do conceito de direito, sendo certo que para o desenvolvimento do direito e da justiça social o ativismo judicial será relevante, senão fundamental na sociedade (CAMARGO, 2015).

Sendo certo que o ativismo apresenta seus pontos positivos e negativos, é preciso coibir um ativismo judicial exagerado que flagrantemente invade a esfera dos outros poderes; é necessário que o poder seja repartido. Mas não basta a Constituição dizer que o poder é repartido, é necessário que existem mecanismos de freios e contrapesos e que estes mecanismos sejam respeitados para que funcionem efetivamente.

Se a postura de juízes ou desembargadores se revestir em ativista, o próprio sistema recursal do nosso ordenamento ou ainda meios diversos de impugnação de decisões judiciais podem socorrer o jurisdicionado, sob o argumento da decisão carecer de fundamento e/ou embasamento legal. Entretanto, em sendo o Supremo Tribunal Federal o responsável pelo ativismo judicial, teriam as instituições brasileiras poder para coibir esta conduta, ou somente as cortes internacionais atingiriam tais decisões?

Neste diapasão, cabe a alguns conselhos e entidades de classe o cumprimento de sua missão constitucional de zelaram pela democracia e suas características. Abaixo serão abordados alguns conceitos e a competência destas entidades no que tange a democracia, sendo elas: Conselho Nacional do Ministério Público, Conselho Nacional de Justiça, e a Ordem dos Advogados do Brasil.

O sistema da separação de poderes, bem como o da separação das funções devem ser repensados em nosso ordenamento jurídico. Cumular no Poder Judiciário ordinário e no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade das leis favorece o ativismo judicial. Separar e delimitar as funções políticas e as funções jurídicas ajudaria a estabelecer um cenário mais racional de desenvolvimento do Estado de Democracia e de Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. São Paulo> REDE: 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. **Decreto 848, de 11 de Outubro de 1890**. Disponível em Acesso em 23 de setembro de 2017.

_____. **L. Lei 8.625, de 12 de Fevereiro de 1993**. Diário Oficial da União, 15 fev. 1993. Seção 1, p. 1997-2004.

_____. **Lei Complementar 75, de 20 de Maio de 1993**. Diário Oficial da União, 21 Mai. 1993. Seção 1, p. 6845-6865.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF** – Distrito federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 30 de Abril de 2013.

Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954> >. Acesso em: 03 de Setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649/DF – Distrito Federal**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 17 de Outubro de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018332> >. Acesso em: 03 de Setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3232/TO – Tocantins**. Relator: Min. Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 03 de Outubro de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226874> >. Acesso em: 03 de Setembro de 2017.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed.: 2015.

CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: **Direitos fundamentais revisitados**. Andrea Bulgakov Klock et al. (orgs.). Curitiba: Juruá, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo Judicial: o Caso Brasileiro**. In: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF, do Ministério Público do Estado do Pará, 2010, Pará. **Conferências e Palestras**. Disponível em [Acesso em: 25 de Agosto de 2017.](#)

DOBROWOLSKI, Silvio. **A Necessidade de Ativismo Judicial No Estado Contemporâneo**. Sequência – estudos jurídicos e políticos, Florianópolis – SC, v.16, n.31. 1995. Disponível em: . Acesso em 09 de Junho de 2017.

LAMANUSKAS, Milton Fernando. **A Jurisprudência Eleitoral E Seus Reflexos no Estado Democrático de Direito**. 2009. 285 f. Dissertação

(Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

LOPES, Bruno Soares. **Algumas considerações acerca do ativismo judicial.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8831&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em 10 de novembro de 2017.

REIS, Sérgio Cabral dos. **Ativismo Judicial, Efetividade dos Direitos Sociais e Desenvolvimento da Democracia no Brasil.** *Cognitio Juris*, João Pessoa – PB, Ano II, n.5, ago/2012. Disponível em . Acesso em 15 de Maio de 2017.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo Judicial e Estado de Direito.** *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria – RS*, v.4, n.1. 2009. Disponível em: . Acesso em 09 de Junho de 2017.

TAVARES, Rodrigo de Souza. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf > Acesso em 10 de novembro de 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do, **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Juruá, 2009.

NOTA:

[1] Professora do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

TRABALHO INTERMITENTE: ASPECTOS CONTROVERTIDOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

BEATRIZ GONÇALVES PEREIRA:
Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Estagiária do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

ROSELI RÊGO SANTOS CUNHA SILVA

[\(Orientadora\) \[1\]](#)

RESUMO: Em 11 de novembro de 2017 a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 denominada como Reforma Trabalhista, entrará em vigor, fazendo importantes alterações à Consolidação das Leis Trabalhista (Lei 5.452/43). O presente trabalho teve como objetivo uma análise do trabalho intermitente inserido pela Reforma Trabalhista perante os pressupostos das relações de emprego, da não eventualidade e subordinação. Faz-se necessário a análise desse novo regime diante de certas controvérsias geradas com a inserção dessa nova forma de relação de emprego. Utilizou-se o método dedutivo e no final conclui-se, pois, que o trabalho intermitente configura relação de emprego conforme os requisitos da Consolidação das Leis Trabalhistas, no entanto as dúvidas geradas pela nova lei serão sanadas e adequadas apenas pelo tempo e a prática trabalhista através dos novos conflitos que serão gerados pelas relações de trabalho intermitente que irão ajustar a nova lei à realidade do trabalhador brasileiro.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Contrato de Emprego. Relação de Emprego. Lei n. 13.467/2017. Trabalho Intermitente.

ABSTRACT: On November 11, 2017 law 13,467 of July 13, 2017 called as Labour Reform, will enter into force, making significant changes to the consolidation of labor laws (Law 5.452/43). The present work aimed at examining the intermittent work inserted by labor reform in the face of the assumptions of employment relationships, non-eventuality and subordination. It is necessary to analyse this new regime in the case of certain controversies generated by the insertion of this new form of

employment. The deductive method was used, and in the end, it is therefore concluded that intermittent work configures employment relationship according to the requirements of the consolidation of labor laws, however, the doubts generated by the new law will be unsatisfactory and adequate only by the time and labor practice through the new conflicts that will be generated by intermittent labor relationships that will adjust the new law to the Brazilian worker's reality.

Keywords: Labor Reform. Employment Contract. Employment Ratio. Law n. 13.467/2017. Intermittent Work.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Breve Evolução do Direito do Trabalho no Brasil; 3 O Contrato de Trabalho; 4 Regulamentação do Trabalho Intermittente no Brasil; 4.1 Conceito de Trabalho Intermittente; 4.2 O Regime Jurídico do Trabalho Intermittente; 5 Trabalho Intermittente e as Características das Relações de Emprego; 5.1 Não Eventualidade; 5.2 Subordinação; 6 Trabalho Intermittente no Âmbito Internacional; 7 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A nova legislação trabalhista causará um grande impacto no ordenamento jurídico, devido ao número de alterações e novidades inseridas na CLT. A inserção do regime de Trabalho Intermittente vem gerando muitas dúvidas acerca da sua aplicação, por diversos motivos. Este novo regime trará implicações a vida de muita gente que hoje trabalha de forma irregular, contudo nos termos em que ele foi proposto, verificam-se algumas obscuridades, logo, faz-se necessário lançar-se ao estudo desta nova forma de relação de emprego, a luz dos requisitos do contrato de trabalho buscar esclarecê-las, onde restam controvérsias e dúvidas a serem sanadas.

Justifica-se este estudo pela necessidade de elucidar as controvérsias relativas aos requisitos do contrato de emprego e a própria aplicação do trabalho intermitente. Com base nesses fundamentos e objetivos previstos, o presente artigo tem como finalidade analisar o trabalho intermitente

introduzido pela nova legislação trabalhista e seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo utilizado o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas, artigos, sítios, legislação.

Para cumprir os objetivos propostos o trabalho foi dividido da seguinte forma: Inicia-se com uma breve análise da evolução do direito do trabalho do Brasil, através da evolução legislativa, priorizando os marcos incidentes sobre o direito do trabalhador. Passando a análise do contrato de emprego quanto a diferença entre o contrato por tempo determinado e indeterminado, os requisitos que o compõem. A seguir, a regulamentação do trabalho intermitente, sua natureza jurídica e caracterização como relação de emprego frente aos requisitos da não eventualidade e subordinação. Fazendo um comparativo com o trabalho intermitente em outros países.

2 BREVE EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Após a abolição da escravidão e a vinda dos imigrantes europeus com a Proclamação da República, iniciou-se em nosso país o período liberal do direito do trabalho. As condições de trabalho impostas geraram as primeiras discussões acerca das leis trabalhistas fornecendo as condições propícias para que as relações de trabalho viessem a ser regidas por leis de proteção, entretanto o liberalismo adotado pelo Poder Público o mantinha indiferente às reivindicações do movimento político e grevistas da época (MASCARO, 2011, p.88-89).

Na última década do século XIX, começam a surgir às primeiras normas trabalhistas no país, caso do Decreto n. 1.313, de 1891, que regulamentou a fiscalização em estabelecimentos fabris onde trabalhassem menores de 12 a 14 anos (MASCARO, 2011, p.96).

A Confederação Brasileira do Trabalho (CBT), fundada em 1912, tinha como objetivo reunir as reivindicações operárias, entretanto o direito do trabalho brasileiro ganha expressividade somente a partir da Revolução de 30, quando foi instituído o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio pelo Decreto n. 19.433, no governo de Getúlio Vargas (GOVERNO DO BRASIL, 2014).

A Constituição de 1934 assegurava ao trabalhador salário mínimo, jornada de oito horas, repouso semanal, férias anuais remuneradas, proteção do trabalho feminino e infantil e isonomia salarial (BARROS, 2011, p.57).

Em 1943, nasce a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), reunindo as leis sobre o direito individual, coletivo e processual do trabalho (MARTINS, 2014, p. 12).

A Constituição de 1988 trouxe mudanças significativas para o direito do trabalho, como por exemplo: redução da jornada de 48h para 44h, elevação do adicional de horas extras para no mínimo 50%, aumento em 1/3 da remuneração das férias, ampliação da licença da gestante para 120 dias, entre outros (MASCARO, 2011. p.108).

Diante da evolução da sociedade o direito do trabalho que nasceu protecionista, vem sofrendo alterações cada vez maiores com a flexibilização das normas trabalhistas e conseqüentemente dos direitos dos trabalhadores. No presente, a Lei 13.467/17 popularmente denominada de Reforma Trabalhista surge como uma tentativa de flexibilizar ou atualizar o Brasil à nova realidade mundial no ramo trabalhista, porém em muitos aspectos a nova legislação fragiliza os direitos do trabalhador e a relação de emprego.

3 CONTRATO DE EMPREGO

A relação de emprego pressupõe a existência do empregador sendo ele pessoa jurídica ou não, e do empregado subordinado a este, que mantém entre si uma relação empregatícia tipificada pelos artigos 2º e 3º da CLT, mediante contrato de emprego.

O contrato de emprego acarreta obrigações e conseqüentemente direitos para ambas as partes, definido na CLT no art. 443 como o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego, preleciona Martins (2015 p. 106) que “o contrato de trabalho tem como objeto direto a prestação de serviço subordinado não eventual mediante pagamento de salário ao empregado pelo empregador”. No contrato de trabalho deve

existir um trato sucessivo nas relações das partes, tendo normalmente duração continuada, difere-se, portanto de certos contratos que se exaurem com uma prestação. Seguindo este pensamento discorre Barros (2011, p.187).

A prestação de serviços é de trato sucessivo, não se esgota com a realização de um ato singular. Ela pressupõe a execução de prestações na organização empresarial, apesar da intermitência da relação jurídica e da condescendência dos critérios diretos do empregador, no tocante a determinados empregados.

O trato sucessivo caracteriza o princípio da continuidade da relação de emprego em relação a este Delgado (2014, p. 206) afirma “Informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais”. Com razão, deve o empregador preservar o contrato, pois o princípio da continuidade da relação de emprego favorece ao empregado. A Súmula 212 do TST estabelece que “O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

Quanto à duração, são os contratos por tempo indeterminado considerado a regra dos contratos de emprego, enquanto os contratos por prazo determinado são exceção. O § 1º do art. 443 da CLT expressa: “Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”. Portanto o trabalho por tempo determinado, além do prazo específico cabe somente nos casos previstos na CLT especificamente no § 2º, os quais são: quando o serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, em atividades empresariais de caráter transitório ou em contrato de experiência. Quando não observados os requisitos do contrato por tempo

determinado passa a ser observado no contrato o regime por tempo indeterminado.

4 REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL

Em 11 de novembro de 2017, a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, denominada como Reforma Trabalhista, entrará em vigor, fazendo importantes alterações na Lei 5.452/43 (CLT). Entre as várias mudanças, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o contrato de trabalho intermitente, matéria regulada pelos artigos 443 e 452-A da referida lei.

Anteriormente não havia nenhum regime parecido ao intermitente em nosso ordenamento jurídico, o contrato com o menor número de horas era o parcial com 25 horas semanais (art.58-A CLT), que por sua vez também sofreu mudanças com a Reforma, sendo ampliadas para 30 horas semanais.

Apesar de não ser taxativo na lei em quais relações de emprego poderá ser usado o contrato de trabalho intermitente, a aparente intenção do legislador com a sua regulamentação é tirar da informalidade muitos trabalhadores que hoje atuam em regime intermitente, porém, sem garantias trabalhistas. Essa modalidade de contrato de emprego enseja atingir a parcela de trabalhadores brasileiros que comumente prestam serviços de natureza não contínua, que não detinham na legislação uma regulamentação de suas atividades, restando como única opção trabalhar de forma irregular.

4.1 CONCEITO DE TRABALHO INTERMITENTE

Ao artigo 443 da CLT foi acrescentado o termo prestação de trabalho intermitente definido pelo paragrafo 3º, da seguinte forma:

Art. 443, §3º - Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses,

independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

O texto redigido pela nova lei define o contrato de trabalho intermitente portanto, como contrato de trabalho para prestação de serviços, com subordinação, ocorrendo de forma não contínua independente do tipo de atividade do empregado ou empregador. Lima (2017, p. 63) define “intermitente é o trabalho prestado sem dia e horário fixos de trabalho”, por esse motivo a regulamentação do trabalho intermitente, vem sendo chamada informalmente de regulamentação do “bico”, pois, com a sua legalização retira da informalidade as pessoas que hoje trabalham no regime intermitente, mas sem garantias legais.

4.2 O REGIME JURÍDICO DO TRABALHO INTERMITENTE

A regulamentação do trabalho intermitente rege-se pelo artigo 452 A seu caput determina que, o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, não podendo ser inferior ao valor da hora do salário mínimo, ou o valor devido aos demais empregados que exercem a mesma função estando em regime intermitente ou não.

A apesar de definir o valor da hora de acordo com o salário mínimo no contrato de trabalho intermitente não há uma estimativa de quantas horas semanais deve o empregado trabalhar obrigatoriamente, “(...) ao contrario do que ocorre no sistema vigente, em que o tempo à disposição da empresa é pago ao trabalhador, o trabalhador poderá trabalhar algumas horas em uma semana, em um mês, em um ano, fazendo jus apenas às horas trabalhadas efetivamente” (LIMA, 2017. p.63), podendo ser comparado a “jornada de zero hora” esta, por conseguinte.

Estabelece um vínculo de trabalho que permite à empresa pagar somente as horas de efetivo serviço, deixando o trabalhador sempre à disposição, “resolvendo” um problema de fluxo de trabalho dos empregadores e impondo aos trabalhadores

condições precarizadas de trabalho e vida (DIEESE, nº 178, 2015).

Segundo Delgado (2014, p.732), o salário é “conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho”. Como visto, no trabalho intermitente o empregado só será remunerado quando efetivamente prestar o serviço, não sendo considerado tempo a disposição do empregador o período em que aguarda a convocação pelo mesmo, portanto não possuindo ele obrigação de manter remuneração nesse período, O paragrafo 6º do artigo em questão, preceitua que:

“Art. 452 A, §6º - “Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas: I - remuneração; II - férias proporcionais com acréscimo de um terço; III - décimo terceiro salário proporcional; IV - repouso semanal remunerado; e V - adicionais legais”.

Para os trabalhadores que antes da regulamentação recebiam apenas a remuneração estrita pelo serviço, este é um ponto positivo, pois no trabalho intermitente o empregado passará a receber sempre que prestar serviço ao empregador todas as parcelas proporcionais aos seus direitos. Assim, além da remuneração específica pelo serviço prestado, o trabalhador fará jus a férias proporcionais com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais de uma única vez, cada vez que for convocado para trabalhar, devendo ser discriminado no recibo de pagamento os valores pagos relativos a cada uma das parcelas (452-A, §7º).

Considerando que o parágrafo 8º do art. 452-A, prevê que a contribuição previdenciária será recolhida pelo empregador com base nos valores pagos mensalmente, o ponto negativo que se verifica é que o trabalhador poderá enfrentar certa dificuldade para se aposentar ao submeter-se ao regime intermitente, caso não seja convocado regularmente para prestar serviços.

Embora a dificuldade para a aposentadoria não seja tão diferente dos demais regimes, diante da realidade previdenciária vivenciada hoje no

Brasil, no caso do trabalho intermitente, como não há garantia de quantas horas efetivamente o empregado trabalhará na semana, nem quantas vezes no mês, ou no ano, levará mais tempo para conseguir efetivar o tempo de contribuição necessária, uma vez que, os limites de 44 horas semanais e 220 horas mensais previsto na Constituição permanecem inalterados para o trabalhador intermitente.

No tocante as férias, o parágrafo 9º do artigo 452-A estabelece: “A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador”. Não está claro em até que ponto o empregador poderá exercer o trabalho intermitente sem gozar de férias concretas. O termo “pelo mesmo empregador” destaca-se nesse parágrafo e corrobora para interpretação que, enquanto o trabalhador estiver de férias de um empregador não necessariamente também estará do outro, caso ele firme vários contratos de trabalho intermitente. As férias, de acordo com a lição de Delgado (2014, p.1019).

(...) fazem parte de uma estratégia concertada de enfretamento dos problemas relativos à saúde e segurança no trabalho, à medida que favorecem a ampla recuperação das energias físicas e mentais do empregado (...). São, ainda, instrumento de realização da plena cidadania do indivíduo, uma vez que propiciam sua maior integração familiar, social e, até mesmo, no âmbito político mais amplo.

Deixando o trabalhador de gozar o descanso necessário para recuperar suas energias físicas e mentais, deixa o contrato de trabalho de cumprir sua função social de dar dignidade a pessoa humana, sendo possível questionar até que ponto a submissão do trabalhador ao regime intermitente lhe trará liberdade ou lhe fará prisioneiro dos contratos que firmar, consubstanciado pela dificuldade de manter um período de férias em que não se obrigue a prestação de serviços a nenhum empregador.

Os demais parágrafos do artigo 452-A, serão vistos a seguir, fazendo um contraponto a não eventualidade e subordinação, características da relação de emprego incidentes sobre os mesmos.

5 TRABALHO INTERMITENTE E AS CARACTERÍSTICAS DAS RELAÇÕES DE EMPREGO

A relação empregatícia é resultado da junção de um conjunto de fatores que a caracterizam, para que se configure relação de emprego é necessário que estejam presentes cada um destes requisitos, são eles: pessoalidade, não eventualidade, subordinação, onerosidade e alteridade.

Estes elementos encontram-se no caput do art. 3º da CLT: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário". E ainda na CLT no caput do art. 2º: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço".

A pessoalidade consiste no trabalho ser realizado por pessoa certa e determinada, não podendo o empregado ser substituído na relação de emprego pactuada, Martins pondera que (2014, p.107) "o contrato em relação ao trabalhador é infungível", a alteridade reside no fato do empregado prestar serviços por conta e risco do empregador, não possuindo autonomia perante o trabalho prestado. O caráter oneroso do contrato de trabalho identifica-se em o trabalho não ser prestado de forma gratuita, o empregado deve receber um salário em contraprestação ao trabalho prestado.

Passemos a análise do trabalho intermitente frente aos requisitos da relação de emprego da não eventualidade e da subordinação em seus aspectos controvertidos nos termos propostos pela Reforma Trabalhista.

5.1 NÃO EVENTUALIDADE

A CLT para caracterizar a relação de emprego utiliza o termo "não eventual" (art. 3º caput), ou seja, negativa a possibilidade do trabalho para

constituir relação de emprego ser prestado eventualmente. Nesta senda, Martins (2015, p.107) declara que “aquele que presta serviço eventualmente não é empregado”, o trabalho deve ser prestado de forma permanente para que seja considerado o vínculo da relação de emprego. Leciona Delgado que

A ideia de permanência atua no Direito do Trabalho em duas dimensões principais: (...) na duração do contrato empregatício, que tende a ser efetivado pelas normas justralhistas (...). Do outro lado, a ideia de permanência no Direito do Trabalho no próprio instante da configuração do tipo legal da relação empregatícia (DELGADO, 2014, p.294-295).

O trabalho intermitente como contrato por tempo indeterminado corrobora com a efetivação da permanência da relação de emprego na primeira dimensão destacada pelo autor e conseqüentemente com o princípio da continuidade da relação de emprego, pois o empregador não precisará dispor de um contrato sempre que precisar do empregado intermitente, desta forma mantendo uma relação continuada, apesar da alternância entre os períodos de prestação de serviços e inatividade.

Um das principais teorias informadoras da noção de eventualidade chama-se teoria da descontinuidade, esta afirma Delgado (2014, p.296), entende a doutrina que foi a única que enfaticamente restou rejeitada pela CLT, a respeito desta o mesmo preleciona.

A teoria da descontinuidade informa que eventual seria o trabalho descontinuo e interrupto com relação ao tomador enfocado- portanto, um trabalho que se fracione no tempo, perdendo o caráter de fluidez temporal sistemática. Para essa formulação teórica, o trabalho eventual tem caráter fragmentado, verificando-se sua ocorrência de modo disperso no tempo, com rupturas e espaçamentos temporais significativos com respeito ao tomador de serviços examinado.

Portanto em acordo com esse entendimento a descontinuidade, o fato do trabalho ser fracionado no tempo não torna o trabalho eventual. Na definição dada ao contrato de trabalho intermitente utilizou-se a expressão “não continua” ao invés de “não eventual”, a não continuidade referida no contrato do trabalhador intermitente diz respeito a duração da prestação de serviço.

Como característica do contrato de trabalho, a continuidade é resultante do trato sucessivo (MASCARO, 2011, p. 298), esta como elemento do contrato de trabalho mantém-se preservada no contrato de trabalho intermitente por este ser celebrado em tempo indeterminado, resultando na continuidade da relação do empregado e empregador. Cunha (2010, p. 62) exemplifica a não descaracterização do trabalhador intermitente como empregado através do advogado que atua em comitê sindical, e do médico que trabalha através de plantões, justifica que, nos dois casos a relação empregatícia não é descaracterizada pela prestação de serviço não ocorrer diariamente.

5.2 SUBORDINAÇÃO

O art. 452-A, em seus 1º ao 3º parágrafo afirmam que cabe ao empregador convocar o empregado por qualquer meio de comunicação eficaz, com pelo menos três dias corridos de antecedência. O empregado por sua vez, terá o prazo de um dia para responder ao chamado restando seu silêncio em recusa, que de acordo com paragrafo 3º não descaracteriza a subordinação.

A subordinação é considerada requisito fundamental na relação de emprego, onde a sua ausência caracterizaria a falta de tal vínculo, conforme afirma Delgado (2014, p. 302), será a subordinação, entre todos esses elementos, o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia.

Motivo pelo qual no trabalho autônomo, aquele que recebe o serviço não possui nenhum poder frente à autonomia daquele que presta o serviço, não há subordinação, logo não caracteriza relação empregatícia,

assim como aquele que presta serviço voluntário também não está subordinado, por ter um tratamento específico previsto em lei.

O empregado é um trabalhador subordinado, que deve seguir o empregador, ressalvado o que explana Mascaro:

O conceito de subordinação jurídica surgiu concomitantemente com as leis trabalhistas, que conferiram ao subordinado no trabalho uma série de direitos para que diminuísse a sua sujeição pessoal. Essa sujeição, com as referidas leis, transformou-se no sentido da sua proteção, condição necessária da sua realização como pessoa. O homem, no trabalho prestado para outro indivíduo, foi considerado um sujeito de direitos. Não mais a sua pessoa subordinou-se, mas a sua energia de trabalho foi posta à disposição do subordinante (MASCARO, 2011, p.559).

O parágrafo 5º do artigo 452 aduz que, no trabalho intermitente poderá o trabalhador em seu período de inatividade prestar serviços a outros contratantes, não sendo considerado tempo a disposição do empregador^[2], ou seja, eles não mantem uma exclusividade com o empregador. A subordinação no trabalho intermitente está intrinsicamente ligada ao contrato de trabalho, pois ainda que possa rejeitar o chamado, o vínculo será mantido, porém após aceita a oferta de trabalho a parte que descumprir sem justo motivo, pagará a outra parte multa de 50% da remuneração que seria devida no prazo de trinta dias.

6 TRABALHO INTERMITENTE NO ÂMBITO INTERNACIONAL

O antes de chegar ao Brasil o trabalho intermitente já fazia parte das relações de trabalho de alguns países, os quais passamos pontuar neste momento.

Em Portugal, o contrato de trabalho intermitente passou a existir na promulgação do Código do Trabalho (Lei 7/2009) apresentado nos artigos 157 a 160. O artigo 158 dispõe da forma do contrato, que deve ter

indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo. O art. 159 da referida lei, estabelece o período de prestação de trabalho, que não pode ser inferior a seis meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos. Por fim, o nº 1º do artigo 160 prevê que:

Durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou, na sua falta, de 20 % da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição.

Como vemos, ao contrário do que está previsto pela lei brasileira, em Portugal, o trabalho intermitente possui especificação do número anual de horas de trabalho e uma compensação retributiva no tempo de inatividade do trabalhador, não deixando o empregado à própria sorte em tal período.

Na Itália, o trabalho intermitente foi introduzido Lei Biaggi (2003), destacando que este tipo de trabalho possui alguns limitadores nesse país, como o fato do trabalho poder ser exercido em apenas em alguns setores, diferentemente do modelo adotado pelo Brasil, em que não há especificação do ramo em que o trabalhador intermitente pode atuar. Ainda na Itália no contrato de trabalho intermitente poderá existir uma cláusula que o trabalhador obriga-se a responder o chamado de seu empregador, fazendo jus a uma compensação pelo tempo à disposição (QUINTANA, 2017). Como visto, o trabalhador intermitente brasileiro poderá recusar ao chamado do empregador e o tempo de inatividade não significa tempo à disposição do mesmo.

Por fim, temos o Reino Unido com o “zero-hour contract” (contrato zero hora), em que não é garantido nenhum número de horas a serem trabalhadas. De todos os outros, o Reino Unido possui o regime que mais se aproxima ao adotado pelo Brasil, com a reforma trabalhista, o zero-hour contract é “utilizado para dar flexibilidade à contratação de mão de obra e ajustá-la às necessidades das empresas, quando elas necessitam de

trabalho temporário ou surgem mudanças inesperadas que justifiquem a utilização de maior número de empregados” (DIEEDESE, pag. 6).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação precisa acompanhar a evolução das relações de emprego, com esse intuito nasceu a Reforma Trabalhista acompanhando a flexibilização do direito do trabalho, entretanto, o papel do legislador é buscar proteger os interesses do trabalhador, segundo os princípios que cercam a Justiça do Trabalho, e efetivar relações de emprego justas. Sendo assim, a flexibilização das relações de trabalho deve ter efeito sobre ambas as partes da relação de emprego, posto que a relação de emprego é bilateral.

Conforme foi apresentado, o trabalho intermitente caracteriza a relação de emprego de acordo com os requisitos da CLT, e como este trabalho não tem a mínima pretensão de esgotar o referido assunto, mas objetiva apontar algumas obscuridades que restarão sanadas somente no futuro, diversas serão as consequências desse novo regime nas relações de emprego.

Quanto ao quesito da não eventualidade no trabalho intermitente conclui-se que este não resta contrariado pelo previsto pela CLT, ou o entendimento da doutrina presente, no entanto a subordinação foi o quesito que sofreu a maior incidência da flexibilização da relação de emprego, em razão de o empregado intermitente poder recusar ao trabalho se assim desejar o que não descaracteriza a relação de emprego, pois a subordinação está presente na relação contratual.

Da forma que se encontra regulado hoje, o trabalho intermitente precisa ainda de alguns ajustes, por ser tão ampla a forma que pode ser ajustado esse contrato de trabalho, diferentemente da regulação que existe em outros países que adotaram também esse regime, podendo, por fim, gerar um ônus maior ao trabalhador por ser a parte mais vulnerável da relação de emprego.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 23 out.2017.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em 23 out. 2017.

BRASIL. **Súmula nº 212 do TST. Despedimento. Ônus da Prova**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212>. Acesso em 23 out. 2017.

CUNHA, Maria Inês M. A. **Direito do Trabalho**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502112759/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 05 out. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014

DIEESE. **A reforma trabalhista e os impactos para as relações de trabalho no Brasil**. São Paulo, mai. 2017. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec178reformaTrabalhista.html>>. Acesso em 23 out.2017.

DIEESE. **Texto Síntese: Contrato de Trabalho Intermitente**. São Paulo, jun.2017. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/estudotecnico/reformaTrabalhista.html>> Acesso em 25 out. 2017.

GOVERNO DO BRASIL. **Evolução das Relações Trabalhistas**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e>>

[emprego/2011/04/evolucao-das-relacoes-trabalhistas](#)>. Acesso em: 21 out.2017.

LIMA, Francisco Meton Marques de. LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista- Entenda ponto por ponto**. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAINARDI, Eduardo Bocaccio; ROSA, Pedro Gerstner da; STURMER, Gilberto. **Sobreaviso e prontidão on call**. Direito & Justiça. Jun. 2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/19962/12662>>. Acesso em: 05 out, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed.

São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTUGAL, **Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro. Aprova a revisão do Código do Trabalho**. Disponível em: < http://cite.gov.pt/pt/legis/Lei007_2009.html>. Acesso em: 23 out. 2017.

QUINTANA, Thiago Souto. **Reforma Trabalhista: Entenda o trabalho intermitente**. Disponível em: <<https://azzolinadvogados.com.br/reforma-trabalhista-trabalho-intermitente/>>. Acesso em 02 nov. 2017.

NOTAS:

[1] Professora Orientadora do Trabalho de Conclusão de Curso; Mestre e Doutora em Direito pela UFBA. Professora da Faculdade Católica do Tocantins. Advogada. E-mail: roseli.silva@catolica-to.edu.br.

[2] O tempo à disposição se divide em sobreaviso e prontidão:

No regime de prontidão, o empregado permanece no local de trabalho, em local destinado para descanso ou repouso, fora do seu horário de trabalho, aguardando ser chamado para trabalhar. No sobreaviso, o empregado fica em casa ou onde bem entender, fora do seu horário de serviço, aguardando, também, ser chamado para trabalhar. Em ambos os regimes, a mera expectativa de ser chamado (seja no local de trabalho – prontidão –, seja em casa/onde bem entender – sobreaviso) gera direito à remuneração em valor igual a 2/3 (prontidão) ou 1/3 (sobreaviso) do salário-hora normal do trabalhador. Se chamados para trabalhar, as horas prestadas são remuneradas como se de trabalho normal fossem, acrescidas, se for o caso, dos devidos adicionais (de horas extras, noturno, de insalubridade) (MAINARD, ROSA, STURMER, 2015).

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA A LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

MICHELE SANTANA DE OLIVEIRA:
Graduando Direito pela Universidade
Brasil - campus Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA.
(Orientador)

RESUMO: Constituição Federal de 1988 em seu Art. 5º, inciso XII, autorizou a interceptação das comunicações telefônicas, desde que fossem preenchidos alguns requisitos como a ordem judicial, uma lei que regulamentasse seu uso e que fosse destinada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Dessa forma, o artigo 5º, inciso XII da carta magna, passou a ser regulamentado pela lei 9.296/96, que trouxe a possibilidade, nos casos de investigação criminal e durante instrução processual penal, da violação das comunicações telefônicas legitimando o seu uso como meio de prova.

Palavras chave: Interceptação Telefônica. Meio de prova. Investigação Criminal. Processo.

ABSTRACT: Federal Constitution of 1988 in its Article 5, paragraph XII, authorized the interception of telephone communications, provided that certain requirements were met, such as the judicial order, a law regulating its use and intended for purposes of criminal investigation or criminal procedural instruction . In this way, Article 5, item XII of the Magna Carta, is now regulated by Law 9.296/96, which in the cases of criminal investigation and criminal procedural instruction has allowed the violation of telephone communications legitimizing its use as a means of evidence.

Key words: Telephone interception. Means of proof. Criminal investigation. Process.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 1.1 CONCEITOS ACERCA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA. 2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA NO BRASIL. 2.1 A INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA E O DIREITO À INTIMIDADE. 3 PRESSUPOSTOS LEIGAIS PARA A CAPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA.

1 INTRODUÇÃO

O artigo em tela pretende aduzir as principais nuances da matéria, a qual envolve o Direito Constitucional, muito especialmente o direito à intimidade ali previsto como um direito fundamental. Ressaltam-se também as questões concernentes ao Direito Processual Penal, princípios e regras ali elencados quanto à obtenção de provas, a busca da verdade real e o princípio da proporcionalidade. Verifica-se que a questão ainda é muito controversa, sendo que os tribunais superiores têm decidido caso a caso, não havendo um denominador comum, nem entre os tribunais e muito menos entre os doutrinadores. O objetivo principal, é fazer uma análise sobre o uso da interceptação telefônica como meio de prova no processo onde para uma melhor compreensão, destacaremos conceitos que irão esclarecer o seu uso sempre observando sua legalidade, visto que visam entre outras finalidades formar a opinião do julgador acerca da existência ou inexistência de determinado fato criminoso

1.1 CONCEITOS ACERCA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA

A interceptação telefônica ocorre quando a violação ao sigilo da comunicação é realizada por terceiro, sem o conhecimento de qualquer dos comunicadores; ao passo que ocorrerá escuta telefônica se a violação for efetuada por terceiro, mas com o conhecimento de um dos comunicadores; por sua vez, a gravação telefônica é realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

Contudo, nos dois primeiros tipos de violação há três protagonistas; enquanto no último existem apenas dois. Por outro lado, interceptação, escuta e gravação ambiental, têm praticamente os mesmos conceitos já expostos, com a peculiaridade de se referirem a conversa não telefônica (conversa pessoal).

Desse modo, interceptação ambiental é a realizada por terceiro, sem o conhecimento dos comunicadores; escuta ambiental realiza-se quando a captação da conversa não telefônica é feita por terceiro, com o

conhecimento de um dos comunicadores e, por último, a gravação ambiental ocorre quando a captação da conversa telefônica é efetuada por um dos comunicadores. Tais distinções não são despiciendas, porque o tratamento jurídico muda conforme o tipo de violação.

A distinção é importantíssima, porque o art. 10 da Lei 9.296/96, tipifica como crime a interceptação telefônica sem autorização judicial. O termo "interceptação telefônica" é parte integrante de um tipo penal, devendo o seu conceito ser fixado para se dar a correta aplicação ao crime referido, de modo que a compreensão mais alargada ou mais estreita daquela expressão necessariamente implicará proporcional alargamento ou estreitamento do tipo penal.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA NO BRASIL

Por tratar-se de assunto com íntima relação com o tema aqui analisado, faz-se necessário realizar uma breve explanação sobre o cenário histórico bem como as peculiaridades do surgimento da interceptação telefônica no país. A Constituição Federal de 1969 em seu capítulo IV, tratava dos direitos e garantias fundamentais, dispondo em seu artigo, *in verbis*:

Art. 153, § 9º - É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas", deixando claro não haver previsão de qualquer exceção a inviolabilidade das comunicações telefônicas. Porém, havia a lei 4.117 de 27 de agosto de 1962, anterior a constituição de 1969 e que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações onde em seu artigo 57, inciso II, letra "e" estabelecia:

Todavia, havia a lei 4.117 de 27 de agosto de 1962, anterior a constituição de 1969 e que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações onde em seu artigo 57, inciso II, letra "e" estabelecia:

Art. 57 Não constitui violação de telecomunicação:
II – O conhecimento dado:

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Dessa forma, um grande debate se formou em torno da discussão sobre a constitucionalidade do artigo 57 da lei 4.117/62 que permitia a interceptação telefônica. Assim, a Constituição Federal 1988, passou a autorizar a interceptação telefônica desde que fossem preenchidos três requisitos quais sejam, a ordem judicial, uma lei que regulamentasse a interceptação telefônica e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Apesar de ser previsto na Constituição Federal, a interceptação telefônica ainda não poderia ter sua aplicabilidade imediata pois segundo o próprio dispositivo constitucional, ainda dependeria de uma lei que a regulamentasse.

Nesse passo, em 24 de julho de 1996 as interceptações telefônicas foram regulamentadas através da lei 9.296 sendo publicada em 25 de julho do mesmo ano, cumprindo um requisito constitucional exigido para as interceptações. O artigo 5º, inciso XII ao ser regulamentado pela lei 9.296/96, trouxe a possibilidade, nos casos de investigação criminal e durante instrução processual penal, de violação das comunicações telefônicas passando e legitimar seu uso como meio de prova.

Todavia, o artigo 5º, inciso XII ao ser regulamentado pela lei 9.296/96, trouxe a possibilidade, nos casos de investigação criminal e durante instrução processual penal, de violação das comunicações telefônicas passando a legitimar seu uso como meio de prova.

2.1 A INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA E O DIREITO À INTIMIDADE

Está disposto na constituição federal acerca da inviolabilidade do direito a intimidade. *in verbis*:

Artigo 5º 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;

O direito a intimidade é protegido em dois momentos, antecedente, a proteção consiste numa reação à interferência ilícita na intimidade, procurando evitar que ela seja devassada (através de "grampos telefônicos", p. ex.) No momento posterior, a reação vira-se contra a divulgação indevida da intimidade alcançada legitimamente. No primeiro momento, a proteção dirige-se a terceiros; no segundo, dirige-se ao destinatário do fato íntimo.

Quando a violação à intimidade se dá apenas no segundo momento, ou seja, quando se divulga um fato íntimo que se alcançou legitimamente (por exemplo, no caso do destinatário de uma carta contendo segredo) a repulsa do ordenamento jurídico é menos severa do que quando a violação ocorre no primeiro momento. Tanto é assim que, naquela violação, a lei costuma excluir a ilicitude da conduta quando há "justa causa" para divulgação do fato íntimo, código penal,

Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de 1(um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Como exemplo de "justa causa", a doutrina costuma arrolar a comunicação ao Judiciário de crime de ação pública. Com base nesse ensinamento doutrinário, poder-se-ia (mas não se pode, tendo em vista a posição do STF adiante exposta) afirmar que é prova válida a gravação, por um interlocutor, de conversa pessoal ou telefônica na qual o outro confessa a prática de crime. De tal modo que essa gravação poderia ser utilizada em juízo para incriminar o autor do delito. Por envolver a captação por terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, a interceptação choca-se com o primeiro momento do direito à intimidade. Por outro lado, a escuta (captação que se dá com a autorização de um dos interlocutores) e a gravação (captação por um dos interlocutores) atingem o direito à intimidade no momento subsequente.

Isso explica por que a interceptação só pode ocorrer com autorização judicial, que não é necessária, caso exista justa causa, para a

escuta e gravação telefônica. E também por que a simples interceptação (mesmo sem divulgação do conteúdo captado) é crime, se for realizada sem autorização judicial (artigo 10 da Lei 9.296/96). Ao passo que, se não houver divulgação do conteúdo ou havendo justa causa para a divulgação, a escuta e a gravação não são crimes, prescindindo de autorização judicial.

3 PRESSUPOSTOS LEIGAIS PARA A CAPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA

A lei 9.296/96, traz alguns requisitos em seus artigos 1º e 2º que são exigidos para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, sendo eles divididos em: ordem do juiz competente da ação principal, indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, crime punido com reclusão, que não exista outro meio de produzir a prova e que sirva para instruir a investigação policial ou processo criminal.

Dos requisitos, a ordem do juiz é o primeiro que deve ser observado para a quebra do sigilo telefônico, estando previsto no artigo 1º da lei 9.296/96, que dispõe que a interceptação de comunicações telefônicas "... Dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.". O artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988, exige a ordem judicial na quebra do sigilo telefônico, já a lei 9.296/96 em seu artigo 1º exige que tal ordem seja dada pelo juiz competente da ação principal. Conforme exposto, não é qualquer juiz que está apto a autorizar a interceptação telefônica e sim aquele que tem competência para julgar a ação principal. Desta forma, o Ministério Público ou a Autoridade Policial não pode fazer uso da interceptação telefônica sem que o juiz que estiver a frente do processo a autorize.

Vale salientar, conforme previsto no artigo 1º da lei 9.296/96, a interceptação telefônica só será possível na esfera penal, ou seja, deve servir para instruir uma investigação policial ou processo criminal.

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem

do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

CONCLUSÃO

Diante do exposto o presente artigo teve a finalidade de ser mais um instrumento no estudo e conhecimento dos temas acerca da lei 9.296 de 24 de julho de 1996 visto sua complexidade e importância e ainda diante do contexto social de criminalidade que vivemos tendo em vista o descaso político que desencadeia na necessidade de grandes intervenções do Estado Juiz através do processo penal. Neste sentido, foi procurado, além de passar pela parte histórica da interceptação telefônica no Brasil, elencar alguns aspectos relevantes, como seus requisitos constitucionais e legais necessários para sua captação

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA

FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 7. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001.

AVOLIO, L. F. T. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BLEICHVEL, Marise Aparecida; KRIEGER, Jorge Roberto. A eficácia da investigação criminal pela polícia judiciária e pelo ministério público. Revista Eletrônica de Investigação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.3, p. 824-843, 3º Trimestre de 2013. Disponível em: < <http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes>.

GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. 3. Ed. São Paulo. RT. 2014

NASCIMENTO, Ariel José Guimarães. Interceptação das comunicações telefônicas como mecanismo de investigação criminal. Disponível em

A MORTE LENTA E GRADUAL DE UMA ERA CONSTITUCIONAL.

ANTONIO DE JESUS TROVÃO: Pós graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela UNIFMU/TRTSP.

Ao olharmos com atenção para os recentes acontecimentos desencadeados desde o início da operação “LAVA JATO”, observamos um aspecto extremamente doloroso e doentio relacionado diretamente com o Republicano e também com as bases nas quais assenta-se o Princípio Constitucional; digo doloroso porque tais acontecimentos, quando analisados à luz da História Social denuncia às escâncaras, um evidente sinal de que as instituições além de não funcionarem como deveriam, também encontram-se abaladas, sofrendo um grave processo de deterioração que dói no tecido social, reverberando em todas as classes, em todos os níveis e sob todos os cidadãos que depositaram toda a sua confiança na capacidade dos legisladores, membros do executivo e do judiciário, em atender aos seus anseios e expectativas.

Além do mais, trata-se também de um processo doentio, tal uma patologia que contamina e afeta toda a estrutura social, deixando o cidadão comum tão estupefato que acaba por ser tomado por um estado de letargia, incompreensão e frustração que torna suas ações inócuas, fazendo-o sentir-se verdadeiro refém daqueles que são os responsáveis pela condução do país e de seu povo.

Ensejamos iniciar esta nova etapa de nossa digressão, analisando detidamente o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pedra angular do Direito Constitucional e também do princípio Republicano. Sua formulação clássica, nasce pelas mãos do filósofo alemão, Immanuel Kant, em sua obra: *"Fundamentação da Metafísica dos Costumes"*, na qual defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio (objetos), e através desse conceito, formulou tal princípio nos seguintes termos: *"No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade"*.^[1]

Eis aqui, encerrada neste conceito, a fundamentação para que todos nós sejamos dignos e assim reconhecidos, como também reconhecendo aos nossos semelhantes, enterrando qualquer possibilidade de acolhimento de comportamentos extremos, sejam aqueles destinados à discriminação étnica, racial, religiosa, social, ou ainda comportamental. Extrai-se ainda a ideia de que é digno aquele que é tratado com respeito, tolerância e valor.

No esteio do acima assinalado, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet ao conceituar a dignidade da pessoa humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos". [2]

Insta salientar que o reconhecimento da dignidade implica em reconhecimento de valores inalienáveis tais como liberdade, justiça, paz e desenvolvimento social, sem os quais ainda estaríamos nos digladiando nas florestas pela posse de alimento e água. Deflui-se, pois, que todos, sem distinção, devem ser tidos (e vistos) como seres dignos, merecedores de respeito em sentido amplo, observada a limitação estabelecida dentro do âmbito de cada indivíduo, ou seja, a dignidade de um indivíduo conhece como limite a dignidade de outrem, sendo que, ultrapassá-la, ou aviltá-la, significa ferir ou ameaçar ferir um direito que não pode ser objeto de qualquer injunção.

Aliás, é o que dispõe É o que dispõe o art. 1º, III da Constituição Federal:

“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.”

Ainda sobre dignidade da pessoa humana afirma Gustavo Tepedino^[3]:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento (...)

Feito tais considerações, é preciso aferir como este princípio é visto pela sociedade, no sentido de o clamor popular e a opinião pública não apenas compreenda, mas aceite que tal princípio vige em todos os dispositivos políticos e de Estado, com vistas a assegurar que possa ser não apenas sentido e sim usufruído como algo palpável em todas as relações entre a cidadão e seus dirigentes.

Todavia, não é isto que se vê no cotidiano social; notícias ilustrativas de tal evidência não faltam, porém abstenho-me de exibi-las, posto que desnecessário. Os órgãos responsáveis, por exemplo, pela Segurança Pública, limitam-se a publicar estatísticas, como se elas fossem suficientes para aplacar o clamor popular por um convívio pacífico e

seguro. E tais estatísticas encontram-se baseadas no pressuposto pífio de que “se a cabeça estiver no forno, e os pés na geladeira, a temperatura do corpo é ambiente” (sic).

Tal constatação também se verifica na Saúde Pública, onde médicos são obrigados a fazerem a “Escolha de Sofia”, entre centenas de pacientes à espera de um milagre que jamais virá. Considero aqui, também desnecessária a demonstração por meio de noticiosos e dados estatísticos, pois a realidade em que nos encontramos inseridos fala por si.

