

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 879

(Ano X)

(10/11/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

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: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



05/11/2018 Luiz Flávio Gomes

» [Justiça vassálica não capta recado das urnas rebeladas](#)

ARTIGOS

09/11/2018 Bárbara Ruita Czapski

» [A eficácia da aplicabilidade da Lei Maria da Penha no combate a violência doméstica](#)

09/11/2018 João Pedro Magalhães Rios

» [Possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa como forma de responsabilização aos agentes políticos.](#)

09/11/2018 Edson Luciano Pereira Figueirêdo Filho

» [O Biodireito como mecanismo transversal entre Direito e Saúde: velhas colisões e a proteção da dignidade humana](#)

09/11/2018 Thais Nogueira do Nascimento

» [O benefício de prestação continuada e os obstáculos contemporâneos para a sua concessão](#)

08/11/2018 Alice Santos Veloso Neves

» [Precisamos de um Ônibus Rosa?](#)

08/11/2018 Luana Ribeiro Nunes

» [Interpretação extensiva da Lei Maria da Penha para os casais homoafetivos e transsexuais.](#)

08/11/2018 Francelino Leandro dos Santos Oliveira

» [A incidência de direitos e garantias fundamentais no âmbito administrativo e a inconstitucionalidade da multa da recusa](#)

08/11/2018 Dionatan oliveira cabral

» [Atos ilícitos praticados contra o autor da herança e o direito de deserdar](#)

07/11/2018 João Daniel Correia de Oliveira

» [Honorários advocatícios de acordo com o novo Código de Processo Civil](#)

07/11/2018 Mariane Dal Bem Fialho

» [Estudo sobre a mediação como método autocompositivo de resolução de conflitos: um novo paradigma de acesso à justiça](#)

07/11/2018 Daniel Tavares Silva Parreira

» [A responsabilidade extracontratual do Estado: A responsabilidade extracontratual e o dever de indenizar do Estado diante da insuficiência de proteção ao cidadão advinda da omissão legislativa inconstitucional](#)

06/11/2018 Leticia Rodrigues Lira

» [Vitimologia no Direito Penal: importância da vítima no delito](#)

06/11/2018 Andressa Marta Gomes Ferreira

» [Colaboração Premiada: Análise Crítica na Operação Lava Jato](#)

06/11/2018 João Daniel Correia de Oliveira

» [Equiparação entre companheiro e cônjuge no plano sucessório](#)

06/11/2018 Renato Nascimento Lessa

» [A teoria dos precedentes judiciais à luz dos princípios da segurança jurídica e da igualdade](#)

05/11/2018 Gabrielle Brito dos Santos

» [A reparação judicial diante do dano psicológico provocado pelo abandono afetivo](#)

05/11/2018 Marília Gabriella Pereira Lima

» [Dolo eventual e da culpa consciente do homicídio no trânsito](#)

05/11/2018 Layze Castro Moraes

» [Mistanásia: um olhar sobre a dignidade da pessoa humana no Sistema Único de Saúde](#)

05/11/2018 Benedito Carlos Costa Santos Filho

» [Estado deocrático de direito e voto facultativo](#)

JUSTIÇA VASSÁLICA NÃO CAPTA RECADO DAS URNAS REBELADAS

LUIZ FLÁVIO GOMES: é professor e jurista, Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri e Mestre em Direito Penal pela USP. Exerce o cargo de Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Atuou nas funções de Delegado, Promotor de Justiça, Juiz de Direito e Advogado. Atualmente, dedica-se a ministrar palestras e aulas e a escrever livros e artigos sobre temas relevantes e atuais do cotidiano.

Nem a Justiça nem os setores bandidos das camadas dirigentes endinheiradas (setores do mundo econômico e financeiro) ainda entenderam o recado duro e contundente dado pelas urnas contra o velho sistema e seus métodos criminosos.

As massas rebeladas estão triturando esse apodrecido sistema de poder, seja ele de esquerda, de centro ou de direita. A Justiça faz parte dele quando se comporta feudovassalicamente como aparato de sua proteção.

O mundo evoluiu, entramos na era digital (Revoluções 3.0 e 4.0) e a Justiça, particularmente a eleitoral, continua analógica, como se as urnas eletrônicas e as Fake News não fossem capazes de gerar preocupação e prejuízos para a democracia.