Deste modo, podemos afirmar, com certo temor de cometer exageros, que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é mais letra morta do texto constitucional que um princípio efetivo que se congrega com o cotidiano do assim chamado “homem médio”.

No que consideramos um magistral trabalho científico formulado por Thiago M. Minagé^[1], cujo currículo apresentaremos ao final, ele nos brinda com a seguinte ponderação:

Nesse sentido, reflita sobre: Como querer a prevalência de uma lei que tenha utilidade social em detrimento da própria pessoa que integra a sociedade? Como justificar a violação de um direito cuja finalidade seria proteger “os direitos”, mas a norma viola para proteger, então se protege violando? Afinal, não estaríamos protegendo apenas quem queremos e na verdade esquecendo todo o “resto”? Será mesmo que as leis são feitas por humanos, para proteger seres humanos, ou os seres humanos devem e estão a proteger as leis? Talvez fosse melhor mudarmos para “dignidade da lei”. Assim, assumiríamos de uma vez por todas que a sociedade serve a lei e não o contrário. Deixaríamos de ser hipócritas e mostraríamos que é impossível defender direitos humanos sem ao menos uma vez ser humano. O que é ser, humano?^[4]

E é neste cenário desolador que concluímos, com pesar, que a dignidade foi rebaixada a um produto de mercado, que se encontra sujeito à lei econômica da oferta pela procura. A medida que a procura aumenta, a oferta diminui, deixando à míngua aqueles que mais dela necessitam.

Uma mercadoria tão cara e também tão rara, que sua aquisição fica obstacularizada, porque apenas aqueles que tem condições sociais e econômicas para obtê-las (por qualquer meio), a conservam longe daqueles que não apenas dela carecem, mas a merecem.

Os recentes acontecimentos noticiados pela imprensa na favela da Rocinha, no Rio de Janeiro, com a evidente incapacidade do Estado em lidar com energia contra a organização criminosa, vemos de forma cristalina como o princípio da Dignidade perdeu sua razão de ser, já que o cidadão que deveria ser o objetivo da Carta Constitucional, está dela esquecido, colocado ao alvedrio de sua própria sorte.

Deste modo, há de se concluir que, por mais que os hermeneutas constitucionais, insistam em afirmar que os princípios consagrados em nossa Carta Magna estão à disposição dos cidadãos, a realidade insiste em demonstrar e comprovar o contrário, razão pela qual, afirmo, com enorme aflição na alma, que estamos presenciando e testemunhando a morte lenta e gradual do Direito Constitucional, e também dos princípios por ele consagrados. E mesmo que vezes se levantem contra minha afirmação, lamento dizer-lhes que sua irresignação e revolta não encontrarão eco na dura realidade que hoje presenciamos, vivenciamos e experimentamos no nosso doloroso cotidiano.

Torna-se impossível crer em dignidade quando dignatários são flagrados transacionando propinas que esvaziam os cofres públicos e, ao mesmo tempo, esvaziam esperanças de reversão de um quadro tão perverso. Como pressupor dignidade quando uma mera sentença de concessão de cautela relativamente a um tema tão delicado quanto a opção de gênero, possa desencadear uma fúria descontrolada que desperta o pior de todos?

É lamentável que estejamos neste estágio evolutivo sem que tenhamos, de fato, evoluído; inexistente chance de termos um avanço, muito menos um retrocesso, pois o que temos é apenas uma triste letargia, cujos efeitos ainda sentiremos por muito tempo.

Registre-se ainda que o Estado de Direito consiste na limitação do poder político, submetendo o Estado ao Direito através do texto constitucional, sendo legitimado pelo elemento democrático; se é o texto constitucional o limitador e, ao mesmo tempo, regulador da atividade do Estado, com a legitimação democrática, deveria esperar-se que assim funcionasse o sistema e também as instituições.

Todavia, como podem as instituições estar funcionando, se o sistema constitucional e também o princípio Republicano foram corrompidos ou encontram-se em constante choque? Se em todos os momentos que o Legislativo precisa tomar uma decisão, havendo movimentações político partidárias em rota de colisão ou de dissensão, a chamada do Poder Judiciário para resolver algo que é, via de regra, interna corporis, não se pode concluir que tais instituições estejam, de fato, funcionando.

Temos, atualmente, a constatação de que os elementos instituidores do Direito Constitucional estão por demais distantes da realidade do povo, que fica, literalmente, alijado em um universo muito distorcido aos olhos do Direito. Tomemos, como exemplo, o direito do cidadão à saúde. Diz a nossa Carta Constitucional:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (grifos nossos)

Tal preceito é complementado pela lei 8.080/90, em seu artigo 2º:

“A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. (grifos nossos)

Alguém seria capaz de afirmar que os preceitos acima são fielmente observados pelo Estado para cobertura de todos os cidadãos? E, caso afirmativo, haveria um único exemplo de sistema público de saúde que, efetivamente, funcione em sua plenitude com atendimento aos mais necessitados.

Quantas são as ações que desaguaram no Judiciário, exigindo pleno acesso a medicamentos, tratamentos, cirurgias? Não há como se conceber que isso seja a melhor forma de ação, mas, sem dúvida, é a única que resta aos desvalidos.

Neste sentido, destacamos o seguinte excerto:

O fenômeno da judicialização da saúde, que se intensificou nos últimos anos, ocasionando a expedição mensal de milhares mandados em todo o país, tornou-se preocupante para o Estado. De acordo com Miriam Ventura (2007), em reportagem publicada pelo Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, a judicialização envolveria a eterna dicotomia entre o individual e o coletivo, sendo que, ao mesmo tempo em que o Judiciário evitaria violações de direito por parte do Estado, favoreceria o individualismo e a noção de que o Sistema Único de Saúde não funciona.

André da Silva Ordacgy (2007) pondera que “os entes públicos muito têm criticado a “judicialização” da Saúde, principalmente sob a alegação de que essa intromissão “indevida” do Judiciário irá acarretar, num futuro próximo, na inoperância total do sistema público de saúde, haja vista os representativos gastos

financeiros disponibilizados para a cobertura das decisões judiciais, que consomem uma boa parte do orçamento da Saúde. E, no mesmo sentido, Morton Scheinberg (2009) assevera que, embora os entes públicos afirmem que o orçamento estaria prejudicado com as liminares concedidas, não se atentam que o imbróglio é causado justamente em razão da excessiva lentidão na incorporação de avanços médicos pelo sistema básico.^[5]

Não é nossa pretensão adentrar na discussão deste tema em especial; o que pretendemos é apenas elucidar e salientar comprovações fáticas de que o Direito Constitucional assegurado na Carta Magna vigente, não encontram eco no tecido social, e, por conseguinte, perde sua efetividade, independentemente de uma eficácia relativizada pelo elemento político que não está mais limitado pela própria Carta Constitucional, com uma legitimação Democrática que, na maior parte das vezes, responde apenas pelos interesses de poucos em detrimento de todos.

Sem darmos cabo do tema, vemos a necessidade de somar a ele outra discussão no que diz respeito ao Princípio Republicano, cuja cerne encontra eco dentro do Direito Constitucional, eivando ainda o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que também está morrendo lenta e gradualmente.

Pelo que foi exposto, vemos, com sofrimento, que a dignidade não encontra respostas aos seus anseios, vendo-se em uma triste limitação fática, já que o cidadão não tendo acesso à saúde, educação, moradia, segurança e pleno emprego vê-se subjugado por um jogo político que desconhece sua essência que é a representação digna daqueles que o elegeram; assim como também desconhece sua essência o Executivo que administra sob a égide de interesses que podem ser resumidos à liberação de emendas parlamentares (que nada mais são empenhos para pagamento futuro!). E, neste cenário, temos ainda o Judiciário sendo convocado para intervir em questões que poderiam (ou, pelo menos, deveriam) ser resolvidas pelas vias adequadas.

Não nos esqueçamos de que a dignidade é um valor inestimável que precisa ser preservado a todo custo, sob pena de caminharmos na direção do lado escuro a essência humana.

Deixo o poema abaixo de Eduardo Alves da Costa que é um poeta e dramaturgo carioca e está vivo, e escreveu um poema, na década de 60, que se transformou em um hino na luta contra a ditadura militar, no Brasil. Chama-se **“No Caminho, com Maiakóviski”**:

Na primeira noite eles se aproximam

e roubam uma flor

do nosso jardim.

E não dizemos nada.

Na segunda noite, já não se escondem;

pisam as flores,

matam nosso cão,

e não dizemos nada.

Até que um dia,

o mais frágil deles

entra sozinho em nossa casa,

rouba-nos a luz, e,

conhecendo nosso medo,

arranca-nos a voz da garganta.

E já não podemos dizer nada. (...)

2013. Autor de inúmeros artigos jurídicos. Advogado Criminalista.

NOTAS:

[1] KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.

[2] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.62.

[3] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pág. 48

[4] Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/28/o-que-e-dignidade-da-pessoa-humana/>

[5] <http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/O-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do>

[i] *Thiago M. Minagé é Doutorando e Mestre em Direito. Professor de Penal da UFRJ/FND. Professor de Processo Penal da EMERJ. Professor de Penal e Processo Penal nos cursos de Pós Graduação da Faculdade Baiana de Direito e ABDConst-Rio. Professor de Penal e Processo Penal na Graduação e Pós Graduação da UNESA. Coordenador do Curso de Direito e da Pós Graduação em Penal e Processo Penal da UNESA/RJ unidade West Shopping.. Autor da Obra: Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição publicado pela Lumen Juris no ano de 2013. Autor de inúmeros artigos jurídicos. Advogado Criminalista.*

QUESTÃO PREJUDICIAL E COISA JULGADA NO NOVO CPC

MARIA EDUARDA ANDRADE E SILVA:
Bacharela em Direito pela Universidade de
Brasília.

RESUMO: O novo Código de Processo Civil empreendeu significativas alterações no regime da coisa julgada da questão prejudicial. Houve uma flexibilização da sistemática anterior, que exigia ação declaratória incidental proposta por quaisquer das partes para que a resolução da questão prejudicial estivesse protegida sob a coisa julgada material. Na nova codificação deu-se a informalização do mecanismo, dispensando a ação declaratória. O sentido objetivo da coisa julgada passa a poder ser definido pelo juiz, sem pedido expresso das partes, no que diz respeito à questão prejudicial. O objetivo deste artigo é analisar brevemente os requisitos para que esse fenômeno processual ocorra, através de metodologia dedutiva e pesquisa teórica, bibliográfica e prescritiva.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada material. Pedido principal. Questão prejudicial. Contraditório. Competência. Inércia.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2.1. Panorama atual. 2.2. Requisitos legais. 3. Conclusão. 4. Referências

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é expor os principais pontos referentes à consolidação da questão prejudicial como temática gravada pela coisa julgada.

Tradicionalmente, a imutabilidade do provimento jurisdicional (sentença ou decisão que aprecie o mérito) encontra balizas no pedido do autor. Isso porque, tendo em conta o princípio da inércia da jurisdição, somente a atuação do jurisdicionado que demanda em juízo pode romper a inação que caracteriza o Estado-juiz, como regra geral. Portanto, não pode o Judiciário deixar de julgar um pedido, extrapolá-lo ou entregar providência não requerida. Há, pois, uma correlação entre sentença e pedido. Esse é o aspecto objetivo da coisa julgada, que resta veiculado no “caput” do art. 503 do CPC, segundo o qual “a decisão que

julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”.

A partir do novo CPC, a coisa julgada passa a ser vista sob um novo aspecto no que toca aos seus limites objetivos. Isso porque, ainda que não movida a inércia da jurisdição com relação a certo ponto, sendo ele representativo de questão prejudicial, poderá estar acobertado pela coisa julgada, se presentes os requisitos do art. 503, que serão comentados ao longo deste artigo.

Em um sistema que concebe a coisa julgada a partir de um contexto argumentativo dinâmico e cooperativo, podem ser objeto do dispositivo da sentença não só os pedidos das partes, mas também a resolução de questão prejudicial evidenciada no curso do processo, inclusive identificada de ofício pelo juiz.^[1]

2.1. PANORAMA ATUAL

A coisa julgada tradicionalmente recai sobre o dispositivo da sentença, tornando-o imutável^[2]. Isso porque o dispositivo é o comando destinado ao julgamento de cada um dos pedidos que moveram a inércia da jurisdição desde a propositura da ação. Entre a sentença – seu dispositivo – e a petição inicial deve haver uma necessária correlação ou vinculação, em que tudo o que foi pedido deve ser julgado e o julgamento deve dar-se nos limites do que foi pedido. Trata-se, dessa forma, de evitar sentenças citra, ultra ou extra petita.

Todavia, embora muitas vezes importantes para interpretar a sentença, seus fundamentos não são acobertados pela coisa julgada. Esse reconhecimento é feito pelo art. 504 do CPC, inc. I:

“Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”.

Inclusive, a esse propósito, é preciso salientar que, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal vem rechaçando a adoção da teoria dos motivos determinantes, que permitiria a expansão do alcance do efeito vinculante para abarcar os motivos de uma dada decisão, extrapolando o dispositivo do pronunciamento judicial. Por certo, o efeito vinculante representa um *plus* em relação à coisa julgada. Todavia, em qualquer dos casos, os efeitos práticos da decisão devem obediência ao dispositivo, independente das razões de decidir. Por todos, o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. UTILIZAÇÃO DA VIA RECLAMATÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE IDENTIDADE ENTRE A DECISÃO PARADIGMA E A DECISÃO RECLAMADA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. INAPLICABILIDADE PELO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A reclamação não é sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio para conferir eficácia à jurisdição invocada nos autos de recursos interpostos da decisão de mérito e da decisão em execução provisória. II – É inadmissível a reclamação quando a decisão adotada como paradigma violado não encaixa-se perfeitamente à hipótese dos autos. III - O Plenário desta Corte manifestou-se contrariamente à chamada “transcendência” ou “efeitos irradiantes” dos motivos determinantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas. Precedentes. III – Agravo regimental a que se nega provimento^[3].

Da mesma forma, a “verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”, não ingressa sob a proteção da coisa julgada (art.504, II). Logo, se um mesmo desenrolar fático for narrado em uma diferente ação – com diferentes pedidos, partes ou causa de pedir -, não haverá vinculação com a conclusão da sentença anterior quanto à

veracidade ou não da descrição, que dependerá exclusivamente das provas a serem produzidas e do convencimento do magistrado sobre elas na segunda demanda.

A coisa julgada material “corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre a existência ou não do direito da parte que requer tutela jurisdicional”^[4].

Com efeito, a coisa julgada é marcada por aspectos negativo e positivo. Quanto ao primeiro, significa nada mais que a impossibilidade de rediscussão da lide já julgada, conduzindo à extinção da ação repetida, quando idêntica à primeira já trânsita. Já o aspecto positivo representa o respeito que deve haver quanto à autoridade da conclusão anteriormente alcançada pela primeira ação^[5]. Conforme essa acepção positiva, portanto, o respeito à decisão anterior não abarca a verdade dos fatos, mas somente abrange a conclusão em si mesma decretada pelo Judiciário.

Além disso, o dispositivo da sentença somente acoberta o pedido, ou seja, o objeto da ação. Discussões que se particularizam por caracterizarem-se como etapas prévias ao julgamento do pedido são denominadas prejudiciais, constituindo-se em pressupostos lógicos a serem enfrentados antes da sentença. São necessariamente matéria meritória. “Questão prejudicial é aquela que condiciona o conteúdo do julgamento de outra questão, que nessa perspectiva passa a ser encarada como questão subordinada.”^[6]

Em regra, questões prejudiciais não estão sob o pálio da coisa julgada justamente porque não inseridas dentre os pedidos. Por certo, se se tratar de pedido, a matéria deixaria de ser prejudicial para ser principal.

Lembramos que questão é um ponto a respeito do qual se controvertem as partes. Logo, toda questão prejudicial requer a controvérsia dos litigantes a seu respeito.

É com a contestação que o réu pode tornar litigiosa a relação jurídica prejudicial ao mérito, ensejando o pedido de exame da prejudicial. Não a

tornando controvertida inexistente interesse no exame da matéria para que possa ser alcançada pelos limites objetivos da coisa julgada.^[7]

No CPC/73 a única possibilidade de que a questão prejudicial formasse coisa julgada era por meio do ajuizamento da ação declaratória incidental. Note-se que, nesse caso, a questão prejudicial era, a bem da verdade, elevada ao patamar de pedido no bojo de uma ação proposta incidentalmente à demanda principal. Deixava de ser secundária, pois.

No novo Código, diferentemente, a questão prejudicial pode ser alçada ao regime de imutabilidade e indiscutibilidade sem que se necessite sequer de pedido da parte, menos ainda, do ajuizamento de ação declaratória incidental, que foi extinta^[8].

A ausência de previsão da ação declaratória incidental como mecanismo apto a atrair a coisa julgada sobre a questão prejudicial não impede, porém, que seja naturalmente ajuizada por qualquer das partes, inclusive em reconvenção. A esse propósito, o Enunciado 111 do Fórum Permanente de Processualistas Civil enuncia: “Permanece o interesse no ajuizamento de ação declaratória quanto à questão prejudicial incidental”.

Isso porque, considerando que o novo CPC introduz um elemento dinâmico – o contraditório prévio e efetivo – como um dos requisitos da inserção da questão prejudicial sob o manto da coisa julgada, é possível que a parte não se sinta segura para aguardar o julgamento da matéria na sentença, preferindo tomar a prudente decisão de ajuizar uma ação autônoma.

Pode também o autor optar por incluir a questão prejudicial como pedido principal. Se o fizer antes da citação, não necessitará da concordância do réu; se após esse momento, o réu deverá prestar seu assentimento, desde que respeitado o limite temporal para o acréscimo de pedido, que coincide com o saneamento do processo (art. 329 do CPC):

Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Além disso, pode também o réu reconvir com o intuito de incluir a questão prejudicial como pedido principal^[9].

Esboçado esse panorama, passa-se a analisar os requisitos a serem preenchidos para que a coisa julgada abrigue também a questão prejudicial no novo CPC.

2.2. REQUISITOS LEGAIS

Primeiramente, o art. 503 §1º do CPC estabelece que a questão prejudicial deve ser decidida expressamente.

A providência visa evitar que haja coisa julgada implícita, o que seria impensável em termos de segurança jurídica. Logo, a questão prejudicial deve constar decidida no dispositivo^[10].

Segundo Newton Pereira Ramos Neto, somente haverá coisa julgada sobre a questão prejudicial se, além da relação de dependência lógica em relação a pedido principal, houver harmonia decisória entre as duas questões. Significa que “se o magistrado decide a questão prejudicial em favor do autor, mas a questão principal em favor do réu, não se configura o liame exigido pelo legislador.”^[11]

Esse ponto, porém, é objeto de controvérsia doutrinária. Coexiste corrente oposta segundo a qual não é necessário esse alinhamento entre a resolução do pedido principal e o julgamento da questão prejudicial:

diante do silêncio legislativo, a solução mais segura (até que haja definição do STJ) é entender

que (a) há coisa julgada sobre a prejudicial, ainda que decidida de forma oposta à principal e (b) há, portanto, interesse recursal, de modo que a parte que teve a sentença favorável terá de recorrer para que não haja coisa julgada desfavorável em relação à prejudicial. Trata-se de um problema que não exigia no sistema anterior, e que agora terá de ser solucionado[12].

Somos partidários da primeira tese. Cremos que se o autor ingressa em juízo postulando o bem da vida “x” e esse bem lhe é negado através de um julgamento de improcedência, não seria correto, sob o ponto de vista da inércia da jurisdição, julgar contrariamente ao autor uma questão prejudicial, porque, sobre esse ponto, não houve pedido de rompimento da jurisdição. Ressalte-se que o autor poderia incluir a prejudicial como pedido principal autônomo, mas, se assim não o fez, não haveria supedâneo ao julgamento desfavorável ao demandante em matéria que não requereu apreciada pelo Judiciário com definitividade.

O segundo requisito é ligado à imperativa dependência entre o julgamento de mérito e a resolução da matéria secundária. Logo, a prejudicial não deve apenas ser uma questão acessória, mas também constituir uma verdadeira etapa a ser enfrentada no raciocínio lógico que culmina com o julgamento do pedido central.

O terceiro requisito impõe haja havido “contraditório prévio e efetivo”. Vale dizer, não satisfaz o contraditório formal. O Código caminha para exigir, por exemplo, a plena produção de provas sobre a questão incidental. Daí porque, a depender do momento processual em que seja levantada a discussão sobre o tema, pode ser impossível incluir a questão prejudicial sob o regime da coisa julgada. Veja-se que, nesse ponto, o Código expressamente determina que, havendo revelia, não será possível aplicar o sistema do art. 503. Ou seja, o contraditório exigido como efetivo não é compatível com a mera presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor.

Nesse ponto, lançamos a seguinte reflexão: ao tratar do contraditório prévio e efetivo, o Código reduz, certamente, o nível de formalismo até então exigido para que uma relação jurídica seja disciplinada pela solene coisa julgada. Em um processo de conhecimento tradicional, há posições inconfundíveis de autor e de réu, a cada qual é dado um papel processual, com ônus próprios, inclusive os relativos à prova. Além disso, a cada um desses atores é reservada uma tipologia diferente de manifestação, como petição e réplica para o autor, contestação para o réu, por exemplo. Já no novo regime da questão prejudicial, nota-se que há fluidez e indefinição quanto a esses papéis. As partes poderiam, por exemplo, suscitar dúvidas sobre a quem se atribuiria o ônus da prova a respeito dos fatos ligados à questão prejudicial. Somente o caso concreto poderá precisar a quem aproveitaria o julgamento dessa questão como principal. Em termos gerais, porém, a prova dos fatos incumbe a quem os alega. Todavia, considerando que não cabe cogitar de coisa julgada sobre questão prejudicial quando presente a revelia, julgamos correto afirmar também que se uma das partes permanece silente a respeito do debate quanto a matéria prejudicial, mesmo que instada a se manifestar pelo juiz, a temática ancilar não poderá mais ser decidida como se principal fosse. Isso é, o silêncio deliberado de um dos litigantes e sua opção por não participar do contraditório quanto à questão prejudicial assemelha-se ao caso da revelia e, por isso, não permite que, apenas a partir da versão trazida pelo adversário, o juiz decida o imbróglio sob o regime de imutabilidade. Pensar diferentemente equivaleria a aceitar uma presunção de veracidade da narrativa da parte adversa, o que não se coaduna com a norma processual.

E, inclusive, será necessário aplicar ao ponto o art. 9º do CPC, segundo o qual o juiz não proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. É ainda aplicável o art. 10 do CPC, pelo que o magistrado não decidirá, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Isso significa que o magistrado deve oportunizar o debate sobre a questão prejudicial antes de decidi-la.

A esses requisitos soma-se outro pressuposto, ligado à competência absoluta. Com efeito, o juízo em que tramita a ação principal deve ter competência absoluta - em razão da matéria e da pessoa- para decidir a questão prejudicial como se principal fosse.

Nesse ponto é ilustrativo refletir sobre os efeitos da coisa julgada em ação civil pública em que há pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo. Considerando que o controle de constitucionalidade, enquanto pedido principal, somente pode ser veiculado em ações de contraste abstrato e que somente os Tribunais de Justiça e o Supremo Tribunal Federal detêm competência para processamento e julgamento dessas demandas, conclui-se que a declaração incidenter tantum de inconstitucionalidade em ação civil pública, ainda que prejudicial, jamais estará acobertada pela coisa julgada.

O próximo pressuposto trazido pelo CPC é negativo e está trazido no §2º do art. 503:

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

O preceptivo estatui que nas ações que em houver restrições probatórias ou limitação à cognição não haverá coisa julgada para questão prejudicial, justamente porque abalado o ideal de contraditório efetivo, antes referido.

São exemplos de ações com limitação de cognição a que requer tutela antecipada antecedente, quando estabilizada e a ação de consignação em pagamento[13].

Há restrição probatória em sede de mandado de segurança e em demandas sob o rito do juizado especial.

Inclusive, importa salientar que, a reboque da coisa julgada, virá inexoravelmente sua eficácia preclusiva também no que alude à questão prejudicial, o que significa que “considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao

acolhimento quanto à rejeição (...)” dos argumentos referentes à matéria secundária (art. 508 do CPC).

Cumpra ainda trazer a importante anotação de que o art. 1.054 do CPC excepciona expressamente a coisa julgada sobre a questão prejudicial para os processos já em curso quando da vigência do novo Código:

Art. 1.054. O disposto no art. 503, § 1º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Portanto, quanto aos processos iniciados antes do CPC/15, não se lhes aplica o art. 503 §1º.

3. CONCLUSÃO

A inclusão da questão prejudicial sob o manto da coisa julgada é um dos pontos de informalização do novo Código e pode requerer atenção especial das partes a fim de que se evite a imutabilidade da relação jurídica a partir de um rito mais flexível e, por outro lado, menos seguro. Decerto, a inclusão dessa sistemática está alinhada com um propósito de economia processual. É especialmente relevante a dispensa de pedido formulado pelos litigantes no sentido de que a questão prejudicial seja incluída no dispositivo como apta a formar coisa julgada, o que rompe com os princípios da inércia da jurisdição e da congruência entre sentença e pedido exordial.

Apesar dessa possibilidade de atuação ativa do juiz, deverá sempre haver a concessão de oportunidade de que os contendores debatam o tema e produzam provas a seu respeito, se assim o permitir a fase em que se encontrar o processo. Além disso, devem as partes ser cientificadas de que a prejudicial poderá vir a ser abarcada pela coisa julgada, sob pena de nulidade na sentença no ponto, por malferimento aos arts. 9º e 10 do CPC. Além da exigência de contraditório efetivo, é preciso que o magistrado tenha competência absoluta, a resolução da questão seja expressa, não haja limites de

cognição ou de produção probatória e haja relação de dependência lógica entre a resolução da questão prejudicial e o pedido principal.

4. REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023/2002**. Informação e documentação –Referências – Elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 27.702. Reclamante: Coligação “O começo de uma grande mudança”. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 06 de outubro de 2017. STF, Brasília, 2017. Disponível em: . Acesso em: 01 nov. 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALVIM, Angélica Arruda et al (coord.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, et al. O Novo Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado.3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MULLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. Normas e Padrões para Teses, Dissertações e Monografias.5.ed. Londrina. EdueL, 2003.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NETO, Newton Pereira Ramos in FILHO, Antônio Carvalho; JÚNIOR, Herval Sampaio (org.). **Os Juízes e o Novo CPC**. Salvador: Jus Podivm, 2017.

NOTAS:

[1] MARINONI, Luiz Guilherme, et al. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.591.

[2] NETO, Newton Pereira Ramos in FILHO, Antônio Carvalho; JÚNIOR, Herval Sampaio (org.). **Os Juízes e o Novo CPC**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 440.

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 27.702**. Reclamante: Coligação “O começo de uma grande mudança”. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 06 de outubro de 2017. STF, Brasília, 2017. Disponível em: . Acesso em: 01 nov. 2017.

[4] MARINONI, Luiz Guilherme, et al. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.585.

[5] DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi In: ALVIM, Angélica Arruda et al (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 614.

[6] MARINONI, Luiz Guilherme, et al. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.592.

[7] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.1222.

[8] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.1222.

[9] BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp.404-405.

[10] DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi In: ALVIM, Angélica Arruda et al (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.504.

[11] NETO, Newton Pereira Ramos in FILHO, Antônio Carvalho; JÚNIOR, Herval Sampaio (org.). **Os Juízes e o Novo CPC**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 443.

[12] DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi In: ALVIM, Angélica Arruda et al (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 503-504.

[13] BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.404.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) E A ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NO CONTEXTO DAS DEMANDAS DE MASSA

RENATA MOURA TUPINAMBÁ: graduada em Direito (Universidade Federal do Rio de Janeiro); pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes; pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; aprovada nos Concursos para os cargos de Analista do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro e Defensor Público Substituto do estado da Bahia.

Resumo: O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um recente instrumento, trazido pelo Novo Código de Processo Civil, que objetiva solucionar os conflitos nascidos na sociedade moderna, em que as relações jurídicas sofrem processo de massificação. Embora o escopo do instituto seja resguardar a Isonomia através da aplicação de idêntica solução aos casos de mesma natureza, é certo que o magistrado deve individualizar as necessidades do caso concreto.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Demandas de Massa. Caso concreto.

Sumário: Introdução; 1. A tramitação do projeto do novo código de processo civil; 2. Notas sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas; Conclusão; Referências bibliográficas:

Introdução

O presente trabalho tratará do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - que será denominado IRDR - como forma de reprimir a litigiosidade de massa – o que é uma tendência mundial na solução dos conflitos. Os meios processuais dedicados à solução dos casos repetitivos deixam clara a preocupação com a massificação contemporânea das

relações jurídicas. O processo civil, em sua perspectiva tradicional, não se mostrava tão eficaz à luz da crescente complexidade da sociedade.

O processo civil brasileiro foi criado para tutelar os conflitos de natureza individual, evidenciando uma insuficiência nas questões coletivas atuais. Isso se dá pelo fato do processo e seu procedimento terem nascido visando uma ampla e completa cognição acerca das questões particulares, visando resolver cada caso concreto. Tornou-se necessária a adequação e a reinvenção do processo. Foi essencial, então, a criação de novos institutos e a adaptação dos já existentes, de modo a convergirem para o ideal de readaptação. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR foi um desses mecanismos, tendo sido criado para conter essas demandas marcadas pela repetitividade, e ganhando espaço no novo Código de Processo Civil de 2015, a partir do artigo 976.

Vejamos as lições de Antônio do Passo Cabral.

A sociedade contemporânea trouxe a reboque a massificação dos conflitos de interesses e gerou, historicamente, uma preocupação do direito e do processo com a adaptação da técnica processual. Nesse diapasão, nas últimas três ou quatro décadas, proliferaram-se estudos sobre a tutela coletiva e os instrumentos processuais de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Mais recentemente, até porque os mecanismos de tutela coletiva não foram eficazes em resolver o problema da quantidade de processos praticamente idênticos, muitos ordenamentos processuais, em vez de desenharem “procedimentos representativos”, com ficções legais no campo da legitimidade extraordinária e da coisa julgada, procuraram tratar o problema da litigância de massa por meio das “ações de grupo”, procedimentos de resolução coletiva ou agregada de processos sem as técnicas das ações coletivas. [1]

Não há dúvida que as técnicas processuais diferenciadas devem conviver com as ações coletivas, que possuem fundamental papel para o ordenamento jurídico nacional. O Novo Código de Processo Civil repensou

a estruturação dos mecanismos até então existentes para a solução das litigiosidades de massa que tratem das mesmas questões de direito.

A previsão legal de soluções para os processos coletivos, além de já ser realidade positivada no Código de Processo Civil de 2015, parece também refletir uma tendência inevitável na legislação futura.

Por consequência, torna-se fundamental a sua reflexão sobre a estrutura desses procedimentos e sobre sua aplicação na formação da jurisprudência.

1 A tramitação do projeto do novo código de processo civil

O Novo CPC nasceu dos Atos n. 379 e 411, do Presidente do Senado Federal, que instituíram uma Comissão de Juristas, composta por 12 estudiosos, sendo presidente o Ministro Luiz Fux; e relatora a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Depois de amplo debate popular por intermédio de audiências públicas em todo o território nacional, o trabalho final da Comissão de Juristas foi transformado no PLS 166/2010, o qual obteve aprovação em 15/12/2010. Observando o rito legislativo, o texto aprovado seguiu à Câmara dos Deputados para tramitar sob a forma de PL 8.046/2010, o qual, por sua vez, foi aprovado, com alterações no texto original, em 26.03.2014. Retornou ao Senado Federal, como Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS 166/2010, até ser aprovado em 17.12.2014. O novo Código de Processo Civil foi objeto de sanção presidencial em 16.02.2015, tornando-se a Lei 13.015/2015, publicada em 17.03.2015.

2 Notas sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas busca garantir aos jurisdicionados a uniformização das decisões, fortalecendo a confiança no Poder Judiciário em razão da previsibilidade, de modo que o cidadão poderá pautar seu comportamento na solução dada a casos semelhantes.

Desse modo, o IRDR visa a resolução de questões de direito comuns a diversos processos, com o objetivo de, a partir de um qualificado debate,

fixar uma tese jurídica que uniformizará o entendimento, e que será obrigatoriamente aplicada pelo tribunal que a fixou, e pelos Magistrados a ele vinculados.

Sobre o instituto, vejamos as lições do Ministro Luiz Fux.

A sociedade contemporânea, com suas relações massificadas, acaba por produzir litígios de massa, os quais, não raras vezes, dão ensejo a uma multiplicidade de ações que têm por objeto circunstâncias fáticas ou fundamentos jurídicos idênticos, e que, por tais razões, podem ser consideradas como ações individuais homogêneas quanto à causa de pedir e o pedido^[2].

Em descompasso com os clamores sociais, passou-se a constatar cada vez mais a prolação de decisões judiciais discrepantes sobre idênticas situações, de modo a afrontar os Princípios da Isonomia e da Segurança Jurídica.

Ganha relevância, então, a figura do IRDR, que será instaurado a partir de uma ação individual que tenha por objeto uma questão jurídica repetitiva, ultrapassando os limites dos direitos subjetivos discutidos pelas partes no processo escolhido como paradigma.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas poderá ser instaurado por petição feita pelas partes, pelo Ministério Público, Defensoria Pública, ou até mesmo pelo juiz ou relator. Em qualquer dos casos, deverá ser instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente, tal qual reza o artigo 977, parágrafo único do Código de Processo Civil de 2015.

Nessa seara, cumpre dar destaque à atuação da Defensoria para manejar o IRDR. Isso ocorre em razão da ampla legitimidade coletiva reconhecida na ADI 3943, em que o STF decidiu que a legitimidade da Defensoria Pública para a atuação nas ações de tutela coletiva não deve ser restrita aos interesses dos necessitados sob o ponto de vista

econômico. Com isso, o STF afastou a tese subsidiária do autor da ADI (CONAMP) no sentido de que deveria haver legitimidade na tutela coletiva restrita apenas à defesa dos direitos individuais homogêneos dos economicamente necessitados. Nessa oportunidade, a Ministra Relatora, Cármen Lúcia, ressaltou que a dificuldade de acesso à Justiça pelos grupos vulneráveis é uma das barreiras de implementação e efetivação da democracia. Afirmou, ainda, que o dever estatal de promover políticas públicas tendentes a reduzir ou suprimir essas enormes diferenças passa pela operacionalização dos instrumentos que atendam com eficiência a necessidade de seus cidadãos.^[3]

No mais, é certo que o art. 134 da CR/88, ganhou nova redação com a Emenda Constitucional 80, de 2014. O dispositivo passou a prever:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 50 desta Constituição Federal.

No que tange à legitimidade do Ministério Público, esta também advém de suas atribuições constitucionais, consoante art. 127 da Carta Magna.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A atuação dos magistrados na instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas também é de especial relevância. Isso porque o julgador deve pautar sua atuação na necessidade de respeito aos direitos e garantias não apenas das partes, mas, também, da sociedade como um todo. Desse modo, caso haja risco à isonomia e à segurança jurídica, é

possível que o magistrado dê início ao IRDR. A jurisdição não mais se coaduna com ideais simplesmente individualistas. Esta afirmação é depreendida do art. 139, X, do CPC, que elenca como atribuição do magistrado o dever de oficiar o Ministério Público e a Defensoria Pública quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas visa garantir aos litigantes maior celeridade no julgamento de seus casos, bem como segurança jurídica, uma vez que a decisão do IRDR deve ser replicada aos demais processos, reduzindo, dessa forma, decisões contraditórias em questões semelhantes. Para garantir o conhecimento da decisão por todos os interessados, o Código estipula a sua divulgação, a partir do artigo 979:

Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 10 Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 20 Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 30 Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Outra vertente relevante – mas pouco explorada pelo CPC - diz respeito à escolha da causa que servirá de paradigma para a solução as mencionadas “idênticas questões de direito”, tendo sua solução reproduzida nos demais processos. Foi preciso, portanto, o

estabelecimento de determinados critérios aptos a direcionar a escolha da causa que melhor represente aquelas que aguardam julgamento. Inicialmente, é necessário que a causa objeto de julgamento seja apta a esgotar o debate (ainda que em tese), apresentando todos os pontos de vista potencialmente discutíveis nos processos repetitivos. A clareza da exposição dos argumentos também deve ser levada em conta, pois possibilita que a cognição pelo julgador se dê por meio de análise qualitativa das razões trazidas pelas partes.

A fim de ampliar a visão dos julgador e pluralizar o debate, o Novo Código de Processo Civil previu uma série de instrumentos, que, por sua natureza, tornam a decisão mais sensível às necessidades sociais.

Primeiramente, ressalte-se a atuação do “Amicus Curiae” – havendo, inclusive, possibilidade de manejo de recurso por este ente. Percebe-se que a legitimidade recursal do “Amicus Curiae” é excepcional e apenas existente na hipótese ora tratada - o que denota a relevância do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como mecanismo de garantia de segurança jurídica e de coesão das expectativas coletivas.

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

(...)

§ 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O capítulo VIII do Novo Código de Processo Civil regulamenta o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, e reitera, no artigo 983, a atuação dos diversos agentes auxiliares da discussão no feito em pauta.

Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

Houve, também, no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, a previsão de realização de audiências públicas – para as quais a sociedade civil é convidada a participar.

Art. 983. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Insta asseverar que embora a lei dite o termo “poderá”, trazendo a ideia de que a designação da escuta pública é uma faculdade do julgador, os princípios democráticos determinam a superação da literalidade da norma escrita, sendo, portanto, imperiosa sua realização.

Conclusão

Em paralelo às inovações legislativas que apontam para um Direito preocupado com os reflexos que causa na sociedade, é necessário, também, promover a conscientização dos sujeitos processuais acerca da necessidade de ultrapassar as fronteiras da demanda em questão. É certo que, embora o conceito de “Justiça” seja objeto de controvérsia desde os primórdios da organização jurídica da sociedade, trata-se de um ideal a ser perseguido. Qualquer que seja a acepção a ser adotada, é indiscutível que não se coaduna com a possibilidade de haver decisões distintas/antagônicas para casos semelhantes. Alinhando-se a essa perspectiva, a exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil assim dispôs:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da

mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera inquietude e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.^[4]

O surgimento de técnicas processuais de julgamento de questões jurídicas análogas enseja o sentimento de confiança do jurisdicionado no sistema de justiça, pois fortalece a certeza de que haverá uma solução previsível, e livre de arbítrios pessoais do julgadores. Ocorre que não podemos perder de vista a ideia de que o Direito não é uma ciência exata, de modo que ao magistrado cabe a função de perceber as nuances do caso concreto, sensibilizando-se com os traços que distinguem a demanda em julgamento das demais que lhe são semelhantes – daí porque a decisão judicial não é um documento pronto e alheio às necessidades individuais dos que estão a ela submetidos.

Referências Bibliográficas

CABRAL, Antônio do Passo. **A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos**. Revista de Processo. Vol. 231. 2014. p. 201 - 223

CUNHA, Leonardo Carneiro. **Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo: RePro, v. 36, n. 193. p. 255-279. 2011

FUX, Luiz (coord.). **O novo processo civil brasileiro. Direito em expectativa (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil)**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil - Lei 13105/2015**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método. 2015.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Editora JusPodivm, 2016.

SENADO FEDERAL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário julga constitucional legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

NOTAS:

[1] CABRAL, Antônio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos” **Revista de Processo**. Vol. 231. 2014. p. 201 - 223

[2] FUX, Luiz (coord.). **O novo processo civil brasileiro. Direito em expectativa (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil (LGL19735))**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 22.

[3] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário julga constitucional legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

[4] SENADO FEDERAL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

CONCEITOS E PRECEITOS DA CONDUÇÃO COERCITIVA PARA INQUÉRITOS POLICIAIS

DÉBORA BATISTA ALMEIDA VASCONCELOS MIOLA: Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO

(Orientador) [\[1\]](#)

RESUMO: É sedimentado o entendimento de que a liberdade de locomoção é um dos bens mais essenciais para a sociedade, no entanto a condução coercitiva, com suas particularidades, não contraria esse conceito partindo do intuito de investigação, de reação positiva a uma ameaça ou lesão, defesa e outros. A condução coercitiva se trata basicamente de se fazer valer a vontade da justiça na investigação de fatos criminais, busca que o acusado se faça comparecer uma vez que já tenha se proposto e desatendida à intimação. Tal fato se torna essencial no processo de investigação, tendo o intuito principal de favorecer a sociedade. Sendo assim, este trabalho busca expor os preceitos e conceitos da condução coercitiva exemplificando alguns casos reais dentro da política brasileira, abordado de maneira legal, dentro dos parâmetros da lei, visando ainda identificar qual a contribuição do mesmo para o caso. No decorrer da pesquisa foi possível responder questionamentos acerca das relações em que há a necessidade de aplicar a condução coercitiva, e como a mesma pode realmente se tornar fator crucial para o processo de investigação, partindo principalmente do princípio das disposições legais das ações e atentando-se à regulamentação do processo judicial, usando como exemplo casos reais. Tendo ainda, como conclusão a sua real necessidade para o processo de investigação em decorrência do crime organizado dentro do cenário político atual, cabendo estas medidas como uma das fases de investigação de inúmeros casos.

PALAVRAS- CHAVES: Condução coercitiva. Inquéritos. Justiça.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Condução Coercitiva e seus Conceitos e Particularidades. 3. A Condução Coercitiva e suas Controvérsias. 4. A Condução Coercitiva como Agente Beneficiador no Cenário Político Brasileiro. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

ABSTRACT: It is settled the understanding that freedom of movement is one of the most essential assets for society, however coercive driving, with its particularities, does not contradict this concept starting from the intention of investigation, from positive reaction to a threat or injury, defense and others. The coercive conduct is basically to enforce the will of justice in the investigation of criminal facts, seeking that the accused be called to appear once he has already proposed and disregarded the summons. This fact becomes essential in the research process, with the main purpose of favoring society. Thus, this work seeks to expose the precepts and concepts of coercive driving by exemplifying some real cases within the Brazilian policy, approached in a legal way, within the parameters of the law, in order to identify the contribution of the same to the case. In the course of the research it was possible to answer questions about the relationships in which there is a need to apply coercive conduction, and how it can really become a crucial factor for the investigation process, starting from the principle of the legal dispositions of actions and, to the regulation of the judicial process, using real cases as an example. Further, in conclusion, its real need for the investigation process as a result of organized crime within the current political scenario, these measures being one of the investigation phases of numerous cases.

KEYWORDS: Coercive driving. Investigations. Justice.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A estrutura jurídica brasileira vem passando por uma nova etapa ou momento, pois anteriormente as pessoas e seus atos eram blindados pela lei e atualmente estão sendo processadas, uma vez que figuras públicas veem sendo averiguadas por suas práticas e condutas ilegais; são fatos

que exaustivamente acarretam em extensos processos de persecução penal.

No entanto, há garantido por lei em constituição o direito de ir e vir de cada cidadão, mas o ordenamento constitucional também garante que haja a ordem. E em atenção a isto que a condução coercitiva, assunto alvo deste projeto, tem por finalidade se fazer presente o indivíduo e testemunho que por motivo injustificado não tenha comparecido à sua intimação, ou seja, não tenha atendido a intimação do juízo em primeiro momento.

Contudo, para melhor abrangência e esclarecimento do assunto serão demonstrados casos reais no cenário político brasileiro e para melhor entendimento faremos uma breve busca de conceitos e particularidades, ou seja, uma fundamentação teórica. Tendo como objetivo, elucidar sobre os conceitos e preceitos da condução coercitiva, demonstrando como a mesma pode auxiliar nos métodos de investigação e colheita dos elementos. Portanto, para a acadêmica em questão é fundamental e necessária o entendimento sobre o assunto uma vez que se trata de um tema atual e usado com frequência pela justiça, beneficiando o senso crítico em nível de conhecimento.

A problemática deste estudo visa identificar as possíveis relações em que há a necessidade de aplicar a condução coercitiva, e como a mesma pode realmente se tornar fator crucial para o processo de investigação, partindo principalmente do princípio das disposições legais das ações e atentando-se à regulamentação do processo judicial.

Dando continuidade, será elucidado sobre as controvérsias que surgem devido ser um tema atual e utilizado com frequência em investigações no Brasil. E finalmente, evidenciado casos de como essa ferramenta pode ser utilizada como fator beneficiador em casos reais do cenário político, desde o mandado de busca e apreensão, às facilidades para os inquéritos policiais, até as desarticulações de quadrilhas, golpes e crimes.

A condução coercitiva tem sido utilizada com frequência pelo fato do país estar passando por um momento delicado, de descobertas e desfechos para grandes organizações criminosas, golpes, desvios de

verbas e todo esse panorama gera opiniões diversas dentro do cenário político uma vez que vem sendo noticiado diariamente o rumo das investigações. Dessa forma, ficam evidentes as opiniões dos autores e faz com que seja fácil a conclusão de tal papel no judiciário, e no mínimo necessário para que não saiam ilesas as pessoas que cometeram delitos, fazendo-se cumprir a autoridade da justiça.

2 A CONDUÇÃO COERCITIVA E SEUS CONCEITOS E PARTICULARIDADES

Diante do aumento da criminalidade organizada e da insuficiência de mecanismos para aquisição de provas, torna-se imprescindível a adoção de técnicas tão avançadas quanto os instrumentos utilizados pelas organizações criminosas, buscando igualdade nas formas de combate. Busca-se no mínimo se equiparar nas estruturas e organizações em que o crime organizado se encontra, envolvendo bilhões de recursos públicos. Portanto, na Lei nº 12.850 sancionada em 2 de agosto de 2013, as organizações criminosas ganham a seguinte menção, caracterizada por sua estrutura, organização e prática de infrações:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Contudo, os novos e possíveis meios de obtenção de prova precisam se ajustar à rigorosa observância das regras e metodologias legais, de acordo com o devido processo legal.

A condução coercitiva é tida como uma prisão cautelar curta e provisória usada para garantir provas acerca de alguma investigação. O Código penal no Art. 218 e Art. 219 descreve da seguinte forma:

Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no [art. 453](#), sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

Tal conceito é dado por Rezende (2013, p. 43) “consistindo em um meio conferido ao delegado de Polícia para fazer comparecer à sua presença aquele que injustificadamente desatendeu a intimação, e cujo depoimento é essencial para o curso da persecução penal”. O autor menciona ainda sobre a intervenção para conter álibis e colher o maior número de declarações dentro do interesse da investigação:

A condução coercitiva também é apresentada como maneira célere de colher declarações no interesse do inquirido durante a deflagração de operações policiais, tentando evitar a arquitetura de versões fantasiosas e a criação de álibis fictícios entre os suspeitos/indiciados e seus defensores, que tanta opacidade trazem à investigação (REZENDE, 2013, p.43).