A Justiça desconsidera e mantém sua cegueira deliberada em relação à capacidade corrosiva dos setores bandidos das camadas dirigentes (que ora apoia a esquerda, ora o centro, ora a direita). O descompasso entre ela e a população é imenso.

Grande parcela da sociedade civil, de outro lado, não mais tolera a parcialidade e o descaramento de alguns juízes, ou mesmo membros do Ministério Público, que misturam política com Justiça. Precisamos, com a colaboração das próprias instituições, encontrar saídas para colocar ordem na Casa. A bagunça está instalada.

Para evitar acusações genéricas, vejamos o péssimo exemplo do ministro Gilmar, que não sai do Palácio Jaburu. É caso de disfuncionalidade emblemática e patológica. Juiz, por força da Constituição brasileira, não é

consultor jurídico. Juiz não pode julgar casos de seus amigos, muito menos dos patrocinadores dos seus eventos. Nenhum juiz pode, para se rebelar contra a Lava Jato, arquivar inquérito sem ouvir o Ministério Público.

A Justiça vive de credibilidade. Ela não tem tanques de guerra à sua disposição. Sem credibilidade a Justiça vira um zumbi errático. Sem força e sem moral pode ser engolida em qualquer momento, como o foi na Venezuela e no Peru, em décadas recentes.

Impõe-se, para a salvaguarda da Nação e da Democracia, uma correção profunda e urgente no *modus procedendi* dos atores da Justiça. Autocontenção para evitar novos abusos. Os ministros do STF têm que divulgar um código ético de conduta, assumindo o compromisso público de que irão segui-lo rigorosamente. E que o exemplo venha em seguida. Aprende-se ética também pelo exemplo.

É crucial que a população volte a acreditar na Justiça, sobretudo em tempos bicudos, impregnados de autoritarismos, voluntarismos e populismos. Só contamos com a força dela para evitar uma eventual regressão à ditadura, assim como violações sistemáticas aos direitos fundamentais. O Brasil não pode se transformar numa Venezuela nem pode copiar Filipinas, cujo presidente só tem um ressentimento, que são seus assassinatos quase diários.

Chega de juiz se transformar em comentarista político, econômico ou social. Chega de votos anunciados pela imprensa. Juiz fala no processo. Chega de ofensas recíprocas entre magistrados, como se tivessem numa arquibancada futebolística.

Em vários momentos da nossa História constitucional, quando mais precisamos da atuação firme do Judiciário em defesa da Constituição e da Democracia, posicionando-se contra desmandos praticados pelas facções bandidas das elites ou camadas dirigentes (de esquerda, de centro e de direita), o Judiciário se acovardou, cumprindo papel vassálico de proteção dos senhores neofeudais cleptocratas.

Na hora de tirar Renan Calheiros da presidência do Senado, porque tinha se transformado em réu, o STF falhou. Na hora do impeachment da Dilma fracionaram uma norma constitucional infracionável e preservaram seus direitos políticos. Na hora de eliminar do Senado Aécio Neves por ter pedido propina de R\$ 2 milhões à JBS o STF se curvou às forças bandidas de alguns setores dos dirigentes da Nação e se tornou conivente com o abuso.

Se de um lado falha, de outro a Justiça também tem exemplos positivos. Impediu a manobra da posse do Lula como ministro da Dilma, impediu a posse de Cristiane Brasil como ministra do Trabalho, julgou inconstitucionais as abusivas conduções coercitivas da Lava Jato, revogou algumas prisões preventivas excessivas etc.

Quando tudo parece estar entrando em colapso, é da Justiça que temos que nos valer para a preservação de algumas conquistas civilizatórias como são a democracia, os direitos e as liberdades fundamentais, o Estado de Direito, a divisão dos poderes e, sobretudo, a sinalização de que o povo brasileiro tem um futuro melhor.

A EFICÁCIA DA APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NO COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

BÁRBARA RUITA CZAPSKI: Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO)

ANTÔNIO CÉSAR MELLO

(Orientador) [1]

RESUMO: O presente artigo tem a intenção de discutir o fenômeno da violência doméstica e a criação e aplicabilidade da Lei Maria da Penha nº 11.340/2006, argumentando sobre seu objetivo. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica, extraída de doutrinas e da legislação, foi realizada uma análise da real eficácia da aplicabilidade da referida Lei. Durante a pesquisa detectou-se as medidas protetivas como mecanismo de combate a violência de gênero, bem como os órgãos da rede de atendimento às vítimas e a importância do fortalecimento da rede de profissionais especializados para garantir a aplicabilidade da Lei Maria da Penha de maneira efetiva.

Palavras-chave: Violência Doméstica, Gênero, Lei Maria da Penha, Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher.

ABSTRACT: This article intends to discuss the phenomenon of domestic violence and the creation and applicability of the Maria da Penha Law 11,340 / 2006, arguing about its objective. To do so, through a bibliographical research, extracted from doctrines and legislation, an analysis of the real effectiveness of the applicability of that law. During the research, it was detected protective measures as a mechanism to combat gender-based violence, as well as the organs of the victim care network and the importance of strengthening the network of specialized professionals to ensure the applicability of the Maria da Penha Law effectively.

Keywords: Domestic violence, Genre, Maria da Penha Law, Specialized Police Station.

SÚMARIO: Resumo. Abstract. Introdução. 1. Da Lei Maria da Penha nº 11/340/2006. 1.1. Definição de Violência Doméstica. 1.2. Das Medidas

Protetivas. 1.3. Da Representação da Vítima. 1.4. Das Penalidades. 2. Da Eficácia da Lei. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340/2006 cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, problema presente na sociedade que provoca situações de grande crueldade e constrangimento para as mulheres agredidas.

No primeiro momento do presente artigo, explana-se sobre a Lei nº 11.340/2006, esse importante instrumento jurídico que tem como objetivo coibir e prevenir a violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto, também nesse tópico expõe-se os artigos da Lei dando enfoque nas inovações que estabelece no combate ao fenômeno da violência doméstica, e as principais determinações preconizadas em seus artigos: 3º, 5º, 7º e 11.

O segundo tópico discute e define o conceito de violência doméstica sob a ótica da Lei Maria da Penha, além de caracterizar a tipificação dos tipos de violência doméstica sofrida pelas mulheres conforme a referida Lei.

No terceiro tópico, argumenta-se sobre as medidas protetivas estabelecidas, entendendo como uma das principais inovações deste instrumento jurídico e como característica principal destaca-se o seu caráter de urgência, em que se estabelece a proteção para a mulher contra seu agressor no prazo de 48h, com o intuito de provocar uma ruptura na continuidade da violência e das situações que a favorecem.

O quarto tópico do artigo, trata da representação da vítima e demonstra como acontece, ressaltando que os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher são processados mediante representação da vítima, por se tratarem de ações penais públicas condicionadas, ainda neste tópico se discute as penalidades aplicadas com a execução da Lei Maria da Penha.

No quinto tópico argumenta-se sobre a eficácia da aplicação da Lei, e aponta os diversos obstáculos que existente para a aplicabilidade e a efetiva organização e estruturação por parte do Estado.

A última parte do artigo apresenta as considerações finais, expondo uma reflexão sobre a necessidade de ampliação da aplicação de recursos por parte do Estado para instrumentalizar melhor os aplicadores da Lei e o melhoramento na aparelhagem da rede de órgãos responsáveis por proteger a mulher e provocar o definitivo rompimento do fenômeno perverso da violência doméstica contra a mulher.

1. DA LEI MARIA DA PENHA 11.340/2006

Em 2006 foi promulgada a Lei nº 11.340/2006, importante instrumento jurídico que tem como objetivo coibir e prevenir a violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto, criando mecanismos para combater a violência doméstica e familiar, dispõe ainda sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência.

Esse documento, conforme Lima (2009), leva o nome da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica e militante feminista que combate esse fenômeno. Após ter sofrido duas tentativas de homicídio por parte de seu marido, Maria da Penha começou a atuar em movimentos sociais contra a violência doméstica e a impunidade.

Embora Maria da Penha tenha recorrido à justiça inúmeras vezes para responsabilizar o seu agressor, ela não obteve sucesso, foi só quando recorreu aos Tribunais Internacionais apelando para a validação dos tratados dos quais o Brasil é signatário que ela conseguiu que o seu agressor fosse responsabilizado. Desta forma o Estado brasileiro reconheceu a importância da criação de penas mais rígidas aos agressores de mulheres vítimas da violência de gênero.