Já Castro e Costa (2016, p. 1) elucida da seguinte maneira o conceito de condução coercitiva, sem deixar de mencionar sobre o impedimento de versões diferentes na tentativa de burlar a justiça e a investigação dos fatos:

[...] a condução coercitiva é medida necessária não apenas para a realização de interrogatório do

recalcitrante. Comumente utilizada no “dia D” de operações policiais (deflagração da fase externa do inquérito policial), também serve para evitar a ocultação ou destruição de objetos durante busca e apreensão domiciliar, realizar interrogatórios simultâneos (sem afastar o direito de permanecer em silêncio) a fim de impedir que diferentes investigados combinem versões com o intuito de burlar a Justiça, possibilitar o reconhecimento pessoal, concretizar a identificação criminal (Lei 12.037/2009) e o eventual indiciamento formal.

Dessa forma, pode ser identificado que a condução coercitiva se dá pelo fato de uma anterior desobediência quanto a uma convocação para esclarecimento dos fatos, portanto, Castro e Costa (2016, p. 2) explicam que a mesma é aplicada quando determinado indivíduo, “seja vítima, testemunha, suspeito, perito ou adolescente (artigos 201, parágrafo 1º, 218, 260 e 278 do CPP, artigo 80 da Lei 9.099/1995 e artigo 187 do ECA) desobedece injustificadamente à prévia intimação para comparecer perante à autoridade”.

O artigo 260 do CPP, mencionado acima, elucida da seguinte forma “Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

O fato é que a lei se mune de garantir que a verdade seja imposta e as investigações tomem o rumo correto, ou seja, a máxima aproximação da verdade “Nessa tarefa de se aproximar da verdade, o mais perto possível, surge o poder de exigir que as pessoas compareçam a atos da persecução penal, pré-agendados, para contribuir com o esclarecimento dos fatos (artigo 6º, IV a VI, do CPP)” (PITOMBO, 2017, p. 1).

O tempo da prisão não pode ser delongado, apenas para cumprir diligência probatória, assim como mencionam Castro e Costa (2016, p. 2) “Deve ocorrer num curto lapso temporal, não podendo exceder algumas horas, tempo suficiente para a colheita dos elementos pela Polícia Judiciária”.

Justificada ainda pelo Código Penal em seu Art. 201 § 1º, onde relata sobre a exigência do comparecimento do intimado, portanto, se o

mesmo, de alguma forma deixe de comparecer sem motivo justificado por uma primeira instância, será conduzido à presença da autoridade:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações:

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. [Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008](#)

Outro artigo que elucida sobre a maneira que se dirige a condução coercitiva é o Art. 260 do código penal, onde: “Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”. Ou seja, surge apenas pelo fato da ausência em sua primeira solicitação. Não havendo necessidade do ato, caso o investigado seja atento ao pedido do juiz.

Ribeiro (2017, p.1) explica ainda que tal medida não se trata de forma alguma de uma prisão, sendo “[...] vamos de início exclamar que não se trata de prisão em nenhuma de suas modalidades (flagrante, temporária ou preventiva)”. Simplesmente o fato de conduzir até a autoridade não no perfil de preso ou detento, aquele que não atendeu de primeira instância o primeiro pedido de comparecimento.

3 A CONDUÇÃO COERCITIVA E SUAS CONTROVÉRCIAS

Uma medida adotada com frequência em casos de repercussão nacional não deixaria de obter pontos de controvérsias em seu entendimento, portanto, sobre essas diferentes visões que a condução pode evidenciar Rezende (2013, p. 45) elucida que a mesma torna-se no mínimo exaustiva, considerando contestações dentro de sua interpretação, tal fato pode ser entendido dessa forma por haver artigos onde se mencionam as medidas cautelares:

Figura a condução coercitiva entre as formas de restrição à liberdade de locomoção previstas no arcabouço jurídico pátrio. Entretanto, realizando a análise das disposições legais relativas ao instituto, constata-se que, se de um lado sua regulamentação durante a ação penal mostra-se minimamente exaustiva, por outro acaba por confundir o intérprete quando da sua aplicação no âmbito do inquérito policial, fato que tem acarretado consideráveis controvérsias acerca da sua admissibilidade no trâmite do referido procedimento.

É mencionado ainda sobre a antiga bipolaridade que vivificava no sistema cautelar brasileiro, onde segundo os autores Castro e Costa (2016) fazem uma comparação do antes e o depois do uso da condução como medida cautelar “É óbvio que a Lei 12.403/2011, ao demonstrar um amplo leque de medidas cautelares diferentes da prisão nos artigos 317, 319 e 320 do CPP, irrompeu com a bipolaridade que avigorava no sistema cautelar no país, que só havia previsão esparsa dessa natureza de medida (a exemplo do artigo 294 do CTB e artigo 22 da Lei 11.340/2006)”.

Quando o autor menciona sobre os artigos 317, 319 e 320 do CPP possui o intuito de explicar a distorção quanto à condução coercitiva. O art. 317 diz quanto à prisão domiciliar, podendo o mesmo se ausentar apenas com autorização judicial “Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”.

Já o art. 319 menciona todas as medidas cautelares, porém sem a adição ou menção da condução coercitiva como tal, principalmente em seus parágrafos I e II sobre o comparecimento dentro do prazo e condições estabelecidas e respectivamente sobre a proibição de acesso a determinados locais sem justificativa:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou

frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;[...].

Por sua vez o art. 320 delinea sobre se ausentar do domínio brasileiro sem a prévia autorização judicial, intimando, inclusive a entrega do passaporte às competências. “A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas”.

No entanto, não se dá apenas pelo fato da apresentação de providência cautelar, ou mesmo a limitação do ato de ir e vir, mas sim pela omissão daquele que desobedeceu em primeira ordem a convocação judicial, tal como menciona Pitombo (2017, p.1) “Deve-se ter em mente que não se apresenta providência cautelar voltada a obter ou a resguardar prova”. Mas sim ao fato de “[...] se caracterizar como consequência jurídica à omissão de quem deixou de acatar a ordem de autoridade para ato indicado, sem justificar a ausência, sem se comprometer a atendê-la em outra oportunidade” (PITOMBO, 2017, p.1).

Por outro lado, a condução pode ser entendida de outra forma, sendo inclusive, caracterizada como constrangimento, assim como explica Britto (2012, p. 3):

Desta forma, nos inquéritos que versem sobre crimes objeto de ação penal privada, ainda que tenha se exercido o direito de queixa, a admissão de condução coercitiva forçosamente caracterizaria constrangimento ilegal, já que o art. 57 do CPP admite, de maneira ampla, o reconhecimento da renúncia e perdão tácitos durante a respectiva persecução criminal, militando em favor da caracterização da primeira o desatendimento imotivado de intimação para comparecimento perante a autoridade policial por parte do ofendido.

Quanto ao constrangimento que a condução coercitiva poderá causar, Ribeiro (2017, p.1) cita da seguinte forma, achando de via desnecessária a ação sem que haja primeiramente a oportunidade de comparecimento espontâneo, mencionado inclusive, como um ato brutal a condução coercitiva, assim o mesmo explica “[...] sociedade civilizada e não em um cenário de brutalidade, na qual não se pode permitir que para se ouvir qualquer pessoa, pode-se colocá-la dentro de uma viatura, sem ao menos dar a oportunidade de comparecimento espontâneo”.

Em justificativa ao mencionado pelo autor, segue o Art. 57 do Código de Processo Penal, “Art. 57. A renúncia tácita e o perdão tácito admitirão todos os meios de prova”. Sendo assim, o mesmo considera o silêncio como um ato possível de perdão, ou ainda um meio de prova para ser inserido nas investigações para quaisquer que sejam os casos.

No entanto, Pitombo (2017, p.1) explica que “A todo tempo, ao juiz penal se impõe proteger o inocente que não pode ser tratado pelo Estado de modo diferente daquele que a lei prevê (artigo 5º, II e LVII, da CR)”. Ou seja, garante em seus argumentos que haja igualdade no tratamento dos que são convocados para a condução coercitiva, não considerando a ausência do acusado em sua primeira convocação.

O mesmo autor elucida que a condução coercitiva pode ser tida como uma medida cautelar que de alguma forma estreita os limites que a lei permite, havendo inclusive, outras medidas adotadas para que não haja essa hipótese “Mesmo ao impor medidas restritivas à liberdade (prisão ou medida alternativa à prisão), o faz consoante estreitos limites que a lei lhe autoriza, para hipóteses claras e definidas (artigos 282 e 312, do CPP)” (PITOMBO, 2017, p.1).

No entanto, Pitombo (2017, p.1) defende que mesmo sendo a pessoa acusada de qualquer delito, não seja a mesma forçada a ser levada ao juízo, tendo esse ato como sendo uma armadilha “Inexiste norma jurídica no direito pátrio que possibilite a polícia judiciária levar à força pessoa para ser ouvida. Não se podem criar armadilhas ao indivíduo para impedi-lo de se preparar, com tempo, para o interrogatório com seu

defensor (artigo 8º, 2, do Decreto 678/92)”. Diante desse argumento o CPP explica que:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

No entanto, levando em consideração o rumo das investigações e colher grande número de informações o CPP (Código de Processo Penal) em seu Art. 6º defende o direito de que o ofendido seja ouvido, tão logo quanto o indiciado, inclusive quaisquer outras perícias, não entendendo pelo fato de ser uma armadilha, mas sim um gesto de defesa própria já que a se considera que os fatos estejam o mais perto da verdade possível.

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Dessa forma, poderão ser usadas das forças públicas seguindo a ordem e ênfase do juiz, assim como também elucida Britto (2012, p. 5) é acentuado ao “delimitar que esta será determinada pelo juiz, mediante requisição à autoridade policial, ou por meio de determinação ao oficial de justiça, que poderá ser auxiliado por membros da “força pública”, ou seja, por Policiais Militares”. Portanto o juízo competente determinará a condução coercitiva, seguindo o já mencionado Art. 217, do CPP, após o não cumprimento ou injustificado comparecimento, cabendo a força pública, seja ela, policiais militares ou outra ordem determinada pelo responsável.

O autor confirma ainda mais seu pensamento diante a inconstitucionalidade do Art. 260 do Código Processo Penal brasileiro, partindo da prerrogativa da autodefesa, envolvendo nesse argumento a garantia a não autoincriminação e ainda o direito ao silêncio; o autor cita sobre a forma demasiada de inconstitucionalidade pelo fato principal de que mesmo sendo direcionado ao juizado cabe o ato de não se pronunciar ou ainda negar seu comparecimento por outra forma em defesa.

Por fim, há entendimento que vem sendo construído por aqueles que se baseiam na sistemática da Constituição de que a condução coercitiva jamais poderá se voltar contra eventuais acusados, investigados ou simples envolvidos que, por tal condição, naturalmente ostentam a constitucional prerrogativa de autodefesa, bem como a garantia a não autoincriminação e o direito ao silêncio. Entende essa corrente então que o artigo 260 do Código de Processo Penal seria inconstitucional. Não é, porém, ainda a teoria predominante (RIBEIRO, 2017, p.1).

O fato é que há a menção da condução coercitiva dentro do artigo 260 do CPP, sendo evidenciado que sempre que o acusado não comparecer mediante a primeira intimação, a autoridade poderá conduzi-lo à sua presença “Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. Havendo ainda em seu parágrafo único, a menção do art. 352 “Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável”. O Art. 352 apresenta-se da seguinte forma:

Art. 352. O mandado de citação indicará:

I - o nome do juiz;

II - o nome do querelante nas ações iniciadas por queixa;

III - o nome do réu, ou, se for desconhecido, os seus sinais característicos;

IV - a residência do réu, se for conhecida;

V - o fim para que é feita a citação;

VI - o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer;

VII - a subscrição do escrivão e a rubrica do juiz.

Neste é possível afirmar que não será legítima a condução coercitiva em que o juiz por algum motivo seja impedido de solicitar a mesma, dentro dos seguintes parágrafos mencionados acima.

4 A CONDUÇÃO COERCITIVA COMO AGENTE BENEFICIADOR NO CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO

Com pós e contras a condução coercitiva vem se tornando assunto em jornais, revistas, sites e outros meios de comunicação. O fato é que a mesma tem sido ferramenta de investigação em vários casos do cenário político do país. O presente tópico demonstrará casos reais onde a condução coercitiva foi usada.

A desarticulação de quadrilhas e crimes organizados tem sido baseada também em medidas cautelares, assim como evidencia o caso do combate de ao esquema de fraudes na previdência. “A Polícia Federal cumpre, na manhã desta terça-feira em Campinas (SP), mandados de busca, apreensão e condução coercitiva, para combater um esquema de fraudes na Previdência” (CAMPINAS E REGIÃO G1, 2017, p.1).

É mencionada ainda a fundamentação para essa medida cautelar segundo Campinas e Região G1 “A operação, em conjunto com o Ministério Público Federal e a Secretaria da Previdência, teve dois anos de investigação e tem o objetivo de desarticular um grupo que falsificava documentos sobre vínculos de trabalho para aplicar golpes”.

Nesse exemplo de condução coercitiva no estado de São Paulo, foram cumpridos sete mandados de condução coercitiva. Assim como afirma o autor Campinas e Região G1:

Ao todo, foram cumpridos sete mandados de condução coercitiva e três de busca e apreensão,

todos em Campinas. Até a publicação, não há informação de presos e nem do material que foi recolhido. Os investigados vão responder pelos crimes de estelionato, associação criminosa, falsificação de documento e uso de documento falso.

Outro caso polêmico e bem repercutido nas mídias, envolvendo as investigações do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, na operação Lava-jato altamente reconhecido em noticiários brasileiros, em março deste ano, o blogueiro Eduardo Guimarães, responsável pelo Blog da Cidadania, de Curitiba, também crítico do atual presidente Michel Temer, foi conduzido por condução coercitiva à presença do juiz Sérgio Moro. Alessi (2017, p.1) menciona da seguinte forma “Nesta terça-feira foi à vez de um instrumento usado várias vezes no período voltar aos holofotes, com a condução coercitiva do blogueiro Eduardo Guimarães, responsável pelo [Blog da Cidadania](#), crítico do Governo de Michel Temer”. O motivo foi à divulgação antecipada de ações, ou seja, um suposto vazamento de informações:

Ele foi levado pela Polícia Federal para depor sobre o suposto vazamento da [também controversa condução coercitiva do ex-presidente Lula](#), em março do ano passado. Guimarães divulgou detalhes da ação uma semana antes do fato e Moro queria confirmar a identidade de quem lhe repassou as informações. Em sua casa foram apreendidos celulares, um notebook e um pen drive (ALESSI, 2017, p.1).

Esta ação foi criticada devido à violação do direito de sigilo de fonte garantido por jornalistas pela Constituição Federal, assim conta o autor Alessi (2017, p. 1) “Além da volta do debate sobre o uso da condução coercitiva pela Lava Jato, o episódio trouxe à tona outra polêmica: a defesa diz que foi violado o direito ao sigilo de fonte garantido aos jornalistas pela Constituição”.

No entanto, o juiz se defende publicamente através de sua assessoria “Já a assessoria do juiz rebateu dizendo que Guimarães faz

"propaganda política": Não é necessário diploma para ser jornalista, mas também não é suficiente ter um blog para sê-lo" (ALESSI, 2017, p. 1).

Em sua defesa, a assessoria de Moro explica da seguinte forma "A proteção constitucional ao sigilo de fonte protege apenas quem exerce a profissão de jornalista, com ou sem diploma". Explica também que:

As diligências foram autorizadas com base em requerimento da autoridade policial e do MPF de que Carlos Eduardo Cairo Guimarães não é jornalista, independentemente da questão do diploma, e que seu blog destina-se apenas a permitir o exercício de sua própria liberdade de expressão e a veicular propaganda político-partidária (Alessi, 2017, p.1).

Ainda em relação ao caso argumenta-se que a motivação para exercer a condução coercitiva não se passa pelo motivo de divulgar a sociedade as informações da publicação ou a fonte do blogueiro, que já era conhecida, mas sim a relação do mesmo com os envolvidos no caso da operação lava jato e o fornecimento de informações sigilosas dos investigados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aplicando-se ao raciocínio do que a lei aplica e como a mesma age na conduta da condução coercitiva, foi possível identificar que há exigências somente dentro daquilo que realmente é necessário, ou seja, para que realmente o juiz venha se munir dessa ferramenta, o processo de investigação estará tomando um rumo conclusivo ou extremamente importante, onde os fatos realmente precisam ser investigados dentro daquele depoimento. Dessa forma, Pedro Ivo de Sousa (2015, p. 48) protege os argumentos da Constituição Federal de 1988 que instituiu o modelo de investigação de garantia, onde neste novo modelo brasileiro "há uma tentativa de ampliação quantitativa e qualitativa da participação popular nas decisões públicas, por meio de vários instrumentos e garantias, que lhe conferem papel de destaque, de forma a conferir maior legitimidade às ações do Estado". Ou seja, defende-se o fato de garantir às

ações necessárias do Estado por meio requerer as ações necessárias para que siga o rumo correto em uma linha investigativa.

Dentro de seus conceitos e particularidades pode ser notado que sua função tem apenas o intuito de garantir que sejam elucidados os fatos e que as investigações sigam o rumo correto. Notando ainda que a condução coercitiva é tida como segunda opção em casos de mandado, pois inicialmente é enviado o primeiro mandado, partindo da prerrogativa de se conduzir coercitivamente as testemunhas faltosas injustificadamente.

De fato, faz-se necessário encontrar o equilíbrio entre os direitos fundamentais do investigado e as pertinências do judiciário como decorrência do equilíbrio entre constitucionalismo e democracia. É possível, assim, defender a inexistência teórica e prática do dever da autoridade de oitiva do investigado, mesmo que realizável toda vez que se evidenciar desnecessária para o desígnio da investigação, já que fugiria ao propósito maior da atividade de condução coercitiva.

O que se tornou possível investigar, foram às posições delineadas e entendidas neste estudo, abrangendo ambos os lados, investigado e judiciário, identificando a finalidade de garantir a obrigatoriedade na intimação do investigado, mas, tão-somente, superar o senso comum de que esse ato é uma questão discricionária da autoridade judiciária.

Portanto, conclui-se e qualifica-se como imprescindível o caminho percorrido pelo juízo, sabendo que essa prática exerce o direito de punição para práticas de contravenções penais sérias. Um sansão processual cabível para descumprimento da ordem, agora usada com frequência em investigações de grande escalão nacional, para atos com ofensa a dignidade e autoridade da justiça.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. Caso de blogueiro reacende debate sobre métodos de Moro na Lava Jato. El País. Brasília, El País. 22 mar. 2017. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: . Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. Decreto nº 5.015, de 12 de Março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: . Acesso em: 20 abr. 2017.

BRITTO, Aldo Ribeiro. Particularidades da condução coercitiva no inquérito policial. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12490. Acesso em: 20 abr. 2017.

CAMPINAS E REGIÃO G1. PF cumpre mandatos em Campinas para combater esquema de fraudes na previdência. Campinas, São Paulo. 29 out. 2017. Disponível em: . Acesso em: 22 set. 2017.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Costa, Adriano Sousa. Condução coercitiva é legítimo mecanismo da percução penal. Disponível em: . Acesso em: 25 abr. 2017.

Decreto nº 5015/04 promulga a convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional. Crime organizado.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 27 mar. 2016.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Condução coercitiva não pode ser usada como armadilha na investigação criminal. Disponível em: . *Empório do Direito*, Ago. 2017. Acesso em: 21 set. 2017.

RAMPAZZO, Lino. **Metodologia científica para alunos dos cursos de graduação e pós-graduação.** Edições Loyola. São Paulo, 2002.

REZENDE, Álex Levi Bersan de. *Condução Coercitiva: Controvérsias à luz do garantismo penal*. Disponível em: . Acesso em: 26 ago. 17. Brasília, v. 6, n. 1, p. 29-58, jan/jun 2013.

RIBEIRO, Ivan Moraes. Jusbrasil: O que é, afinal, a condução coercitiva. Disponível em: . Acesso em: 13 set. 2017.

SOUZA, José Nilton Costa de. **Constituição e Processo Penal**: o poder geral de cautela como corolário do processo penal eficaz. Edições Loyola. São Paulo, 2002.

SOUSA, Pedro Ivo de. *Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório*. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (Coords.). *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. Bahia: Juspodivm, 2015.

NOTAS:

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista 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. Email: ewalcacer@gmail.com

A DEMORA NO JULGAMENTO DE AÇÕES PENAIS EM DECORRÊNCIA DA PRERROGATIVA DE FORO NO BRASIL

KAMILLA DORXA DE MELO: Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Estagiária do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Tocantins.

MARIA DO CARMO COTA(Orientadora)[\[1\]](#)

RESUMO: O foro por prerrogativa de função é instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O rol de autoridades públicas que detém do foro para garantia do livre exercício de sua função está elencado no decorrer de cinco artigos da Carta Maior. Além da liberdade que o foro propõe, é benefício do ordenamento jurídico caso haja envolvimento destas autoridades em inquéritos ou ações penais quando há prática de crimes comuns e de responsabilidade, ou seja, é assistido o direito de processamento e julgamento em instâncias superiores a depender do cargo que exerce. Porém, atualmente, o foro privilegiado sofre disfuncionalidade em relação ao sistema de justiça criminal justamente pela inversão do papel principal deste instituto, causando o congestionamento de processos a serem julgados. A morosidade processual está concorrendo com a efetividade e a eficiência da tramitação e progressos das fases processuais. Diante de tal situação, foi proposta uma emenda à Constituição, nº 10/2013, pelo Senador Álvaro Dias (PSBD/PR) com a intenção de extinguir o foro privilegiado quando praticado crime comum. O Supremo Tribunal Federal, tribunal que passa por essa fase intensa do cenário político-econômico brasileiro e que possui o quantitativo de processos novos superior aos encerrados, através do Ministro Relator Luiz Roberto Barroso, em seu voto decidiu pela interpretação restritiva do foro por prerrogativa de função. Na resolução da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937 – Rio de Janeiro concluiu que deve ser aplicado apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

Palavras-chave: foro privilegiado, disfuncionalidade, morosidade processual.

ABSTRACT: The jurisdiction per prerogative of function is established by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The list of public authorities that holds the legal power to guarantee the free exercise of its function is listed in five articles of the Major Bill. In addition to the freedom that the jurisdiction proposes, it is benefit of the legal system if there is involvement of these authorities in criminal investigations or prosecutions when there is a practice of common crimes and responsibility crimes, in other words, the right of processing and judgment in higher instances is retained depending on the position held. However, presently, the privileged jurisdiction suffers dysfunctionality in relation to the criminal justice system precisely by the inversion of the main role of this institute, causing the congestion of processes to be judged. The procedural slowness is competing with the effectiveness and efficiency of the procedure and progress of the procedural stages. Faced with such a situation, an amendment to the Constitution, No. 10/2013, was proposed by Senator Álvaro Dias (PSBD/PR) with the intention of extinguishing the privileged jurisdiction when committed a common crime. The Federal Supreme Court, a court that passes through this intense phase of the Brazilian political-economic scenario and which has the number of new proceedings over those concluded, through Minister Reppporteur Luiz Roberto Barroso, in his vote decided for the restrictive interpretation of the forum by prerogative of Function. In the resolution of the Question of Order in Criminal Action nº 937 – Rio de Janeiro concluded that it should be applied only to crimes committed during the exercise of the position and related to the functions performed.

Keywords: jurisdiction per prerogative of function, dysfunctionality, procedural slowness.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Foro por prerrogativa de função na Constituição de 1988; 2.1 Definição; 2.2 Contexto histórico no Brasil; 2.3 Foro privilegiado em outros países; 3 Princípios constitucionais estruturantes da prerrogativa de foro; 3.1 Princípio da Igualdade; 3.2 Princípio Republicano; 4 Necessidade ou concessão?; 5 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal; 5.1 Antes do cancelamento da Súmula nº 394 STF; 5.2 Dados

estatísticos; 5.3 Interpretação restritiva das exceções; 6 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 institui o foro por prerrogativa de função como privilégio a fim de garantir o livre exercício de certas funções públicas. Porém questiona-se sua efetividade e eficácia em decorrência da atual situação político-econômica brasileira por causa do número exorbitante de autoridades detentoras de cargos públicos que estão envolvidas em inquéritos ou ações penais. Conseqüentemente, e em razão do privilégio, as respectivas demandas congestionam o andamento processual nas instâncias superiores, resultando em absolvição ou prescrição, na maioria dos casos, segundo dados do Supremo Tribunal Federal.

O quantitativo de processos contra agentes políticos na fila de julgamento espanta, especialmente se tratando da operação Lava Jato. Investigação esta feita pela Polícia Federal de maior repercussão contra corrupção, lavagem de dinheiro, dentre outras tipificações de crime comum do Código Penal brasileiro, que está em andamento há aproximadamente quatro anos e há a possibilidade de continuar atuando por mais tempo até que os réus tenham seus processos julgados pelas instâncias em que se enquadram a depender do cargo que ocupam. Ocorre, então, acúmulo processual e, na maioria das vezes, atraso no progresso das fases até o provimento de sentença condenatória ou não.

Por isso, é necessário que seja feita a análise deste instituto acerca de sua funcionalidade diante o ordenamento jurídico brasileiro em relação às autoridades que o detém. O Poder Judiciário Brasileiro, após escândalos processuais em que há envolvimento de autoridades públicas e parlamentares, busca ajuda de outro poder para garantir o andamento e julgamento das ações penais e a eventual punição, ou seja, é necessária a mitigação do foro por prerrogativa de função, visto que o texto constitucional se encontra descompassado à medida que este instituto foge à sua finalidade. Quer dizer que atualmente é considerado uma

concessão àqueles que o utilizam quando, na verdade, deveria ser necessidade e regido por seus princípios constitucionais estruturantes, a fim de evitar a ineficiência do sistema de justiça criminal.

2 FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1 DEFINIÇÃO

A expressão “foro por prerrogativa de função”, também chamada de foro privilegiado ou de foro especial, significa instituto que tem previsão legal no texto constitucional e é adquirido em razão de cargos de posição política ou funcionais ocupados por autoridades públicas, garantindo distinção em seus julgamentos quando passam a ser alvos de processos penais, seja por crime comum ou por crime de responsabilidade.

Segundo De Plácido e Silva (32^a ed., p. 715), “aquele que se atribui competente para certas espécies de questões ou ações, ou em que são processadas e julgadas certas pessoas”. É foro determinado *ratione personae*, tendo em vista a importância da atividade desempenhada. Por essa razão, é chamado, com mais acerto, de foro por prerrogativa de função.

Importante ressaltar a opinião de Tourinho Filho (2009, p. 141) sobre o termo popularmente conhecido: foro privilegiado. Ele sustenta sua tese afirmando que não é assertivo usá-lo para tratar de foro por prerrogativa de função, já que este instituto não é considerado privilégio, mas sim garantia àqueles que estão em exercício de função pública e possuem respaldo na Constituição Federal; o certo é foro por prerrogativa de função ou foro especial.

2.2 CONTEXTO HISTÓRICO NO BRASIL

O rol de autoridades beneficiadas pelo foro por prerrogativa de função era bastante reduzido. A primeira Constituição foi datada em 1824, da época monárquica no Brasil, aplicava o foro, perante o Supremo Tribunal de Justiça, atualmente representado pelo Supremo Tribunal Federal, aos

delitos cometidos por “seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomático, e os Presidentes das Províncias”, assim como elucidado pelo artigo 164, III. Além disso o Imperador era irresponsável, nos termos da Carta Imperial.

Na Constituição de 1891, que faz parte da era republicana do país, o rol de autoridades com função pública continuou reduzido, sendo detentores perante a suprema corte apenas o Presidente da República, os Ministros de Estado e os Ministros Diplomáticos, como dispunha os incisos I e II do artigo 59.

Na Carta de 1934, adicionou-se a esse rol os Ministros da Corte Suprema, o Procurador-Geral da República, juízes dos tribunais federais e das cortes de apelação dos Estados, DF e territórios, Ministros do Tribunal de Contas, Embaixadores e Ministros Diplomáticos (art. 76, I, a e b).

Após, houveram poucas alterações, mantendo-se esse rol nas Constituições seguintes (de 1937, de 1946 e de 1967). Porém, durante a ditadura militar e com promulgação da EC 1/1969, os membros do Congresso Nacional passaram a ser detentores foro por prerrogativa de função perante o STF (art. 119, I, a e b).

De acordo com a vigente Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a competência de processar e julgar, originariamente, não cabe aos Juízos de primeira instância, mas de Tribunais de Justiça, Senado Federal, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e, por fim, Supremo Tribunal Federal, conforme os artigos 29, X; 52, I e II; 108, I; 105, I; e 102, I, “b” e “c”, respectivamente.

Na criação deste dispositivo, limitou-se à prerrogativa de foro o resguardo do regular exercício do cargo público, ou seja, a proteção do mandato durante o exercício de função quando submetida a julgamento. O número de autoridades e parlamentares que detinham do privilégio em comento era considerado pequeno, tendo a Constituição vigente alterado esses dados por contemplar demais cargos do Executivo, Judiciário e Legislativo.

O Poder Judiciário Brasileiro, após escândalos processuais envolvendo autoridades públicas e parlamentares, viu a necessidade de mitigar a imunidade do foro privilegiado, trazendo a ideia de limitá-la em função de cargo para melhorar a eficiência judiciária durante ação penal originária contra o parlamentar.

Em decorrência do aumento de privilégios distribuídos entre mais de 37 (trinta e sete) mil autoridades, número exposto pela com cargos públicos, a demora no processamento e julgamento das ações penais gerou congestionamento nos tribunais, deixando o princípio da celeridade processual escasso. Então, em detrimento da situação agravante nos tribunais, o Senador Álvaro Dias (PSBD/PR) propôs emenda à Constituição, a PEC nº 10/2013, a fim de que a Carta vigente fosse alterada para se extinguir o foro por prerrogativa de função para os crimes comuns, regra que, se aprovada, servirá também para o Presidente da República.

2.3 FORO PRIVILEGIADO EM OUTROS PAÍSES

Ao analisar o texto constitucional de outros países, não há outra democracia que haja abrangência compatível com a Constituição brasileira a faça. Países como Reino Unido, Alemanha, Estados Unidos e Canadá não mostram em sua Carta Constitucional qualquer resquício de prerrogativa de foro. Mas se há expresso o privilégio concedido, envolve o mínimo possível de pessoas políticas/públicas a possuir de privilégio em seu julgamento, por meio de Lei Ordinária, como na Itália, na França e em Portugal, e mesmo assim, deve haver conexão entre o ato ilícito praticado e o período de exercício de função pública.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES

Segundo De Plácido e Silva (1993, p. 447):

No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de

norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. [...] Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito.

Princípio, portanto, instiga à ideia de começo, de base. Trata-se de preceito básico para a formação do Estado em um país democrático, assim como explicam os doutrinadores que defendem que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é principiológica, ou seja, defendem a tese de que o ordenamento jurídico brasileiro está envolto dos princípios fundamentais. Para Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 17), o princípio é atribuído por dimensão ética e política que “apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o direito em vigor (...).”.

Percebe-se, portanto, que o foro por prerrogativa de função, instituto presente no ordenamento jurídico, também é dotado de base principiológica que, caso não atinja a eficiência e a eficácia esperada, não trará funcionalidade para o sistema democrático. O Ministro Relator Luiz Roberto Barros no relatório referente à Ação Penal 927 – Rio de Janeiro justifica a disfuncionalidade do foro privilegiado na demora do processamento e julgamento das ações penais que envolvem autoridades públicas detentoras de foro privilegiado, principalmente no STF e por consequência do afastamento de seu papel primário.

3.1 DA IGUALDADE

O caput do artigo 5º da Constituição de 1988 é conhecido por cuidar do princípio da igualdade. Preconiza:

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.

O princípio da igualdade, prevendo que a igualdade deve tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros residentes no país com amparo na lei, veda qualquer diferenciação injustificável que foge aos valores previstos na Constituição Federal. Este princípio tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular. É, ainda, atuante perante a lei sendo aplicado o direito no caso concreto e, quando na lei, presume-se que as normas jurídicas não devem sofrer distinções, exceto as constitucionalmente autorizadas.

José Afonso da Silva (1999, p. 221) analisa o princípio da igualdade como direito fundamental:

A igualdade perante o Juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissolúvelmente ligada à democracia. O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Consagrado na Constituição Federal (1988), o princípio é operacional diante o ordenamento jurídico em dois planos que se distinguem. No segundo plano aborda a competência do legislador perante às necessidades do povo. Quer dizer, a igualdade se posiciona frente ao legislador e ao Poder Executivo com o intuito de, na edição de leis, de atos normativos e medidas provisórias, impedir que haja diversos tipos de tratamento, além de tratamentos abusivos, que trate os iguais de forma desigual. Não pode ser feita diferenciação entre os cidadãos que, perante a lei, expressamente, são iguais. Consequentemente, o intérprete atua como fiscalizador obrigatório da aplicação correta das leis e normas vigentes de forma a levantar igualdade. (MORAES, 2002, p. 65).

Conforme entendimento de NERY JUNIOR (1999, p. 42): “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e

desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”, ou seja, há pressuposição de que a situação determine se as pessoas devem ser tratadas de forma igual ou desigual.

Questiona-se, portanto, se há violação do foro por prerrogativa de função quanto ao princípio da igualdade. Pois bem, este instituto é respaldado doutrinária e jurisdicionalmente como exceção às normas constitucionais que tratam do princípio da igualdade. Significa que o foro por prerrogativa é dotado de peculiaridade no ordenamento jurídico, não podendo, as autoridades que o detém e em razão de exercício de função pública, terem seu julgamento feito por instância de primeiro grau.

3.2 DA REPÚBLICA

O princípio republicano difere da monarquia pela desconcentração de poder, podendo, às vezes, caracterizar como presidencialismo. Este princípio atribui as funções do estado entre três poderes (executivo, judiciário e legislativo), além de o povo eleger, mediante sufrágio, um candidato para representar, durante quatro anos, o país. Ou seja, adota-se sistema periódico, eletivo e responsável.

Quer dizer que, por meio de democracia e da liberdade, garante o bem comum e o interesse público através de um porta-voz, o representante do Estado. Este será guiado pelo ordenamento jurídico, que disporá sobre seus atos durante o exercício do mandato a fim de assegurar os princípios basilares, bem como o da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais e o pluralismo político (PRADO, 2015).

Retrocedendo, importante se faz mencionar três grandes filósofos e suas teorias sobre o que compõe a democracia. Aristóteles, o primeiro, concebeu três formas básicas de governo, onde descreveu que a república é o governo em que o povo governa no interesse do povo, vindo a criar a democracia. A ideia vigorou até que Maquiavel manifestar que “todos os Estados, todos os domínios que exerceram e exercem poder sobre os homens, foram, e são, ou repúblicas ou principados”, fortalecendo, portanto, uma teoria dualista na forma de governo da época. Por fim, Montesquieu, em “Do Espírito das Leis”, define que “quando em uma

república, o povo, formando um só corpo, tem o poder soberano, isso vem a ser democracia”.

O professor Roque Antônio Carrazza (2013, p. 81), em sua obra, afirma que “República é o tipo de governo, fundado na igualdade formal das pessoas, em que detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo (de regra), transitório e com responsabilidade”.

Considerando o exposto, é importante explanar que a democracia brasileira se abala, pois, mesmo com um sistema democrático que na teoria não há falhas perceptíveis, os detentores de poder público usurpam dos privilégios que lhes são concedidos pelo texto constitucional para seguirem impunes diante envolvimento em ações penais e/ou inquéritos policiais em razão de não satisfazer o interesse público e o bem comum. O princípio republicano prima que, quando em exercício de função pública, o agente zele pela idoneidade que é depositada no povo, cabendo-lhe a responsabilidade de representar.

Mas o contrário acontece, pois o que se vê é o detentor de privilégio, no exercício de função pública, envolvido em crime comum ou de responsabilidade, causando congestionamento em instâncias superiores, a depender do cargo. A demora na tramitação processual traz sérios problemas ao poder judiciário e há dados que comprovem que a maioria desses casos não são processados e/ou julgados de maneira correta. Isto posto, é notório que o princípio republicano, constitucionalmente falando, tem função essencial para que se garanta a eficácia e a eficiência dos demais princípios explícitos ou implícitos.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre a existência de cláusulas pétreas implícitas que, embora não estejam descritas no artigo 60, § 4º da Constituição, por raciocínio lógico lá estão anexadas e são importantes no sustento da estrutura do sistema jurídico. Há julgado abordando o princípio republicano, a explanar:

“O postulado republicano – que repele privilégios e não tolera discriminações – impede que prevaleça a prerrogativa de foro, perante o STF, 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 STF, nos ilícitos penais comuns, em favor de ex-ocupantes de cargos públicos ou de ex-titulares de mandatos eletivos transgride 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 1.376-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-2-2007, Plenário, DJ de 16 - 3 -20.

O Ministro Celso de Mello expõe nesta Questão de Ordem a importância do cancelamento da Súmula 394 STF para que não haja discrepante distinção entre os cidadãos da República e aqueles que os representam. Ressalta a característica da prerrogativa de foro de instituto *ratione muneris*, ou seja, deve ser necessário somente quando o agente público estiver no pleno exercício de sua função pública, mas que ele não que prevaleça um instituto sobre um princípio.

4 NECESSIDADE OU CONCESSÃO DE PRIVILÉGIO?

Ao analisar e comparar a Constituição brasileira com a de outros países, nota-se larga diferença. O foro por prerrogativa de função se difere quanto à instância julgadora e à autoridade que é munido dele. Alguns fazem previsão na Lei Maior de seu país, em outros, o foro privilegiado se regulamenta por meio de Lei Ordinária, e, em outros poucos, como por exemplo, nos Estados Unidos da América, não é adotado esse instituto por seus parlamentares.

No Brasil, esta prerrogativa é estendida alcançando em média 37 mil autoridades no exercício de função pública, trazendo sérios problemas da impunidade na esfera criminal devido à demora no julgamento de ações penais, principalmente no Supremo Tribunal Federal. Diante de tal situação pergunta-se: o foro privilegiado é visto como concessão ou necessidade no Brasil?

Tourinho Filho (2009, p. 140), além de elucidar que o foro especial não cuida de privilégio, afirma que a garantia concedida pela Lei Maior preserva a hierarquia para processamento e julgamento de ações penais e/ou inquéritos que constem o nome de qualquer agente em pleno exercício de função pública.

Não se trata de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores.

Enfatiza, ainda, que não cabe a hipótese de duplo grau de jurisdição para esses detentores porque assim ocorreria a subversão da hierarquia. No acervo do site do STF, há um artigo de 1997, “Subversão da hierarquia judiciária”, que cuida sobre quem é competente para julgar ações.

Arnold Wald e Gilmar Mendes explanam em um trecho: “Admitir, no caso, a competência funcional dos juízos de primeira instância é subverter todo o sistema jurídico nacional”. Há de se concordar neste aspecto, pois, caso haja crime de responsabilidade, o Supremo Tribunal deverá ser acionado para instruir e proferir eventual sentença condenatória. (Jornal O Estado de São Paulo, 1º de abril de 1997)

Porém o que mais causa a morosidade no andamento processual nas instâncias superiores não são os crimes de responsabilidade, mas sim a quantidade de ações penais e inquéritos por prática de crimes comuns que há a participação de quem possui o foro por prerrogativa de função.

Devido a isso, o foro por prerrogativa de função é interpretado como privilégio. Justamente pelo fato de que os agentes que se encontram em exercício de função pública, ao cometerem crime, têm seus processos remetidos às instâncias superiores, porém contribuem para o congestionamento processual e perda do direito de eventual condenação. E, quando não há punição, o agente detentor de privilégio é impune quanto ao crime (comum) que cometeu. Assim, é correto dizer que, com base no princípio da igualdade e da república, o foro por prerrogativa de função perde sua essência, tornando-se uma concessão.

Ademais, o Poder Judiciário juntamente com o Executivo e o Legislativo se movimentam para mitigar o alcance do foro privilegiado. Há pouco tempo houve a tramitação da PEC nº 10/2013 e voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso, com o intuito de mitigar o poder de pessoas em exercício de seus cargos públicos, inclusive o presidente da República, nas infrações comuns, devido à repercussão na demora do julgamento de ações penais e inquéritos. Além de o entendimento é que se distribua as ações penais para o descongestionamento das instâncias superiores e que o prazo para proferir sentença diminua.

O fim do foro privilegiado não é unanimidade. Em entrevista para o artigo “Quais os limites do foro privilegiado?”, jornal eletrônico, datado em 28 de março de 2017, Lenio Streck, jurista renomado, contesta o livro “Supremo em números”, relatório realizado pela Fundação Getúlio Vargas

e afirma que esta discussão está contaminada pelo populismo. Ainda, que este instituto é necessidade, visto que deve haver hierarquia para funcionamento do país.

Porém a falta de mitigação de imunidade parlamentar resulta em inviabilidade de conclusão de processos penais. Isso quer dizer que as virtudes inseparáveis à competência do Poder Judiciário, sejam elas a imparcialidade e a equidade, se banalizam quando adotam um instrumento que causa morosidade processual, além da impunidade da maior parte das autoridades públicas e/ou parlamentares brasileiros.

5 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Proposta de Emenda à Constituição nº 10/2013 teve encerramento após o voto do Ministro Relator Luiz Roberto Barroso na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937 – Rio de Janeiro. Cuidou o relatório de matéria constitucional e processual penal para exposição de argumentos a fim de limitar o alcance do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele.

5.1 ANTES DO CANCELAMENTO DA SÚMULA 394 STF

A Súmula 394 do STF é um exemplo de que a imunidade e impunidade de autoridades do meio público era motivada pelo foro privilegiado. Ela diz que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

Feita interpretação desta Súmula, entende-se que o privilégio de ser processado e julgado por uma instância superior se estendia mesmo após a cessação do mandato. Quer dizer que além de o parlamentar ser possuidor do foro por prerrogativa de função durante tempo de mandato, ele continuava com este privilégio assim que instaurado inquérito ou que iniciada uma ação penal até que fosse condenado, ou não. Pergunta-se, então, por quanto tempo esta pessoa, que já foi investida e protegida pelo instituto em função de seu cargo, ainda o detinha?

Há jurisprudência com posição contrária em relação à Súmula supracitada. É o relatório do Ministro Moreira Alves, com julgamento em 1999 que dispõe a favor do cancelamento dela:

"Ação Penal. Questão de ordem sobre a competência desta Corte para prosseguir o processamento dela. Cancelamento da súmula 394. Depois de cessado o exercício da função, não deve manter-se o foro por prerrogativa de função, porque cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente, deve esta cessar por não tê-la estendido mais além a própria Constituição." ([AP 315 QO](#), Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento em 25.8.1999, DJ de 31.10.2001)

Significa que conceder o privilégio de ser processado e julgado, originalmente, por instâncias superiores por crimes comuns ou de responsabilidade, mesmo depois de cessado o exercício da função, reduz a equiparação entre autoridades públicas e parlamentares e cidadãos sem função, ou os chamados "cidadãos comuns" perante a lei.

Antes do cancelamento da Súmula 394 STF, era mais notável a distinção de classes em vias processuais em razão da função pública ou política. E, diante da situação político-econômica em que o Brasil se encontra, ainda se faz presente tal distinção, porém os Poderes veem a necessidade de mitigação na concessão deste instituto, tendo em vista o grau de complexidade e a gravidade das ações penais em tramitação.

Em vista à equiparação, o Ministro Sidney Sanches, relator do Inquérito nº 687-QO, votou:

[Q]uando a Súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte. Mas os tempos são outros. (...). E a Corte (...) já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição (...) É de se perguntar, então: deve o Supremo Tribunal Federal continuar

dando interpretação ampliativa a suas competências, quando nem pela interpretação estrita tem conseguido exercitá-las a tempo e a hora? Não se trata, é verdade, de uma cogitação estritamente jurídica, mas de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria subsistência da Corte, em seu papel de guarda maior da Constituição Federal e de cúpula do Poder Judiciário Nacional.

Vale lembrar que a ideologia do foro por prerrogativa de função admite sua natureza jurídica como privilégio aos governantes. Ressaltando, ainda, que é exceção no ordenamento jurídico a qual todos estão submetidos pela previsão constitucional da matéria. Portanto, a necessidade primordial de tratar o foro por prerrogativa de função em sua interpretação restritiva porque torná-la ampla traz consequências agravantes ao Poder Judiciário. Neste caso, é correto afirmar que quanto mais ampla a interpretação, maior será a abrangência da competência das instâncias superiores responsáveis pelo processamento e julgamento de ações penais cuja matéria engloba o foro por prerrogativa de função.

5.2 AMOSTRAGEM REALIZADA PELO V RELATÓRIO SUPREMO EM NÚMEROS

A Fundação Getúlio Vargas lançou este ano o V Relatório Supremo em Números cuja temática é mensurar o número de ações penais e inquéritos, em virtude do foro privilegiado, que tramitam no Supremo Tribunal Federal. O estudo não teve maior êxito pelo fato de que outros tribunais não mensuram seu quantitativo de processos que abarcam o tema interessado. Mesmo conseguindo explicar em números e gráficos, a pesquisa explica que a movimentação processual não tem a data de trâmite exata a do sistema, podendo ser posterior ao trânsito real. Por isso, a FGV utilizou a data do lançamento no sistema por possuir efeito prático.

A amostragem feita para análise da causa do acúmulo de atividades do Supremo foi realizada através de método mais objetivo possível tendo em vista a proposta de interpretação restritiva sugerida pelo Ministro Barroso referente ao foro privilegiado.

No decorrer da obra, resta demonstrado a oscilação de alguns comparativos entre os anos de 2002 e 2016. Ao tratar da avaliação média dos inquéritos e das ações penais quanto ao trânsito em julgado, constatou-se que a média contabilizada teve significativa melhora, sendo em 2002 de 1.297 (mil duzentos e noventa e sete) dias para uma média de 797 (setecentos e noventa e sete) dias em 2016. Porém não há verificação de resultado satisfatório para as ações penais pois os índices comprovaram a lentidão para transitar em julgado. A média de 65 (sessenta e cinco) dias, em 2002, para tramitação média de 1.377 (mil trezentos e setenta e sete) dias em 2016 é agravante no resultado da pesquisa.