Conforme Czapski (2014) expõe,

A Lei Maria da Penha apresenta importantes avanços no combate ao crime cometido contra mulheres, caracteriza e tipifica a violência doméstica e familiar em: física, sexual, psicológica, patrimonial e moral. Para as mulheres, romper com o ciclo de violência é um processo longo e difícil, uma vez que os vínculos familiares com o agressor são fortes, o medo da reincidência de violência é grande e, há, ainda, em muitos casos, a questão econômica que pesa sobre as vítimas e seus filhos. Contar com um instrumento jurídico, que tenha mecanismos dispensados a casos específicos de violência, é imprescindível para que se estabeleça uma relação de confiabilidade na justiça por parte das mulheres vítimas de violência doméstica (CZAPSKI, 2014, p.103).

Além da tipificação da violência doméstica, a Lei apresenta diversos avanços, tais como: criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar para julgar os crimes, atendimento multidisciplinar, criação de novas Defensorias Públicas da Mulher, abertura de inquérito policial composto por depoimento da vítima, do agressor e de provas documentais e periciais, prisão em flagrante dos agressores, prisão preventiva do agressor, medidas protetivas de urgência, (suspensão do porte de armas, afastamento do agressor do lar, suspensão de visitas aos filhos etc), estas medidas são importantíssimas porque atendem a mulher no primeiro momento e, muitas vezes, evitam o homicídio. A lei determina ainda, a inclusão da mulher em programas oficiais de assistência social (medida que oferece à mulher um subsídio para seu sustento e de seus filhos), atendimento à mulher em situação de violência através de serviços articulados em rede, incluindo saúde, segurança, justiça, assistência social, educação, habitação e cultura.

A Lei trouxe inovações ao combate da violência doméstica atribuindo às vítimas e sua família, direitos fundamentais para garantia de sua proteção. Alguns artigos da Lei merecem destaque, como o artigo 3º que trata sobre os direitos inerentes à pessoa humana, como moradia, acesso à justiça, esporte, educação, segurança e lazer, e o artigo 5º que

classifica que, qualquer morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, dano moral ou patrimonial, que tenha sido cometido no lar ou na família, é caracterizado em ação baseada no gênero.

No artigo 7º o legislador caracteriza as formas de violência doméstica contra a mulher, que são física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. O artigo 11 trata do atendimento policial á vitima, são apontadas as medidas legais cabíveis e necessárias tais como: encaminhar ou providenciar para que a vítima chegue ao hospital, posto de saúde ou Instituto Médico Legal.

De acordo com Czapski (2014):

No artigo 17 do Título IV, resta terminantemente vedada á aplicação de cestas básicas, ou prestação de 107 penas pecuniárias, prestação inominada, multa ou similar, para casos de violência doméstica ou familiar contra a mulher, conforme previsto na Lei 9.099/05. Este artigo garante uma aplicação de penas mais rígidas aos agressores, deixando de caracterizar o crime de violência doméstica como de menor potencial ofensivo (CZAPSKI, 2014, p.106).

Ainda segundo Czapski (2014):

Vale á pena ressaltar que o artigo 20 dessa Lei, contraria a Lei 9.099/05, ou seja, a Maria da Penha estabelece que em qualquer fase do inquérito policial, o juiz poderá decretar a prisão preventiva do agressor, isto é, se no decorrer do processo, o agressor por exemplo, não cumpre as medidas protetivas estabelecidas, tais como se afastar do lar e não se aproximar da vítima conforme prazo e distância estipulados, ele poderá ter sua prisão decretada, requerida pelo juiz ao Ministério Público ou, ainda, mediante representação da autoridade policial (CZAPSKI, 2014, p.108).

Já o artigo 24 trata sobre a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou de propriedade particular da mulher, assegurando a segurança financeira para que esta não seja lesada pelo companheiro no caso de término da relação.

Neste sentido, a Lei ° 11.340/2006 ampara mulheres que vivem em situação de violência doméstica de uma forma abrangente, possibilitando meios de eliminar do seu convívio a pessoa do agressor. Porém para que seu objetivo seja inteiramente alcançado é necessário o empenho em conjunto de vários setores da sociedade civil e pública, garantindo a instituição de políticas públicas de prevenção e atendimento para certificar o respeito e a efetivação dos direitos conquistados com a Lei em questão.

1.1. DEFINIÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A unidade doméstica é compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, onde não exigido o vínculo familiar e abarca as pessoas esporadicamente agregadas, portanto são incluídas as mulheres tuteladas, curatelas, sobrinhas, enteadas e irmãs unilaterais. Dessa forma, toda violência sofrida pela mulher no espaço familiar é considerada violência doméstica.