Por outro lado, demonstrou melhora na quantidade de andamentos de conclusão ao relator ou revisor, tanto nos inquéritos quanto nas ações penais, durante o ano de 2002 a 2016, onde há uma disposição de crescimento no tempo. A média mínima dentre o período supracitado para ações penais resultou a 30 dias em 2016 e para os inquéritos, a 16 dias em 2016 para conclusão.

A análise feita perante a média anual de tempo entre a data da sessão de julgamento e a data de publicação do acórdão não teve resultado positivo. O regimento interno do STF elucida:

Art. 95. A publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, far-se-á, para todos os efeitos, no Diário da Justiça.

Parágrafo único. Salvo motivo justificado, a publicação no Diário da Justiça far-se-á dentro do prazo de sessenta dias, a partir da sessão em que tenha sido proclamado o resultado do julgamento.

Porém ao examinar a movimentação processual dentro desta Corte, a média verificada é superior ao período de 100 (cem) dias. Ainda, fatores como o tempo de entrega seu voto pronto para publicação pelo relator, o tempo de sujeição do voto próprio dos outros ministros e o tempo de trabalho da secretaria do tribunal para inserção no diário oficial abalam o tempo de publicação do acórdão.

Mesmo observando fatores como o volume de trabalho do tribunal com o foro por prerrogativa de função, essa amostragem traz indícios de que a instrução processual não consegue preceituar a celeridade processual no STF por consequência da disfuncionalidade implicada ao tribunal devido ao instituto. A pesquisa feita pela Fundação estima que, caso seja ao aplicar na prática a ideia relatada no voto do Ministro Barroso, de interpretar o foro privilegiado de forma restritiva, terá percentual reduzido de número de ações penais que envolva crimes cometidos em razão do cargo e após a investidura nele. O relatório conclui com o entendimento de que, se a norma constitucional excepcionasse o foro por prerrogativa de função, “19 de cada 20 ações penais processadas pelo Supremo nos últimos 10 anos teriam corrido em instâncias diferentes”.

5.3 INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS EXCEÇÕES

O problema da incompatibilidade e a disfuncionalidade agregado ao foro por prerrogativa de função causam modificações na interpretação constitucional. Para saneamento, o Supremo entende que os princípios constitucionais estruturantes do foro privilegiado, a fim de promover eficiência e eficácia, devem estar intimamente ligados à função do instituto. Para isso, as normas da Constituição devem ser interpretadas restritivamente, aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele.

O Ministro Celso de Mello defendeu essa mesma interpretação durante o julgamento da Ação Penal 470:

“[...] a prerrogativa de foro merece nova discussão, para efeito de uma solução de *jure constituendo*, unicamente a cargo do Congresso Nacional, ou, até mesmo, uma abordagem mais restritiva pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em ordem a somente reconhecer a prerrogativa de foro em relação aos delitos praticados *in officio* ou *propter officium*, e que guardem íntima conexão com o desempenho da atividade funcional [...]”.

É necessário ressaltar que o propósito do foro por prerrogativa de função era atribuir independência dos órgãos e assegurar o livre desempenho de função dos ocupantes dos cargos previstos na Constituição de 1988. A completar, o entendimento era de que quanto mais alto o cargo exercido por alguém, mais alta seria a competência do tribunal de processar e julgar o crime praticado pelo ocupante de tal cargo, o que, em tese, não resultaria no abarrotamento de processos.

O Supremo Tribunal Federal, ciente dos acontecimentos no Poder Judiciário, decidiu por adotar a interpretação restritiva, a fim de limitar o alcance do foro especial para os crimes praticados durante este exercício funcional desde que sejam condizentes com as funções desempenhadas, assim, garantirá a credibilidade e a efetividade do sistema penal. Ou seja, faz-se estranho conceder este privilégio para os crimes anteriores à investidura do respectivo cargo e aos posteriores a ela, que não se relacionem ao exercício de suas funções.

O Ministro Luiz Roberto Barroso em seu relatório trata a interpretação restritiva das exceções como diretriz hermenêutica com finalidade de manter a harmonização do sistema constitucional, ou seja, valorização dos direitos e dos princípios, como o da igualdade e o republicano, fundamentais à Constituição em relação às demais disposições deste mesmo texto. Por isso, há a necessidade das normas constitucionais restritivas para excepcionar estes princípios.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já explanado, o foro privilegiado está instituído na Constituição Federal de 1988, além de distribuir em alguns artigos quais são os agentes públicos que possuem privilégio em seus julgamentos quando envolvidos em ações penais e o respectivo tribunal competente, tanto para crimes comuns quanto para crimes de responsabilidade. Assegura que o chefe de quaisquer poderes exerça seu cargo em função pública com plena liberdade. Porém, com a atual situação político-econômica brasileira, há certo desconforto em continuar concedendo este privilégio, já que o número de autoridades que o detém é exorbitante e a grande maioria responde por crime comum em sua devida instância.

O Supremo Tribunal Federal, principalmente, questionou o abalo de sua efetividade e eficácia para processamento e julgamento de ações a ele competentes porque grande parte destas demandas não são solucionadas a tempo, resultando em absolvição ou prescrição e evitando possível condenação. A demora do provimento de eventual sentença condenatória é consequência do acúmulo processual e, na maioria das vezes, atraso no progresso das fases processuais.

Desta forma, por meio de referências bibliográficas proveniente do método indutivo utilizado para a pesquisa, o estudo sobre a causa e as consequências na demora do julgamento das ações penais em decorrência do foro por prerrogativa de função fundamentou-se em um número suficiente de casos particulares. A análise feita evidenciou a necessidade de mitigação deste instituto mediante interpretação restritiva excepcional na norma constitucional.

Isto é, para que o foro privilegiado não perca sua funcionalidade no sistema da justiça criminal, é necessário que seja interpretado e aplicado em algumas situações, como por exemplo, apenas ao crime de responsabilidade praticado durante o exercício de função pública para que o agente seja processado e julgado em sua respectiva instância prevista na Carta Maior. Assim, os crimes comuns seriam levados a processamento e julgamento em instâncias de primeiro grau com finalidade de contribuir com a menor morosidade na tramitação destes processos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal, de 1940. In: VADE MECUM. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal 937 Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Roberto Barroso. 26 de fevereiro de 1986. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP937QOrelator.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, p. 81 e seguintes.

Falcão, Joaquim; Hartmann, Ivar A.; Almeida, Guilherme da Franca C. F. de; Chaves, Luciano. **V Relatório Supremo em números: O Supremo e o Foro Privilegiado**. 5ª edição. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

LOPES CAVALCANTE, Márcio André. **Súmulas do STF e STJ anotadas e organizadas por assunto**. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodvim, 2017.

MOURA, Marcelo et al. **Foro privilegiado: quem deve ser julgado no Supremo?** Disponível em: . Acesso em 16 de outubro de 2017.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **O juiz natural e o processo penal: comentários à luz da Constituição do Brasil**. Disponível em: . Acesso em 14 de maio de 2017.

PRADO, Rodrigo Murad do. **O princípio republicano**. Disponível em: . Acesso em 01 de outubro de 2017.

SILVA, Leandro Ribeiro da. **Foro privilegiado: concessão especial ou necessidade?** Disponível em: . Acesso em 11 de abril de 2017.

STRECK, Lenio. **O fim do foro privilegiado: para todos?** Disponível em: . Acesso em 23 de outubro de 2017.

Tavares Filho, Newton. **Foro privilegiado: pontos positivos e negativos**. Disponível em: . Acesso em 11 de abril de 2017.

WALD, Arnold; MENDES, Gilmar. **Subversão Hierárquica judiciária**. Disponível em: . Acesso em 26 de outubro de 2017.

[1]Orientadora: Defensora Pública de Classe Especial. Professora titular de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Tocantins - UFT e da Faculdade Católica de Tocantins – FACTO. Pós-Doutorado em Direito da saúde pela UNIVERSITÁ de MESSINA – Itália. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Del Museo Social Argentino – UMSA – Argentina. Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT e Escola Superior da Magistratura – ESMAT. Pós-graduada lato sensu, em Direito Constitucional. Direito Administrativo Universidade do Tocantins – UNITINS. Especialização em Gestão Pública e qualidade em serviço na Universidade Federal da Bahia. Especialização em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro de ensino Superior de Jataí. Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Tiradentes – UNIT. Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba – UNIUBE.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

LUCAS CÉSAR VASQUES DA SILVA:
Bacharelado do Curso de Direito da
Universidade Brasil.

EDA LECI HONORATO(Orientadora)

RESUMO: A inviolabilidade das comunicações telefônicas está prevista na Constituição Federal, porém com uma ressalva, qual seja, quando decorrer de ordem judicial nas hipóteses e na forma da lei para fins de investigação criminal ou de instrução processual. Desta maneira, evidente é que a regra consiste na inviolabilidade do sigilo, contudo haverá mitigação a essa regra para se possibilitar a interceptação telefônica, que é regulamentada pela Lei nº 9.296/96 e será tema deste artigo. O presente artigo abordará a questão do sigilo das comunicações, bem como a temática das provas. Dar-se-á enfoque ao tema principal que norteia a pesquisa: a interceptação das comunicações telefônicas. A interceptação telefônica possibilita o acesso ao diálogo do investigado ou do acusado, facilitando a investigação, bem como a instrução processual. Serão abordados vários aspectos da então interceptação, tais como sua conceituação, natureza jurídica e validade como meio de prova no processo penal.

Palavras-chave: Interlocutores, captação, diálogo, sigilo.

ABSTRACT: The inviolability of the telephonic communications is previewed in the Federal Constitution, although there's an exception, which is, when it comes from judicial order in the hypothesis and forms determined by the law for means of criminal investigation or procedural instruction. In this way, it's evident that the rule consists in the inviolability of the sigil; however there'll be mitigation of this rule to make the interception become possible, which is regulated by the Act nº 9.296/96, and will be subject of this article. The present article will treat about the sigil of communications, as well about the evidence theme. There will be focus in the main theme which surrounds this searching: the interception of telephonic communication. The interception provides access to the dialogue of the investigated or accused, making it easier for the investigation, as well for the procedural instruction. There will be treated

various aspects of the so called interception, as well it's concept, juridical nature and value as a mean of evidence in the penal process.

Keywords: Interlocutors, captation, dialogue, sigil.

SUMÁRIO: Introdução: 1. Previsão Constitucional do Sigilo das Comunicações e sua Mitigação. 2. Conceito e Natureza Jurídica da Intercepção Telefônica. 3. Conceito de Prova. 4. Requisitos Legais da Intercepção Telefônica. 5. Prazo para a Intercepção das Comunicações Telefônicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal estabelece uma série de meios de prova. Todavia, tal rol é exemplificativo, já que pode haver outros meios que não se encontram elencados ali, como é o caso da intercepção das comunicações telefônicas, a qual é regida pela lei nº 9.296/96 e que será objeto de estudo no presente artigo.

Sabe-se que a regra é o sigilo das comunicações, porém a Lei de Intercepção Telefônica vem como ressalva a esta regra, regulamentando o disposto no artigo 5º, inciso XII, parte final da Constituição Federal. É através da intercepção que muitas vezes se desvendam casos criminosos mais complexos, como de tráfico de drogas e de organização criminosa.

Para que a intercepção telefônica seja válida é necessário que se observe o procedimento previsto na lei 9.296/96. Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo abordar a questão do sigilo das comunicações e sua mitigação pela lei de intercepção telefônica, bem como o uso dessa medida como meio de prova, aspectos principais e respectivo prazo de duração.

Embora a Lei de Intercepção Telefônica tenha sido criada há mais de 20 anos, está sendo uma ferramenta muito utilizada atualmente, prova disso são as investigações da Operação Lava Jato, e por isso é um tema que merece ser debatido por toda a sociedade. Sob esta égide, o presente

trabalho terá um papel primordial como meio de informação, pois abordará de maneira clara e direta os principais aspectos dessa medida, utilizando-se de fontes bibliográficas e jurisprudenciais como metodologias de pesquisa.

1. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E SUA MITIGAÇÃO

A inviolabilidade do sigilo das comunicações está assegurada no Título II da Carta Magna: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

O indivíduo, ao utilizar-se de instrumentos de comunicação, tem o direito de preservar suas conversas e informações, mantendo-as em sigilo. Estabeleceu-se desta forma que a intimidade de cada um deve, em regra, ficar a salvo de violações, inclusive no que tange as comunicações, entre elas as por meio telefônico.

Nas últimas décadas, o desenvolvimento tecnológico tem sido estrondoso, e como os telefones fixos e aparelhos celulares vêm se transformando em instrumentos indispensáveis para a manutenção das relações sociais, aumentaram, por conseguinte, as violações telefônicas, e por esta razão o legislador preocupou-se em proteger a vida privada.

Apesar de ser constitucionalmente protegido, o sigilo das comunicações não é absoluto, já que pode sofrer mitigações, conforme fica demonstrado na parte final do artigo 5º, XII da Constituição Federal, que regulamentou a possibilidade de interceptação telefônica, a qual é amparada pela lei nº 9.296/96. A referida lei só é aplicável no âmbito processual penal a depender do caso concreto, e da autorização judicial, quando presentes os seguintes requisitos: indícios de autoria ou de participação no crime; necessidade da prova por não haver meio diverso possível de provar os fatos alegados, e que o suposto ilícito seja passível de pena de reclusão.

2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A interceptação pode ser compreendida como a interrupção do curso de, a apreensão daquilo que é dirigido a outrem ou o ato de deter/fazer parar. Contudo, de acordo com a ótica da lei nº 9.296/96, a chamada Lei de Interceptação Telefônica, interceptar não significa interromper ou cortar a comunicação telefônica, mas sim o ato de um terceiro em captar a comunicação alheia sem a ciência dos interlocutores, tomando conhecimento do conteúdo do diálogo.

Válido salientar que interceptação telefônica não se confunde com escuta telefônica nem com gravação telefônica.

A interceptação, conforme já explicado, é a captação de diálogo alheio por um terceiro sem a ciência dos envolvidos na comunicação, e sempre depende de uma ordem judicial prévia, em virtude do artigo 5º, XII, da Constituição Federal. A escuta telefônica, por sua vez, é a captação de conversa entre terceiros, com a ciência de somente um destes, como ocorre nos casos de extorsão mediante sequestro em que a polícia, com autorização prévia dos familiares, capta a conversa entre eles e os sequestradores. E, por fim, a gravação telefônica, a seu turno, é realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento, tampouco o consentimento do outro. Sobre essas diferenciações e a interceptação telefônica em sentido estrito ensina GRECCO FILHO [1]:

[...] é importante fazer uma distinção que nem sempre se apresenta, quer em julgamentos, quer em textos doutrinários, qual seja a diferença entre a gravação feita por um dos interlocutores da conversação telefônica (também denominada gravação unilateral clandestina), ou com autorização deste (chamada escuta telefônica), e a interceptação. Esta, em sentido estrito, é a realizada por alguém sem autorização dos interlocutores para a escuta e eventual gravação de sua conversa, e com o desconhecimento deles.

Alguns doutrinadores entendem que o artigo 1º da lei nº 9.296/96 abarca não somente a interceptação telefônica em sentido estrito, mas

também a escuta telefônica, porque ambas são meios de obtenção da comunicação alheia. Fica excluída dessa lei a gravação telefônica, à qual se aplica a regra genérica do artigo 5º, X da Constituição, que protege a intimidade e a vida privada. Outros doutrinadores, por sua vez, entendem que na redação da lei 9.296/96 o legislador tratou apenas da interceptação telefônica em sentido estrito, deixando de fora a escuta telefônica.

Todavia, com relação a gravação telefônica, embora fique excluída da lei 9.296/96, se requerida ela pode ser autorizada judicialmente, podendo também ser considerada válida mesmo sem autorização do juiz quando houver justa causa, em consonância ao princípio da proporcionalidade, como se dá em casos de gravações pela mulher de ameaças telefônicas do ex marido.

No tocante a natureza jurídica da interceptação telefônica, pode-se dizer que ela é uma fonte de prova e detém caráter cautelar. A medida cautelar pode ser deferida para viabilizar a captação de informações essenciais, no curso da investigação, para a propositura da ação penal, sendo neste tempo uma medida cautelar preparatória (artigo 3º, I da lei nº 9.296/96). Pode ser também deferida no decorrer da instrução processual, funcionando então como uma medida cautelar incidental (artigo 3º, II da lei nº 9.296/96).

Seja a interceptação uma medida cautelar preparatória ou incidental, será sempre concedida sob sigredo de justiça, *inaudita altera pars*, ou seja, não se ouvirá a parte contrária em respeito ao princípio da publicidade interna restrita aplicável a casos em que se faça necessário o uso do referido meio de obtenção de prova, a fim de que não se frustrasse o êxito do cumprimento da medida. Neste sentido, cabível salientar o entendimento de MENDES [2]:

O deferimento da medida é *inaudita altera pars*, não tendo o investigado conhecimento de que sua conversa está sendo captada, mas, ao se concluírem as diligências, será levantado o sigilo, podendo o investigado valer-se de habeas corpus para impugnar a medida se tiver havido nulidade.

Para que seja viável a concessão da medida de interceptação telefônica é necessário haver os requisitos justificadores das medidas cautelares, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) deve conter os elementos comprobatórios da existência do ilícito penal grave, a fim de que se justifique a invasão da privacidade. O *periculum in mora*, ao seu turno, diz respeito ao possível prejuízo que a não concessão da medida, no caso a interceptação telefônica, poderá causar para a investigação ou para a instrução processual.

3. CONCEITO DE PROVA

Tem-se por prova, todo meio idôneo que seja hábil a demonstrar um fato, pois, quando se busca um direito, seja desde a simples exigência da satisfação de uma prestação devida até ao direito do Estado punir um infrator, deve-se haver conteúdo probatório suficiente ao exercício do direito, conteúdo tal que demonstre que aquele que está a pleitear é o legítimo e interessado no exercício daquela faculdade.

Quando no âmbito penal público, o Estado deve demonstrar que ele é o legitimado para intentar aquela ação, bem como que é a pessoa que tem interesse na causa, tais institutos – interesse, legitimidade – são puramente processuais, sendo estes relativos aos aspectos da ação em si, mais precisamente, às condições da ação; não preenchidas estas, haverá nulidade, independentemente da ocorrência ou não do delito. Todavia, agora voltando-nos a termos materiais, deve restar suficientemente demonstrada a autoria e materialidade delitiva, ou seja, deve-se fazer uso do nexo causa-resultado, de forma que fique exposto que aquela pessoa indiciada – pessoa a qual se imputa o exercício de fato-crime – é de fato quem deu causa àquele resultado lesivo, isso é a autoria, que deverá ser provada por quaisquer meios idôneos, já a materialidade é o resultado da conduta em si, comprovada esta, coadunada com a autoria, restará devidamente demonstrada a atividade delituosa.

Faz-se mister salientar que, conforme dispõe o artigo 156 do Código Penal, incumbida estará do ônus de provar, a parte que alegar

determinado fato, seja por parte do acusador, que deverá provar a existência do crime, bem como causas que aumentem a pena, seja por parte da defesa, que deverá provar as excludentes de ilicitude e culpabilidade, bem como demais circunstâncias que atenuem a pena.

Em dadas circunstâncias, terão certas provas, na observância do caso concreto, caráter de urgência, casos em que o juiz, se valendo do poder instrutório, poderá determinar sua produção antecipada - antes mesmo do início da ação penal - pautando-se nos quesitos: necessidade, adequação e proporcionalidade.

Passando agora à observação dos meios de prova, deve-se observar que o rol exposto no Código Processual Penal é exemplificativo e não taxativo, pois no âmbito penal vigora o princípio da liberdade das provas, ou seja, pode-se produzi-las através de qualquer meio idôneo, observando apenas as restrições delimitadas pela lei civil quanto ao estado da pessoa. Nesta esteira tem-se o seguinte entendimento de GRECCO FILHO [3]:

Meios de prova são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato.

O Código disciplina os seguintes meios de prova: o exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184), o interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), a confissão (arts. 197 a 200), as perguntas ao ofendido (art. 201), as testemunhas (arts. 202 a 225), o reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), a acareação (arts. 229 e 230), os documentos (arts. 231 a 238), os indícios (art. 239) e a busca e apreensão (arts. 240 a 250). Os indícios, como adiante se verá, não são meios de prova.

Esses são os chamados meios legais.

Outros, porém, são admissíveis, desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade.

Válido mencionar ainda brevemente sobre a prova ilícita – que é aquela que fere preceito normativo constitucional ou infraconstitucional – tal prova será considerada inadmissível e desentranhada do processo.

4. REQUISITOS LEGAIS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Para que seja possível a aplicação da interceptação telefônica é necessário que se verifique a presença de alguns requisitos. A Lei de nº 9.296/96 não determina as hipóteses para aplicação da medida, mas sim hipóteses em que ela não será aceita. Fazendo-se uma interpretação lógica da Lei infraconstitucional e da Constituição Federal, no que tange a matéria, temos os seguintes requisitos legais como principais para que seja deferida a interceptação:

- **Ordem do juiz competente para julgar a ação principal:**

Somente o juiz a quem compete o julgamento da ação principal é que estará autorizado a determinar o afastamento do sigilo telefônico. Sendo assim, não é competente para a determinação da medida o delegado de ofício, tampouco o promotor.

- **Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal (artigo 2º, I da Lei 9.296/96):**

Para que a interceptação telefônica seja efetivada devem haver indícios razoáveis de que o sujeito concorreu para a prática do crime, seja como autor ou partícipe. Este requisito demonstra a natureza cautelar da medida, já que vislumbra a necessidade do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito).

- **Que não exista outro meio disponível para se produzir a prova (artigo 2º, II da Lei 9.296/96):**

Outro requisito da interceptação telefônica é que reste demonstrado que a prova não pode ser produzida através de outro meio, como por exemplo, por meio de testemunha(s), de reconhecimento pessoal, por intermédio de busca e apreensão, etc. Ou seja, deve ficar claro que a interceptação telefônica é o único meio disponível para se desvendar a verdade dos fatos. Assim, não será permitida a aplicação da medida quando houver outros meios idôneos para se esclarecer o fato criminoso.

- **Que a infração penal seja crime punido com reclusão (artigo 2º, III da Lei 9.296/96):**

A interceptação telefônica não será aplicável quando o fato investigado se tratar de contravenção penal ou de crime punível com detenção. Sendo assim, será a medida admissível somente quando o fato se tratar de infração apenada com reclusão.

Tal requisito recebe muitas críticas doutrinárias. Alguns entendem que ao abarcar todos os crimes puníveis com reclusão para a possível aplicação da interceptação telefônica, o legislador permitiu sacrificar um direito fundamental, qual seja o sigilo das comunicações, para muitas vezes averiguar um crime de gravidade mínima, ferindo assim a proporcionalidade; outra crítica está no fato de que alguns crimes nos quais a interceptação telefônica seria de exímia serventia não podem ser apurados por tal meio por não serem punidos com pena com reclusão, como é o caso do crime de ameaça, o qual é apenado com detenção ou multa. Neste sentido, crimes de ameaça por via telefônica teriam sua investigação dificultada, já que nesse caso a interceptação telefônica não poderá ser aplicada, situação que novamente coadunaria na inobservância do princípio da proporcionalidade, conforme expõe RANGEL [3]:

Conforme se observa, o referido dispositivo, não obstante já nos dois primeiros incisos propiciar um elevado e desaconselhável grau de discricionariedade ao Estado-Jurisdição para o deferimento deste tipo de prova, em seu inciso III consagra uma arbitrária inversão da natureza legal desta lei.

- **Que tenha por objetivo instruir investigação policial ou processo criminal (artigo 1º da Lei 9.296/96):**

A interceptação telefônica só é cabível na esfera penal, em investigação criminal ou em instrução processual, não sendo aplicável no âmbito cível, por exemplo.

5. PRAZO PARA A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Conforme o disposto no artigo 5º da Lei 9.296/96, a interceptação telefônica terá prazo máximo de 15 dias, renovável por igual período desde que evidenciada a indispensabilidade do meio de prova.

O limite de 15 dias faz parte da proporcionalidade. Toda medida que restrinja um direito fundamental, como o sigilo das comunicações, deve ter um limite, já que é uma medida de cunho excepcional. Computa-se na contagem do prazo o dia do começo, nos termos do artigo 10 do Código Penal. A decisão judicial que autoriza a diligência deverá ser fundamentada, indicando a sua forma de execução.

Acerca do prazo na interceptação telefônica e sua respectiva prorrogação é conveniente citar o seguinte Habeas Corpus do Rio Grande do Sul:

[TJ-RS - Habeas Corpus HC 70061135893 RS](#)

[\(TJ-RS\)](#)Data de publicação: 07/10/2014

Ementa: HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA ILICITUDE DAS **INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**. **INTERCEPTAÇÃO** POR PROSPECÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIA APURAÇÃO DOS FATOS. SERENDIPIDADE DAS **INTERCEPTAÇÕES**. PRORROGAÇÃO E TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS. EXCESSO DE **PRAZO**. SÚMULA 52 DO STJ. 1. Paciente preso preventivamente pela prática, em tese, do delito de associação para o tráfico. A impetrante sustenta a ilicitude das **interceptações telefônicas**, pois realizadas sem prévia apuração dos fatos, postulando o desentranhamento das **interceptações** e das demais provas delas derivadas, e a declaração de nulidade absoluta do feito, desde a origem. Alega que as **interceptações** foram renovadas inúmeras vezes, sem a necessária comprovação da sua indispensabilidade e fundamentação. Sustenta que

houve violação aos princípios da ampla defesa e contraditório, pois as **interceptações telefônicas** não foram integralmente transcritas. Alega que há excesso de **prazo** na formação da culpa, pois o paciente está preso há sete meses, sem que a instrução tenha sido encerrada e sem que exista previsão de encerramento. 2. Não há falar em **interceptação** por prospecção no presente caso, tendo em vista as diligências prévias realizadas pela autoridade policial. Demonstração da existência de indícios de autoria e da indispensabilidade das **interceptações**, nos termos da Lei nº 9.296 /96. 3. Serendipidade das **interceptações**. Descoberta fortuita de fato conexo ao investigado e/ou de continência. Validade da prova... obtida. Precedente. 4. Possibilidade de prorrogações sucessivas das **interceptações** quando se mostrarem necessárias à apuração do fato. Precedentes. 5. Desnecessidade de transcrição integral das **interceptações**. Possibilidade de transcrição dos trechos que interessam à denúncia. Precedentes. 6. Alegação de excesso de **prazo** ficou superada pelo encerramento da instrução (Súmula 52 do STJ). 7. Inexistência de constrangimento ilegal. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70061135893, Primeira Câmara Criminal...

Por fim, conclui-se que o prazo de 15 dias poderá ser prorrogado por mais 15 quantas vezes necessário, desde que comprovadamente indispensável.

CONCLUSÃO

Observando-se o caráter exemplificativo do rol das provas, cumpre salientar que, a espécie em questão, é indispensável à apuração de eventuais delitos de cunho intrincado, cujos quais, sem a admissão da espécie probatória aqui tratada, qual seja, a interceptação das

comunicações telefônicas, revelar-se-iam de impossível ou excessivamente dificultosa elucidação, pois, com o advento do fomento exponencial do campo das telecomunicações, viu-se o legislador numa situação em que foi mister a atuação legislativa quanto à matéria, visto que, em muitos momentos, a lei não se adequava com eficácia à realidade do tempo, daí a necessidade da eventual regulamentação do tratado pelo disposto constitucional.

A referida regulamentação viria se dar apenas em 1996, com a publicação da lei infraconstitucional regulamentadora do dispositivo constitucional, o que abriria margem a uma mais precisa normativa, culminando em mais tangíveis resoluções de direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 set. 2017

BRASIL. Lei nº 9.296. Promulgada em 24 de julho de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm. Acesso em 09 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 70061135893. Impetrante: Cristiane Epple. Paciente: Sedinei Oliveira dos Santos. Autoridade Coatora: Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de Novo Hamburgo. Relator: Desembargador Julio Cesar Finger. **Jusbrasil**. Porto Alegre, 07 out. 2014. Disponível em: . Acesso em: 05 nov. 2017.

GRECCO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 222 e 265.

MENDES, M. G. de. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 182.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual brasileiro**. Rio de Janeiro:Forense, 2000, 88 p.

UNIÃO ESTÁVEL E A SUCESSÃO HEREDITÁRIA DO COMPANHEIRO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 CC

CESAR AUGUSTO DOS SANTOS APPOLONI:
Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil e
Escrevente no Oficial de Registro de Imóveis da
Comarca de Fernandópolis-SP.

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA

(Orientador)

RESUMO: O objetivo do trabalho é analisar o direito Sucessório na União Estável, a forma diferenciada de que é tratado pelo instituto da Sucessão no Código Civil de 2002, verificar se esta diferenciação fere o princípio da isonomia, abordando o aspecto da inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC. Abrange os aspectos gerais da união estável institucionalizada como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988. Procura evidenciar de forma sucinta os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente.

Palavras-chave: União estável. Cônjuge. Companheiro. Direitos sucessórios. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyze the succession law in the Stable Union, the differentiated form of which is dealt with by the Succession Institute in the Civil Code of 2002, to verify if this differentiation violates the principle of isonomy, addressing the unconstitutional aspect of art. CC. Covering the general aspects of the stable union institutionalized as a family entity by the Federal Constitution of 1988. It seeks to summarize the inheritance rights of the surviving companion.

Keywords: Stable union. Spouse. Life partner. Succession rights. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL. 2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 C.C. 3 EFEITOS PATRIMONIAIS E PESSOAIS DA UNIÃO ESTÁVEL. 3.1 Formas de regime de bens na união estável. 4 SUCESSÃO. 5 SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. 5.1 Quais bens herdam os companheiros. 5.2 Regras quanto á participação do companheiro e do companheiro na sucessão.5.3

Correntes doutrinárias. 5.4 A sucessão em concorrência com ascendentes. 5.5 A sucessão em concorrência com herdeiros colaterais. 5.6 A sucessão em concorrência com o município. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar o direito sucessório na união estável do companheiro, a diferenciação que é tratada em relação ao companheiro sobrevivente em união estável e o cônjuge supérstite no casamento, no que tange à sua constitucionalidade e às normas que regem o instituto da Sucessão. A primeira indagação abordada na desenvoltura desse trabalho está relacionada ao tema União Estável e a Sucessão do Companheiro Sobrevivente, quanto ao direito sucessório do companheiro em concorrência com os demais herdeiros, considerando o disposto no Código Civil e estudos doutrinários, os quais no levam sempre a questão da inconstitucionalidade, ou necessidade de reforma do artigo 1790 Código Civil., se o referido artigo fere o princípio constitucional da isonomia.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 266, § 3º, reconheceu a existência da união estável como entidade familiar, garantindo-lhe a proteção do Estado e a facilitação de sua conversão em casamento. Regulamentando o texto constitucional, sobreveio a Lei 8.971/1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e sucessão e a Lei 9.278/1996, que regula o § 3º, do artigo 226 da CF/88, estabelecendo o regime de comunhão parcial de bens, além de conferir aos conviventes, entre outros direitos, a possibilidade de que participassem da sucessão um do outro.

O Código Civil de 2002 em relação ao direito a sucessão dos companheiros passou a ser regulado pelo art. 1.790. Já no caput do referido artigo se subtrai que o direito hereditário dos companheiros restringe-lhe aos bens comuns, adquiridos onerosamente durante a união estável. Não havendo parentes sucessíveis o companheiro sobrevivente receberá a totalidade da herança do de cujus, mas restritivamente quanto

aos bens surgidos de forma onerosa durante a união estável. Tem-se que o artigo 1.829 Código Civil, inciso I, concede ao cônjuge supérstite participação, em concorrência com os filhos, apenas nos bens particulares do falecido, excluindo-o da herança nos bens comuns. Reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 1790, do Código Civil, segundo o STF, não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, independente da orientação sexual. Em função disso, quem vive em união estável inclusive decorrente de relação homoafetiva vai participar da sucessão do outro, com base nas mesmas regras aplicáveis aos cônjuges.

Dessa forma, serão expostos diferentes posicionamentos doutrinários a fim de demonstrar o entendimento da maioria da doutrina em relação ao que o legislador submeteu o companheiro, muitas vezes o colocando em uma posição de extrema inferioridade no momento da aplicação do direito sucessório se comparado ao atual direito sucessório do cônjuge.

1 CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL

Segundo o artigo 1.723 do Código Civil de 2002, é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Para a configuração da união estável o aplicador do direito deve observar alguns requisitos trazidos pelo Código Civil, tais como a convivência pública, não clandestina e duradoura, sem que haja interrupções, com o intuito de constituir família (*animus familiae*) com ou sem filhos.

A união entre homem e mulher sem casamento, existiu desde sempre, e como sabemos na antiguidade era algo reprovável e condenável.

Porém é verdade que em um momento anterior do nosso ordenamento jurídico, durante a égide do Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família constituída pelos sagrados laços do

matrimônio, omitiu-se em regular as relações extra matrimoniais, vedando quaisquer direitos às relações nominadas de adúlteras ou concubinárias.

A união estável neste momento histórico era identificada com o nome de concubinato, mas felizmente com advento da Carta Magna de 1988, ao dispor sobre as uniões de fato, mantidas pelo homem e a mulher, sem a chancela da lei, ao invés da expressão concubinato, preferiu usar a denominação união estável, erigindo-a como entidade familiar.

Desta forma, tutelou-se o antigo concubinato puro, protegido, agora, em sede constitucional e submetido a uma nova terminologia, abandonando a nomenclatura estigmatizada e preconceituosa.

E não parou por aí, a sociedade em sua constante transformação e modificações de valores se deparou novamente com situações que clamava por solução por parte dos legisladores, que são as uniões de fato existentes entre pessoas do mesmo sexo, as quais sempre existiram e apesar de terem uma vida a dois, com todos os requisitos da união estável presentes, embora a existência das uniões homoafetivas fossem públicas e notórias, elas não eram alcançadas pelos direitos oriundos da união estável, então depois de inúmeras ações buscando esses direitos, e de inúmeras decisões nesse sentido, a união estável passa a alcançar também as relações entre pessoas do mesmo sexo e não só mais a homens e mulheres como antes fora instituído.

2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 CÓDIGO CIVIL.

Diante do todo exposto, percebe-se que a justificativa para o intenso debate a respeito da inconstitucionalidade do artigo 1.790 Código Civil, se configura pelo fato do texto da lei não ser suficiente para a compreensão das regras sucessórias referentes ao companheiro, fazendo com que os Tribunais recorram à doutrina, para a aplicação do direito, pois o direito não se confunde com a lei. Quando a lei não se enquadra ao sistema, cabe à doutrina e à jurisprudência ajustá-la, com a finalidade de garantir um Estado de direito.

A tese que sustenta a inconstitucionalidade do artigo 1.790 Código Civil se baseia no artigo 226 da Constituição Federal: “art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, §3º para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

A inconstitucionalidade do artigo acima citado, é defendida por alguns grandes sucessionistas, como é a tese defendida por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que defende que o Código Civil no tocante ao artigo 1.790, merece urgente reforma a respeito ao direito sucessório do companheiro, para a garantia daqueles viveram em união estável permitindo assim um lugar adequado na ordem da vocação hereditária, não tendo seus direitos constitucionais suprimidos.

O Supremo Tribunal Federal vem por fim a guerra travada entre a legislação e a doutrina, tendo esta última prevalecido o seu entendimento a respeito da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. O STF julgou no último dia 10 de maio de 2017 O RE 878694 que tratava de união de casal heteroaferivo e o RE 646721 abordava sucessão em uma relação homoafetiva. O Tribunal depois de muitos julgados em sentido oposto chegou à conclusão de que não existe fator de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre companheiro e cônjuge como impõe o Código Civil, nem mesmo o fator sexual.

Ficou demonstrado que o artigo 1.790 Código Civil viola princípios como a proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Com a decisão do tribunal as demais decisões de outros tribunais deverão seguir a mesma linha, pois a decisão é em caráter repetitivo, o que levará os demais julgadores a aplicação do artigo 1.829 do CC. equiparando assim o companheiro ao cônjuge, a menos que em decisão contrária justifique e fundamente o motivo de tal decisão.

O ministro lembrou que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil pelo Supremo é vinculante. E que, portanto, deve ser respeitada, tanto no judicial como no extrajudicial.

3 EFEITOS PATRIMONIAIS E PESSOAIS DA UNIÃO ESTÁVEL

Com o reconhecimento da união estável, como entidade familiar surgem então os efeitos pessoais e patrimoniais dessa relação para os companheiros. O Código Civil trás em seu artigo 1.724, deveres decorrentes da união estável impostos aos companheiros ou conviventes, tais como: dever de lealdade, respeito, assistência, guarda ao outro companheiro ou convivente, sustento e educação dos filhos. Observa-se que a lei estabelece os mesmos deveres contidos no matrimônio, mas, no entanto a lei não estabelece que devam necessariamente residir sobre o mesmo teto.

3.1 FORMAS DE REGIME DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL

O artigo 1.725 do Código Civil regula a relação patrimonial entre os conviventes, ou seja, o regime deverá ser o da comunhão parcial de bens, salvo nos casos em que existir contrato dispondo sobre o regime de bens a ser adotado pelos conviventes.

O contrato entre os conviventes serve apenas para estabelecer o regime de bens a ser adotado pelos conviventes durante a união estável, não sendo dessa maneira possível dispor de matéria de ordem pública, em que haja disposição dos bens quando da morte de um dos conviventes, sendo nesses casos obrigatório fazer por disposição de vontades em testamento.

Para que o contrato de união estável produza efeitos entre as partes, basta que tenha sido feito por instrumento particular. Para sua eficácia perante terceiros poderá ser elaborado uma escritura pública de união estável junto ao Tabelionato de Notas, sendo posteriormente levado à registro no Registro Civil das Pessoas Naturais, o qual poderá ser registrado no Registro de Imóveis no livro Auxiliar “3” e ainda averbado a margem das eventuais matrículas de imóveis de propriedade dos mesmos.

A união estável pode ainda ser configurada nos casos em que os nubentes celebrem pacto antenupcial por escritura pública no Tabelionato de Notas, e ainda assim o casamento por qualquer motivo deixa de ser

realizado, e posteriormente os nubentes passam a conviver como se casados fosse, o pacto antenupcial vale e gera efeitos como se fosse um contrato de convivência.

Durante a união estável há presunção de comunhão de aquestos, sendo assim desnecessária a comprovação do esforço comum para a aquisição do patrimônio adquirido a título oneroso.

O grande impasse está relacionado quanto a sucessão, onde temos várias posições doutrinárias relacionada tanto aos bens comuns quanto aos bens particulares. Pois o legislador tratou o convivente de maneira diferente ao conjugue, causando em muitos casos uma celeuma no momento da partilha.

4 SUCESSÃO

A palavra “sucessão”, em sentido lato, consiste em toda e qualquer espécie de transmissão de bens, direitos ou obrigações, de origem latina, que tem o significado de suceder, vir após, entrar no lugar de outrem, dando a ideia de substituir uma pessoa certa em algum cargo ou função, troca de titulares, verifica-se que a palavra sucessão tem uma pluralidade de significados, para o ramo do direito, já que qualquer forma de transmissão importa em sucessão.

Existem dois tipos de sucessão: a sucessão inter vivos, ou seja, decorrentes de acordos entre as partes por meio de negócio jurídico, e a sucessão forçada por morte, ou seja, *causa mortis*. Adiante iremos estudar a sucessão em razão da morte e os efeitos a seus sucessores.

A sucessão considera-se aberta no instante real ou presumida da morte de alguém, fazendo nascer o direito hereditário e operando a substituição do falecido por sucessores a título universal nas relações jurídicas em que aquele figurava.

Pelo princípio da Saísine, a lei considera que, no momento da morte, o autor da herança transmite seu patrimônio, de forma íntegra, a seus herdeiros.

O Código Civil trouxe dois tipos de sucessões causa *mortis*: a legítima que é tratada em seu artigo 1.829 e a testamentária, conforme disposto no artigo 1.786, ambos do Código Civil.

A sucessão legítima tem essa denominação devido ao fato dos bens do falecido seguir uma ordem hereditária previamente determinada em lei. A sucessão sempre será denominada legítima quando não existir disposição de vontade do falecido, ou se sobre esta ocorrer qualquer fato que a torne nula, ou se sobrevier à caducidade, ou se ainda o testamento deixado pelo de cujus, não abarcar todo o seu patrimônio.

Já a sucessão testamentária, depende de última disposição de vontade do falecido em relação à distribuição de seus bens. O testamento tem natureza de negócio jurídico, podendo dessa maneira apresentar vícios que o invalide, ou ainda poderá o testamento não dispor de todo o patrimônio do de cujus, diante dessas situações a sucessão se dará nos termos do artigo 1.829 e não do artigo 1.788, ambos do Código Civil.

5 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

O legislador ao tratar da sucessão do companheiro no novo Código Civil, abordou os aspectos processuais e patrimoniais, deixando para o direito das sucessões o efeito patrimonial sucessório, mais precisamente no artigo 1.790, Código Civil.

A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis,
terá direito à totalidade da herança.

Observa-se que o referido artigo do novo Código Civil, não faz nenhuma referência ao direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, previsto no parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96, onde a lei determina que quando dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, o direito de habitação de que trata a lei diz respeito ao imóvel destinado à residência da família.

De conformidade com o posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves, o não reconhecimento do direito de habitação ao companheiro sobrevivente, tem sido alvo de críticas, por sujeitá-la a uma eventual desocupação compulsória do imóvel onde vivia com finado parceiro, na hipótese de não ter este adquirido durante a convivência, ou por ter adquirido só a título gratuito. Nesses casos, conforme o autor carece o companheiro do direito à meação e tampouco concorre na herança, que poderá ser atribuída a herdeiros que nem sempre aceitarão repartir com ele o uso do imóvel residencial.

Neste sentido, o Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovada na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em setembro de 2002 estabelece que: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, pelo fato de não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, ou ainda em razão da interpretação análoga do art.1.831 CC, confirmado pelo art.6º, caput, da CF/88”. (GONÇALVES, 2011, p. 189).

A doutrina trás inúmeras críticas em relação à sucessão do companheiro na união estável, sendo elas:

a) por limitar à sucessão aos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento;

b) por repetir, no caso de concorrência com os descendentes, a indébita distinção entre descendentes exclusivos, só do autor da herança, e descendentes comuns, havidos na união estável entre o autor da herança e o companheiro;

c) por estabelecer a concorrência com os colaterais.

Vejamos o que afirma o professor Rodrigo da Cunha Pereira, em sua obra "Concubinato e União Estável": "não há dúvida que este artigo apresenta um grande retrocesso para a união estável, vez que colocou o companheiro em posição muito inferior ao cônjuge".

Ao que parece, retomou-se a mentalidade de que a união estável é uma família de segunda classe e não outra espécie de família, nem melhor nem pior do que o casamento, apenas diferente. Para outros autores "tal limitação não tem razão nem lógica, e quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas: a uma companheira de muitos anos de um homem rico" (VELOSO, 2002, p. 288). Evidencia-se, contudo, que o diploma civil esqueceu-lhe que a Constituição Federal em seu artigo 226, protege a entidade familiar, diz respeito muito mais de perto à relação homem e mulher, ascendentes e descendentes.

5.1 QUAIS BENS HERDAM OS COMPANHEIROS

Segundo o STF, não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, independente da orientação sexual. Em função disso, quem vive em união estável inclusive decorrente de relação homoafetiva vai participar da sucessão do outro, com base nas mesmas regras aplicáveis aos cônjuges.

A sucessão, inclusive em relação homoafetiva, se dará conforme as mesmas regras previstas no art. 1.829 do Código Civil, para a sucessão legítima, isto é, primeiramente aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro (a) - a depender do regime de bens do casamento ou união, em segundo lugar aos ascendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro (a), em terceiro lugar exclusivamente ao cônjuge ou companheiro (a) - se não existirem nem ascendentes nem descendentes. Não existindo nenhum destes (nem descendentes, nem ascendentes, nem cônjuge, companheiro ou companheira), a sucessão legítima se defere aos colaterais.

5.2 REGRAS QUANTO À PARTICIPAÇÃO DO COMPANHEIRO E DO COMPANHEIRO NA SUCESSÃO

O Código Civil trouxe uma diferenciação entre os direitos sucessórios dos cônjuges e companheiros, ou seja, observa-se uma relação de inferioridade onde o cônjuge é considerado herdeiro necessário, possuindo propriedade plena, concorrendo com os descendentes e os ascendentes, adquirindo a totalidade da herança do de cujus na ausência de tais parentes, conforme dispõe artigo 1.829 e incisos do Código Civil.

Como se verifica, o cônjuge participa da ordem de vocação hereditária em terceiro lugar, possuindo garantia legítima por ser herdeiro necessário, eis que na falta de qualquer dos descendentes e ascendentes, recebe a herança por direito próprio.

Quando o cônjuge é chamado a suceder, assume a condição de herdeiro, independentemente do regime de bens do casamento, pois a lei nada se refere ao conferir-lhe a qualidade de herdeiro necessário.

O Código Civil garante ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação independente do regime de bens do casamento, como prevê o artigo 1.831 Código Civil. sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, tal direito refere-se ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Em contra partida o Código Civil não promoveu ao companheiro supérstite à condição de herdeiro necessário. O companheiro da união estável, não goza do mesmo privilégio, pois é considerado como herdeiro legítimo e não herdeiro necessário, conforme termos do artigo 1.790 do Código Civil.

Assim, o legislador confunde herança de meação, ao assegurar o direito sucessório ao companheiro, no que tange a metade dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. O companheiro é colocado em último lugar na ordem de vocação hereditária, concorre com os colaterais e só tem direito a integridade da herança do de cujus, caso este não tenha parente a suceder.

5.3 CORRENTES DOUTRINÁRIAS

A doutrina se divide em diversas correntes quanto à quota-parte que o companheiro supérstite deverá receber quando concorrer com filhos híbridos.

A primeira corrente é defendida por doutrinadores como Silvio de Salvo Venosa, José Fernando Simão entre outros, em que se afirmam que o companheiro deverá receber uma cota-parte a que couber à cada filho, a segunda corrente defende que o companheiro supérstite deverá receber meia quota-parte, aplicando nesse caso o inciso II, do artigo 1.790 Código Civil., visando aqui uma maior proteção aos descendentes. Esse entendimento é defendido por doutrinadores como Flávio Tartuce, tal entendimento está firmado com o argumento de que dessa maneira se atenderia o princípio da igualdade jurídica entre todos os filhos; terceira corrente tem o entendimento de que a herança deveria ser dividida em dois blocos, e a partilha deveria ser feita proporcional aos filhos comuns e exclusivos, ou seja, o companheiro deverá receber uma cota-parte correspondente aos dos filhos comuns e meia cota-parte aos filhos exclusivos, somando se assim as quotas partes e por fim temos uma quarta corrente que é um pouco mais ousada, busca através de uma fórmula matemática uma maior igualdade quanto à quota parte atribuída a cada filho comum e exclusivo em relação ao companheiro sobrevivente, devendo encontrar um coeficiente proporcional, levando em consideração o número de filhos comuns e exclusivos deixados pelo falecido.

5.4 A SUCESSÃO EM CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTES

De conformidade com o artigo 1.790 do Código Civil, inciso III, a situação em que o companheiro falecido não deixar descendentes, os ascendentes serão chamados à sucessão em concorrência com o companheiro sobrevivente. Sendo os bens particulares atribuídos integralmente aos ascendentes e os bens comuns, adquiridos a título oneroso durante a constância da união estável serão partilhados de forma que caberá metade (meação) ao companheiro supérstite e a metade (herança) na proporção de 1/3 ao companheiro e os outros 2/3 aos descendentes.

5.5 A SUCESSÃO EM CONCORRENCIA COM HERDEIROS COLATERIAS

Os parentes colaterais de até 4º grau serão chamados a sucessão quando o falecido não tiver deixado descendentes e nem ascendentes, os quais irão concorrer com o companheiro sobrevivente nos moldes do inciso III, do artigo 1.790 Código Civil, e a partilha se dará na forma de 1/3 da herança ao companheiro e 2/3 aos demais herdeiros colaterais.

O polêmico inciso III faz surgir muitas discussões a em razão da injustiça em relação ao companheiro, uma vez que teria que dividir a herança com parentes distantes, acarretando ao companheiro, inúmeros problemas e insegurança, ferindo os direitos constitucionais do companheiro sobrevivente.

5.6 A SUCESSÃO EM CONCORRÊNCIA COM O MUNICÍPIO

O companheiro de depara ainda com outro problema em relação ao patrimônio deixado pelo falecido, considerando que no caput do artigo 1.790 Código Civil, trata do direito sucessório do companheiro quanto aos bens comuns adquiridos a título oneroso na constância da união estável. Pois bem de acordo com o inciso IV, “não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”, percebe-se que o dispositivo trata apenas da herança, ou seja, os bens comuns.

Surgindo aqui uma dúvida quanto aos bens particulares, se fizermos a interpretação à luz do disposto no caput do referido artigo, logo os bens particulares deixados pelo falecido seria considerada herança jacente?

Pelo princípio da razoabilidade na situação acima exposta a interpretação deveria ser feita de forma que não tendo o falecido deixado descendentes, ascendentes e nem parentes de até 4º grau, a totalidade da herança deveria ser atribuída ao companheiro sobrevivente.

CONCLUSÃO

Buscou-se com o presente trabalho monográfico analisar o direito sucessório do companheiro com o advento do Código Civil de 2002 e

consequentemente fazer um estudo sobre a trajetória percorrida desde a égide do Código Civil de 2002 até a presente data, a busca incansável pela inconstitucionalidade do artigo 1790 do mesmo diploma, a luz do princípio da isonomia. O Legislador ordinário ao elevar a união estável ao status de entidade familiar, determinando a sua facilitação da conversão em casamento, abarcou a proteção Estatal, demonstrou claramente a diferença entre ambos os institutos, uma vez que o simples reconhecimento da união estável não teria o condão de equipá-la-á ao matrimônio, se não produzisse os mesmos efeitos.

Com efeito, a união estável e o casamento são institutos distintos e assim são tratados, cada qual com suas peculiaridades. Assim, o próprio legislador estabeleceu tratamento diversificado para os cônjuges e os conviventes, principalmente ao tratar da sucessão do companheiro sobrevivente, mais especificamente no art. 1.790 e incisos do Código Civil, que trata dentro das disposições gerais, deixando o companheiro sobrevivente fora da ordem de vocação hereditária, ao contrário o que ocorria na lei 8.271/94 que inseriu o companheiro sobrevivente na 3ª ordem de vocação hereditária especial, ocorrendo retrocesso dos direitos dos companheiros.

Houve por parte do legislador também a restrição quanto ao direito sucessório do companheiro estabelecida no artigo 1.790 do Código Civil, visto que este só irá concorrer com bens comuns adquiridos onerosamente na constância da união estável, não fazendo jus aos bens particulares, cabendo à concorrência destes aos descendentes, ascendentes e parentes sucessíveis do companheiro falecido.

Em relação ao direito real de habitação o legislador silenciou sobre a questão, não sendo assegurado ao companheiro tal direito ao contrário do que ocorreu com o cônjuge, que teve seus direitos resguardados conforme o dispositivo do artigo 1.831 do Código Civil, o que é totalmente incoerente com o preceito constitucional tipificado no art. 226 § 3º da Constituição Federal que afirma que o Estado deve proteger tanto o casamento, a família monoparental e a União Estável. Em relação à moradia destinada à família deve-se continuar tal benefício conferido ao companheiro, aplicando de forma extensiva ou analógica o artigo 1.183 do Código Civil de 2002.

Além do mais, verifica-se também o fato de ter sido atribuído ao cônjuge como herdeiro necessário, não se foi estendido o benefício ao companheiro.

O polêmico art. 1.790 do Código Civil apresenta discrepâncias entre os direitos previstos ao cônjuge no art. 1.829 Código Civil no tocante a ordem da vocação hereditária, em relação ao companheiro, de forma que contrariou os princípios norteadores da Constituição Federal, sendo esse o motivo da busca incansável da maioria da doutrina por mudanças pleiteando do legislador reformada em tal dispositivo.

Por fim, conclui-se que apesar da Constituição Federal em seu artigo 226, §3º, reconhecer e dar proteção jurídica as uniões formadas pelos laços de afeto e da convivência duradoura, sem o formalismo legal, atendido os requisitos legais, torna-se realmente lamentável a posição anteriormente adotada pelo ordenamento jurídico, em relação à diferenciação no plano sucessório entre as duas espécies de família, ou seja, a surgida a partir do casamento e a originada da união estável, o que acarreta lamentável afronta ao princípio constitucional da isonomia.

Contudo com o novo entendimento do STF em relação à inconstitucionalidade do artigo 1.790 Código Civil, se espera que os aplicadores do direito possam atuar com justiça respeitando a igualdade, paridade como prega os princípios norteadores da Constituição Federal, surgindo no mundo jurídico uma nova era para o direito das sucessões que vem se moldando as necessidades da sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Patrícia Eleutério. **A união estável e o novo Código Civil**: uma análise evolutiva. Set. 2003. Jus Navigandi. Disponível em: Acesso em: 31 out. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. V.6**: direito das sucessões/ Flávio Tartuce, José Fernando Simão: prefácio Zeno Veloso. - 5.ed., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2012.

https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=57EBBFC2FC094859F9E40D640D805BE1#

PANORAMA INICIAL DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

MARIA EDUARDA ANDRADE E SILVA:
Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília.

RESUMO: A inovação empreendida pelo novo Código de Processo Civil ao criar o procedimento antecedente de concessão de tutela antecipada, com possibilidade de encerramento do processo sem cognição exauriente, preservando, ao mesmo tempo, os efeitos da decisão concessiva será fonte de inúmeros debates nos próximos anos. Até que a jurisprudência sedimente a compreensão a ser dada ao tema, a doutrina controverte-se ao investigar a matéria e conjecturar racionalmente soluções adequadas a problemas antevistos, buscando preservar a coerência do processo civil e de seus institutos. A brevidade da redação dos arts. 303 e 304 do CPC lança oportunidade de perquirir sobre a natural dicotomia entre estabilização e coisa julgada. Esse é o foco deste artigo, que pretende, em metodologia dedutiva e pesquisa teórica (bibliográfica), qualitativa e prescritiva, apresentar um panorama sobre as principais polêmicas doutrinárias sobre a tutela antecipada antecedente, com foco especial em sua estabilização e a diferenciação em relação à coisa julgada, que, enquanto garantia fundamental (art. 5º, XXXVI, CF), deve ter sua proeminência reconhecida.

Palavras-chave: Tutela provisória. Urgência. Antecipação. Tutela antecedente. Estabilização. Coisa julgada material.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Origem e características essenciais. 3. Pressupostos. 4. Extinção do processo. 5. Ação autônoma. 6. Aspectos polêmicos. 7. Estabilização e coisa julgada. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A antecipação dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo Código em caráter antecedente é uma técnica de monitorização em que há contraditório eventual e inversão da iniciativa para o debate^[1]. Por ela, o silêncio do réu resulta na estabilização dos efeitos práticos da decisão concessiva da tutela requerida pelo autor, com a consequente extinção do processo. As partes terão prazo de dois anos para reagitar o

tema em ação autônoma, movida com o intuito de reformar, invalidar ou rever a decisão já estabilizada. Após esse prazo decadencial, os efeitos não poderão mais ser rediscutidos. Porém, não haverá coisa julgada material sobre a relação jurídica, que ainda poderá ser objeto de ação judicial.

2. ORIGEM E CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS

A antecipação dos efeitos da tutela é instituto que, em síntese, permite antecipar para instante anterior à sentença – ou mesmo no início da lide – o provimento jurisdicional e o consequente bem da vida pretendido pelo autor. No CPC/73 a tutela antecipada foi introduzida por ocasião da reforma operada pela Lei 8.952/1994. Até o CPC/73, a tutela antecipada satisfativa era conferida sempre em caráter incidental e, desde a Lei 10.444/2002, apresentava fungibilidade com as medidas cautelares. No caso da tutela cautelar, havia plena possibilidade de pedido em caráter incidental ou preparatório (em processo antecedente). Nesse sentido, o art. 796 do CPC de antanho estabelecia que *“o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal (...)”*.

Com o novo Código, também a tutela antecipada satisfativa pode ser concedida de forma antecedente, tal como antes reservado apenas ao processo cautelar. Lembramos que a tutela provisória vem categorizada no novo Código como de evidência ou de urgência. Esta última pode ser cautelar ou antecipada, concedida em caráter antecedente ou incidental. Vê-se, portanto, que a antiga cautelar preparatória foi substituída pela tutela provisória cautelar antecedente, com algumas modificações. Já a tutela antecipada passa a ser requerida, além de incidentalmente (tal como no CPC anterior), também em caráter antecedente, por meio de uma petição inicial “simplificada”, isso é, voltada, num primeiro momento, somente ao pedido do provimento de urgência, como foco central. O pedido final meritório passa a ser algo secundário nesse instante liminar e será confirmado em posterior aditamento à inicial. Nesse passo, o pedido final é apenas indicado (art. 303), o que se afigura menos rígido do que a formulação exigida pelo art. 319, IV do CPC^[2]. O objetivo da tutela antecedente é permitir a composição imediata da lide como mecanismo válido à disposição das partes. Todavia, já no CPC

anterior nada impediria que o réu encurtasse o trâmite processual reconhecendo a procedência do pedido. Na tutela antecedente, ele pode conformar-se com o direito da outra parte simplesmente não se insurgindo contra a decisão inicial.

Com efeito, na petição inicial em que se pleiteia tutela de urgência antecipada antecedente somente é necessário, além do requerimento da medida, indicar a tutela final, expor a lide, o direito e sua probabilidade, demonstrar o perigo de dano, fixar o valor da causa e expressamente afirmar o caráter antecedente do procedimento. Sua disciplina é versada nos arts. 303 e 304 do CPC.

O foco desse artigo será uma particular característica da tutela antecipada antecedente no novo CPC: a possibilidade de sua estabilização.

A estabilização tem inspiração no Direito italiano e francês e permite que, nos casos em que houver urgência contemporânea à propositura da ação, o autor se limite a requerer tutela provisória de urgência antecedente, dado início a um processo judicial no qual, uma vez deferida a medida e não havendo insurgência do réu, haverá preservação dos efeitos da decisão judicial concessiva por tempo indeterminado, apesar da sua cognoscibilidade superficial, havendo ainda a extinção do processo sem que se tenha uma sentença de mérito confirmando o “decisum”.

A estabilização da tutela provisória é uma técnica voltada apenas aos casos de tutela de urgência antecedente, não nos casos da cautelar – e, de fato, não haveria lógica em estabilizar uma decisão assecuratória de um resultado útil, pois a cautelaridade visa proteger a tutela satisfativa. Há divergência doutrinária quanto à viabilidade do uso para a tutela de evidência, embora não pareça ser essa a intenção do Código. Através da estabilização da tutela torna-se dispensável a cognição exauriente sobre o pedido, já que, uma vez concedida a medida e não tendo havido recurso da parte demandada, o processo é extinto e o provimento judicial manterá sua eficácia. Caso qualquer das partes tenha o propósito de rever, reformar ou invalidar a tutela, terá de ajuizar ação autônoma com esse fim. A estabilização não se confunde com a coisa

julgada. Nesse sentido, o art. 304 §6º é indubitável. Mesmo porque, se houvesse coisa julgada, sua desconstituição seria subordinada ao uso da rescisória e, no caso do art. 304, há apenas necessidade de manejo de uma ação – inominada, pois – embora o prazo de ajuizamento seja igualmente de dois anos.

Nessa toada, o enunciado 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

“Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”

Além disso, sem cognição exauriente não há coisa julgada material e, no caso do art. 304, a providência postulada é concedida em juízo de probabilidade do direito e risco de dano, isso é, em juízo inicial e superficial de conhecimento.

3. PRESSUPOSTOS

É necessário que o autor exponha, na petição inicial, seu desejo em ver utilizada a técnica de estabilização, com o desinteresse pela continuidade do feito, optando, explicitamente, pela dispensa da obtenção da coisa julgada. Isso porque a estabilidade da tutela antecedente não equivale à coisa julgada e não produz seus efeitos, como já explicado, de molde que compete ao autor afirmar, com base na análise de seu benefício, se pretende se utilizar desse mecanismo.

Uma das condições à estabilização é inércia do réu em interpor recursos censurando a decisão concessiva da tutela antecipada.

No caso de pluralidade de réus (litisconsórcio passivo), o manejo de recurso por um deles somente aproveita aos demais, obstando a estabilização, se o litisconsórcio for unitário, na linha do art. 1005 do CPC [3].

O recurso referido pelo art. 304 “caput” do CPC é aquele apto a atacar decisões interlocutórias (em primeiro grau), ou monocráticas (caso se trate de processo da competência originária dos tribunais). Dessa feita, são suficientes o agravo de instrumento e o agravo interno,

respectivamente. Questiona-se quanto à validade do uso dos embargos de declaração. Há quem defenda que a sua oposição somente posterga para depois de seu julgamento o prazo para manejo do recurso aludido no art. 304 “caput”, com o que concordamos, ante o efeito interruptivo dos embargos (art. 1.026, CPC)[4]. A posição doutrinária que tem prevalecido interpreta o termo “recurso” amplamente, para abarcar qualquer forma de impugnação pelo réu, tal como um pedido de reconsideração, oferta de contestação e suspensão de segurança[5].

Todavia, é preciso salientar que, em razão dos prazos mais amplos para a prática dos atos processuais referidos – veja-se que o prazo de contestação, contado após a audiência de conciliação e mediação (art. 335, I CPC), somente se iniciará muito provavelmente após findo o prazo do recurso - pode haver a necessidade de aguardar que o réu exerça sua irresignação antes de extinguir o processo. E, caso já tenha sido extinto, será necessário desarquivá-lo e dar continuidade ao feito, afastando a estabilização.

A propósito, se o réu não tiver sido cientificado, no mandado de citação e intimação, de que seu silêncio importará a extinção do processo com a estabilização da decisão, cremos que não haverá supedâneo legal para aplicar o art. 304. Com base na regra de não surpresa de julgamento, contida no art. 10 do CPC, aplicada por analogia, o juiz não pode decidir a partir de fundamento a respeito do qual as partes não tenham tido oportunidade de se manifestar, sob pena de nulidade. Portanto, o réu deve ser avisado de que se trata de procedimento em que seu silêncio importará efeitos relevantes em seu prejuízo. Ainda que a redação do art. 10 não se ajuste perfeitamente à situação descrita, seu intuito é evitar decisões surpresas, daí porque aplicável à hipótese. Essa também é a opinião de Lúcio Grassi de Gouveia[6] e de Cássio Scarpinella Bueno[7].

Em tempo, é necessário distinguir a preclusão temporal da estabilização. A primeira ocorre se o réu não maneja o recurso cabível contra a concessão da tutela no prazo fixado no CPC – quinze dias para agravo de instrumento e agravo interno (art. 1.003, §5º, CPC). Já a estabilização, por ser mais ampla, requer verdadeira contumácia, ou seja, inação. Se o réu não recorre da decisão, mas, por exemplo, contesta o

pedido, tem-se que a tutela concedida não ficará estabilizada; todavia, embora possa ser revogada a qualquer tempo, o réu terá perdido processualmente a oportunidade para censurá-la.

Em qualquer caso, uma vez deferido o provimento requerido em caráter antecedente, o autor deverá emendar a inicial. Isso porque a ordem de aditamento é prolatada pelo juiz no mesmo momento processual em que determina a citação do réu, e naquele instante, o autor não terá como prever qual comportamento será adotado pelo demandado – a inércia ou a impugnação da tutela, podendo haver, nesse segundo caso, a continuidade do processo. Daí porque a petição inicial já deverá estar em condições de iniciar o procedimento – especial ou comum – voltado à consecução da tutela final. Ou seja, o prazo de aditamento encerra-se antes do prazo de recurso do réu[8].

Veja-se que o art. 303 §1º é explícito ao estabelecer que, concedida a tutela, o autor deverá aditar a exordial e o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação e mediação e intimado ainda da decisão concessiva proferida:

Art. 303. § 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334.

Não poderia ser diferente, pois, como salientado o “recurso” do réu, referido no art. 304 “caput”, tem sido interpretado em sentido amplo, como qualquer forma de irresignação, como a oferta de contestação. Observe-se que o juiz pode dilatar o prazo de emenda, fixando-o em lapso superior a quinze dias[9] (art.303 §1º I, CPC)

Se não for feito o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito, como determina o art. 303 §2º.

Por certo, apenas a decisão concessiva da tutela torna-se estável, não a que a denega. Inclusive, em caso de denegação da tutela antecipada deve haver emenda à inicial em até cinco dias, sob pena de indeferimento da exordial e extinção sem resolução de mérito (art. 303 §6º, CPC).

4. EXTINÇÃO DO PROCESSO

Nota-se que, após a estabilização da tutela provisória o art. 304 §1º do CPC prevê a extinção do processo, sem explicitar a natureza da extinção, se resolutive ou não do mérito.

Há debate na doutrina quanto à solução a ser dada ao caso. Eduardo Arruda Alvim^[10] é partidário de que o Código teria criado, no ponto, uma terceira espécie de extinção do processo, diversa das sentenças do processo de conhecimento referidas nos arts. 485 e 487 do CPC. Justifica que a extinção sem julgamento de mérito teria o condão de tornar insubsistentes as decisões de tutela provisória, ao passo que o julgamento de mérito atrairia a coisa julgada, o que não se identifica com o procedimento de estabilização referido no art. 304 §6º do CPC. Defende o processualista tratar-se de sentença, embora o Código descreva esse ato como o pronunciamento do juiz que põe fim à fase conhecimento em primeiro grau com necessário fundamento nos arts. 485 e 487 (art. 203 §1º CPC), bem como extingue a fase de execução, e, nesse caso é aplicável o art. 924, CPC. Em sentido oposto, há corrente doutrinária que identifica tratar-se de extinção sem julgamento de mérito^[11].

De todo modo, em face da sentença será cabível apelação, em que se discuta o preenchimento dos requisitos da extinção do feito, e não da tutela em si mesma concedida, já que, além de estável, estará preclusa, já que o réu não tenha dela recorrido.

5. AÇÃO AUTÔNOMA

Quanto à natureza do prazo de dois anos contido no art. 304 §5º, tem-se que se trata de prazo decadencial.

Quanto à ação autônoma, haverá prevenção do juízo em que concedida a tutela antecedente (art. 304 § 4º). Apesar de o Código afirmar

que a ação poderá ser proposta por quaisquer das partes (art. 304 §2º), é bem de se ver que a nova demanda, nas palavras do CPC, será cabível para “*rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada*”. Diante de uma interpretação mais restrita do texto legal, não haveria possibilidade de que o autor ingressasse com demanda autônoma voltada a *confirmar* a tutela anterior. Nesse caso, cremos que a solução seria desarquivar os autos originários e postular ao juízo a retomada do feito, com afastamento da estabilização, a fim de prosseguir na cognição até a obtenção da coisa julgada. Essa posição conta com opositores na doutrina. Para Eduardo Arruda Alvim, “*caso opte inicialmente pela estabilização, entendemos que o autor só poderá mudar de opção até o momento em que o réu seja citado (...) e intimado da decisão antecipatória de tutela*”^[12].

A ação autônoma a ser ajuizada por ser de qualquer natureza, veiculadora de qualquer pretensão, desde que apta a promover a revisão da tutela estabilizada^[13].

Um dos efeitos da estabilidade é o de impedir que o próprio magistrado revogue ou reforme a decisão de tutela provisória. A propósito do tema, o art. 304 §2º é explícito ao condicionar a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada à atuação das partes, e, combinado com o §3º, produz inequívoca conclusão de que somente a decisão de mérito a ser proferida na ação proposta por qualquer das partes poderá fazer cessar seus efeitos.

Art. 304. [...]

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

O Enunciado ENFAM n.26 admite, porém, que decisão interlocutória também provisória no bojo da ação a ser ajuizada por qualquer das partes para revisar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada possa, desde logo, sustar seus efeitos. Por esse

entendimento, a decisão referida no §3º do art. 304 pode ser compreendida como decisão de mérito em cognição superficial e, inclusive, liminar.

“Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida, na forma do art. 296, parágrafo único, do CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior”

6. ASPECTOS POLÊMICOS

Questiona-se se seria viável a estabilização de tutela que envolve direitos indisponíveis. Em sentido positivo, Eduardo Arruda Alvim leciona, em nosso parecer, com razão, que

a indisponibilidade do direito não afasta a possibilidade da cognição exauriente e da formação da coisa julgada à revelia do réu, mas afasta tão somente a presunção de veracidade do que foi apresentado pelo autor e o consequente julgamento antecipado do mérito (CPC/2015, arts.344, 345, II e 355, II)[14]

Em sentido contrário, há opiniões segundo as quais a própria relevância que marca o direito indisponível exigiria análise via cognição exauriente[15].

Há também divergência quanto à possibilidade de, em uma cumulação de pedidos, conceder a tutela estabilizada a apenas um deles, prossequindo o processo quanto aos demais (estabilização parcial objetiva). Acena favoravelmente a essa possibilidade Eduardo Arruda Alvim[16], ao passo que Lúcio Grassi de Gouveia[17] posiciona-se em sentido oposto, em nossa opinião com acerto, já que a continuidade do processo implica a plena revogabilidade da decisão provisória ou sua confirmação na sentença.

A respeito da validade da estabilização da tutela provisória em face da Fazenda Pública não há, no Código, nenhuma vedação à plena utilização desse procedimento também em desfavor da Fazenda. É claro

que não se admite que, por decisão interlocutória concessiva de tutela de urgência, seja expedido precatório ou requisição de pequeno valor, pois pressupõe-se, para esses casos, “sentença judiciária” (art. 100 da CF). Todavia, questiona-se se deveria haver sujeição à remessa necessária. Isso porque a sentença proferida em desfavor da Fazenda (ou que julga procedentes os embargos à execução fiscal) está sujeita ao duplo grau de jurisdição. Significa que, embora a decisão que antecipa os efeitos da tutela incidentalmente não esteja subordinada à imediata avaliação pelo Tribunal, a sentença que a confirmará ou revogará ascenderá ao crivo do grau superior.

Diante dessa situação, cremos que a saída mais adequada se assemelha particularmente com a construída para a ação monitoria. Explique-se, inicialmente, que há similaridade entre a tutela estabilizada e o procedimento monitorio, já que, em ambos os casos, o silêncio do réu implicará a constituição de decisão favorável ao autor. No processo monitorio, o título inicial converte-se em executivo se o demandado não opõe embargos, o que torna o contraditório eventual. Trata-se de viabilização “*de resultados práticos a partir da inércia do réu, em casos em que há concreta e marcante possibilidade de existência do direito do autor*”^[18]. Inclusive, foi usada no art. 304 do CPC a denominada técnica de monitorização do procedimento^[19]

É viável o uso de ação monitoria em face da Fazenda Pública, como bem já expressava o verbete nº 339 do STJ, cuja dicção enuncia que “*é cabível ação monitoria contra a Fazenda Pública*”, o que é reforçado pelo art. 700 § 6º do CPC: “*é admissível ação monitoria em face da Fazenda Pública.*” O novo Código ainda registrou a determinação de que a decisão de conversão em mandado executivo seja sujeita à remessa necessária sempre que transcorrido o prazo de embargos sem sua oposição.

Entretanto, submeter ou não a decisão de tutela antecipada estabilizada à remessa necessária é tema ainda tormentoso na doutrina^[20].

Art. 701 [...]

§ 4º Sendo a ré Fazenda Pública, não apresentados os embargos previstos no art. 702, aplicar-se-á o disposto no art. 496, observando-se, a seguir, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

[...]

7. ESTABILIZAÇÃO E COISA JULGADA

Uma importante reflexão deve ser feita com relação à natureza da estabilização após transcorrido o prazo de dois anos sem que qualquer das partes haja ingressado com ação autônoma. A decisão se tornaria imutável? Como conciliar a questão com o art. 304 §6º CPC, que afasta o regime de coisa julgada do campo da estabilização? A esse respeito, cumpre transcrever fragmento da lição de Newton Pereira Ramos Neto^[21]:

A partir dessa polêmica, vão-se formando na doutrina algumas correntes: (i) há formação de coisa julgada, cabendo, conseqüentemente, o ajuizamento de ação rescisória, ante a ausência de óbice constitucional à imutabilidade de decisões sumárias; (ii) há uma tutela antecipada estabilizada em 'grau extraordinário' (superestabilização), com imutabilidade da eficácia antecipada, funcionando como um pressuposto processual negativo autônomo em relação à coisa julgada, sendo possível, porém, em procedimento comum, nova discussão sobre as demais eficácias.

Creemos que a melhor resposta à questão passa pela diferenciação entre os efeitos da tutela estabilizada e o conteúdo declarativo da coisa julgada material. Essa solução nos é proposta por Newton Pereira Ramos Neto^[22]:

Sob esse prisma, é possível dizer que a estabilização atinge os efeitos e não qualquer conteúdo declarativo, como ocorre com a coisa julgada, de modo que, por exemplo, não há eficácia preclusiva na decisão de estabilização, como sucede na coisa julgada. Além disso, embora estáveis os efeitos da decisão proferida em sede de tutela antecipada, não há impedimento para a rediscussão do conteúdo declaratório em lide posterior (de forma semelhante ao que acontece com a questão prejudicial sobre a qual não se formou a coisa julgada). Assim, numa decisão estabilizada que determina a devolução de parcelas pagas sob o fundamento de invalidade do contrato, nada impede a rediscussão da licitude deste em demanda posterior.(...) para estabelecer-se a diferenciação, é forçoso reconhecer que, mesmo nas tutelas antecipadas de cunho declaratório, a decisão se volta apenas à eficácia executiva do pedido" .

Eis a opinião de Marinoni (et al):

(...) como qualificar a força da estabilidade depois de transcorridos dois anos sem que tenha sido proposta a ação exauriente? (...)A eficácia bloqueadora do direito fundamental ao processo justo, portanto, impede que se tenha como constitucional a formação de coisa julgada na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem o exaurimento da cognição.^[23]

Significa que, mesmo após os dois anos, não haverá coisa julgada, seja por falta de cognição exauriente, seja em razão da previsão legal. O que haverá é uma espécie de superestabilização, com a impossibilidade de se rediscutir a validade dos efeitos práticos gerados por daquele provimento judicial. Isso não significa, porém, que o mesmo pedido não possa vir a ser discutido em nova ação, a todo tempo.

E, se nessa nova ação, houver a formação de coisa julgada material contrária aos efeitos estabilizados da tutela? Nesse quadro, nos inclinamos a prestigiar a coisa julgada, enquanto garantia constitucional, sob pena de inversão da lógica do sistema.

8. CONCLUSÃO

São muitos os desafios a serem enfrentados no tema da tutela de urgência antecipada antecedente, sobretudo ante a variedade de dúvidas que podem surgir em razão do seu entrelaçamento com o instituto da coisa julgada. É um mecanismo que pode contribuir para a agilização da composição da lide, com economia de recursos, sobretudo nos casos em que o réu não pretende alongar-se na defesa do seu direito, seja porque reconhece a validade dos argumentos do autor, seja porque não tem interesse em sustentar economicamente o prolongamento do processo. Espera-se que, por esse modo, seja reduzida a litigiosidade. Todavia, há de se ter especial cuidado para que a estabilização não resulte em um mecanismo de força superior à própria coisa julgada, que, inclusive, já conta com vários pontos de flexibilização. Dessa forma, o regime da estabilidade não deve impedir que a relação jurídica material seja objeto de cognição exauriente, essa sim, apta a formar coisa julgada, não havendo, pois, que se confundir essa possibilidade com o reconhecimento da perenidade e validade dos efeitos práticos gerados pela decisão judicial sujeita ao art. 304 do CPC.

9. REFERÊNCIAS

ABRANTES, José. **Fazer Monografia é moleza: o passo a passo de um trabalho científico**. Rio de Janeiro: Wak Ed, 2007.

ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023/2002**. Informação e documentação –Referências – Elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FILHO, Antônio Carvalho; JÚNIOR, Herval Sampaio (org.). **Os Juízes e o Novo CPC**. Salvador: Jus Podivm, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme, et al. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MULLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. **Normas e Padrões para Teses, Dissertações e Monografias**. 5.ed. Londrina. Eduep, 2003.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TALAMINI, Eduardo. **Ainda a Estabilização da Tutela Antecipada**. Migalhas de peso. 01.04.2016. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236877,31047-Ainda+a+estabilizacao+da+tutela+antecipada>>. Acesso em: 20 out. 2017.

NOTAS:

[1] MARINONI, Luiz Guilherme, et al. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.246.

[2] ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.185.

[3] ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 222-223.

[4] ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.221.

[5] BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.262 e GOUVEIA, Lúcio Grassi in In: ALVIM, Angélica Arruda et al (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.304. Em sentido oposto, porém, cf. CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.313.

[6] GOUVEIA, Lúcio Grassi In: ALVIM, Angélica Arruda et al (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.397.

[7] BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.261.

[8] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme, et al. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.246, BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.262 e CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.312.

[9] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.863.

[10] ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.226.

[11] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.384.

[12] ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.215.

[13] BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.263.

[14] ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.209.

[15] TALAMINI, Eduardo. **Ainda a Estabilização da Tutela Antecipada**. Migalhas de peso. 01.04.2016. Disponível em < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236877,31047-Ainda+a+estabilizacao+da+tutela+antecipada>>. Acesso em: 20 out. 2017.

[16] ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.216-217.

[17] GOUVEIA, Lúcio Grassi in In: ALVIM, Angélica Arruda et al (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.396.

[18] GOUVEIA, Lúcio Grassi In: ALVIM, Angélica Arruda et al (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.395.

[19] GOUVEIA, Lúcio Grassi In: ALVIM, Angélica Arruda et al (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.395.

[20] Pela desnecessidade da remessa, c.f. CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.316, ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.229,

[21] NETO, Newton Pereira Ramos in FILHO, Antônio Carvalho; JÚNIOR, Herval Sampaio (org.). **Os Juízes e o Novo CPC**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 451.

[22] NETO, Newton Pereira Ramos in FILHO, Antônio Carvalho; JÚNIOR, Herval Sampaio (org.). **Os Juízes e o Novo CPC**. Salvador: Jus Podivm, 2017, pp.452-453.

[23] MARINONI, Luiz Guilherme, et al. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.247.

COBRANÇA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA, NO QUE TANGE OS ADVOGADOS AUTÔNOMOS E A SOCIEDADE DE ADVOGADOS

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 trabalho aborda informações referentes a cobrança do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN), ou também denominado, Imposto Sobre Serviço (ISS), no que tange os serviços de advogados autônomos e sociedade de advogados. Neste sentido o tema é abordado minuciosamente, a fim de que o leitor possa adquirir e interpretar de modo cristalino as informações, sobre o referido tributo, contidas neste artigo.

Palavras-chave: Imposto Sobre Serviço. ISS. ISSQN. Advocacia.

ABSTRACT: The present work deals with information regarding the collection of the Service Tax of Any Nature (ISSQN), or also called, Service Tax (ISS), it is not the service contract of independent lawyers and law firm. In this sense or theme is approached meticulously, a reader's end may acquire and interpret in a crystalline way as information, on the said tribute, contained in this article.

Key-words: Tax over service. ISS. ISSQN. Advocacy.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é abordar a cobrança do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN), ou também denominado, Imposto

Sobre Serviço no que se refere aos serviços advocatícios, tanto ao advogado autônomo quanto à sociedade de advogados.

Em seu contexto é apresentado à respectiva legislação, bem como jurisprudência sobre o assunto. Não obstante traz também, para a tratativa cristalina desta questão, a exposição da melhor alternativa, ao profissional, no que tange esta tributação, visto que a mesma tende a variar, obviamente, por se tratar de um imposto de competência municipal.

1. IMPOSTO

De acordo com o artigo 16 do Código Tributário Nacional temos por definição que: “imposto é o tributo^[1] que tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte”.

Notório que diante do exposto na legislação citada, o imposto tem caráter geral, não trazendo qualquer vantagem específica ao contribuinte, característica esta mais marcante como forma de imposição do poder político, impondo um dever, sem gerar qualquer contrapartida. Portanto, o imposto para existir, requer a existência de um fato com envolvimento de particular e sem a presença do Estado.

A Constituição Federal de 1988 aponta as espécies de tributos, sem especificá-las e tampouco classifica-las, porém no que diz respeito ao imposto cita que: “*são instituíveis pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios [...]*”. Na esfera municipal, ponto tratado neste artigo, a competência dos Municípios em instituir impostos é apresentada no artigo 156 da Carta Magna, conforme nos ensina Luciano Amaro: “Aos Municípios são outorgados os impostos sobre a propriedade territorial e predial urbana; transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis e sobre serviços de qualquer natureza^[2]”.

Sendo assim, é de inteira competência dos Municípios a aplicação de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS ou ISSQN).

2. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN)

O ISSQN ou ISS ingressa no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1934, a qual criava impostos incidentes sobre atividades que envolviam diversões públicas.

Atualmente, encontra-se previsto na Constituição de 1988 em seu artigo 5º, III, disposto na Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, todavia revogados os artigos 71 a 73 do Decreto Lei nº 406 de 31 de dezembro de 1968. Como visto, este imposto é municipal, desta forma, de responsabilidade do município é sua implantação e fiscalização, conforme os ditames legais dispostos na Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 e, também, do artigo 9º §§ 1º e 3º do Decreto Lei nº 406, de 31 de dezembro 1968.

3. LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003 E O DECRETO LEI Nº 406/68

A Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 além de inovar, alterou a legislação, tendo como intuito a ampliação da diversidade de serviços tributados pelos Municípios, de maneira a evitar a elisão fiscal e, não obstante, fixar nova base para o cálculo do imposto, sendo esta, o valor do serviço prestado. Entretanto, a referida lei não revogou o artigo 9º §§ 1º e 3º do Decreto Lei nº 406, de 31 de dezembro 1968. Em seu parágrafo 1º, o respectivo Decreto estabelece que determinados serviços, devido a sua natureza, deverão ter o imposto sobre serviço calculado através de alíquota fixa ou variável. Adiante no parágrafo 3º esclarece que determinados serviços, como a advocacia, ficam sujeitos a forma de cálculo estabelecida no § 1º, sendo calculado em relação a cada profissional individualmente, que preste serviço em nome de sociedade, todavia, assumindo responsabilidade pessoal. Desta forma, cabe apresentar as recentes decisões dos Tribunais, validando o entendimento da não-revogação do artigo 9º §§ 1º e 3º, como por exemplo a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí:

***TJ-PI - Remessa de Ofício/Apeleção APL
50011880 PI (TJ-PI)***

Data de publicação: 10/11/2009

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE DE COBRANÇA DE ISS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO SOCIEDADE DE ADVOGADOS PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA APENAS CARÁTER EMPRESARIAL NAO DEMONSTRADO SUJEIÇÃO AO ISS NA FORMA PRIVILEGIADA POR PROFISSIONAL HABILITADO REPETIÇÃO DE INDÉBITO DEFERIDA RECURSOS IMPROVIDOS. Na forma dos 1º e 3º do art. 9º do DL nº 406 /68, subsiste integralmente a tributação privilegiada, pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), das sociedades de profissionais liberais de nível superior, no caso, advogados, que continuam sujeitas ao imposto por profissional habilitado e não pelo seu movimento ou receita bruta, pois não verificado o caráter empresarial alegado. Assim, na esteira do STJ, a sociedade de advogados de natureza civil, não recolhe o ISS com base no seu faturamento bruto, mas sim no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que a integra, de maneira que não ocorre o repasse do encargo a terceiros a exigir o cumprimento do disposto no artigo 166 do Código Tributário Nacional nas ações de repetição de indébito da exação em comento (REsp 897813/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 24/11/2008). Decisão unânime.

Em decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, temos o mesmo entendimento:

TJ-SE - APELAÇÃO CÍVEL AC 2009218111 SE (TJ-SE)

Data de publicação: 06/04/2010

Ementa: Tributário - Ação ordinária c/c repetição de indébito - Sociedade civil de advocacia - Base de cálculo do ISS - Alíquota fixa - Art. 9º, 1º e 3º do DL 406 /68 - Revogação pela LC 116 /2003 - Inocorrência - Honorários advocatícios - Manutenção. I - Em se tratando de sociedade civil de advogados que presta serviços especializados e sem caráter empresarial, em nome da sociedade, embora sob a forma de responsabilidade pessoal, tem direito ao tratamento privilegiado do ISS, nos termos do art. 9º, 1º e 3º, do DL 406 /68, ficando sujeita ao recolhimento do referido imposto, por meio de alíquotas fixas e variáveis de acordo com a natureza do serviço, calculado em relação a cada profissional habilitado que preste serviços em nome desta; II - A LC 116 /2003 não revogou o artigo 9º do DL 406 /1968, porquanto o art. 10 da mencionada lei elencou expressamente quais foram os dispositivos por ela revogados, dentre os quais não se encontra o referido dispositivo; III - Sopesando as particularidades da causa, revela-se adequada a manutenção do valor arbitrado a título de honorários sucumbenciais, que se encontra em consonância com os ditames dos 3º e 4º do art. 20 do CPC ; IV - Recurso conhecido e desprovido.

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais corrobora:

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI Nº 406/68 - STF - NORMA RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ISSQN - BASE DE CÁLCULO - SOCIEDADES CIVIS DE PROFISSÃO REGULAMENTADA - ADVOGADOS - ITEM 88 -

PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. "O STF já declarou a constitucionalidade do art. 9º, §§ 1º e 3º. do D.L 406/68". Em princípio, as sociedades civis de profissão regulamentada devem pagar o ISSQN sobre um valor fixo, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviço em nome da sociedade, havendo previsão legal expressa, inclusive, quanto aos advogados (art. 9º, §§ 1º e 3º, item 88, do Decreto-Lei 406/68)" (Processo nº 1.0313.04.142256-6/001 (1), Rel. Des. Gouvêa Rios, p. em 01/07/2005).

Mandado de Segurança Preventivo - Direito Intertemporal - ISSQN - Artigo 9º, §3º, do Decreto Lei nº 406/98 - Revogação - Lei Complementar 116/03 - Inocorrência. O regime especial da tributação do valor do ISS devido pelas sociedades profissionais de que trata o §3º, do art. 9º do Decreto -Lei nº 406/68, continua em vigor, porquanto a Lei Complementar nº 116/03 não revogou o referido dispositivo legal.

De igual entendimento decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco:

TJ-PE - Agravo AGV 3964110 PE (TJ-PE)

Data de publicação: 09/11/2015

Ementa: TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. LEI MUNICIPAL N.º 15.563/97. DECRETO

LEI N.º 406/68. SOCIEDADE CIVIL DE PRESTADORES DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. SOCIEDADE

**UNIPROFISSIONAL. TRIBUTAÇÃO
DIFERENCIADA. ILEGALIDADE NA COBRANÇA
DO ISS. RECURSO DE**

**AGRAVO NÃO PROVIDO. DECISÃO
UNÂNIME.** 1. A teor do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-
lei nº 406/68, para que incida o regime de tributação
diferenciada, faz-se mister que a sociedade seja
uniprofissional, ou seja,

*que todos os seus integrantes pertençam à
mesma categoria profissional, bem como que,
embora preste seus serviços em nome da sociedade,
os sócios e demais profissionais habilitados,
respondam pessoalmente sobre*

*seus atos, o que exsurge da análise do contexto
probatório dos presentes autos. 2. Quanto à alegação
da impropriedade da exceção de pré-executividade,
entendemos que não merece prosperar, tendo em
vista que a exceção de pré-executividade é
admissível na execução fiscal relativamente às
matérias conhecíveis de ofício que não demandem
dilação probatória (Súmula 393 do STJ). 3. Em
relação ao pedido de redução no valor dos honorários
advocatícios, entendemos que deve ser mantido o
percentual arbitrado pelo juiz a quo, uma vez que está
de acordo com o art. 20, §4º do CPC. 4. Recurso de
agravo conhecido e não provido. 5. Decisão Unânime.*

**4. A TRIBUTAÇÃO DO ISS PARA AS SOCIEDADES DE
ADVOGADOS**

Diante do exposto não há o que se arguir sobre a eficácia e
vigência do Decreto Lei nº 406 de dezembro de 1968, no que se refere ao
artigo 9º §§ 1º e 3º que expressa:

Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço
do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável. (Redação dada pela Lei complementar nº 56, de 15.12.1987)

Sendo assim, as sociedades de advogados regularmente constituídas, possuirá tributação de ISS diferenciada em relação ao advogado autônomo. Para as Sociedades o Imposto Sobre Serviço de qualquer natureza deve ser calculado em alíquotas fixas ou variáveis em relação a cada profissional habilitado. Os respectivos valores a serem pagos por cada profissional habilitado devem respeitar os ditames da legislação do Município onde a sociedade está localizada. Vale ressaltar, ainda, que devido ao tributo estar sujeito a alíquotas fixas, o referido imposto não poderá ser retido na fonte.

5. ADVOGADOS AUTÔNOMOS E A TRIBUTAÇÃO DO ISS

O advogado autônomo, sujeito a pagar o ISS de acordo com a LC nº 116/2003, terá como fato gerador do Imposto Sobre Serviço de qualquer natureza a lei municipal, de acordo com os limites estipulados de alíquota mínima de 2% (dois por cento) e máxima de 5% (cinco por cento)[3], tendo como base de cálculo o preço do serviço prestado[4]. Mister que o advogado busque a informação referente a alíquota estipulada pelo Município, bem como a forma de recolhimento praticada. Caso a incidência

do ISS não esteja expressa na legislação do Município de prestação de serviço, tal cobrança considerar-se-á indevida.

6. SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

As Sociedade Unipessoal de Advocacia, criada pela Lei nº 13.247, de 12 de janeiro de 2016, que altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, Estatuto da Advocacia, em seu artigo 2º rege:

Art. 2º Os arts. 15, 16 e 17 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral.

§ 1º A sociedade de advogados e a sociedade unipessoal de advocacia adquirem personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede.

§ 2º Aplica-se à sociedade de advogados e à sociedade unipessoal de advocacia o Código de Ética e Disciplina, no que couber.

.....
.....

§ 4º Nenhum advogado pode integrar mais de uma sociedade de advogados, constituir mais de uma sociedade unipessoal de advocacia, ou integrar, simultaneamente, uma sociedade de advogados e uma sociedade unipessoal de advocacia, com sede ou filial na mesma área territorial do respectivo Conselho Seccional.

§ 5º O ato de constituição de filial deve ser averbado no registro da sociedade e arquivado no Conselho Seccional onde se instalar, ficando os

sócios, inclusive o titular da sociedade unipessoal de advocacia, obrigados à inscrição suplementar.

.....
.....
§ 7º A sociedade unipessoal de advocacia pode resultar da concentração por um advogado das quotas de uma sociedade de advogados, independentemente das razões que motivaram tal concentração.” (NR)

Além disto, a sociedade unipessoal de advocacia deverá ser composta pelo nome do seu titular completo seguido da denominação “Sociedade Individual de Advocacia”. O advogado terá um número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil para a sua pessoa física e outro para a pessoa jurídica.

7. ADESÃO AO SIMPLES NACIONAL (LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006).

O Simples Nacional^[5] é um sistema unificado de cobrança dos seguintes tributos: Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ); Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL); Programa de integração Social (PIS); Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins); e o Imposto Sobre Serviço de qualquer natureza (ISSQN ou ISS).