Considera-se violência familiar a que seja praticada por um ou mais membros de uma família, assim considerada a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. E em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação.

O artigo 5º da Lei 11.340/2006 define violência doméstica, especificando que se trata de qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família e em qualquer relação íntima de afeto. Destacando em seu parágrafo único que as relações enunciadas independem de orientação sexual.

No que diz respeito às formas de violência trazidas no artigo 7º são expressamente mencionadas, a física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Porém o rol é meramente ilustrativo, uma vez que o dispositivo faz menção à expressão “entre outras”.

Para Bianchini (2014):

A Lei Maria da Penha, ao mesmo tempo, que restringe o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, igualmente o amplia. A restrição decorre do fato de que nem toda violência contra a mulher encontra-se abrangida no âmbito de proteção da Lei Maria da Penha (somente a baseada no gênero e desde que praticada no contexto doméstico ou familiar ou em uma relação íntima de afeto); a ampliação, por seu lado, dá-se em relação ao sentido da palavra violência, o qual é utilizado para além daquele estabelecido no campo do direito penal (BIANCHINI 2014, pag. 477).

A violência física é o tipo de violência prevista na Lei 11.340/2009 com maior incidência. Sendo ela caracterizada como toda ofensa à integridade física e corporal praticada com emprego da força, podendo abranger “socos, tapas, pontapés, empurrões, arremessos de objetos, queimaduras etc., visando, desse modo, ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina, tradicionalmente, *vis corporalis*” (CUNHA; PINTO, 2011, pag.58).

Em relação à violência psicológica, a Lei no inciso II do artigo 7º define como violência psicológica qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima, ou que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento, ou que vise degradar ou controlar 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.

Como violência sexual, a Lei define como, qualquer conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força, que induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sexualidade, que impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação, ou que limite ou anule o exercício de direitos sexuais e reprodutivos – artigo 7º, III.

A violência patrimonial, segundo artigo 7º, IV da Lei, é entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades, como por exemplo, o abandono material decorrente do não pagamento de pensão alimentícia.

Por fim a violência moral é aquela entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Os três tipos estão elencados no Código Penal Brasileiro, e consistem respectivamente em, imputar a prática de fato criminoso que o sujeito ativo do crime sabe ser falso, imputar a prática de fato desonroso que atinja a reputação da vítima e ofender a vítima atribuindo-lhe qualidades negativas.

Portanto, a partir do foi discutido acima, compreende-se que para que esteja configurado o crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, para além da tipificação da violência, devem estar presentes os requisitos dos artigos 5º e 7º da Lei Maria da Penha quais sejam, ser a violência baseada em uma questão de gênero, praticada contra a mulher em um contexto familiar, doméstico ou em razão íntima de afeto e que resulte, dentre outros, em morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. O principal destinatário da Lei Maria da Penha é a mulher em situação de violência doméstica e familiar, porém a Lei traz uma série de dispositivos de caráter assistencial, protecionista e jurídicos direcionados aos familiares, às testemunhas e ao agressor.

1.2. DAS MEDIDAS PROTETIVAS

Os artigos 18 aos 24 da Lei 11.340/2006 tratam sobre as medidas protetivas de urgência, que ao lado da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher constituem a principal inovação no combate a violência doméstica e familiar.

De acordo com Bianchini (2014):

As medidas protetivas permitiram não só alargar o espectro de proteção da mulher, aumentando o sistema de prevenção e combate à violência, como também dar ao magistrado uma margem de atuação para que possa decidir por uma ou outra medida protetiva, de acordo com a necessidade exigida pela situação. Aliás, é dado ao magistrado utilizar-se de dispositivo de várias áreas do direito, já que a Lei contempla (na parte que trata das medidas protetivas de urgência) instrumentos de caráter civil, trabalhista, previdenciário, administrativo, penal e processual. É por isso que se diz que a Lei Maria da Penha é heterotópica, ou seja, prevê em seu bojo dispositivos de diversas naturezas jurídicas (BIANCHINI, 2014, pag. 178).

As medidas protetivas não são instrumentos para assegurar processos, mas medidas cautelares inominadas que visam garantir direitos fundamentais e visam evitar a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são acessórios de processos principais e nem se vinculam a eles, são medidas que garantem a proteção das pessoas em estado de violência atual ou eminente.