A advocacia foi inserida no Simples através da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em seu artigo 18, § 5º C, inciso VII, que veio a ocorrer por meio da Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014, de acordo com a seguinte redação:

***Art. 18.** O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V*

*desta Lei Complementar,
sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste arti
go, observado o*

*disposto no § 15 do art. 3º. (Redação dada pela
Lei Complementar nº 155, de 2016)*

§ 5º-C *Sem prejuízo do disposto no § 1º do art.
17 desta Lei Complementar, as atividades de
prestação de serviços seguintes serão tributadas na
forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese
em que não estará incluída no Simples Nacional a
contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13
desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida
segundo a legislação prevista para os demais
contribuintes ou responsáveis:*

VII - *serviços advocatícios. (Incluído pela Lei
Complementar nº 147, de 2014)*

Para o cadastramento no Simples Nacional, deve-se atender ao disposto no art. 2º, inciso IV e no art. 6º § 5º, inciso I da Resolução CGSN nº94, de 29 de novembro de 2011, conforme segue:

Art. 2º *Para fins desta Resolução, considera-se:*

IV - *empresa em início de atividade aquela que
se encontra no período de 180 (cento e oitenta) dias a
partir da data de abertura constante do Cadastro
Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); (Lei
Complementar nº123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º)*

Art. 6º *A opção pelo Simples Nacional dar-se-á
por meio do Portal do Simples Nacional na internet,
sendo irretratável para todo o ano-calendário. (Lei
Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)*

§ 5º *No caso de início de atividade da ME ou
EPP no ano-calendário da opção, deverá ser*

observado o seguinte: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 3º)

I - a ME ou EPP, após efetuar a inscrição no CNPJ, bem como obter a sua inscrição municipal e, caso exigível, a estadual, terá o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do último deferimento de inscrição, para efetuar a opção pelo Simples Nacional;

7.1 ALÍQUOTAS E PARTILHAS DO SIMPLES NACIONAL

As sociedades de advogados que tenham receita bruta no último período (12 meses) de até R\$ 3.600.000,00 (Três milhões e seiscentos mil reais), podem optar pelo Simples Nacional. De acordo com anexo VI da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2016, com vigência de 1 de janeiro de 2015, as alíquotas e partilhas do Simples Nacional dar-se-ão através da apuração da relação entre a Folha de Salários incluídos encargo em 12 meses dividido pela Receita Bruta em 12 meses. As alíquotas do Simples Nacional, independente do resultado da relação corresponderão conforme tabela^[6]:

Receita Bruta em 12 meses (em R\$)	Alíquota	IRPJ, PIS/PASEP, CSLL, Confins e CPP	I SS
Até 180.000,00	16,93%	14,93%	2,00%
De 180.000,01 a 360.000,00	17,72%	14,93%	2,79%
De 360.000,01 a 540.000,00	18,43%	14,93%	3,50%
De 540.000,01 a 720.000,00	18,77%	14,93%	3,84%
De 720.000,01 a 900.000,00	19,04%	15,17%	3,87%

De 900.000,01 a 1.080.000,00	19, 94%	15,71%	4, 23%
De 1.080.000,01 a 1.260.000,00	20, 34%	16,08%	4, 26%
De 1.260.000,01 a 1.440.000,00	20, 66%	16,35%	4, 31%
De 1.440.000,01 a 1.620.000,00	21, 17%	16,56%	4, 61%
De 1.620.000,01 a 1.800.000,00	21, 38%	16,73%	4, 65%
De 1.800.000,01 a 1.980.000,00	21, 86%	16,86%	5, 00%
De 1.980.000,01 a 2.160.000,00	21, 97%	16,97%	5, 00%
De 2.160.000,01 a 2.340.000,00	22, 06%	17,06%	5, 00%
De 2.340.000,01 a 2.520.000,00	22, 14%	17,14%	5, 00%
De 2.520.000,01 a 2.700.000,00	22, 21%	17,21%	5, 00%
De 2.700.000,01 a 2.880.000,00	22, 21%	17,21%	5, 00%
De 2.880.000,01 a 3.060.000,00	22, 32%	17,32%	5, 00%
De 3.060.000,01 a 3.240.000,00	22, 37%	17,37%	5, 00%
De 3.240.000,01 a 3.420.000,00	22, 41%	17,41%	5, 00%

De 3.420.000,01 a 3.600.000,00	22, 45%	17,45%	5, 00%
-----------------------------------	------------	--------	-----------

8. CONCLUSÃO

Em observância ao Imposto Sobre Serviço de qualquer natureza, sendo este de competência do Município, no que abrange a Sociedade de Advogados deve se analisar a alíquota incidente onde está localizada e observar, também, os ditames legais apresentados neste artigo. Todavia, a visão geral dos tributos envolvidos pelo Simples Nacional apresenta expressiva redução de carga tributária para as Sociedades com menor receita. Se compararmos as sociedades que são tributadas pelo regime de lucro presumido[7], teremos uma variação do percentual tributário entre 11,33% e 14,33% além do ISS.

No que tange os advogados autônomos, tributação de pessoa física, esta pode alcançar até 27,5% somente com o Imposto de Renda Retido na Fonte, soma-se a este percentual a alíquota do Imposto Sobre Serviço. Sendo assim, a Sociedade Unipessoal de Advocacia é o formato mais propício ao advogado autônomo que auferir rendimentos expressivos.

Desta feita, retornando ao cerne do assunto abordado, o Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza apesar de ter sua análise individualizada, devido à característica de tributo de competência do Município, o advogado autônomo, ou a Sociedade de Advogados deve analisar a questão tributária como um todo para uma melhor avaliação e determinação da forma de contribuição mais pertinente e mais expressiva quanto a redução da carga tributária.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12 ed. rev. atual. São Paulo. Ed. Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2016. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm>. Acessado em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acessado em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.247, de 12 de janeiro de 2016. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia. **Diário Oficial da União**, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13247.htm>. Acessado em 14 jun. 2017.

BRASIL. Decreto Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0406.htm>. Acessado em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011. Dispõe sobre o Simples Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 dez. 2011, seção, pág. 50. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=36833&visao=anotado>>. Acessado em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm>. Acessado em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acessado em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do. Divulgação em cumprimento a decisão da 5ª Vara Federal do Distrito Federal. Ministério da Fazenda, Brasília, 25 ago. 2016. Disponível em: <<https://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2016/abril/sociedades-unipessoais-de-advocacia-podem-optar-pelo-simples-nacional>>. Acessado em: 15 jun. 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18 ed. rev. atual. São Paulo, Ed. Saraiva, 2017.

JUNIOR, Paulo Roberto Hazan. **Planejamento Tributário: Lucro Real x Lucro Presumido**. Florianópolis, SC. Universidade Federal de Santa Catarina, 2014. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Contabeis295556.pdf>>. Acessado em: 15 jun. 2017.

JUSBASIL. **Jurisprudência. ISS e Sociedades de Advocacia**. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ISS.+SOCIED>>.

Acessado em: 15 jun. 2017.

POHLMANN, Marcelo Coletto, **Contabilidade Tributária**. Curitiba. IESDE Brasil S.A., 2010.

NOTAS:

[1] Tributo é toda e qualquer prestação pecuniária compulsória Art 3º. CTN.

[2] Amaro, Luciano p.30. (2006).

[3] Art. 88 da ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias).

[4] Art. 7º da Lei Complementar nº 116 de 31 de julho de 2003.

[5] Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

[6] Anexo VI da Lei Complementar nº 123, de dezembro de 2016.

[7] Lucro presumido: aplicação de percentual previsto em lei, 32% (trinta e dois por cento) sobre o valor da receita bruta auferida no caso das sociedades de advogados. Trimestralmente será apurado o lucro presumido, aplicando sobre o resultado 15% (quinze por cento), e incidindo adicional de 10% (dez por cento) sobre os valores que ultrapassem o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) do lucro apurado no período.

A REINCIDÊNCIA CRIMINAL EM DECORRÊNCIA DA PRECARIEDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

ANA CAROLINA OLIVEIRA CARVALHO:
Bacharelanda do curso de Direito pela
Faculdade Católica do Tocantins.

EVANDRO BORGES ARANTES(Orientador) [1]

RESUMO: Este estudo abordará a possibilidade da reincidência criminal ser uma consequência da precariedade do sistema carcerário brasileiro. O objetivo principal do referido estudo é fazer-se uma análise de como a crise existente no sistema prisional influencia os egressos prisionais a praticarem novos crimes, reincidindo criminalmente. Como forma de alcançar tal objetivo, foi utilizada a metodologia dialética, realizando-se um paralelo comparativo entre o estabelecido nas normas que compõe o ordenamento jurídico brasileiro e a realidade vivenciada nos presídios nacionais, ressaltando-se a influencia de tal situação na reincidência criminal. A técnica de pesquisa adotada é a pesquisa bibliográfica, fazendo uso de doutrinas, da legislação pátria, de reportagens e de pesquisas realizadas por encomenda dos órgãos públicos, de modo a revelar os principais pontos do tema. Por fim, deu-se início a análise do presente tema a partir da conceituação do instituto da reincidência e da apresentação das suas maiores causas.

PALAVRAS-CHAVE: Reincidência criminal; Reintegração Social; Políticas Públicas; Sistema Carcerário Brasileiro.

ABSTRACT: This study will address the possibility of criminal recurrence being a consequence of the precariousness of the Brazilian prison system. The main objective of the said study is to make an analysis of how the crisis in the prison system influences the prison graduates to practise new crimes, recovering criminally. As a way of achieving such an objective, the dialectic methodology was used, a parallel comparison between the established in the norms that comprises the Brazilian legal system and the reality experienced in national prisons, emphasizing the influence of such Situation in criminal recidivism. The research technique adopted is the bibliographical research, making use of doctrines, homeland, reporting and researches of public organs in order to reveal the main points of the theme.

Finally, the analysis of this theme was initiated from the conceptualization of the Institute of Recidivism and the presentation of its major causes.

KEYWORDS: Criminal recidivism; Social reintegration; Public policy; Brazilian prison system.

SUMÁRIO: Resumo. Abstract. Introdução; 1. A reincidência criminal; 2. A precariedade do sistema carcerário brasileiro; 3. A reincidência criminal como consequência da precariedade do sistema carcerário; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Em meio aos diversos problemas que o Brasil enfrenta atualmente, a crise do sistema carcerário é um dos mais graves e urgentes a serem solucionados. Trata-se de uma questão polêmica, tendo em vista que o tema divide a sociedade entre os céticos que não acreditam na possibilidade de o preso ser ressocializado e os que creem na recuperação do condenado por meio de políticas públicas dentro dos presídios e após o cumprimento da pena.

Acontece que por muito tempo esse assunto tem sido deixado de lado, o que apenas fez agravar a situação que antes era de alerta e agora é emergencial, em que centenas de pessoas em regime prisional vivem esquecidas pelo poder público em condições precárias, em sinal de total descaso governamental.

O Estado, que por muito tempo nem mesmo discutiu o tema, tem falhado em suas tentativas de sanar os problemas do sistema carcerário, fazendo com que a crise aumente e surjam novos problemas.

Esse cenário caótico provoca diversas outras dificuldades, como o aumento da violência, as rebeliões, a violação de direitos e a reincidência criminal, que é objeto de estudo do presente artigo.

A reincidência criminal, que se verifica quando a pessoa vem a ser condenada mais de uma vez, já foi objeto de pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça, o que mostra a preocupação com a sua incidência e uma tentativa de encontrar as suas causas para então chegar a sua solução.

Quando o egresso prisional reincide na prática de um novo crime fica demonstrado que o Estado foi ineficiente no seu papel ressocializador daquele ex-presidiário, o que faz refletir sobre a contribuição do sistema prisional nessa situação.

Enquanto se verifica estabelecimentos prisionais sem estrutura física adequada e suficiente para comportar os presos, resta claro que tal situação possui uma relação direta com o insucesso da ressocialização dos mesmos, provocando a reincidência.

O período de reclusão, ao oposto de tornar viável o regresso do preso ao convívio social, faz com que os reclusos vivenciem uma aculturação criminosa, em que o estado e a sociedade são seus inimigos, fazendo com que esses assimilem valores opostos ao bem da sociedade.

Na realidade, o sistema carcerário está longe de atingir o seu objetivo ressocializador, os estabelecimentos penais tornaram-se verdadeiras “escolas do crime”, contribuindo com o aumento delituoso. Os próprios servidores sobrecarregados por sua dura função, vez ou outra deixam-se levar pela influência negativa do ambiente prisional, tornando-se envolvidos na corrupção do sistema.

Fora da prisão os ex-detentos encontram outro obstáculo a ser superado: o preconceito da sociedade. O meio social atribui outra pena ao egresso fora do presídio, submete esse a uma vida sem oportunidade de acesso ao mercado de trabalho, sem a chance de poder se sustentar honestamente, numa condição de total rejeição social.

Em suma, o Estado possui o dever e obrigação do direito de punir, de modo que iniba o criminoso no cometimento de novos delitos. Tal punição deveria mostrar a sociedade a aplicação da justiça em resposta a infração

cometida e ao mesmo tempo buscaria reeducar o apenado para o seu retorno a liberdade, ensinando-lhe valores que o auxiliem a tornar-se útil ao seu sustento, a sua família e a coletividade. Todavia, o Estado não vem conseguindo cumprir com essa função.

Em vista disso, faz-se necessário fazer um estudo acerca dos números apresentados pelo sistema carcerário brasileiro e o que tais dados dizem sobre a crise prisional existente, bem como isso influencia na reincidência criminal, observando-se a legislação pátria que resguarda os direitos dos presos.

A reeducação da pessoa do preso não pode existir apenas na lei como um ideal inatingível, mas deve ser efetivada e é dever do Estado possibilitar essa realidade.

1. A REINCIDÊNCIA CRIMINAL

Derivada do termo em latim *recidere*, a reincidência, de modo geral, significa repetir o ato. No que diz respeito ao Direito Penal, a reincidência criminal é a posição do indivíduo que pratica um novo delito após já possuir uma condenação com sentença transitada em julgado por crime praticado anteriormente. A sua natureza jurídica reside em uma circunstância agravante genérica de ordem subjetiva ou pessoal. O célebre doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 776) traz em sua obra o conceito da reincidência:

É o cometimento de uma infração penal depois de o agente já ter sido condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior. Admite-se, ainda, porque previsto expressamente na Lei das Contravenções Penais, o cometimento de contravenção penal depois de o autor ter sido anteriormente condenado com trânsito em julgado por contravenção penal.

Pode haver divergências quanto a interpretação do que se entende por reincidência, fazendo-se uma diferenciação entre quatro espécies, podendo ser reincidência genérica, legal, penitenciária ou criminal. A modalidade genérica incide quando ocorre a prática de mais de um crime,

não dependendo de condenação, ou até mesmo de autuação; a forma de reincidência legal tem como requisito um período temporal, em que deve existir uma nova condenação por outro crime no prazo de cinco anos após o cumprimento da pena anterior; a reincidência penitenciária se verifica no instante em que um ex-presidiário volta ao sistema prisional após a imposição de uma pena ou devido uma medida de segurança; por fim, a reincidência criminal, ora em estudo, é observada quando o indivíduo possui mais de uma condenação, independente de quaisquer prazos fixados no ordenamento nacional.

De modo geral, referido instituto possui previsão legal no ordenamento jurídico pátrio no artigo 63 e 64, do Código Penal. Nos termos do artigo 63: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Também acontece a reincidência quando houver o trânsito em julgado de condenação por crime praticado anteriormente e incidir a superveniência de contravenção penal, conforme o estabelecido no artigo 7º, do Decreto-Lei nº 3.688/41, conhecido como Lei das Contravenções Penais. Contudo, o mesmo não se realiza caso a condenação anterior seja por contravenção, sendo considerado apenas um mau antecedente na dosimetria da pena.

De tal modo, para que se configure a reincidência é necessária a prática de um novo crime após o trânsito em julgado da sentença condenatória, isto é, que não caiba mais recursos, como na hipótese em que o agente inconformado com o não provimento da sua derradeira peça recursal pratica novo delito.

A lei penal faz ainda uma distinção entre duas formas de reincidência, sendo elas a reincidência genérica e a reincidência específica, verificando-se a primeira quando os crimes possuírem natureza diversa e a segunda quando possuírem a mesma natureza, não sendo considerada apenas a previsão no mesmo dispositivo legal, mas também a afinidade entre as infrações, tendo como exemplo os delitos que mesmo tipificados em artigos diferentes são constituídos pelos mesmos fatos ou motivos, possuindo características em comum. Em decorrência disso, nos casos em

que se observa a reincidência específica, os seus efeitos são mais severos, aplicando-se a sanção mais grave dentre as cominadas.

1.1. AS CAUSAS DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL

Atualmente é fato o alto índice de reincidência no Brasil, comprovado por meio de diversos estudos. Em 2015 foi publicado o relatório da pesquisa denominada Reincidência Criminal no Brasil, realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) por encomenda do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O resultado obtido revela que em cada quatro ex-presos um vem a ser condenado novamente dentro do prazo de 5 anos, atingindo um índice de 24,4%.

O perfil traçado dos reincidentes é que em sua maioria são homens jovens, com baixo nível de escolaridade e que possuem inclusive uma ocupação, reincidindo na maior parte das vezes em crimes contra o patrimônio, como roubo e furto e também em crimes relacionados a drogas, como porte e consumo.

A partir desses dados surge o questionamento acerca das motivações que levam a reincidência a alcançar índices tão elevados.

Ocorre que tais índices são uma consequência de uma série de fatores, que juntos estimulam o crescimento da reincidência. Desde a falha estatal em não agir de forma transformadora na vida do apenado durante a sua execução, até a ausência de oportunidades de trabalho ao término do cumprimento da pena.

A falta de acesso à educação e por consequência a ausência de formação profissional, colaboram para que essas pessoas não consigam emprego, e se sintam excluídos socialmente devido o grande preconceito enfrentado, criado pelo estigma de ser um ex-presidiário, existindo a presunção no seio coletivo de que trata-se de pessoa violenta e que não mereça confiança.

O vício em drogas também contribui fortemente para a prática de delitos, tendo em vista que o usuário que não recebe o tratamento

adequado procura por todos os meios que lhe são acessíveis, legais ou não, de satisfazer o seu desejo de uso de tais substâncias.

Ressalta-se ainda a própria experiência caótica vivida dentro dos presídios, que se torna uma verdadeira “escola do crime” para os reclusos, não atingido sucesso em sua função ressocializadora, sendo um fator influenciador para o regresso aos estabelecimentos prisionais.

A segregação social, as dificuldades no cumprimento da pena, a falta de oportunidades, o desemprego, o vício e o preconceito são causas que fazem com que o indivíduo pratique novas infrações e retorne para prisão.

2. A PRECARIIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Nos dias atuais, já não causa mais espanto relatos acerca de rebeliões, mortes e outros incidentes que ocorrem nos presídios nacionais. O ano de 2017 se iniciou com o massacre ocorrido no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus, que deixou um número de 56 mortos, segundo informações da Secretaria de Segurança Pública (SSP-AM), a razão apontada foi uma disputa por poder entre duas facções. Na mesma semana eclodiu outra rebelião também por conflito entre facções, dessa vez na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo (Pamc), na Zona Rural de Boa Vista, Roraima, em que pelo menos 33 presos foram mortos, conforme dados do Governo do Estado de Roraima. Ainda no início do ano, foram confirmadas 26 mortes pela Secretaria de Justiça e Cidadania, durante um motim ocorrido na Penitenciária Estadual de Alcaçuz, em Natal, Rio Grande do Norte, e o motivo apurado foi a rivalidade entre facções.

Tantas mortes são decorrência de uma crise existente no sistema carcerário do Brasil, que sofre atualmente com a falta de estrutura dos estabelecimentos prisionais, a superlotação prisional, a omissão estatal, dentre outras causas.

2.1. OS NÚMEROS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Uma das situações mais alarmantes, diz respeito ao número da população carcerária atual no Brasil, a quarta maior do mundo^[2] de acordo com dados divulgados pelo Ministério da Justiça em 2015, que segundo o relatório final denominado Choque de Justiça, divulgado em 2017 pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e organizado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, soma mais de 676 mil presidiários, sendo que dentre esses, cerca de 221 mil são apenas presos provisórios.

Acontece que o número de vagas existente nas penitenciárias é de aproximadamente 370 mil, alcançando um índice de 1,5 preso por vaga, ou seja, a população prisional supera e muito o número de vagas existentes, de modo que a superlotação prisional é um difícil desafio a ser enfrentado, estando em uma realidade bem distante do que estabelece o artigo 88, da Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal, as condições do ambiente prisional a qual o encarcerado possui direito, sendo uma cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, tendo como requisitos básicos a sua salubridade no que diz respeito a aeração, insolação e condicionamento térmico à existência humana e com área mínima de 6 m² (seis metros quadrados).

A realidade vivenciada vai totalmente em contramão do determinado na letra da lei, com penitenciárias sem estrutura física suficiente para atender a população prisional, observado principalmente a discrepância entre o número de detentos e o número de vagas disponíveis, podendo levar a conclusão que a superlotação dos presídios é a origem principal dos problemas do sistema carcerário.

Um dos fatores que impulsiona essa superlotação é a morosidade processual, tendo em conta que os 221 mil presos provisórios estão atualmente aguardando julgamento. Os dados coletados pela Justiça em Números do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), publicados em 2016, apontam que o tempo de duração de um processo criminal no Brasil apenas em sua fase de conhecimento é em média de 3 anos e 3 meses no juízo comum, e nos juizados especiais, que tem como um dos seus princípios basilares a celeridade processual, a duração média é de 2 anos

e 7 meses. No que concerne a duração das penas privativas de liberdade a média geral é de 2 anos e 4 meses.

A superlotação intensifica a precariedade carcerária, onde as celas estão superlotadas, com mínimas ou nenhuma condição sanitária, contribuindo com a incidência da violência e o surgimento de facções dentro dos presídios, com a agravante de não haver de fato a individualização das penas, convivendo presos de diferentes níveis de periculosidade.

A presente situação levou o Brasil inclusive a responder diante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, devido as precárias condições das cadeias nacionais e a omissão estatal nos casos de violação aos direitos fundamentais dos apenados.

2.2. A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESIDIÁRIOS

Os direitos fundamentais previstos na Carta Magna nacional são reservados a todas as pessoas indistintamente, inclusive aqueles que se encontram em regime prisional, cumprindo sua pena ou no aguardo do seu julgamento. Acontece que a presente situação dos presídios brasileiros, como já exposto anteriormente, vai totalmente contra o que é assegurado na Constituição Federal, que em seu texto assegura:

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:

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

XLVII - não haverá penas:

[...]

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Na esfera infraconstitucional, os detentos também possuem resguardo na Lei nº 7.210/84, a LEP, que em seu artigo 41 elenca diversos direitos básicos da pessoa do apenado como alimentação suficiente e vestuário; trabalho e sua remuneração; assistência material, à saúde, jurídica, educacional social e religiosa, dentre outros. A mesma lei, no artigo 1º, determina qual o objetivo da execução penal, qual seja “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Partindo da interpretação com base na vontade da norma, a Lei de Execução Penal, visa garantir aos reclusos o respeito a seus direitos básicos, assegurando o acesso à saúde, educação, trabalho e outras assistências. De modo que o presidiário regresse restaurado para a sociedade.

Observe-se que na legislação pátria existe a previsão das garantias básicas dos reclusos, no entanto, na prática o que se observa é um cenário totalmente oposto a isso. As rebeliões que tem sido vistas com frequência também são resultado de tais violações, uma vez que os apenados são seres humanos e como qualquer outro desejam ser tratados como tal, com o mínimo de reconhecimento, respeito e efetivação dos seus direitos.

O descumprimento das normas é um indicador da ineficácia do sistema carcerário no que tange a sua função ressocializadora, e de modo contrário a sua missão, impõe ao encarcerado uma pena ainda mais severa do que a imposta em decisão judicial.

Além da privação da sua liberdade, o preso também tem cerceado o seu direito à dignidade no instante em sua moral é atingida pelos abusos e omissão estatal devido a situação precária dos presídios, tornando inviável o sucesso do seu retorno ao meio social. É dever do Estado, conforme o artigo 10, da LEP, prestar assistência ao preso e ao egresso,

com o intuito de prevenir a prática de crimes e conduzir o seu retorno à convivência social.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é balizador de todos os demais direitos inerentes à pessoa, é um direito básico e fundamental de que todo e qualquer sujeito integrante de um Estado Democrático de Direito possui de ser respeitado, na sua integralidade da sua vida, física e moralmente.

Os estabelecimentos prisionais brasileiros podem vir ainda a causar desequilíbrio emocional ao detento, dado as condições desumanas que lhes são impostas. Efeito esse apontado inclusive por juristas de renome em âmbito nacional, como Cezar Roberto Bitencourt:

Outros dos efeitos negativos da prisão sob o ponto de vista psicológico é que os reclusos tendem com muita facilidade adotar uma atitude infantil e regressiva. Essa atitude é o resultado da monotonia e minuciosa regulamentação a que está submetida a vida carcerária. (BITENCOURT, 2001, p. 198).

Essa é mais uma das marcas deixada na pessoa do presidiário após sua passagem pelo sistema carcerário, o que traz enormes chances de refletir na sua vida pós-prisão, onde deve buscar meios de se reinserir na sociedade e não regressar ao regime prisional, o que, como aponta os dados do próprio judiciário, não tem acontecido com êxito.

3. A REINCIDÊNCIA CRIMINAL COMO CONSEQUÊNCIA DA PRECARIEDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Os altos índices de reincidência no Brasil revelam a ineficácia do sistema carcerário brasileiro, que falha na sua função ressocializadora, devido as condições que os presidiários são submetidos durante o seu período prisional. Os estabelecimentos penais tornam-se um lugar de aprendizado para mais crimes, fora da prisão surge o desprezo e a indiferença por parte da sociedade e até mesmo do Estado, e a ausência de políticas públicas que estimulam a reinserção dos ex-presos ao mercado de trabalho provocam a sua automática marginalização no seio coletivo.

Os dados colhidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública junto com o Ipea, apontam que a população carcerária no Brasil cresceu 83 vezes em setenta anos e, apesar de possuir números prisionais tão

elevados, o país ainda dispõe de um alto índice de criminalidade nas ruas. Tais dados despertam a atenção para o papel ressocializador das penitenciárias e como isso vem influenciando na reincidência criminal.

3.1. A DIFICULDADE DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL

A Lei de Execução Penal, em seus artigos 25, 26 e 27 estabelece uma assistência legal que deve ser prestada ao egresso para a sua reintegração à sociedade. Tais dispositivos fixam que referida assistência consista “na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade; na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses”, prazo esse que ainda pode ser prorrogado uma vez caso seja comprovado seu empenho na obtenção de emprego. Na sua busca para se inserir no mercado de trabalho, o egresso deve receber o auxílio do serviço de assistência social.

Ocorre que tal assistência ao egresso não é de fato efetivada e em decorrência disso o objetivo de reinserir o ex-detento na sociedade não é atingido. Todavia, a falha assistencial do poder público não é o único obstáculo a ser enfrentado. Um grande ponto negativo a ser combatido e que provoca a reincidência criminal é o aprendizado delituoso que é obtido pelos presos durante a sua reclusão penal.

Outro aspecto que dificulta o sucesso do processo de ressocialização no sistema carcerário diz respeito a insuficiência de servidores com a capacitação necessária para lidar com a situação prisional, conforme dados divulgados pela Coordenação de Acompanhamento do Sistema Carcerário da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em que há situações que 23 agente penitenciários cuidam de 3 mil presidiários. É preciso que haja uma equipe preparada para desenvolver trabalhos que façam diferença na formação pessoal do presidiário, sendo importante o papel de atuação desde de a pessoa do diretor do estabelecimento prisional, até os carcereiros, vigias, professores e qualquer outro funcionário que se relacione com o detento.

A partir desse panorama questiona-se o porquê do insucesso da implementação desses trabalhos transformadores nos presídios, já que eles são a principal forma de se alcançar a ressocialização do presidiário no seu retorno a convivência social. Acontece que se os estabelecimentos nacionais direcionados ao cumprimento de pena atualmente não possuem estrutura suficiente para comportar o número de reclusos presentes, como

então se implantar um programa educacional ou de trabalho nos presídios se ao menos existe um local digno para os detentos realizarem suas ações básicas de higiene, alimentação e descanso?

Um problema está interligado a outro e o que se percebe é que a morosidade em estabelecer uma resolução definitiva e eficaz acaba por agravar a situação do sistema carcerário, prejudicando não só os presidiários que fazem uso direto do serviço, mas toda a sociedade que sofre com a reincidência delitiva devido ao fracasso da reeducação do detento.

Diante dessa crise carcerária a própria sociedade não acredita no êxito da transformação social do ex-presos e isso gera a problemática da estigmatização do egresso, com o preconceito e a dificuldade na busca de emprego como consequência.

3.2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL

O cumprimento da pena possui funções além daquela de apenas punir o condenado por eventual delito praticado. O ordenamento jurídico brasileiro adota a “Teoria mista da função da pena”, em que a pena possui funções de caráter retributivo e preventivo, ou seja, além de punir também possui a função de reeducar o presidiário. Tal teoria está consolidada no artigo 59, caput, do Código Penal, em sua última parte, quando estabelece que o magistrado deve proferir sua decisão atentando-se as circunstâncias do caso concreto, tendo por base os objetivos de reprovação e prevenção do crime. Em consonância com tal dispositivo normativo está a Lei de Execução Penal, que já inicia o seu texto legal estabelecendo que a execução penal tem o objetivo de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Nesse contexto surgem as políticas públicas, sendo atividades que visam propiciar a reabilitação do apenado com base nas assistências que lhes são prestadas. Tais iniciativas estatais objetivam aproximar e adequar a ressocialização a realidade, tendo em vista a obrigação governamental de reeducação do apenado.

Mencionadas políticas públicas buscam (ou ao menos devem buscar) rever a melhor forma de se punir e como aliá-la a recuperação do condenado, como auxiliar na sua reintegração ao meio social por meio de programas que influenciem no futuro fora da prisão.

A situação crítica vivenciada pelo sistema carcerário brasileiro contemporaneamente faz com que o estado e toda a sociedade repense sobre a eficácia da política de execução penal adotada no Brasil. Na prática o que se vê é o encarceramento em abundância, a superlotação que gera a construção de novos estabelecimentos prisionais para suprir a constante ausência de vagas nas penitenciárias. Enquanto isso, como forma de resolver por hora os problemas emergenciais, as políticas reeducativas e restaurativas vão sendo deixadas de lado e sendo esquecidas.

Uma grande barreira a ser enfrentada na implantação de políticas públicas está no posicionamento crítico vindo da maior parte da sociedade, que não acredita na recuperação dos presidiários e julgam ser um “desperdício” e mau uso do dinheiro público a destinação de verbas para tais programas. Influenciados e com receio de contrariar a opinião pública, os políticos não debatem o tema e nem buscam novas alternativas para solucioná-lo e assim o problema apenas aumenta, se prolonga e se arrasta ao longo do tempo.

Deve ser feito um trabalho de conscientização com a sociedade, pois a principal resposta para o problema da crise no sistema carcerário está na adesão de uma política que preste apoio aos egressos prisionais, realizando não só o estabelecido na Lei de Execução Penal, mas também outras ações que contribuam para a ressocialização, pois o preso que não recebe assistência hoje pode vir a ser o reincidente no futuro, e a sociedade novamente uma vítima.

O Ministério da Justiça por meio do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, responsável pela gestão penitenciária, promove políticas públicas em diversas áreas, como saúde, educação e profissionalização, com o intuito de reduzir a criminalidade.

No campo da educação são ações que merecem destaque: ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio), ENCCEJA (Exame Nacional de Certificação de Competências de Jovens e Adultos), Projovem Urbano Prisional, PBA (Programa Brasil Alfabetizado), EJA (Educação de Jovens e Adultos), Programa Brasil Profissionalizado e PRONATEC (Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego).

Todos esses programas visam elevar o nível educacional dos apenados e cumprir o estabelecido ao artigo 17, da Lei de Execução

Penal, dando a oportunidade de concluir a escola ou obter uma formação técnica, com uma certificação ao final. Esse trabalho deve ser realizado em parceria do Ministério da Justiça, do Ministério da Educação (MEC), das Secretarias Estaduais de Educação e das Administrações Municipais.

O CNJ (Conselho Nacional de Justiça) autorizou por meio da Recomendação nº 44/2013, a possibilidade da remição pela leitura, principalmente nos casos em que os presidiários não tiverem acesso a nenhuma forma de trabalho, educação ou qualificação profissional. O encarcerado possui o prazo de 21 a 30 dias para leitura da obra, e no final deve apresentar uma resenha acerca do tema lido que será avaliada, possibilitando a remição de quatro dias de pena por obra lida, com o limite de doze obras por ano, ou seja, pode ter sua pena reduzida em 48 dias a cada doze meses.

Na área de trabalho e renda, o Departamento Penitenciário Nacional possui um programa denominado PROCAP (Programa de Capacitação Profissional e Implantação de Oficinas Permanentes), que teve início em 2012 com a finalidade de possibilitar o acesso dos detentos à capacitação profissional e a inserção em uma linha de produção dentro do presídio, que também traz o benefício da remição por trabalho e por estudo.

O ilustre doutrinador da matéria penal, Guilherme de Souza Nucci trata sobre o tema do direito ao trabalho em sua obra:

O trabalho remunerado é um dos principais direitos do preso. Não somente porque a própria Lei prevê exercício de atividades laborativas como dever do condenado, mas também por ser oportunidade de obtenção de redução de pena, por meio da remissão (artigo 126 a 130 LEP). Além do mais constitui a mais importante forma de reeducação e ressocialização, buscando-se incentivar o trabalho honesto e, se possível, proporcionar ao recluso ou detento a formação profissional que não possua, porém deseje. (Nucci, 2010, p. 480)

Entretanto, na prática o que se vê é a carência de trabalho nas penitenciárias brasileiras, se justificando pela insuficiência de espaço físico acompanhado da falta de investimento estatal, situação que mostra uma

omissão no que diz respeito a ressocialização do apenado por parte das autoridades.

Desse modo, a falta da oportunidade de trabalhar vai contra uma das funções da pena, que é de reeducar e ressocializar o condenado. Ao contrário de receber o incentivo de se reinserir na sociedade produtivamente, recebe a influência de se aperfeiçoar no mundo do crime.

Na seara da saúde, as diretrizes das políticas públicas devem assegurar uma assistência de qualidade e contínua que atenda as necessidades da população carcerária, de modo que as enfermidades mais frequentes entre os reclusos seja reduzida. A assistência médica possui previsão no artigo 14, da Lei de Execução Penal, resguardando também o tratamento farmacêutico e odontológico e assegurando “acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”.

Outro aspecto que pode vir a influenciar na ressocialização consiste no acesso à assistência religiosa, que está garantida inclusive constitucionalmente, no artigo 5º inciso VII, quando este estabelece que “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”. Assim sendo, oferecer essa opção de serviço é um dever do Estado e fazer uso do mesmo é uma opção do preso.

As formas de assistência destinadas a reeducação do presidiário e futuro egresso prisional são diversas e caso fossem de fato efetivas realmente poderiam provocar uma mudança em sua vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, é notória a grande importância que o período de reclusão possui na vida do apenado e futuro egresso prisional. Se o Estado falha em outras áreas que coibam a incidência da criminalidade, como educação e assistência social, ele falha novamente na sua função ressocializadora da pessoa do preso, não dando o suporte necessário para que esse indivíduo ao retornar ao convívio social ingresse no mercado de trabalho e não incida mais uma vez em práticas criminosas.

O ordenamento jurídico pátrio prevê diversas formas de proteção e auxílio ao detento, assegurando os seus direitos fundamentais, como o

respeito à dignidade da pessoa humana, e também estabelece formas de incentivo a sua reintegração a sociedade após o cumprimento da sua pena, com políticas educacionais e de trabalho.

No entanto, Estado ainda não conseguiu atingir com êxito o previsto em lei, não fornecendo as condições necessárias para a realização de programas de reeducação do preso, para que seja possível mostrar a eles uma outra realidade diferente daquela da criminalidade.

Na verdade, o que pode se ver nos estabelecimentos prisionais por todo o Brasil é uma realidade bem distante do estabelecido em lei. Os apenados vivem em um regime prisional sub-humano, com celas superlotadas, sem condições básicas de higiene e descanso, sem alimentação adequada, sem assistência médica, sem uma equipe de servidores preparados e em número suficiente, e sem qualquer acesso a possibilidade de trabalhar ou receber alguma instrução educacional.

Um grande mito existente no meio coletivo é de que o preso não possui nenhuma ocupação profissional antes do seu aprisionamento, estigmatizando estes como indivíduos que “vivem do crime”. Ocorre que, conforme exposto anteriormente, o perfil traçado por meio de pesquisa do Ipea entre os presos e divulgado pelo CNJ, a maior parte dos detentos trabalhavam antes de serem presos. Nesse ponto reside um dos grandes problemas que agravam os índices de reincidência criminal.

O preso entra no sistema carcerário por conta da prática de crimes considerados “leves” e devido a experiência vivenciada durante sua reclusão, sai influenciado a praticar delitos muito mais graves. Isso porque o ambiente ao qual o presidiário é submetido gera o sentimento de revolta por estar em uma situação de descaso por parte do poder público e exclusão social, convivendo presos de diferentes níveis de periculosidade, inexistindo a individualização da pena. Aquele preso por um pequeno furto sem outros antecedentes convive diariamente por longos períodos com um criminoso de extensa ficha criminal.

Os números do sistema carcerário apontam para uma crise que a tempos o sistema enfrenta e apenas se estende e aumenta com o passar

dos anos. Em meio a tantos problemas a serem solucionados, a função reeducadora dos presídios vai sendo esquecida. Novos presídios não resolvem e nem mesmo acabam com os problemas do sistema prisional.

A sociedade vê com maus olhos as políticas públicas destinadas a recuperação dos presos e ignora completamente a gravidade da situação que os mesmos se encontram, chegando até a considerar justa as privações e violações que esses sofrem.

Acontece que o que a sociedade e o poder público ainda não se conscientizaram é que a própria sociedade se torna uma vítima de tal crise no momento em que um egresso não reeducado e ressocializado volta a praticar um crime porque não lhe foi dada outra opção, haja vista que o próprio Estado não lhe ofereceu condições para retornar ao meio social, deixando-o com o estigma da marginalização.

A reincidência é um retrato da experiência negativa adquirida nos presídios, é uma consequência da ineficácia do Estado em ressocializar os presidiários.

REFERÊNCIAS

ALESSI, G.; ALMEIDA, D.; GALÁN, J. **A bomba-relógio da população carcerária no Brasil.** Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/06/23/priso-es-aumentam-e-brasil-tem-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.htm>>. Acesso em 19 de out de 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.**

2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Código Penal**, Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Senado, 1941.

_____. **Constituição (1988)**: Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei das Contravenções Penais**, Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF: Senado, 1941.

_____. **Lei de Execução Penal**, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF: Senado, 1984.

_____. **Recomendação Nº 44**, de 26/11/2013, CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1235>>. Acesso em 19 de out de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, v. 1 – Parte geral (arts. 1º a 120)**, 21ª edição., 21st edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca].

CIEGLINSKI, Thaís. **Fase de execução é a que mais aumenta tempo de tramitação de processos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83679-fase-de-execucao-e-a-que-mais-aumenta-tempo-de-tramitacao-de-processos>>. Acesso em 20 de out de 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1 : parte geral**, 35ª edição.. Saraiva, 12/2013. [Minha Biblioteca].

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016**. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf>. Acesso em 15 de out de 2017.

LUCAS, Natália. **Guerra entre facções deixa 56 mortos em presídio de Manaus**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/guerra-entre-faccoes-deixa-56-mortos-em-presidio-de-manaus-20719812>>. Acesso em 15 de out de 2017.

NUCCI, Guilherme Souza. **Curso de Direito Penal - Vol. 1 - Parte Geral**. Forense, 11/2016. [Minha Biblioteca].

_____. **Direito Penal Geral - Esquemas & Sistemas - Vol. 1**, 4ª edição. Forense, 03/2015. [Minha Biblioteca].

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo, 2010.

SANTOS, Luan. **Número de mortos em massacre de Boa Vista sobe para 33; diretor relata crueldade de presos**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/08/numero-de-mortos-em-massacre-de-boa-vista-sobe-para-33-diretor-relata-crueldade-de-presos.htm>>. Acesso em 15 de out de 2017.

SÉRIE FACTO - LEGISLAÇÕES E NORMAS. **Normas para apresentação de**

Publicações institucionais da Católica do Tocantins / coordenação Maria Paixão Ferreira Souza, Católica do Tocantins, Biblioteca_Palmas, TO [sn], 2015.

SILVA, Dra. Maria de Fátima Alves da Silva. **Choque de Justiça – Reunião Especial de Jurisdição – Relatório Final - 2017**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/2aca186d253909cc2f8e9b12f7748d53.pdf>>. Acesso em 15 de out de 2017.

TAVARES, Andrea et al. **Um mês do massacre em Alcaçuz**. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/2017/1-mes-do-massacre-em-alcacuz/>>. Acesso em 15 de out de 2017.

Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília : Rio de Janeiro : Ipea , 1990.

VITAL, Antonio. **Especialistas apontam problemas do sistema prisional brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/497683-ESPECIALISTAS-APONTAM-PROBLEMAS-DO-SISTEMA-PRISIONAL-BRASILEIRO.html>>. Acesso em 22 de out de 2017.

ZAMPIER, Débora. **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 23 de out de 2017.

NOTAS:

[1] Professor Orientador, Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela Universidade Federal de Tocantins. E-mail: evandro@catolica-to.edu.br.

[2] 1º lugar: Estados Unidos; 2º lugar: China; 3º lugar: Rússia.

PODERES, DEVERES E RESPONSABILIDADES DO JUIZ A LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

MARISA APARECIDA ROCHA ONUMA:
Graduanda em Direito pela Universidade Brasil e estagiária na Advocacia Urdiales.

RESUMO: A forma como foram assegurados os princípios no novo código de processo civil apesar de não constituir novidade na área jurídica, o estudo da cooperação jurídica internacional adquire particular relevo na atualidade, diante da conjuntura internacional de um mundo globalizado, por possibilitar dinamismo e a eficácia da prestação da tutela jurisdicional. Isso se deve ao fato de que as transformações ocorridas nas sociedades se refletem nos ordenamentos jurídicos, forçando-os a se amoldarem às novas realidades

Palavras chave: Responsabilidade do Juiz. Celeridade Processual. Prestação Jurisdicional.

ABSTRACT: The way in which the principles were ensured in the new civil procedure code, although it is not new in the legal area, the study of international legal cooperation acquires particular relevance nowadays, given the international situation of a globalized world, to enable dynamism and the effectiveness of the provision of guardianship Jurisdiction. This is due to the fact that the transformations occurring in societies are reflected in legal systems, forcing them to conform to the new realities.

Key words: Liability of the Judge, Procedural Speed, Jurisdictional Provision.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO OFÍCIO DE JUIZ. 2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 3 ASPECTOS RELEVANTES A NECESSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 3. 1 COMPARAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DO CPC/1973 COM O CPC/2015 ATINENTE AOS PODERES, DEVERES E RESPONSABILIDADE DO JUÍZ. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade abordar questões do Novo CPC/2015 e, ao analisa-lo, pretendemos discorrer sobre os poderes e limites da atividade do Juiz no processo, bem como os princípios que estão envoltos a sua atividade jurisdicional. É importante frisar que com o advento do Novo CPC, o legislador trouxe para atividade do magistrado uma atuação colaborativa no processo com o fim de diminuir os conflitos sociais e instaurar a paz tão almejada. Essa Temática é uma premissa fundamental para a mudança que se espera, pois, o magistrado é o gestor do processo, mas deve ser visto muito mais como um agente colaborador para efetiva prestação jurisdicional.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO OFÍCIO DE JUIZ

Por tratar-se de assunto com íntima relação com o tema aqui analisado, faz-se necessário realizar uma breve explanação sobre o cenário histórico bem como as peculiaridades do surgimento da figura do Juiz. A figura institucionalizada do magistrado tem forte relação com o surgimento das civilizações: Uma vez que litígios surgem naturalmente, vislumbrando esse aspecto, a ideia de um terceiro, tido como neutro, é essencial para construir uma visão livre de parcialidade. Nesse passo, os senadores em Roma, exerciam exclusivamente a função de julgar certas questões, exercendo a função de magistrado na Grécia e Roma antiga.

A imagem do magistrado foi sendo construída aos poucos, e inicialmente, o juiz era percebido como um representante do divino. Assim, sua decisão simbolizava a postura de um ser superior que via os casos de maneira neutra. Entretanto, esse conceito evoluiu concomitantemente com a sociedade, de modo que o pensamento iluminista e o legado da Revolução Francesa contribuíram para uma mudança de paradigma: pois ao colocar o cidadão no centro, o juiz, que era parte da classe privilegiada (o Segundo Estado na Revolução Francesa), passa a ser um cidadão eleito por sua capacidade e aptidão para julgar casos imparcialmente.

Desse modo, a propagação do conceito com o passar dos anos, mostra um ponto inicial de necessidade de um terceiro neutro, para enfim,

representar o cidadão e os seus direitos tutelados. Esse processo foi fundamental para entendermos o juiz atualmente, como um cidadão dotado de habilidades selecionadas por meio de requisitos e critérios e não mais um ser místico ou privilegiado.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de processo civil está em estrita consonância com a Constituição Federal, pois a sua nuance é objetivar de forma tempestiva e célere a garantia dos direitos fundamentais, privilegiando o direito material em detrimento de sua forma, todavia, assegura a aplicação dos princípios constitucionais de maneira justa.

Do texto da lei, verificamos que o legislador teve uma certa preocupação em dar novos rumos ao NCPC, pois foi de forma direta e positiva à carta magna, garantindo as partes no processo uma amplitude maior dos direitos e garantias fundamentais.

No que se refere a constitucionalização o NCPC traz expressamente em seu artigo primeiro, a seguinte afirmação, *in verbis*:

Artigo 1 - O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Ainda sobre o dispositivo 1º do NCPC, está notório que houve uma preocupação do legislador, em trazer a luz a síntese de que o processo civil, além de ser um meio de concretização de direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, podemos afirmar que o mesmo deverá ser interpretado em consonância com os moldes previsto na Constituição, prevalecendo o totalitarismo constitucional que rege o processo.

Nesse passo, o totalitarismo constitucional não deve ser interpretado de maneira negativa, visto que a constituição é precipuamente a lei maior e todo o ordenamento jurídico gira em torno da constituição.

Contudo, podemos afirmar que o novo CPC, não aponta mais para um isolamento, um protagonismo processual, mas sim para uma cooperação que tem por primazia a boa-fé, fazendo com que não sejam violados os princípios da demanda e imparcialidade do Juiz.

3 ASPECTOS RELEVANTES A NECESSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O magistrado não pode se eximir em sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. Ao julgar a lide, o mesmo tem que aplicar as normas legais. Assim, existindo ausência de lei ou de regra preestabelecida, o magistrado irá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Essa temática é permissiva para o tema em comento, o juiz é inerte, todavia, uma vez a jurisdição sendo provocada, a atuação jurisdicional é inexorável. Assim, é dever do Estado dar seguimento a função de compor o litígio, aplicando o direito ao caso concreto.

Desde que o Estado assumiu para si, em caráter de exclusividade, o poder-dever de solucionar os conflitos de interesse, o juiz foi investido do poder de julgar. É sua obrigação conduzir o processo, proferindo os despachos e decisões necessárias para o seu bom andamento, e, ao final, sentenciar. Não lhe é dado proferir o *non liquet*, isto é, deixar de julgar o processo, alegando que a lei é omissa, ou que os fatos não foram apurados adequadamente (GONÇALVES, 2012, p. 219).

O art. 140, do CPC estabelece um preceito a ser seguido pelo magistrado, ao proferir o julgamento. *In verbis*.

Art. 140°. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

No mesmo seguimento do artigo 140, do CPC, em caso de omissão legislativa, o artigo 4º da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro assim preceitua, *in verbis*:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito

3.1 COMPARAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DO CPC/1973 COM O CPC/2015 ATINENTE AOS PODERES, DEVERES E RESPONSABILIDADE DO JUÍZ

Com o advento do Novo CPC houve alguns incrementos na atuação do ofício de Juiz. Para isso, exemplificaremos um quadro comparativo para discorrermos acerca dessas mudanças, não somente pelo aumento do número de incisos que compõe o assunto, mas pelas mudanças substanciais elencadas de forma sistemática no novo código.

O CPC de 1973 abordava questões atinentes a atuação do juiz no processo, bem como sua participação como gestor velando pelas garantias constitucionais.

CPC DE 1973

Seção I Dos Poderes, dos Deveres e da responsabilidade do Juiz

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

- I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
 - II - velar pela rápida solução do litígio;
 - III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
 - IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.
- (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Com o advento do novo CPC 2015, o legislador aumentou sobremaneira os poderes do juiz, doravante as modificações são muito mais textuais do que normativas. Vale salientar que o Artigo 125 da lei revogada continha uma quantidade pequena de incisos, apenas quatro, ademais, o que menciona o inciso VIII do Artigo. 139 estava,

anteriormente, no Artigo 342 do CPC/1973. Já o que está no inciso X já constava do artigo 7º da Lei de Ação Civil Pública. Dessa forma, os outros incisos do artigo 139, (IV, VI, VII e IX), são novidades trazidas pelo legislador que merecem ser apreciadas.

CPC 2015

CAPÍTULO I

Dos Poderes, dos Deveres e da responsabilidade do Juiz

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

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;

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Contudo, muito mais do que novas regras e princípios trazidos nesse novo CPC, esperamos a mudança cultural e os novos incisos precisam sair do papel, como enunciamos sua importância nos primeiros comentários no programa abaixo e na qual ainda retornaremos a matéria.

CONCLUSÃO

O que se tem com o novo Código é uma legislação equilibrada, que não dá primazia nem aos juízes nem aos advogados ou a qualquer outro participante do processo. [5] Na verdade, o novo CPC é o “código do jurisdicionado”. E não poderia mesmo ser de outro modo. Afinal, um sistema processual não pode ser construído nem para juízes nem para advogados (ou promotores, ou serventuários, ou quaisquer outros profissionais que atuam no processo). No Estado Democrático de Direito, um sistema processual não pode senão ser pensado em favor dos jurisdicionados. O Estado Democrático brasileiro exige um processo civil democrático. Um processo civil que seja construído para os jurisdicionados, que somos todos nós. Através de um processo cooperativo (artigo 6º), que se desenvolve com observância de um contraditório prévio (artigo 9º) e efetivo (artigo 10), com todos os sujeitos nele atuando de boa-fé (artigo 5º), sendo tratados de forma isonômica (artigo 7º), no qual se observe a primazia do mérito (artigo 4º) e se produzam decisões verdadeiramente fundamentadas (artigo 11), ter-se-á respeitado o que

consta do artigo 1º do novo CPC, e que nada mais é do que a reafirmação do que está à base do modelo constitucional de processo civil brasileiro: o devido processo constitucional.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA

Cassio Scarpinella Bueno Novo Código de Processo Civil Anotado 3ª Ed. 2017

Poderes e atribuições do juiz, Eduardo Chemale Selistre Peña. São Paulo: Saraiva, 2014.

(MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. Ed. São Paulo: RT, 2011. P. 396).

<https://joseherval.jusbrasil.com.br/artigos/305170271/os-poderes-e-deveres-do-juiz-no-novo-cpc>

<https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/358236412/poderes-deveres-e-responsabilidades-do-juiz>

A PRÁTICA CULTURAL DA VAQUEJADA: UM AFRONTE A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE SUBMISSÃO DOS ANIMAIS À ATOS DE CRUELDADE

MILIANA FIALHO DE MELO: Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

ANTÔNIO CESAR MELLO(Orientador)[\[1\]](#)

RESUMO: O presente artigo discorre sobre a origem da vaquejada e sua realização na atualidade, adentrando no conflito que há entre duas espécies do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto na Constituição Federal, quais sejam: meio ambiente cultural e meio ambiente natural. O primeiro é tutelado pelo art. 215 da Constituição Federal que garante a livre manifestação cultural e acesso às fontes da cultura nacional, ao passo que o segundo encontra amparo no art. 225, VII, que protege a fauna, vedando qualquer ato que submeta animais à crueldade. Por fim, o artigo analisa a prática da vaquejada, demonstrando que o direito fundamental ao meio ambiente natural, livre de crueldade contra animais deve prevalecer em relação ao direito á livre manifestação cultural.

Palavras-chave: Vaquejada; Crueldade contra os animais; Cultura; Direitos Ambientais.

ABSTRACT: This article discusses the origin of the vaquejada and its realization today, entering into the conflict existent between two species of the ecologically balanced environment established in the Federal Constitution, wich are: cultural environment and natural environment. The first is protected by art. 215 of the Federal Constitution that guarantees the free cultural manifestation and access to the sources of the national culture, while the second finds support in art. 225, VII, which protects the fauna, prohibiting any act that subjects animals to cruelty. Finally, the article analyzes the practice of the vaquejada, demonstrating that the fundamental right to the natural environment, free of cruelty against animals, must prevail in relation to the right to free cultural expression.

Keywords: Vaquejada; Cruelty to animals; Culture; Environmental Rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. Origem da Vaquejada. 3. A Vaquejada na Atualidade. 4. A Vaquejada como Prática Desportiva/Cultural e a Proteção da Fauna na Legislação Brasileira. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

INTRODUÇÃO

A vaquejada é uma prática derivada do fenômeno da apartação, esta era realizada antigamente para separar o gado de um determinado proprietário, selecionar os animais que seriam comercializados e aqueles a serem castrados ou ferrados. No decorrer dos anos essa atividade foi transformada em uma festa popular que arrecada milhões, sendo de interesse de grandes empresários (MENEZES, 2006). Resta questionar se tal prática está em consonância com a Constituição Federal, pois mesmo encontrando-se com o escopo de atividade cultural e desportiva, submete os animais utilizados a maus-tratos.

A Constituição em seu art. 215, § 1º, garante a livre manifestação cultural, em contrapeso seu art. 225, § 1º, VII traz a vedação a atos que submetam os animais a maus-tratos. Esse aparente conflito foi dirimido pela Suprema Corte, que decidiu pela inconstitucionalidade da prática da vaquejada, decisão essa que foi posteriormente contrariada pelo Poder Legislativo, que poucos meses após a decisão editou a lei 13.364/16 que trouxe a vaquejada como prática desportiva e de patrimônio cultural imaterial.

No decorrer desta pesquisa foi utilizado o método dedutivo, sendo realizada inicialmente uma exposição acerca da origem da vaquejada para posteriormente adentrar no cerne da questão, qual seja, qual direito deve preponderar: o direito à livre manifestação cultural ou o direito ao meio ambiente natural, livre de crueldade contra os animais.

ORIGEM DA VAQUEJADA

A vaquejada é uma prática que teve início no Nordeste brasileiro, antigamente os bois eram marcados e soltos na mata, para recuperá-los

meses depois os coronéis contratavam os vaqueiros, que adentravam na caatinga sobre seus cavalos em busca dos animais, fazendo malabarismos para se esquivarem dos obstáculos que existiam na mata, como espinhos e pontas de galhos secos. Alguns animais nasciam no mato, eram selvagens por nunca terem mantido contato com seres humanos, sendo eles os mais difíceis de serem capturados (OLIVEIRA, 2016).

Sobre a criação de gado no sertão e a apartação, preceitua o geógrafo Manuel Correia de Andrade (ANDRADE, 1986, p. 122 *apud* MENEZES, 2006, online):

O animal bravo selvagem, o “barbatão” que logo ganhava fama, atraindo os vaqueiros mais em sua perseguição. Para a sua captura convocavam-se vaqueiros das várias ribeiras que em verdadeira festa iam perseguir o animal bravo. O que o derrubava, além de grande fama recebia como prêmio, ou o animal vencido, ou uma importância em dinheiro.

Essas investidas, tempos depois, se transformaram em rituais festivos e atraíam as comunidades existentes no sertão. Da apartação do gado nasceu uma festa que perdura até os dias atuais.

Em relação aos registros dessa festa, pesquisadores descobriram pela tradição falada que antes de 1870 já se praticava vaquejada em Seridó Potiguar, um dos indícios era a existência de currais de apartação de bois, que deu origem ao nome da cidade de Currais Novos – RN. Tais currais foram feitos em 1760, e durante 30 anos foi realizado em Currais Novos a apartação e feira do gado (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA, 2017).

José de Alencar em 1874 escreveu sobre a “puxada de rabo de boi” no Ceará, deixando claro que a prática já ocorria anteriormente. Com a existência dessa atividade no Ceará, tem-se presumido que existia também nos estados vizinhos, como Piauí, Paraíba e Rio Grande do Norte, pois eram cidades muito semelhantes em relação ao ambiente físico,

hábitos e atividade econômica (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA, 2017).

Em meados de 1940 os vaqueiros de várias partes do Nordeste começaram a mostrar suas habilidades nas corridas de mourão, demonstrando nas provas seus níveis de coragem e bravura. Nessa época, os principais incentivadores foram os coronéis e os senhores de engenho, pois estes organizavam as vaquejadas e realizavam suas apostas. O vaqueiro recebia apenas um agrado pelo seu êxito na competição (TAVARES, 2011).

Nos anos 50 os torneios começaram a migrar das fazendas para os centros urbanos do nordeste, deixando de ser entretenimento apenas dos coronéis e seus familiares. Nessa época a estrutura do evento era improvisada, os acidentes com vaqueiros e animais eram frequentes, não existia demarcação para a derrubada do gado, sendo assim, ganhava quem derrubava o boi em menos tempo. Para participar da disputa o vaqueiro tinha que pagar uma taxa, o montante era revertido para a organização do evento e premiação dos vencedores (TAVARES, 2011).

Entre os anos 1960 e 1970 começaram as disputadas das primeiras vaquejadas na faixa dos seis metros, contudo era permitido derrubar o boi fora das faixas e arrastá-lo para dentro delas, nesse tempo a força prevalecia a técnica. Na década de 80 a faixa passa a ser de 10 metros, trazendo a técnica como fator mais importante que a força, a partir daí começam a ser distribuídos prêmios para os competidores (TAVARES, 2011).

A VAQUEJADA NA ATUALIDADE

A partir de 1990 a vaquejada adquiriu um cunho profissional, surgiram as grandes equipes, a organização passou para o setor privado e os parques ganharam grandes estruturas. Foram criados circuitos de vaquejada, com intuito de fidelizar os vaqueiros e instituir regras para a competição (TAVARES, 2011).

Em 2001 o peão de vaquejada passou a ser considerado um atleta profissional, sancionada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, a Lei 10.220 regulamenta a profissão do peão e dispõe sobre sua atividade, preceitua a referida lei em seu art. 1º:

Art. 1º Considera-se atleta profissional o peão de rodeio, cuja atividade consiste na participação, mediante remuneração pactuada em contrato próprio, em provas de destreza no dorso de animais equinos ou bovinos, em torneios patrocinados por entidades públicas ou privadas.

Parágrafo único. Entendem-se como provas de rodeios as montarias em bovinos e equinos, as vaquejadas e provas de laço, promovidas por entidades públicas ou privadas, além de outras atividades profissionais da modalidade organizadas pelos atletas e entidades dessa prática esportiva.

A lei veio também para assegurar conteúdo mínimo para os contratos celebrados entre as entidades promotoras e os peões, como a obrigatoriedade de contratação de seguro, estipulação de início e término da jornada de trabalho e o recolhimento de contribuições previdenciárias. Foi incluído ainda, como forma de proteção aos peões, que a entidade promotora que estiver com o pagamento da remuneração de seus atletas em atraso há mais de três meses, não poderá participar de qualquer competição, oficial ou amistosa.

Em 2012 foi promulgada a lei nº 6.265/2012 que regulamenta a vaquejada no Estado do Piauí e a classifica como prática desportiva e cultural, fixando parâmetros para sua realização.

No ano de 2013 a vaquejada foi regulamentada em Teresina através da Lei Municipal nº 4.381/2013, na época, o projeto foi vetado pelo prefeito, mas a câmara acabou derrubando o veto e promulgando a norma. Em 2016, a vereadora Teresa Britto (PV) solicitou a revogação da lei na

câmara municipal, após constatar maus-tratos aos animais nas vaquejadas realizadas no parque de exposições Dirceu Arcoverde.

Além dos citados, outros estados editaram normas com o intuito de tornar a vaquejada prática desportiva e cultural.

Atualmente pode ser afirmar que da origem da vaquejada só se manteve a técnica de puxar o rabo do boi para que ele caia no chão, pois tudo se transformou em um grande negócio. Durante os eventos foram introduzidos shows artísticos para aumento do público, além de venda e leilões de animais por grandes valores. Hoje, os animais são enclausurados antes do momento em que são lançados à pista, sofrem pelo confinamento, a introdução de pimenta e mostarda em seu ânus e por choques elétricos que recebem com frequência (BUBLITZ, 2017).

É inadmissível a permanência da crueldade contra os animais em nome de uma mascarada tradição. Preceitua Cunha Filho em seu artigo *Lei da Vaquejada: Raízes da Contradição* (apud FILHO; LEITE; LIMA, 2015, online):

Deste modo, as coisas do passado jamais podem ser consideradas como integrantes do patrimônio cultural, apenas pelo critério de serem antigas; por tal razão isolada, não adquirirão o direito serem reproduzidas como um encargo da tradição, sem que sejam considerados os impactos que provocam nos projetos desenhados para o futuro, previsto na Constituição Federal, esta que nos determina construir uma sociedade livre, justa e solidária, em que se respeite a dignidade humana, dos outros seres e da própria natureza.

O fato de uma prática cultural possuir livre manifestação não significa que possa submeter animais a práticas cruéis, caso submeta, é necessário que esse erro seja corrigido.

A VAQUEJADA COMO PRÁTICA DESPORTIVA/CULTURAL E A PROTEÇÃO DA FAUNA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Segundo o site *sua pesquisa.com* fauna é definida como: “conjunto de espécies animais que vivem numa determinada área (floresta, país, ecossistema específico)”.

Sobre o estudo da fauna no Direito Ambiental assevera Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2007, p. 121):

Uma tarefa das mais complexas no âmbito do Direito Ambiental é o estudo da fauna, pelo simples fato de que tais bens possuem uma atávica concepção de natureza privatista, fortemente influenciada pela nossa doutrina civilista do começo deste século, que os estudava exclusivamente como algo que poderia ser objeto de propriedade, no exato sentido que era vista como *res nullius*.

Essa concepção que a fauna possuía foi modificada ao longo do tempo, pois houve uma crescente conscientização acerca de sua importância para o equilíbrio ecológico. Sobre isso, testifica Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2007, p. 121):

Buscando resguardar as espécies, porquanto a fauna, através da sua função ecológica, possibilita a manutenção do equilíbrio dos ecossistemas, é que se passou a considerá-la como um bem de uso comum do povo, indispensável à sadia qualidade de vida. Com isso, abandonou-se no seu tratamento jurídico o regime privado de propriedade, verificando-se que a importância das suas funções reclamava uma tutela jurídica adequada à sua natureza. Dessa forma, em razão de suas características e funções, a fauna recebe a natureza jurídica de bem ambiental.

Nessa vertente a Constituição Federal de 1988 trouxe como direito fundamental o meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e a coletividade o dever de proteção, em seu art. 225, § 1º, é disposto um rol de medidas a serem tomadas pelo Poder Público para assegurar a efetividade desse direito, impedindo práticas delituosas que coloquem em risco o pleno funcionamento do ecossistema ou que submetam os animais à crueldade.

Em 1988 foi promulgada a Lei Federal nº 9.605, Lei de Crimes Ambientais, que determina sanções penais e administrativas para as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Em especial destaque, preceitua o art. 32 acerca das punições para aqueles que praticam crimes contra a fauna:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Desse modo, é possível verificar que diversas disposições legais têm por objetivo a proteção da fauna.

Os defensores da vaquejada como prática desportiva e cultural trazem como fundamento o art. 215, § 1º, da Constituição Federal, que versa sobre a proteção as manifestações culturais existentes no país. Enquanto a corrente contrária encontra suporte no art. 225, § 1º, VII, da CF/88, segundo esse dispositivo incumbe ao Poder Público “proteger a fauna e a

flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Em 08 de janeiro de 2013 o Estado do Ceará editou a Lei nº 15.299, que regulamentou a vaquejada como prática desportiva e cultural e criou critérios para a competição e regras de segurança para peões e animais.

A vaquejada, como já relatado, consiste em uma competição onde dois vaqueiros a cavalo têm como objetivo derrubar um touro puxando-o pelo rabo, dentro de uma área previamente demarcada por cal. Anteriormente tinha como escopo a produção agrícola, hoje é explorada como esporte e vendida como espetáculo, por ano, entre premiações, shows e publicidade, as festas movimentam em torno de 50 milhões (SAVANACHI, online). Essa atividade traz como lícitas práticas visivelmente ilegais, que submetem animais à atos de crueldade.

A Presidente da Associação Piauiense de Proteção e Amor aos Animais (APIPA), Dr^a Roseli Pizzigatti Klein, relata sobre as crueldades a que são submetidos os animais usados nas competições de vaquejada:

O gesto brusco de tracionar violentamente o animal pelo rabo pode causar luxação das vértebras, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, estabelecendo-se, portanto, lesões traumáticas com o comprometimento, inclusive, da medula espinhal. Não raro, sua cauda é arrancada, já que o vaqueiro se utiliza de luvas aderentes (...) Nas provas que envolvem laçadas e derrubadas, simula-se uma perseguição do peão ao animal; é preciso, então, criar um motivo para que o bovino, manso e vagaroso, adentre a arena em fuga, devendo ser submetido à tortura prévia que, consiste em ser encurralado, molestado com pedaços de madeiras, receber estocadas de choques elétricos e ter sua cauda tracionada ao máximo, antes de ser solto na arena. Garante-se, assim, que o animal, em momento

determinado, irá disparar em fuga, pois lhe criaram um motivo para isso (STEINMETZ, online).

Esses hábitos geram danos imensuráveis e constituem maus-tratos aos animais, o que afronta a vedação constitucional de submissão dos animais à atos de crueldade. A natureza perversa dessa atividade não permite sua classificação como manifestação de caráter meramente cultural e desportiva.

O texto constitucional trouxe a proteção da fauna de forma ampla, não restringindo a tutela à espécies determinadas, todos os animais foram igualmente tutelados. A respeito alude Custódio (apud COUTINHO; MELO, 2013, online) animais “nativos ou não, independente de qualquer classificação, espécie ou categoria, de sua ferocidade, nocividade ou mansidão, constituem bens ambientais integrantes dos recursos ambientais juridicamente protegidos”.

A fauna é de suma importância para o equilíbrio ecológico, sendo imprescindível à preservação do meio ambiente. Objetivando a proteção da fauna o constituinte vedou, dentre outras, práticas que submetem os animais a crueldade, assegurando assim o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Evidencia-se que a vaquejada é uma prática cruel, que inafastavelmente submete os animais a maus-tratos, a ocorrência de malvadez é indissociável de sua prática, assim sendo, essa atividade é incompatível com a Constituição Federal, porquanto configura uma verdadeira infração ao ordenamento constitucional.

Vale ressaltar que a crueldade está ligada a ideia de submeter o animal a um mal desnecessário. Uma das características da crueldade é a insensibilidade, o indivíduo trata com indiferença ou até prazer o sofrimento alheio. A Constituição com o intuito de resguardar a vida dos animais proibiu que atos assim fossem praticados contra eles.

Uma das alegações para justificar a edição da Lei 13.299/13 do estado do Ceará é que não havia lei nacional proibindo a vaquejada, e com isso o

legislador estadual possuía legitimidade para autorizar tal atividade, contudo esse argumento me parece infundado. É sabido que toda e qualquer prática que maltrate animais, ainda que sob a justificativa dela ocorrer dentro de um contexto cultural, deve ser afastada. A respeito dispôs Machado (2011, p. 885):

Atos praticados ainda que com caráter folclórico ou até histórico, como a ‘farra do boi’ estão abrangidos pelo art. 32 da Lei 9.605/98, e devem ser punidos não só quem os praticam, mas também, em co-autoria, os que os incitam, de qualquer forma. A utilização de instrumentos nos animais, quando da realização de festas ou dos chamados ‘rodeios’ ou ‘vaquejadas’, tipifica o crime comentado, pois concretiza maus-tratos contra os animais. O emprego do ‘sedém’ – aparelho com tiras e faixas de couro, fortemente amarrado na virilha do animal, com finalidade de comprimir seus órgãos genitais e forçá-lo a saltitar e corcovear – caracteriza o crime do art. 32 da Lei 9.605/98. Da mesma forma, e sem qualquer dúvida, todas as atividades que fizerem os animais enfrentar-se em luta ou disputa. As ‘brigas de galo’ são consideradas atos de crueldade contra animais.

A legislação estadual (lei 15.299/2013, do estado do Ceará) trouxe a vaquejada como prática desportiva e cultural na tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção à fauna. A prática desse “esporte” constitui verdadeira forma de tratar perversamente os animais ali utilizados, a lei ao admitir a realização dessa atividade autoriza a submissão desses espécimes a tratamento cruel, afrontando o que disciplina a Lei Maior.

O Supremo Tribunal Federal repudia a crueldade com animais visando divertimento humano, em sucessivos julgamentos a Suprema Corte tem advertido que essas práticas afrontam o disposto no art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal. Veja-se:

EMENTA: COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado 'farra do boi'. (RE 153531, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, DJ 13-03-1998 PP- 00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE 'BRIGAS DE GALO'. A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente. (ADI 2.514/ SC, Rel. Min. EROS GRAU). INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. 'Rinhas' ou 'Brigas de galo'. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regule, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas

combatentes, as chamadas 'rinhas' ou 'brigas de galo'. (ADI 3.776/RN, Rel. Min. CEZAR PELUSO).

Assim como nesses julgados, a lei que regulamenta a vaquejada está em conflito com a Constituição Federal, pois esta veda quaisquer atos que submetam os animais a maus-tratos, ainda que em um contexto cultural específico.

Na mesma vertente Steinmetz (2009, online) afirma que “o tratamento com crueldade está para os animais assim como a tortura está para os humanos”, alega que a proibição da tortura é um mandamento definitivo, não podendo ser afastado por outro princípio ou regra. O autor ressalta que a Constituição não proíbe o abate de animais para consumo, mas é contra “a crueldade, ou seja, maus-tratos, abusos, mutilação etc” que possa haver incorrido.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983

Foi proposta no STF uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.983), pelo então Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, desafiando a constitucionalidade da lei nº 15.299/13, do estado do Ceará, que regulamentou a prática da vaquejada e a instituiu como atividade desportiva e cultural.

No julgamento da ADI o Supremo Tribunal Federal decidiu sabiamente, por maioria e nos termos do voto do relator, pela procedência do pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da lei estadual (BRASIL, STF, 2016).

Vale ressaltar que estavam em conflito duas espécies que compõe o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, quais sejam: o meio ambiente natural (compõe este conceito a vedação à atos de crueldade contra animais) e o meio ambiente cultural (garante o direito à livre expressão da cultura).

O Relator, Ministro Marco Aurélio, partindo de estudos científicos, baseou seu voto vindo da premissa de que a vaquejada, em si, já é uma

prática que inafastavelmente sujeitam os animais à maus-tratos, e que lei alguma pode regulamentar/legalizar tal atividade. Dessa forma, concluiu que a prática viola a Constituição Federal (art. 225, § 1º, VII). Expôs o relator em seu voto:

Ante os dados empíricos evidenciados pelas pesquisas, tem-se como indiscutível o tratamento cruel dispensado às espécies animais envolvidas. O ato repentino e violento de tracionar o touro pelo rabo, assim como a verdadeira tortura prévia – inclusive por meio de estocadas de choques elétricos – à qual é submetido o animal, para que saia do estado de mansidão e dispare em fuga a fim de viabilizar a perseguição, consubstanciam atuação a implicar descompasso com o que preconizado no artigo [225, § 1º](#), inciso [VII](#), da [Carta da Republica](#).

O argumento em defesa da constitucionalidade da norma, no sentido de a disciplina da prática permitir seja realizada sem ameaça à saúde dos animais, não subsiste. Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada. A atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o touro não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento.

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido

da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.

A então presidente da Corte, Ministra Cármen Lúcia, votou pela procedência da ação, alegando que a vaquejada é uma prática que efetivamente submete os animais à maus-tratos. Afirma em seu voto:

Sempre haverão os que defendem o que vem de longo tempo e se encravou na cultura do nosso povo. Mas cultura se muda e muitas foram levadas nessa condição até que houvesse outro modo de ver a vida, não somente a do ser humano.

O primeiro Ministro a divergir do relator foi Edson Fachin, alegando que a tradição cultural é direito garantido e protegido pela Constituição Federal:

É preciso despir-se de eventual visão unilateral de uma sociedade eminentemente urbana com produção e acesso a outras manifestações culturais, para se alargar o olhar e alcançar essa outra realidade. Sendo a vaquejada manifestação cultural, encontra proteção expressa na Constituição. E não há razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões desenvolvidos na zona rural desse país. Ao contrário,

tal atividade constitui-se modo de criar, fazer e viver da população sertaneja.

Esse entendimento foi seguido pelos Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luis Fux e Dias Toffili. Os demais Ministros, assim como Marco Aurélio e Carmem Lúcia, propugnaram pela inconstitucionalidade da lei, são eles: Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Melo e Ricardo Levandowsky.

Ante o exposto, a vaquejada foi considerada incompatível com a Constituição Federal, de modo que qualquer ato que venha tratar a prática de forma lícita é inconstitucional, violando o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado:

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

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

O processo foi julgado na data de 06 de outubro de 2016. Deputados favoráveis à atividade e com foco em interesses próprios organizaram uma audiência pública em tempo recorde, na data de 25 de outubro de 2016, criaram o projeto de lei nº 24 de 2016, com o objetivo de elevar a vaquejada à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial.

No dia 1º de novembro de 2016, o plenário do Senado Federal aprovou o Projeto de Lei citado, tornando a prática de rodeios, vaquejadas e suas respectivas expressões patrimônio cultural brasileiro. Em 29 de novembro de 2016, o texto já aprovado pela Câmara e pelo Senado, foi sancionado pelo então Presidente Michel Temer, sendo criada a Lei 13.364, tornando a vaquejada patrimônio cultural.

A intenção do Poder Legislativo de se sobrepor ao Poder Judiciário na interpretação da Constituição Federal e impor a constitucionalidade da “vaquejada” por meio de emenda constitucional é predestinada ao fracasso. Qualquer emenda constitucional que tente mitigar a vedação das práticas cruéis contra animais esbarrará no óbice do art. 60, § 4º, IV, da [Constituição Federal](#), pois o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito/garantia individual e, portanto, cláusula pétrea, imune a alterações prejudiciais.

Resta ao Supremo Tribunal Federal ser coerente e não se render à pressão imposta pelo Poder Legislativo, e a este obedecer ao que estabelece a Carta Magna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se que a prática da vaquejada prevalece com base em um dissimulado véu de ser uma atividade desportiva e cultural, pois o real interesse está no fato de gerar milhões por ano e favorecer grandes empresários. É indiscutível que se trata de uma prática inconstitucional, que submete os animais à crueldade, e por isso deve ser coibida com rigor pelo Poder Público, pois a ele foi designado o dever de proteger a fauna pela nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA VAQUEJADA. **A vaquejada**. Disponível em: <http://abvaq.com.br/?page_id=42>. Acesso em: 21 de ago. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. In: Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da república Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 12 de fevereiro 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 25 de mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 153531**– Rel. Marco Aurélio. Julgado em 03.06.1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em: 31 de ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2514** – Rel. Eros Grau. Julgado em 29.06.2005. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763868/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2514-sc>>. Acesso em: 31 de ago. 2017.

_____. Lei nº 10.220, de 11 de abril de 2001. Institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional. **Diário Oficial da república Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 de abril 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10220.htm>. Acesso em: 03 set. 2017.

BUBLITZ, Bárbara Grigorieff. **Vaquejadas: tortura ou patrimônio cultural?**

Disponível em:

<<https://barbaragbublitz.jusbrasil.com.br/artigos/435540986/vaqueja-das-tortura-ou->

[patrimonio-cultural?ref=topic_feed](https://barbaragbublitz.jusbrasil.com.br/artigos/435540986/vaqueja-das-tortura-ou-patrimonio-cultural?ref=topic_feed)>. Acesso em: 26 de ago. 2017.

OLIVEIRA, Andréa. **Como surgiu a vaquejada**. Disponível em: <<https://www.cpt.com.br/cursos-criacaodecavalos/artigos/como-surgiu-a-vaquejada>>. Acesso em: 20 de ago. 2017.

MENEZES, Sônia de Souza Mendonça. **A representação cultural da vaquejada resiste no sertão sergipano do São Francisco**, 2006. Disponível em: <http://www.neer.com.br/anais/NEER-2/Trabalhos_NEER/Ordemalfabetica/Microsoft%20Word%20-

[%20SoniadeSouzaMendon%C3%A7aMenezes.pdf](#)>. Acesso em: 20 ago. 2017.

COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; MELO, Silvana Paula Martins de. **Lei da vaquejada no estado do Ceará**: direito cultural ou abuso de direito? Análise à luz da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ae7b3a91ddd6335>>. Acesso em: 30 de ago. 2017.

FILHO, V.; LEITE, R.; LIMA, V. **A prática da vaquejada em xeque**: considerações sobre a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.983, 2015. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/15297/10657>>. Acesso em: 26 de ago. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

TAVARES, Régis. **Evolução da vaquejada**, 2011. Disponível em: <<http://diariovaquejada.webnode.com.br/news/evolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20vaquejada1/>>. Acesso em: 21 de ago. 2017.

HARRI, Lorenzi. **Flora**. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/o_que_e/flora.htm>. Acesso em: 30 de ago. 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

SAVANACHI, Eduardo. **Mundo milionário da vaquejada**. Disponível em: <<https://www.dinheirorural.com.br/secao/agronegocios/o-milionario-mundo-da-vaquejada>>. Acesso em: 30 de ago. 2017.

STEINMETZ, Caroline. **Queremos o fim da vaqueja! Vaquejada é inconstitucional!**. Disponível em: <<https://www.change.org/p/ministerio-publico-excelent%C3%ADssimo-senhor-doutor-promotor-de-justi%C3%A7a-queremos-o-fim-da-vaquejada-vaquejada-%C3%A9-inconstitucional>>. Acesso em: 30 de ago. 2017.

STEINMETZ, Wilson. **'Farra do Boi', Fauna e Manifestação Cultural**: uma colisão de princípios constitucionais? Estudo de um acórdão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<https://www.passeidireto.com/arquivo/6268668/artigofarradoboijunlocked>>.

Acesso em: 31 de ago. 2017.

Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 4.983**. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio
Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4425243>>. Acesso em: 03 set. 2017.

NOTAS:

[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. Email: antoniocesarmello@hotmail.com.

TRÁFICOS DE ÓRGÃOS NO BRASIL

ELDER GOMES DA SILVA:

Bacharelado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Brasil, Campus de Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem o propósito de realizar um breve estudo sobre o Tráfico de Órgãos no Brasil, abordando o conceito deste assunto. Ademais, falaremos sobre alguns fatores que favorecem este crime dentro no Brasil e no mundo. Refletiremos de uma forma rápida sobre o rito legal de transplante de órgãos, apontando o quanto é importante para a nossa nação. Importante é ressaltar que disporemos sobre alguns casos concretos que aconteceram no Brasil e suas consequências para os familiares e também para todo o sistema de doação de órgãos do Brasil e a insegurança em relação aos profissionais que executam este trabalho, o de transplante de órgãos. Concluiremos abordando as normas internas e externas que combatem de frente este crime, bem como os problemas e hipoteticamente o que fazer para a resolução ou diminuição desta prática.

Palavras-chave: Tráfico. Órgãos. Brasil. Fatores. Favorecimento.

ABSTRACT: The present article has the purpose of accomplishing an abbreviation study on the Traffic of Organs in Brazil, approaching the concept of this subject. Besides, we will talk about some factors that favor this crime inside in Brazil and in the world. We will think in a fast way about the legal rite of transplant of organs, pointing him/it all is important for our nation. Important it is to stand out that will dispose on some concrete cases that happened in Brazil and their consequences for the relatives and also for the whole system of donation of organs of Brazil and the insecurity in relation to the professionals that execute this work, the one of transplant of organs. We will conclude approaching the internal and external norms that they combat of front this crime, as well as the problems and hypothetically what to do for the resolution or decrease of this practice.

Word-key: Traffic. Organs. Brazil. Factors. Favorecimento.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Fatores que favorecem o tráfico de órgãos. 2. Do rito legal. 3. Do direito interno e externo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Na antiguidade quem dava e tirava os direitos eram os reis, onde os mesmos conseguiam este poder através dos Deuses, das crenças e da força.

Conforme o avanço dos tempos percebeu-se que os defensores dos Direitos Humanos não aceitavam este pensamento, afirmando que as pessoas têm Direitos pela própria condição de existir, ou seja, faz parte da natureza de qualquer ser vivo, em matérias de direitos que devem ser respeitados para garantir a sua existência, sem haver distinção de cor, raça, religião, gênero, nacionalidade, etc.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz em seu 1º artigo que: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Porém, o crime organizado tem em seu poder a força de usurpar, de uma sociedade carente de recursos e totalmente pobre de informações, transformando seus órgãos em mercadorias de fácil acesso.

Com isso, o transplante que seria algo para tranquilizar e dar vida acabam sendo banalizado e criam-se mitos sobre sua estrutura, sendo visto com maus olhos na sociedade.

A finalidade do presente artigo é conhecer um pouco sobre o tráfico de órgãos no Brasil. A escolha deste tema foi em virtude da curiosidade que tínhamos deste assunto, vez que é um assunto pouco comentado na mídia impressa e digital, o que desperta ainda mais no sentido de pesquisar sobre o seguinte assunto. Começaremos abordando qual o conceito do tráfico de órgãos. Logo após, introduziremos alguns fatores que favorecem a prática deste crime no Brasil e no mundo.

Por conseguinte, falaremos sobre alguns fatos concretos que aconteceram dentro do Brasil, abordando-os e refletindo sobre os mesmos.

A de se notar que discutiremos sobre o rito legal, que é o transplante de órgãos, ressaltaremos a importância deste para a vida de tantas pessoas que estão aguardando um doador compatível.

Abrimos uma reflexão sucinta sobre as normas externas e internas sobre este tema, falaremos sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e normas internas, como por exemplo Lei que aborda o nosso tema.

O que é o tráfico de órgãos?

O comércio de órgãos mais conhecido como tráfico de órgãos é a prática da troca de órgãos humanos (coração, fígado, rins, etc.) para o [transplante de órgãos](#) por dinheiro. Ressalta-se que existe uma escassez mundial de órgãos disponíveis para transplantes, contudo o comércio de órgãos humanos é ilegal na maior parte do mundo, exceto em certos países como o [Irã](#), onde o comércio de rins é legal.

1. FATORES QUE FAVORECEM ESTE CRIME

Existem vários fatores que favorecem a prática deste crime, citaremos alguns, quais sejam:

a) Escassez de órgãos: Com o aumento da expectativa de vida do brasileiro surge uma questão a respeito da qualidade vida, pois quanto mais idade o desgaste no organismo é maior e a fila de transplante cresce todo ano sendo que o site oficial da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos registra que a lista de doadores voluntários *inter vivos* (entre vivos) e *post mortem* (pós a morte) cai todo ano, sendo que 43% das famílias não autorizam a doação de órgãos de seus entes queridos, dados do primeiro trimestre de 2015, segundo Associação Brasileira de Transplante de Órgãos representada na pessoa do nefrologista José Medina Pestana, a principal justificativa das famílias para não doar órgãos é o fato de nunca terem conversado sobre o desejo de doar. “Por isso, insistimos que isso tem que ser assunto de família”, diz o integrante da ABTO.

a.1. A falta de estrutura hospitalar, treinamento do corpo médico, complexidade da cirurgia, altos custos do procedimento, transporte dos órgãos do doador até o receptor vem dificultando na maioria das vezes o sucesso do transplante, causando uma escassez de órgãos saudáveis e mesmo com todos esses problemas o Brasil é o segundo país no mundo em número de transplantes e o primeiro em transplantes realizados pelo sistema público.

a.2. Falta de conhecimento sobre irreversibilidade da morte encefálica é a principal causa de recusa de doação de órgãos. O art. 3º da lei 9434/97 esclarece que, os órgãos destinados a transplante devem ser precedidos com diagnósticos de morte encefálica.

O diagnóstico é definido como “morte baseada na ausência de todas as funções neurológicas”, registrada por dois médicos, inciso III, é permitido a presença de um médico de confiança da família acompanhando e atestando a morte encefálica. (HUGO LEANDRO SILVA, 2015)

b) Falta de informação: O tráfico de órgãos não se trata de um simples tráfico de beco, podendo ser realizado por qualquer pessoa com conhecimentos limitados, estamos lidando com profissionais multidisciplinares da retirada de órgãos, pessoas que possuem o mais alto nível de conhecimento desta área; tornando este crime mais difícil de ser descoberto, fazendo com que mais pessoas sejam vítimas, levando a sociedade a ter um pensamento equivocado em relação à doação de órgãos no Brasil e no mundo.

Em alguns países com renda mais baixa, considerados pobres, ocorrem sequestros de crianças, jovens e mulheres, tendo como destino final o tráfico de órgãos. A população é leiga sobre esse assunto, pois não há campanhas esclarecedoras, assim a família prefere não doar para não correr o risco de estar sendo enganada e a consequência disto é a falta de órgãos e uma grande corrida contra o tempo para quem espera com esperança o transplante, sendo que com a constatação da morte cerebral um doador morre, mas pode ajudar a tirar até sete pacientes da fila de espera.

c) Falta de fiscalização dentro dos órgãos responsáveis: A falta de fiscalização é um dos fatores que favorece a prática deste crime, vez que a retirada de um órgão exige um conhecimento aprofundado do corpo humano, especialistas da área de transplantes de órgãos, podendo ser praticado apenas por profissionais multidisciplinares envolvidos na retirada e reimplante dos órgãos., estes necessitam de um amparo hospitalar sofisticado, ou seja, não pode ser praticado em qualquer lugar.

Citaremos alguns casos que aconteceram aqui no Brasil pela falta de fiscalizações dentro de órgãos públicos, a saber:

c.1. Em 2003, a Polícia Federal realizou uma operação chamada de Bisturi, que revelou uma quadrilha liderada por um militar israelense, sobrevivente do holocausto e um capitão reformado da polícia militar.

Segundo as investigações, ambos adquiriam os rins, de moradores da periferia da capital pernambucana, com o cachê inicial de US\$ 10 mil e conforme a negociação, este valor diminuía chegando a US\$ 3 mil.

Tudo era muito bem esquematizado, iniciava com a viagem dos vendedores a Durban, África do Sul, onde os mesmos ficavam durante uma semana, instalados em um flat e mais alguns dias em ótimos hospitais para realizarem o procedimento, sendo seus possíveis receptores israelenses ou norte-americanos, com renda elevada, já que os gastos eram todos por conta dos mesmos. Após a recuperação, eram liberados para voltar ao Brasil.

Estes traficantes pretendiam abandonar a rota sul-africana e fixar-se no Brasil, mas acabaram sendo presos antes mesmo de conseguirem, tudo graça as investigações.

A rota Recife-Durban, foi destaque na CPI do Tráfico de Órgãos, realizada no ano de 2004, na Câmara dos Deputados e evidenciou que o Brasil havia entrado de corpo e alma no mercado negro internacional de órgãos.

A CPI, não constatou apenas a venda de um dos órgãos vitais duplos de pessoas que continuavam vivendo, mas também o homicídio de crianças e jovens para a retirada de todos os seus órgãos. Foi constatado ainda que o Brasil está entre os cinco países em que há maior incidência do tráfico de órgãos, junto com países como China e Índia. (LETÍCIA LINS, 2014)

c.2. Em Poços de Caldas, houve também o caso Paulinho, menino com até então 11 (onze) anos de idade, após sofrer em abril de 2000 um acidente, veio a falecer.

Seus pais emotivos pelo momento agirão conforme os protocolos solicitados e autorizarão a doação dos órgãos de seu pequeno Paulinho.

Depois de alguns meses, seus pais receberam uma cobrança sobre todo o procedimento realizado, incluindo a retirada dos órgãos.

Paulo Pavezzi, pai de Paulinho, em busca de respostas, conversou com todos os envolvidos até então, principalmente o Médico Álvaro Ianhez, nefrologista, e deparou-se com um crime, os órgãos de seu filho deveria ter atendido a fila de transplante, porém havia sido vendido e seu filho que até

então havia falecido por morte encefálica, fora assassinado, já que a retirada de seus órgãos foi feito com ele ainda vivo.

Paulo Pavesi, hoje exilado na Itália, por ter denunciado e enfrentado a máfia de órgãos humanos, apresentou à sociedade um setor de transplantes irregular, nunca antes licenciado para tal procedimento, que atuava com rotinas hospitalares; um médico que não poderia constatar o óbito e ele mesmo fazer o transplante e uma equipe de profissionais que aceitavam tudo o que viam. (LEANDRO FONTES, 2013)

c.3. Outro caso mais recente de 2016 - a Polícia Federal investigara o caso de duas brasileiras que podem ter sido vítimas desse crime na Venezuela. Uma das vítimas foi fazer uma cirurgia estética, morreu e o corpo voltou sem vários órgãos. Essa cirurgia plástica foi na Venezuela. Os parentes só descobriram que tinham retirado os órgãos da mulher quando o corpo chegou ao Brasil. É um caso que se enquadra na nova lei. Antes, só era punido o tráfico para exploração sexual ou trabalho escravo. Agora, quem aliciar, transportar ou alojar pessoas de forma violenta para retirada de órgãos pode pegar até 8 anos de prisão.

O corpo de Adelaide da Silva estava sem o coração, os pulmões, os rins e o intestino. Ela morreu na Venezuela, aos 52 anos. Tinha ido para lá para fazer plástica. A polícia de Roraima, de onde ela era, disse que está investigando a causa da morte e a retirada dos órgãos dela e de uma paciente do Amazonas, que teria tido o corpo liberado sem um rim.

"Um inquérito Policial Federal que busca esses elementos, busca a autoria, quem é que está envolvido nessas mortes, nessa prática de crime, que mesmo ocorrendo no exterior, tem um envolvimento, pode haver envolvimento de brasileiros e há um interesse da Polícia Federal, em razão da internacionalidade, de que o Brasil se comprometeu a combater esses crimes e apurar a materialidade", afirmou o delegado da Polícia Federal de Roraima, Alan Róbson.

A polícia quer chegar aos aliciadores que convenceram as mulheres a fazer as cirurgias. Quem está por trás dessas clínicas clandestinas? Há suspeita de que esses sejam casos de tráfico de órgãos que tem crescido no mundo inteiro. (BRUNO GOES, 2016)

c.4. Este crime também é praticado dentro dos IMLs, como passo a expor: já era um pouco mais das 5h da madrugada de 14 de maio de 2008,

quando o enfermeiro, acompanhado de sua tia, M.R.S., entrou no necrotério do Hospital Municipal do Tatuapé, para o reconhecimento e preparação do corpo de sua avó Adelina Ribeiro dos Santos, falecida naquele centro médico, horas antes, em decorrência de necrose de alças intestinais, septicemia e falência múltipla dos órgãos. Próximo ao local, A.L. observou que a sala estava com a porta entreaberta, e que lá dentro, além de dois cadáveres expostos em duas mesas lado a lado, outras duas pessoas vestidas com jalecos brancos movimentavam os corpos. Ao chegar perto, o enfermeiro constatou que a equipe médica, que estava no local, e que não era do quadro de funcionários do hospital, retirava o globo ocular de sua avó. "Na hora que olhei para minha avó, vi que seus órgãos estavam sendo furtados", conta.

"Ela não era doadora. Mesmo se fosse, morreu de infecção generalizada e seus órgãos não podiam ser transplantados", lembra.

De imediato, A.L. mandou que as duas mulheres parassem o que faziam, chamou a polícia e não deixou que ninguém abandonasse o local. (ALAN RODRIGUES, 2009)

d) Condição social de um povo: a de se ressaltar que outro fator que favorece o tráfico de órgãos é as condições sociais de um povo, de uma nação. A falta de informação, a escassez de órgãos e a ausência de uma fiscalização mais rígida dentro de ambientes especializados em transplantes de órgãos ajuda quanto à prática deste delito, agora, outro aspecto que ajuda na reincidência deste é a condição social de um povo, no que tange notadamente às condições econômica de certa região. É de suma importância frisar que, os traficantes preferem estas localidades para lucrar com este crime, vez que há pessoas mais necessitadas de um recurso financeiro. Podemos citar o continente africano como um país afetado pelo tráfico de órgãos, onde traficantes compram órgãos por um preço muito acessível com a finalidade de alimentar o mundo inteiro – inclusive ricos de continentes ricos. Anota-se que os traficantes de órgãos operam de várias maneiras: as vítimas podem ser sequestradas e forçadas a desistir de um órgão, algumas, por desespero financeiro, concordam em vender um órgão, ou são enganadas ao acreditar que precisam de uma operação cirúrgica e o órgão é removido sem o seu conhecimento; algumas vítimas podem ser até assassinadas, como já discutimos em tópicos passados.

e) Lucrativo: o terceiro tráfico que dá mais lucros, perdendo apenas para o tráfico de armas e de drogas. (CRISTIANE ROZICKI, 2012)

É de suma importância anotar o que o presidente da CPI do tráfico de órgãos de 2004, disse que a demanda legal por órgãos é superior à oferta, abrindo um leque para o crime organizado.