A principal característica das medidas protetivas é o caráter primordial de urgência, sendo que o juiz deverá decidir sobre o pedido no prazo de 48 horas e pode ser concedida de ofício, mediante pedido do Ministério Público ou a pedido da ofendida. Não há necessidade de audiência e nem manifestação prévia do Ministério Público, podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente e a aplicação de uma medida por outra pode se instituída a qualquer momento, tendo em vista o seu caráter provisório.

Estas medidas não possuem prazo de duração determinado, podendo durar até a decisão judicial definitiva, independente de outras ações na esfera cível, uma vez que devem durar enquanto subsistir a situação que motivou sua decretação.

Quanto à classificação das medidas protetivas, foram levadas em consideração as atitudes empregadas pelo autor da violência de forma a prevenir e resguardar a vítima efetivamente, podendo ser diferenciadas em medidas que obrigam o agressor, medidas dirigidas à vítima de caráter pessoal, medidas dirigidas à vítima de caráter patrimonial e medidas dirigidas à vítima nas relações de trabalho.

As medidas que obrigam o agressor podem ser o afastamento do lar, que consiste na proibição do agressor de ingressar nas dependências da casa em que reside com a vítima, visando a preservação física e psicológica da mulher e a não destruição dos objetos do lar. Esta medida já havia sido instituída pela Lei n. 9.099/95 e aplicada por alguns juízes havendo situação de perigo para vítima mulher e para criança.

Já a proibição de aproximação impede que o agressor se aproxime da ofendida, de seus familiares e de testemunhas, podendo o juiz fixar o limite mínimo de distância que deve ser mantido, preservando a incolumidade física e psíquica da mulher. No mesmo sentido há a proibição de contato, que atinge qualquer meio de comunicação, pessoal, direto, telefônico, de mensagem eletrônica e etc.

Existe também a proibição de frequentar determinados lugares, como observa Juliana Garcia Belloque (2011):

A Lei Maria da Penha buscou proteger os espaços públicos nos quais a mulher vítima de violência desenvolve sua individualidade. Porém na hipótese de proibição de frequência a locais onde também frequentem os filhos ou outros membros familiares, aplicando-se restrição ou suspensão do direito de visitas, a equipe multidisciplinar deverá se manifestar a respeito (BELLOQUE, 2011, p. 313).

Os juízes algumas situações especiais podem estabelecer que as visitas aconteçam supervisionadas por especialistas e ou em ambientes terapêuticos, com intuito de preservar a integridade da vítima, porém sem afetar a convivência do agressor com os filhos.

Já em relação à prestação de alimentos provisionais ou provisórios, a decisão deve ser pautada no binômio possibilidade do alimentante e necessidade do alimentado. Pode ser decretada também a suspensão da posse ou a restrição do porte de armas que devem ser acompanhada de comunicação ao órgão competente, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento dessa determinação.

Em relação as medidas protetivas dirigias a mulher em estado de violência deve-se destacar que não possuem caráter criminal e visam a proteção física e psicológica.

São elas, o encaminhamento a programa de proteção ou atendimento, que pode ser requerido pela vítima ou pelo Ministério Público, Defensória ou até mesmo de ofício pelo juiz. A recondução ao domicílio, após o afastamento do agressor, o afastamento da ofendida do lar e a separação de corpos. Esta última pode ser requerida pela mulher no momento de seu contato com a autoridade policial.

Quanto às medidas relativas á proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal preceitua Bianchini (2014) esclarece que:

Para a decretação de qualquer uma delas, exige-se fundado receio de extravio ou de dissipação de bens. São elas: I) Restituição de bens, recai sobre bens móveis que tenham sido indevidamente subtraídos da vítima pelo agressor ou estejam na iminência de sê-los. II) Proibição temporária para celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum. III) Suspensão de procuração e IV) Prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos matérias decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. (BIANCHINI 2014, pág.187)

Destaca-se que além das medidas elencadas na Lei Maria da Penha, podem ser utilizadas subsidiariamente as regras do Estatuto do Idoso e do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como as medidas previstas na Lei n. 12.403/2011, que trata sobre medidas cautelares e prisão, como exemplo o monitoramento eletrônico.

Por fim, preceitua o artigo 20 da Lei, que é cabível a prisão preventiva do acusado, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, decretada de ofício pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Esta prisão será decretada quando necessária, podendo ser revogada no curso do processo, e deve ser levada em conta a proporcionalidade em sentido estrito, devendo ser imposta em circunstâncias especiais.