“Esse é um mercado próspero, pois pessoas milionárias que necessitam de transplante sabem que podem morrer no aguardo da vez nas filas das listas oficiais. A alternativa é apelar para o mercado clandestino, operado pelo crime organizado transnacional”. (DEPUTADO FEDERAL NEUCIMAR FRAGA)

Ainda segundo o deputado supra, a imprensa relata valores no mercado negro: um coração é de R\$ 150 mil (Cento e Cinquenta Mil Reais); uma córnea R\$ 20 mil (Vinte Mil Reais); um rim 10 mil (Dez mil Reais) e o fígado chegava até 30 mil (Trinta Mil Reais).

O Deputado Neucimar Fraga, destacou que é importante observar a importância dos transplantes legais, alertou as famílias que tomasse os devidos cuidados quanto aos doadores, hospitais e médicos.

2. DO RITO LEGAL

Os órgãos transplantados deveriam ser direcionados às filas de transplantes.

Dados[\[a1\]](#) do Portal Brasil do ano 2016 diz que o Brasil tem o maior sistema público de transplantes do mundo, com mais de 20 mil cirurgias por ano. Desde o início do século já foram realizados mais de 335 mil transplantes.

Da mesma maneira, o número de carência também cresceu. Cada órgão tem uma fila de espera específica, baseada na Lei nº 9.434/1997, no Decreto nº 2.268/1997 e na Portaria GM/MS nº 2.600/2009. O que dá as filas de esperas mais segurança. (PORTAL BRASIL, 2016)

Como burlar esta fila? Mediante a prática do comércio ilegal de órgãos ou tráfico de órgãos. Enquanto a prática do tráfico de órgãos se estende por todo mundo, inclusive no Brasil, muitos morrem nas filas de espera, aguardando um doador compatível.

3. DO DIREITO EXTERNO E INTERNO EM RELAÇÃO AO TRÁFICO DE ÓRGÃOS

3.1. DO DIREITO EXTERNO - se fossemos indicar aqui uma norma que se desponha em relação a dignidade da pessoa em todo o mundo é a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Esta tem como ponto de referência a dignidade da pessoa humana, a paz entre as nações, a igualdade, o respeito, entre outras virtudes, tudo expresso em seus artigos.

3.2. DO DIREITO INTERNO

a) A lei 9.434/97, aprovada em 16/01/97 pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República em 04/02/97 e regulamentada pelo decreto nº. 2.268/97 de 30 de junho de 1997, dispõe sobre remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante.

b) Foi introduzido no nosso ordenamento em no ano de 2016 a Lei nº 13.344/2016 - o art. 149-A, do Código Penal Brasileiro com o seguinte tema: Tráfico de Pessoa, com a finalidade de auxiliar no combate e punibilidade deste crime.

Com a mudança, viraram crimes também agenciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, diante de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, para retirada de órgãos; para submeter alguém a trabalho escravo; para adoção ilegal ou exploração sexual. A pena é de 4 a 8 anos de prisão e multa, e aumento em 1/3 se o crime for cometido por funcionário público ou contra criança, adolescente, idoso ou pessoas com deficiência.

“Ao traduzir o crime de tráfico de pessoas de uma forma mais precisa, descrevendo as condutas que, de fato, correspondem ao que acontece no mundo real, nós passamos a ter uma identificação mais precisa do que é tráfico de pessoas e doravante a gente pode ter dados

inclusive mais precisos”, disse o diretor de Políticas de Justiça do [Ministério da Justiça](#), (CLÁUDIO PERET).

Para professora da Universidade de Brasília Maria Lúcia Pinto, especialista no assunto, não basta ter avanço na lei apenas se a pobreza e a falta de oportunidades continuarem, porque as pessoas continuarão vulneráveis.

“É preciso que essa lei tenha ações concretas dos estados nações e também políticas inclusivas no campo do trabalho, da assistência, da saúde, sobretudo do trabalho, porque nós estamos vivendo mundialmente uma crise do trabalho e isso impactou diretamente na organização da vida e do bem-estar das pessoas”, afirmou. (MARIA LÚCIA PINTO)

Isto posto, concluímos este tópico dizendo que o tráfico de órgãos tem que ser reprimido, ou seja, como a professora disse acima, deve se ter ações concretas do Estado no que tange à fiscalização prematura frente às ações dos traficantes, praticantes deste crime que cresce no Brasil e no mundo todo de uma forma silenciosa e assustadora. O tráfico de órgãos acontece nas escondidas para não chamar a atenção. Por fim, a norma escrita é sempre bem-vinda, porém não significa que está sendo aplicada.

CONCLUSÃO

Diante do estudo proposto, foi possível verificar que o tráfico de órgãos é um crime que se desponta por fatores que o favorecem, fazendo com que os doadores de órgãos passem a duvidar do sistema brasileiro de doações de órgãos. Contemplamos que fatores como a escassez de órgãos, falta de informação, condição social de um povo e a lucratividade é um prato cheio para que os aliciadores e traficantes invistam cada vez neste tipo de tráfico deixando para um segundo plano a prática do tráfico de armas e drogas.

Vale ressaltar que a lei torne-se eficaz quanto a punibilidade dos agentes ativos praticantes deste delito, normas internas que saiam do papel, uma vez que já não estão mais em vacância e sim já estão inseridas em nosso ordenamento jurídico.

Um dos crimes que mais cresce no mundo todo, vez que é muito lucrativo e silencioso. Quase não se fala neste crime, a falta de informações, deixa a população brasileira aprofundada na ignorância frente a este – o que o agrava mais ainda.

O rito legal que é a fila dos transplantes é a mais afetada, pois aquele que está a tantos anos esperando um órgão, à morte, acaba morrendo, por que não recebe o órgão a tempo.

Os governantes de nosso país têm que tomar algumas providências, eles sabem que este crime vem acontecendo - mas não fazem o suficiente a respeito - talvez por que nunca estiveram na fila de transplante? Fica aqui uma pergunta a eles.

A sociedade brasileira está vulnerável a este crime, cabendo nos resguardar debaixo das leis que já estão em vigor.

REFERÊNCIAS

SILVA, Hugo Leandro. “Tráfico de órgãos no brasil uma análise da lei 9434-97 a partir do princípio da dignidade da pessoa humana” - em <http://www.jusbrasil.com.br/artigos/332387333> – 2015.

LINS, Letícia. “Chefe de quadrilha internacional de tráfico de órgãos preso na Itália será extraditado para brasil” – em <https://oglobo.globo.com/brasil/-13430476> – 30/07/2014.

FONTES, Leandro. “A dor de Paulo Pavesi” em <https://www.cartacapital.com.br/politica -18/04/2013>.

GOES, Bruno. “Itamaray avalia denuncia sobre brasileiras alvos de tráfico de órgãos na Venezuela”. – em <http://oglobo.globo.com/lauro-jardim -05/10/2016>.

RODRIGUES, Alan. “Tráfico de Órgãos” – em <https://istoe.com.br/13386> - 20/05/2009.

PORTAL BRASIL. “Saiba quais os são os critérios da lista de espera por transplantes” – em <http://www.brasil.gov.br/saude/2016/09-27/09/2016>.

BRASIL. Lei n. 9.434, de 04 de fev. de 1997. Da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF, fev. de 1997.

BRASIL. Lei n. 13.344, de 06 de out. de 2016. Da prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Brasília, DF, out. de 2016.

COIMBRA, Celso Galli. “A dura realidade do tráfico de órgãos” <https://biodireitomedicina.wordpress.com> – 18/01/2009.

ROZICKI, Cristiane. “Tráfico de órgãos o terceiro mais lucrativo no mundo segundo a polícia federal” – em <https://objetodignidade.wordpress.com> - 25/08/2012.



UNIP - UNIVERSIDADE PAULISTA

JOSIELE SOUZA SANTOS

PRIVACIDADE EM AMBIENTE ELETRÔNICO

Pesquisa Temática

**São Paulo
2017**

JOSIELE SOUZA SANTOS

PRIVACIDADE EM AMBIENTE ELETRÔNICO

Pesquisa Temática

Projeto de Pesquisa apresentada como requisito para aprovação na disciplina de Direito da Informática na Faculdade de Direito da Universidade Paulista.

Orientador: Remy Gama Silva

**São Paulo
2017**

JOSIELE SOUZA SANTOS

PRIVACIDADE EM AMBIENTE ELETRÔNICO

Pesquisa Temática

Projeto de Pesquisa apresentada como requisito para aprovação na disciplina de Direito da Informática na Faculdade de Direito da Universidade Paulista - UNIP.

Orientador: Remy Gama Silva

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

_____/_____/_____
Prof. Nome do Professor
Universidade Paulista – UNIP

_____/_____/_____
Prof. Nome do Professor
Universidade Paulista – UNIP

_____/_____/_____
Prof. Nome do Professor
Universidade Paulista UNIP

CIP - Catalogação na Publicação

Santos, Josiele Souza

Privacidade Em Ambiente Eletrônico/

Josiele Souza Santos. - 2017.

34 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) apresentado ao Instituto de Ciência Jurídicas da Universidade Paulista, São Paulo, 2016.

Área de Concentração: Constitucional.

Orientador: Prof. Me.

Coorientador: Prof. Me. Remy Gama Silva.

1. Ambiente Eletrônico. 2. Privacidade. 3. Crimes. 4. Título. 5. Serie. I. (orientador). II. Silva, Remy Gama (Coorientador). III. Título.

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor do meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia, a minha família por ter me acompanhado nesta jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por me dar forças para concluir todos meus trabalhos nesta longa jornada e em especial a minha família pelo constante incentivo em concluir esta missão e por acreditar e terem interesse em minhas escolhas, apoiando-me e esforçando-se junto a mim, para que eu suprisse todas elas;

Aos meus amigos da graduação com os quais pude compartilhar momentos de amizade, sabedoria e reflexão;

Aos Professores incentivadores, obrigado pelo apoio, pela dedicação em suas orientações prestadas na elaboração deste trabalho, me incentivando e colaborando no desenvolvimento de minhas ideias.

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível. ”

(Charles Chaplin)

RESUMO

A privacidade no meio eletrônico é de extrema importância no mundo jurídico e da informática, suas regras são de aplicação imediata e os procedimentos são rápidos e proporcional ao caso. O objetivo deste é viabilizar o acesso aos meios de comunicação evitando-se a violação, tornando passíveis de direitos toda a sociedade. O alvo desta pesquisa é identificar como as normas de privacidade são aplicadas no Brasil e a quem compete julgar crimes desta espécie. A pesquisa realizada é de caráter qualitativo, com a impetração de um questionário com perguntas práticas do dia a dia tanto na vida das pessoas, quanto no judiciário acerca da aplicação das normas de privacidade no meio eletrônico, todas respondidas ao longo do trabalho. Ao aprofundar o tema, verifica-se que ao longo dos anos houve muitos crimes de informática, para tanto, nasceu as leis, instrumento este, capaz de minimizar o número de pessoas à terem sua privacidade virtual violadas por outras pessoas mal-intencionadas, todavia é importante lembrar que o sistema normativo ainda precisa melhorar muito na proteção dos meios de acessos eletrônicos, seja por via do poder judiciário ou por via de provedores.

Palavras-chave: Privacidade Eletrônica. Crimes. Norma.

ABSTRACT

Privacy in the electronic medium is of extreme importance in the legal and computer world, its rules are of immediate application and the procedures are fast and proportional to the case. The purpose of this is to make access to the media possible by avoiding violation, making the entire society eligible for rights. The aim of this research is to identify how the norms of privacy are applied in Brazil and who is responsible for judging crimes of this kind. The research carried out is of a qualitative nature, with the impetration of a questionnaire with practical questions from day to day both in the life of the people, and in the judiciary about the application of the privacy norms in the electronic environment, all answered throughout the work. When deepening the subject, it is verified that over the years there were many crimes of computer science, for that, the law was born, an instrument, able to minimize the number of people to have their virtual privacy violated by other malicious people, however it is important to remember that the regulatory system still needs to improve greatly in the protection of electronic means of access, either through the judiciary or through providers.

Keywords: Electronic Privacy. Crimes. Standard.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC	Código de Processo Civil
CF	Constituição Federal
JECRIM	Juizados Especiais Criminais
HC	Habeas Corpus
MC	Magna Carta
MP	Ministério Público
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
A PRIVACIDADE EM AMBIENTE ELETRÔNICO	11
CAPÍTULO I.....	12
2. PRIVACIDADE EM AMBIENTE ELETRÔNICO	12
2.1. Conceito, Finalidade e Natureza jurídica:	12
2.2. Evolução Histórica da Privacidade:	14
2.3. Crimes de Invasão de Privacidade:	15
2.4. Limites dos Usuários nos Meios Eletrônicos:	16
CAPITULO II	17
2. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL	17
2.1. Citações Doutrinárias e Julgados:	17
2.2. Da Responsabilidade dos Provedores:	20
2.3. Direito à Privacidade Eletrônica:	22
2.4. Competência para julgar os Crimes Informáticos	27
CONCLUSÃO	30
REFERENCIA	31

1. INTRODUÇÃO

Atualmente o Brasil é um país reconhecido, mundialmente, por sua rica e magnífica indústria de tecnologia nacional, cujo notório provém de seu sistema ordenado regras de privacidade eletrônica que não se restringe apenas as leis específicas, mas que aprimora em todas as fontes do direito e institutos que à norteia, como por exemplo a lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, a doutrina, as tradições, os costumes e Jurisprudência dos Tribunais.

A privacidade eletrônica é o principal objeto desse estudo, visto como um dos instrumentos legais mais importantes da legislação brasileira com a finalidade de assegurar a proteção a toda sociedade. Diante disso, é importante lembrar que a lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 é considerada uma das mais completa até os dias de hoje, mas ainda há muito o que melhorar e sendo assim, é possível observar que há inúmeros casos de tentativa de violabilidade no art. 1º, por este motivo o Brasil adotou leis mais protetivas.

A partir dessas premissas, o objetivo desse trabalho, concentra em estudar a importância da privacidade eletrônica e a relevância na solução de conflitos em seus mais diferentes aspectos e para que haja a melhor compreensão acerca da origem deste instituto o autor Alexandre de Moraes explica o surgimento e a finalidade da seguinte maneira:

O Antes da invenção dos computadores a proteção legal das pessoas, com respeito ao conteúdo das informações pessoais, estava limitada. Com o surgimento da informática, novas tecnologias ampliaram as possibilidades de acesso a informações, causando novas ameaças à privacidade. Isto provocou muitos sistemas jurídicos estrangeiros a ordenar novos regulamentos civis e penais direcionados a proteção da privacidade. A maioria dos estatutos de privacidade internacionais inclui providências que limitam o direito de acesso em dados pessoais de outra pessoa. (Silva, 2000, p.10).

¹

O presente trabalho foi dividido em dois capítulos, o 1º redigirá o conceito, a finalidade e a natureza jurídica do instrumento; a evolução histórica da informática; crimes de Invasão de Privacidade eletrônicos e os limites dos usuários nos meios eletrônicos. Em quanto que o 2º capítulo trata-se da proteção legal constitucional; citações doutrinárias, portanto, citará autores acerca do tema; a responsabilidade penal dos Provedores, direito a privacidade e a competência para julgar os crimes informáticos. Esta pesquisa terá a finalidade de busca informações sobre a privacidade eletrônica.

¹ SILVA, Remy Gama. **Crimes da Informática**. Editora CopyMarket.com, 2000. p.10. 2000.

UNIP - UNIVERSIDADE PAULISTA

JOSIELE SOUZA SANTOS

A PRIVACIDADE EM AMBIENTE ELETRÔNICO

Com a expansão da informática, novas tecnologias abriram possibilidades de acesso a informações, causando novas ameaças à privacidade.

**São Paulo
2017**

CAPÍTULO I

2. PRIVACIDADE EM AMBIENTE ELETRÔNICO

2.1. Conceito, Finalidade e Natureza jurídica:

A Privacidade é conceituada como o direito de manter informações pessoais e da vida em si sobre resguarde, ou seja, imposição de limites sobre aquilo que é pessoal por direito, quer seja um direito disponível ou indisponível; fungível ou infungível, é o controle das informações particulares de cada indivíduo, também considerada como o direito da personalidade.

Historicamente na antiguidade em meados dos séculos XVII e XVIII surgem a privacidade por meio das construções civis via divisões de quartos, onde então a privacidade passa a ser retrocesso histórico para a vida individual na sociedade.

Nos dias atuais a privacidade tem sofrido mudanças com a ampliação dos meios tecnológicos, onde as pessoas passaram a perde sua privacidade de maneira que não lhes restaram outras alternativas com a chegada das redes sociais a vida privada deixa de ser privada espontaneamente, pois a qualquer momento é possível haver qualquer informação particular rodando na internet e os principais vilão desta possibilidade são: a mídia, redes sociais tais como Facebook, Orkut, WhatsApp, Blogs, Sites de fofocas e etc. A despeito do conceito de privacidade José Serpa expressa com maior precisão:

É finalmente um modo específico de vivência pessoal, isolada, numa esfera reservada, consoante escolha espontânea do interessado, primacialmente dentro do grupo familiar efetivo, ou com maior insulamento, mas sempre sem uma notória forma de participação de terceiros, seja pelo resguardo contra a ingerência ou molestamento malevo alheio, seja pela utilização da faculdade que se lhe é atribuída para (SANTA MARIA, 1987. p. 551987).²

Importante ressaltar que a privacidade e intimidade são sinônimos, sendo assim, meios essenciais à convivência entre os homens em sociedade, assegurada os direito, deveres e proteção pela constituição; tratados e convenções internacionais; leis especiais e ordinárias.

² SANTA MARIA, José Serpa de. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. Campinas: Julex, p. 55. 1987.

A finalidade da privacidade é de início à proteção da vida, do nome, do asilo, da correspondência, da imagem, da família, do sigilo bancário, do sigilo de dados, da intimidade entre outros. É possível encontrar claramente as evidências finalísticas ou objetivas nas regras de privacidade na forma universal da Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 12; no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos nº 1 e 2; e nacionalmente na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso X; artigo 21 do Código Civil e artigos 150, 151 e 153 ambos do Código Penal.

Em se tratando de natureza jurídica deve se analisar alguns aspectos relevante para tal definição, em especial o direito da personalidade, ou direito personalíssimo, garantidora de direitos e deveres para todos os seres dotado de capacidade para a pratica da vida civil, sendo esta a qualidade de ser pessoa resguarda pelo direito.

Em havendo atrito entre personalidade e abusos de direitos fundamentais ocorrerá por consequência a violação dos direitos à privacidade do homem em sociedade protegida por regras, princípios e costumes, assim entendido, especifica-se a natureza jurídica da privacidade como decorrente da lei tal qual emana do povo; sendo ainda de caráter individual, estreitamente público por decorrer de interesse social, destinado a proteção do particular.

Em se tratando do tema em discursão, surge questionamentos sobre a privacidade nos dias atuais, já que está a todo vapor quase extinta, por tanto, qual a importância da privacidade na vida das pessoas? Que benefícios ela pode trazer a longo e curto prazo? É possível reaver a privacidade com maior relevância na sociedade?

A privacidade importa na harmonização entre as nações de modo geral; respeito aos limites a que é permitido; sobrepõe a proteção a pessoa e tudo que dela possua. Este instrumento traz em si dois fatores cruciais, sendo a paz social e paz espiritual do ser. Esta gloriosa proteção convive nitidamente entre os povos, mas quase extinta como dito acima, para regata-la é preciso disciplinar a mente das pessoas fazendo com que cada uma se situem no seu devido lugar, contentando tão somente com as informações a que lhe deu permissão, mas para isso é preciso punições severas para aqueles que ultrapassar certos e determinados limites, com a legislação vigente é quase impossível, pois como se sabe a lei é branda e omissa.

2.2. Evolução Histórica da Privacidade:

A partir do século XVIII inicia-se os indícios de privacidade devido as modificações no comportamento social, que no Brasil originalmente está escrito na Constituição de 1988 determinado como direitos fundamentais essenciais à liberdade, consagrado no artigo 5º, inciso X como princípio constitucional.

Quando se fala em privacidade, está se referindo a característica institucional do Código Civil de 2002 a personalidade, ora, sem esta não há em que se falar em privacidade, limite advindo da lei. Conflitos novos começam ao surgir quanto a vida privada entre os particulares e em seguida a extensão que ocorreu de forma um pouco lenta, mas notável na comunicação virtual e junto com estes advieram as consequências fáticas. A autora Vânia Sciliano salienta que o surgimento da liberdade dá sinais ainda era burguesa, expressando:

Na realidade, a intimidade era um privilégio das classes sociais mais altas e dos indivíduos que viviam à margem da sociedade, como excluídos de toda a sorte, tais como: bandidos, pastores, artistas etc.

À medida que as condições sociais e econômicas conduziam ao desenvolvimento dos núcleos urbanos, crescia na burguesia emergente a expectativa de proteger a intimidade. Portanto, o direito à intimidade se sedimentou como uma aspiração burguesa, transformando um privilégio de poucos numa expectativa de muitos. (AIETA, 1999. p. 78).³

Vânia, traduz em suas palavras a importância da privacidade com o termo intimidade, para todos os homens de bem, mas traz consigo a exceção a alguns por ser absolutamente impossível devido a profissão que exerce, mas deve se levar em consideração a vida pessoal destes, pois se distingue da vida profissional.

³ AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 78.

2.3. Crimes de Invasão de Privacidade:

Diante da facilidade, popularização do acesso à internet, muitos crimes vêm surgindo ao longo dos anos por pessoas comuns no mundo virtual, mas há também os sábios, os nerds que usa toda sua sabedoria e conhecimento para cometer crimes virtuais sobre a concepção de que passará tais crimes despercebidos, devido à falta de punições e brechas da lei.

Em 1960 tem-se as primeiras referências sobre crimes virtuais, sendo os mais típicos a manipulação e sabotagem de sistemas de computadores, mais precisamente na década de 70 surge os denominados Hacker os invasores de sistema e furto de software.

Anos depois em aproximadamente 1980 diversas espécies de crimes veio surgindo como a pirataria, pedofilia, invasão de sistemas, propagação de vírus. Neste período Kevin Mitnick tornou-se o mais conhecido entre os Hacker. Em meio a tantas pessoas mau intencionadas espalhadas pelo mundo, começa-se aqui a preocupação universal quanto a esta contaminação maliciosa.

Na atualidade em pleno século XXI, ano de 2017 a empresa We Are Social e Hootsuite fez levantamento de dados e trouxe à baila as estatísticas brasileira contendo a seguinte informação: contabiliza-se 139 milhões de internautas no Brasil; em que metade da população encontra-se conectadas a internet por dispositivos móveis; 58% utilizam redes sociais; passando 8h56m diárias conectadas, 3h43m nas redes sociais, isto quer dizer que já estamos na era digital.

Exposto isto, em análise ao Código Penal brasileiro nota-se uma enorme fragilidade quanto aos crimes eletrônicos atuais, mas como toda regra tem exceção, algumas alterações sofreram determinados artigos por conta de novas leis que surgiram repercutindo os fatos, entre as modificações estão os artigos 154-A e 154-B no Capítulo IV, são os crimes contra a liberdade individual.

Os crimes de invasão de privacidade da modernização eletrônica são: divulgação de segredo, falsificação, fraude, subtração de informações, ideias, projetos, tutela do software e muitos outros. Para o combate aos crimes cibernéticos, recentemente foi criado o Marco Civil da Internet, lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, com o objetivo de orientar os direitos e deveres dos usuários, provedores de serviços e conteúdos e demais envolvidos com o uso da Internet.

2.4. Limites dos Usuários nos Meios Eletrônicos:

A Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso IX, viabiliza aos cidadãos a liberdade de expressão podendo as pessoas expressar suas ideias, críticas e opiniões, instrumento este primordial para o exercício da democracia e garantias fundamentais. Mas a sociedade evoluiu e junto a evolução consequências fatais na vida privada do particular em especialmente quanto ao mundo online.

Aqui começa a implementação dos abusos da liberdade de expressão exercida via Internet, conflitos de interesse social e que não podem ficar em puni. Pessoas intolerantes ferem diariamente os direitos de personalidade individual, de grupos e comunidades, propagando o discurso do ódio, crescendo assim as demandas no judiciário.

Mas como toda e qualquer relação social, o uso da Internet e dos demais meios de comunicação, enseja direitos e deveres a todos os sujeitos envolvidos, ultrapassando estes limites, ocorrerá de forma voluntaria a aplicação de diversas sanções conforme lei nº 12.965/2014, lei 13.188/2015 e lei 12.737/2012, cabendo reparação de danos decorrente do abuso da liberdade de expressão praticado na Internet.

O Marco Civil da Internet garante a privacidade dos usuários, não podendo os usuários vender ou ofertar informações para empresas terceiras nacionais ou internacionais sem a prévia autorização do particular. Enquanto que a privacidade protege o sigilo nas comunicações online.

CAPITULO II

2. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL

2.1. Citações Doutrinárias e Julgados:

A tutela do direito à privacidade objetiva proteger não só o indivíduo, mas também, toda a sociedade, via limitações de vontades e ações de onde começa e onde termina o direito de cada indivíduo em relação a sua intimidade.

Atualmente encontra-se a proteção da privacidade nos na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 12 que expressa que a família, a vida, o lar, a honra, a reputação, as correspondências são invioláveis e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos artigo 17, nº 1 e 2 advoga que contra força arbitrário e ofensas terá proteção legal toda e qualquer pessoa a sua família, seu domicílio, sua correspondência, sua honra e reputação.

Nacionalmente encontra-se amparo na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso X; o qual concede proteção a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos indivíduos, sendo assim, cabe indenização por danos material ou moral, caso haja invasão da privacidade ou violação de direitos fundamentais;

Passando nitidamente pelo artigo 21 do Código Civil que estatui ser inviolável a vida privada da pessoa natural;

Já os artigos 150 consagram a proteção ao domicilio sobre o fundamento de quem é inviolável sua entrada sem autorização do morador, enquanto que o 151 inviabiliza a violação, Sonegação ou destruição de correspondência, fechada, comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica, e o 153 descreve que não poderá ser divulgado conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, caso esta presume provocação de danos ambos do Código Penal.

A lei 12.737 de 30 de novembro de 2012, Lei Carolina Dieckmann, implementa o Código Penal acrescentado a este os artigos 154-A e 154-B fortalecendo mais a legislação devido a repercussão que o fato ferrador desta lei causou. E ainda na lei especial nº 12.965, de 23 de abril de 2014, marco civil da internet que abrange todos crimes eletrônicos.

O artigo 5º, IV da CF também está relacionado com o direito à privacidade, tal dispositivo confere aos cidadãos a liberdade na manifestação do pensamento, mas em

contrapartida veda o anonimato. Neste sentido Celso Ribeiro Bastos lesiona:

Proíbe-se o anonimato. Com efeito, esta é a forma mais torpe e vil de emitir-se o pensamento. A pessoa que o exprime não o assume. Isto revela terrível vício moral consistente na falta de coragem. Mas, este fenômeno é ainda mais grave. Estimula as opiniões fúteis, as meras assacadilhas, sem que o colhido por estas maldades tenha possibilidade de insurgir-se contra o seu autor, inclusive demonstrando a baixa moral e a falta de autoridade de quem emitiu estes atos. Foi feliz, portanto, o texto constitucional ao coibir a expressão do pensamento anônimo. (BASTOS, 1989. p. 43-44).⁴

O anonimato ocorre por agente que se oculta e torna-se absolutamente incapaz a sua identificação, mesmo nos moldes da impossibilidade, ainda assim é poderá capturar sua verdadeira identidade por meio do provedor. Ainda sobre a opinião doutrinária sobre a questão do anonimato Ministro Celso de Mello entende:

O veto constitucional ao anonimato, como se sabe, busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, pois, ao exigir-se a identificação de quem se vale dessa extraordinária prerrogativa político-jurídica, essencial à própria configuração do Estado Democrático de Direito, visa-se, em última análise, a possibilitar que eventuais excessos, derivados da prática do direito à livre expressão, sejam tornados passíveis de responsabilização, a posteriori, tanto na esfera civil, quanto no âmbito penal. (Mello, informativo 286).

Permite-se a quebra do sigilo, telefônico, bancária correspondência em casos de necessidade de investigação ou instrução de processo criminal, segue julgados neste sentido:

Processo RHC 5065 MG 1995/0060710-7
Orgão Julgador T5 - QUINTA TURMA
Publicação DJ 29/09/1997 p. 48228
Julgamento 19 de Março de 1996
Relator Ministro EDSON VIDIGAL

Ementa

PENAL. PROCESSUAL. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES BANCARIAS PELO MINISTERIO PÚBLICO. SIGILO BANCARIO. "HABEAS CORPUS". RECURSO.

1. QUALQUER INFORMAÇÃO EM PODER DE ESTABELECIMENTOS BANCARIOS, MESMO QUE NÃO DESCREVA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA, DEVE SER OBTIDA ATRAVES DO PODER JUDICIARIO.

2. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO FACE AO ABUSO DE PODER DA AUTORIDADE COATORA.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Ed. Saraiva, volume II, págs. 43-44. 1989.

3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO; ORDEM CONCEDIDA PARA QUE SE EXPEÇÃO DEVIDO SALVO-CONDUTO.

Acórdão
POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA CONCEDER A ORDEM EM FAVOR DOS PACIENTES

Trata-se de Recurso Ordinário em Habeas Corpus referente a quebra de sigilo bancário no qual o órgão julgador entende nas conformidades das leis e da constituição que a quebra de sigilo bancário poderá ocorrer por via judicial em caso de crimes. Lembrando que havendo quebra de sigilo com abusos de forma indevida, haverá por consequência indenização por danos moral ou material, para tanto, segue julgado:

Processo RR 26885020115030030
Orgão Julgador 3ª Turma
Publicação DEJT 15/08/2014
Julgamento 28 de Agosto de 2013
Relator Alexandre de Souza Agra Belmonte

Ementa
RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

O entendimento deste Tribunal Superior tem caminhado no sentido de que a pesquisa nas movimentações em conta corrente de empregado de instituições bancárias viola a garantia constitucional de preservação da intimidade e da privacidade elencados no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, ensejando a caracterização de dano moral e a consequente indenização, desde que não seja feito de forma indistinta. Precedentes. Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e provido.

Recurso provido, no qual o órgão julgador reconheceu que a decisão anterior que divergia com a jurisprudência. Este acórdão dá a pare recorrente o direito a indenização por dano moral por quebra do sigilo bancário de forma abusiva e indevida.

2.2. Da Responsabilidade dos Provedores:

O termo Provedor é de origem inglesa, Internet Service Provider, que significa Fornecedor de Acesso à Internet ou Provedor de Serviço Internet. São as operadoras prestadoras de serviços cibernético para determinados cliente podendo ser pessoa natural ou jurídica com a finalidade de conectar um computador à Internet possibilitando a navegação em sites e acesso a serviços e redes sociais.

No âmbito Civil para decidir os tipos de danos em um caso concreto é preciso seguir a distinção entre as diversas espécies de provedores descritas na lei n 12.965/14 Marco Civil da Internet.

Estas operadoras responderam por omissão quando notificada por qualquer de seus usuários quanto a ocorrência de atos ilícitos e nada o fizer, ficando inerte durante o prazo de 24 horas sobre o dever de remover seu conteúdo ou impedi-lo, nestes casos responderá solidariamente pelos danos causados. A despeito segue acordão:

Processo AgRg no AREsp 137944 RS 2012/0003695-0
 Orgão JulgadorT4 - QUARTA TURMA
 Publicação DJe 08/04/2013
 Julgamento21 de Março de 2013
 Relator Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROVEDOR DE CONTEÚDO DA INTERNET. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OMISSÃO. SÚMULA N. 7/STJ.

1. Os provedores de conteúdo da internet não se submetem ao art. 927do CC/2002, que trata da responsabilidade objetiva, pois a inserção de mensagens com conteúdo ofensivo no site não constitui um risco inerente à atividade, nem tampouco ao art. 14 do CDC, por não se tratar de produto defeituoso.
2. Possuem responsabilidade subjetiva por omissão os provedores de internet que, após serem notificados sobre a existência de página com conteúdo ofensivo, permanecem inertes.
3. No caso concreto, o Tribunal de origem, analisando a prova dos autos, concluiu pela configuração do dano moral, em virtude da inércia da recorrente em bloquear a página da rede social com conteúdo ofensivo, condenando-a ao pagamento de danos morais.
4. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.
5. O valor da indenização foi fixado de forma a preservar a dupla finalidade da condenação, considerando as peculiaridades subjetivas do caso. Rever tal entendimento implicaria o reexame de fatos provas, o que é vedado pelo óbice da referida Súmula.

6. Agravo regimental desprovido.

Acórdão

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Março Buzzi, Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Aplica-se também o Código do Consumidor para soluções de conflitos pois o artigo 2º define serviço de qualquer natureza prestado ao consumidor final.

Quanto a responsabilidade penal dos provedores no que diz respeito à pornografia infantil nas redes sociais da internet, temos a lei especial o Estatuto da Criança e do Adolescente que visa a proteção. Aqui analisa-se a conduta no tipo penal, a verificação da autoria do ilícito penal mediante os recursos tecnológicos existentes atualmente e as condições materiais e processuais lícitas.

2.3. Direito à Privacidade Eletrônica:

A privacidade é um direito que está assegurado pela Constituição Federal e leis especiais como a lei do marco civil da internet, o direito à privacidade limita-se somente ao titular do direito e aos incapazes, mas não se estende às pessoas jurídicas, por se cuidar de um direito personalíssimo.

É um princípio Constitucional que tende a controlar o comportamento das pessoas nos modos de pensar, agir, criar e de fala com o intuito de equilibrar o direito à liberdade e o direito à privacidade; neste contexto, além da CF/88, qual o instituto e dispositivo que regula e equilibra os dois princípios, liberdade e privacidade eletrônica?

Notoriamente, o Marco Civil da Internet é a legislação mais atual que trata dos direitos e deveres dos cidadãos na Internet, mais especificamente nos artigos 3º, inciso I e II. Dito isto, assim apresenta a Carta Magna:

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;
 IV - É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

O artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos advoga:

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contrastais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

Artigo 17, nº 1 e 2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos lesiona:

1º ninguém será objeto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação.
 2º toda e qualquer pessoa tem direito à proteção da lei contrastais intervenções ou tais atentados.

Artigo 21 do Código Civil de 2002 expressa:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Na Seção IV - Dos Crimes Contra a Inviolabilidade Dos Segredos dos artigos 150, 151 e 153 do Código Penal contesta:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - Durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - A qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - Qualquer compartimento habitado;

II - Aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - Taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Sonegação ou destruição de correspondência

§ 1º - Na mesma pena incorre:

I - Quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói;

Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica

II - Quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;

III - quem impede a comunicação ou a conversação referida no número anterior;

IV - Quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal.

§ 2º - As penas aumentam-se de metade, se há dano para outrem.

§ 3º - Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico:

Pena - detenção, de um a três anos.

§ 4º - Somente se procede mediante representação, salvo nos casos do § 1º, IV, e do § 3º.

Correspondência comercial.

Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

§ 1º Somente se procede mediante representação. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 1o-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2o Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Violação do segredo profissional.

A Lei nº 12.737/2012, Carolina Dieckmann - Invasão de dispositivo informático, nos artigos 154-A e Art. 154-B consagra:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

§ 4º Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

I - Presidente da República, governadores e prefeitos; (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

IV - Dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência Ação penal (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime e cometido contra a administração pública direta ou

indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência.

Importante ressaltar a Lei nº 12.965/014, Marco Civil da Internet - Cap. II. Dos Direitos e Garantias dos Usuários – Cap. III. Da Provisão de Conexão e de Aplicações de Internet, estabelecem:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - Inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - Inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - Inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - Não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - Manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - Informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - Não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expreso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - Informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - Consentimento expreso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - Exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - Publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - Acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - Aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I - Impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - Em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Sabe-se que a legislação brasileira é considerada a mais completa, mas ainda há muito o que melhorar na questão da pena e aplicação desta para as mais diversas espécies de crimes que ressurge e se renova todos os dias na internet, para melhor compreensão Mário Furlaneto Neto e José Augusto Chaves Guimarães consolida:

A informática permite não só o cometimento de novos delitos, como potencializa alguns outros tradicionais (estelionato, por exemplo). Há, assim, crimes cometidos com o computador (The computer as a tool of a crime) e os cometidos contra o computador, isto é, contra as informações e programas nele contidos (The computer as the object of a crime)”. É nesse último sentido que o Art. 154-A foi inserido no rol de crimes do Código Penal, estabelecendo assim o chamado crime de informática puro, aquele que a conduta ilícita (NETO, p. 69. 2003).⁵

Isto reque uma preocupação para solução dos crimes ocorridos na internet e, mais que isto, melhorias na lei para a punição dos crimes atuais, lembrando que diariamente surgem novos crimes de internet e com isto o enfraquecimento da Lei Penal de 1940.

⁵ NETO, Mário. **Crimes na internet: elementos para uma reflexão sobre a ética informacional**. Revista CEJ. Brasília, ano VII, n. 20, p. 69. 2003.

2.4. Competência para julgar os Crimes Informáticos

Para tratar do tema competência, deve-se fazer breves análises sobre o conceito de jurisdição, definido como o poder-dever do Estado-juiz de aplicar o direito ao caso concreto. Para tanto, cabe ao Estado limitar, assim como concede o poder do juiz, por isso é que se diz que a competência é o limite da jurisdição.

A Competência estabelece a área de atuação do juiz, sendo esta dividida nas seguintes espécies: competência em razão da matéria; a competência em razão da pessoa e a competência em razão do lugar nos moldes do artigo 69 do Código de Processo Penal abaixo:

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:

I – O lugar da infração;

II – O domicílio ou residência do réu;

III – A natureza da infração;

IV – A distribuição;

V – A conexão ou continência;

VI – A prevenção;

VII – A prerrogativa de função.⁶

Com tudo, a competência em razão da matéria é a competência atribuída ao juízo no que concerne a matéria a ser discutida, objeto da lide, como por exemplo nos crimes dolosos contra a vida deverá ser julgado no Tribunal do Júri; o crime de menor potencial ofensivo deve correr nos Juizados Especiais Criminais conhecido como JECRIM e assim por diante.

De certo temos a competência em razão da pessoa, aqui algumas pessoas possuem prerrogativas de função como nos casos de crimes praticados pelo Presidente e Vice-Presidente da República, sendo competente o Supremo Tribunal Federal; nos casos de crimes cometidos pelo Prefeito municipal a este compete o Tribunal de Justiça da Comarca em que atua como prefeito. Já a competência em razão do lugar, diz o local em que se consumou o fato ou praticou o último ato de ação ou omissão delituosa.

Retomando o assunto para abordar sobre os crimes eletrônicos é necessário que se faça lembrar que os crimes de internet poderão ser praticado por qualquer pessoa em qualquer lugar

⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Lei ordinária que institui o Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>; Acesso em: 15 out. 2017.

do mundo e através dos mais variados dispositivos eletrônicos, celulares, tablet, computadores e etc. Ressalta-se neste momento que o Código Penal está desatualizado e para que saiba onde será determinada a competência por conta da amplitude do acesso à internet podendo assim, cometer crimes em qualquer lugar do mundo, será está definida por leis especiais.

Quanto aos crimes tentados e consumados, de acordo com o Código de Processo Penal a regra aplicada é a do local em que se consumou o fato ou praticou o último ato de ação ou omissão delituosa, mas para os crimes Cibernéticos será o local onde se encontra o provedor.

Os crimes que se dá início no Brasil e transcorre para o exterior a competência é da Justiça Federal, a este também compete os crimes cometido contra a bens protegido pela União.

A Constituição decide a competência para crimes de pornografia infantil veiculada na rede mundial de computadores, atribuindo assim a Justiça Federal, em se tratando de competência para os crimes em geral tem-se os art. 69, e 70 do Código de Processo Penal. A baixo segue julgados a respeito:

Processo ACJ 20140610124355
 Orgão Julgador³ Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal
 Publicação Publicado no DJE : 21/05/2015 . Pág.: 348
 Julgamento⁵ de Maio de 2015
 Relator ASIEL HENRIQUE DE SOUSA

Ementa

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPUTAÇÃO DE CRIMES EM REDE SOCIAL RESTRITA A COMUNIDADE CONDOMINIAL - LESÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE - DANO MORAL CARACTERIZADO. "QUANTUM" INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. INCOMPETÊNCIA JUIZADO POR COMPLEXIDADE DA CAUSA AFASTADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA NÃO CONFIGURADA. PEDIDO FORMULADO EM CONTRARRAZÕES NÃO CONHECIDO. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - Não se conhece do pedido de majoração do valor dos danos morais quando formulado em sede de contrarrazões.

2 - A complexidade da causa que induz incompetência do juizado especial é aquela para cujo exame dos fatos se faz necessária a realização de prova técnica incompatível com o rito sumaríssimo do juizado especial. A mera necessidade de produção de mais provas não afasta a competência do juizado. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL AFASTADA.

3 - Condômino membro de diretoria de condomínio que teve a honra subjetiva e objetiva atingidas em razão da imputação de prática de crimes por seus membros tem legitimidade ativa para ingressar com ação de indenização contra o ofensor. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA.

4 - No caso em exame não houve violação ao contraditório e à ampla defesa no julgamento do feito, porquanto a autora, apresentou sua defesa, sendo oportunizada a

produção de prova documental e testemunhal, inclusive com o depoimento pessoal autora. PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA.

5 - No rito sumariíssimo dos Juizados Especiais Cíveis a defesa está adstrita à negativa do fato, da autoria ou da ofensividade, não se prestando para o expediente de exceção da verdade, ainda mais quando desprovida, a tese defensiva, de elementos de prova material haurida em processo criminal.

6 - A divulgação de missiva pela internet, ainda que destinada apenas à comunidade condominial (Condomínio Alto da Boa Vista), com teor acusatório da prática dos crimes de ameaça e formação de quadrilha, atribuídos à diretoria do condomínio, ofende a honra objetiva e subjetiva dos integrantes da diretoria atingida e autoriza indenização por danos morais.

7 - Se o valor da indenização por dano moral, conquanto fixado em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a desestimular o ofensor a repetir a falta, constitui empobrecimento indevido para o ofensor, sua redução é medida que se impõe.

8 - Assim, a existência de 13 (treze) demandas de indenização por danos morais ajuizadas contra a recorrente e derivadas da mesma situação fática, nas quais foram arbitradas indenização de R\$ 2.000,00, que somadas perfaz um valor de R\$ 26.000,00 a ser pago pela ofensora, autoriza a redução do quantum indenizatório fixado na sentença para R\$ 500,00, valor suficiente a reparar o dano sem importar em enriquecimento indevido da vítima, nem empobrecimento da ofensora.

9 - RECURSO CONHECIDO, PRELIMINARES REJEITADAS E, NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDO.

10 - Sem custas e honorários em razão do disposto no art. 55 da Lei 9.099/95.

Acordão

CONHECIDO. PRELIMINARES REJEITADAS. PARCIALMENTE PROVIDO.
UNÂNIME

CONCLUSÃO

Diante dos fatos aqui expostos, compreende-se que a privacidade é um princípio constitucional protegido pela constituição e que além da constituição há ainda leis especial, ordinária e princípios que regula este direito importante frisar que a lei penal é muito frágil e não consegue acompanhar a modernidade da internet, facilitando assim o surgimento de novos crimes.

Apreende-se também que é cabível danos morais e matérias em caso de invasão de privacidade alheia, mas como toda regra tem exceção, é permitido a quebra de sigilo somente nos casos previsto em lei, com autorização judicial para apuração de crimes e deve o cidadão provar a omissão do provedor nos crimes eletrônicos.

Essa pesquisa tem finalidade de esclarecer o direito à privacidade e deixar claro que é irrenunciável, inalienável, e irrevogável, ou seja, não se pode renunciar, alienar ou revogar, pois este é um dos direitos personalismo e está assegurado pela Carta Maior em seu artigo 5, X.

Este direito firmado na CF vem sofrendo violações, pois a sociedade não tem respeitando estas normas, abrindo espaço para o uso indevido de informações; práticas de abusos; crimes de pedofilia; estelionatos; golpes e todos os tipos de ataques de intolerância.

Conclui-se que para minimizar estes atos de maldades é preciso apregoa a legislação legal, constitucional e os princípios atinentes a estas regras para toda a nação, com o objetivo da reeducação e organização do comportamento das pessoas. Outro meio eficaz para solucionar estes problemas é por meio da aplicação rigorosamente da aplicação da pena para quem viola a privacidade eletrônica de outrem, destarte que a lei atual é excessivamente muito branda.

REFERENCIA

- SILVA, Remy Gama. **Crimes da Informática**. Editora CopyMarket.com, 2000. p.10. 2000.
- SANTA MARIA, José Serpa de. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. Campinas: Julex, p. 55. 1987.
- AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 78.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 3. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Ed. Saraiva, volume II, págs. 43-44. 1989.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. Ed. 10. São Paulo: Editora Atlas, 2001.
- TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito eletrônico**. 1. Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda. 2007.
- WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos: Ameaças e procedimentos de investigação**. Rio de Janeiro: Brasport, 2012.
- ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_home_m.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.
- LEITE, Antonio José Maffezoli; MAXIMIANO Vitore, ZILIO André. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>. Acessado em: 15 out. 2017.
- DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 1º vol., 20ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003.
- DONEDA, D. C. M. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade**. In: **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000.
- NETO, Mário. **Crimes na internet: elementos para uma reflexão sobre a ética**

informativo. Revista CEJ. Brasília, ano VII, n. 20, p. 69. 2003.

BRASIL. **Marco Civil da Internet**. Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Lei ordinária que institui o Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>; Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Lei especial que institui sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>; Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial/ SP**. Relator FERREIRA Antônio Carlos. Publicado no DJe 08/04/201. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23101774/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-137944-rs-2012-0003695-0-stj/relatorio-e-voto-23101776>>. Acessado em: 15 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível do Juizado Especial/ DF**. Relator SOUSA Asiel Henrique de. Publicado no DJE : 21/05/2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190187424/apelacao-civel-do-juizado-especial-acj-20140610124355>>. Acessado em: 15 out. 2017.

_____. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.