O descumprimento das decisões judiciais que decretarem as medidas protetivas gera uma pena de detenção de três meses a dois anos para o agressor.

1.3. DA REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA

Os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher são processados mediante representação da vítima, por se tratarem de ações penais públicas condicionadas. O artigo 12 da Lei especifica que após ouvir o depoimento da vítima, deverá a autoridade policial lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada.

O Supremo Tribunal Federal decidiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, que o Ministério Público pode atuar nos casos de lesão corporal contra mulheres, independente da representação da vítima. Agora qualquer pessoa, não apenas a ofendida, pode comunicar a agressão a polícia.

Apesar da decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a Lei Maria da Penha não exige representação para os crimes de lesão corporal leve, tal instituto continua sendo requerido em face de outros

crimes, cuja ação penal seja pública condicionada a representação, como é o caso da ameaça. (BIANCHINI; 2014, p.230).

Em seu artigo 16 a Lei trata sobre a possibilidade de retratação da representação, nos casos das ações penais públicas condicionadas a representação, que só é admitida perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público,

Neste sentido, o legislador cuidou para que fosse garantido que a ofendida não se retrate por estar sendo pressionada, mas sim por espontânea vontade.

Segundo Belloque (2011):

Para que tal ato seja válido, a vítima deve ter sido devidamente orientada sobre as conseqüências jurídicas e práticas de sua decisão, sendo passível de anulação a retratação feita por vítima que não estiver a par dos efeitos dos seus atos. Assim, entende-se que é fundamental a presença de seu defensor nesta audiência, considerando-se a situação de vulnerabilidade na qual se encontra a vítima de violência doméstica e familiar (BELLOQUE, 2011, p. 339).

1.4. DAS PENALIDADES

A primeira referência penal a questão doméstica aparece com a Lei nº 7.209/84, que reformou a Parte Especial do Código Penal em vigor. Foi criada uma circunstância agravante, na hipótese de crime praticado com prevalecimento das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

A Lei Maria da Penha alterou o patamar punitivo mínimo previsto no §9º do artigo 129 do Código Penal, aumentando o patamar máximo da pena de 1 ano para 3 anos e diminuindo o patamar mínimo de 6 meses para 3 meses, deixando assim de se tratar de crime de menor potencial ofensivo.

A existência de violência doméstica na lesão corporal representa uma qualificadora da lesão corporal leve (lesão corporal leve qualificada), o que significa que não se estende para os demais casos (grave, gravíssima ou com resultado morte – §§ 1º a 3º do artigo 129, respectivamente). Nestes casos o Código Penal prevê o aumento da pena em 1/3 correspondente ao tipo de lesão.

Importante destacar que no artigo 17 da Lei Maria da Penha, o legislador vedou a aplicação de penas de cesta básica ou de outras prestações pecuniárias, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

O objetivo foi impedir que eventuais substituições de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito se resumissem ao pagamento em pecúnia ou em cestas básicas e, por conseguinte, deixassem de gerar efeitos na diminuição da violência doméstica e familiar contra a mulher. (BIANCHINI, 2014, p. 236)

Entretanto, é possível a aplicação de penas restritivas de direito que não impliquem somente ao pagamento em dinheiro, podendo ser aplicadas, desde que cumpridos os requisitos legais, a prestação de serviços a comunidade, limitação de finais de semana ou a interdição temporária de direitos.

O artigo 21 da Lei garante à vítima a notificação dos atos processuais referentes ao agressor, especialmente aos pertinentes ao ingresso e a saída da prisão, sem prejuízo de intimação aos advogados ou defensores constituídos. Tal prerrogativa garante a oportunidade, da mulher e dos envolvidos na situação de violência, de providenciar condições que elidam as chances do agressor de vir cometer a violência novamente.

O parágrafo único deste artigo ainda garante que é proibido a entrega da notificação ou intimação ao agressor pela ofendida, devendo ser feita pela polícia ou oficiais de justiça. É vedado também o instituto de suspensão condicional do processo, independente da pena prevista.

2. DA EFICÁCIA DA LEI

Não restam dúvidas da finalidade da Lei Maria da Penha é a diminuição da violência de gênero ocorrida no ambiente doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto. Porém, existem diversos obstáculos que impedem o rompimento do ciclo de violência doméstica e a efetiva redução destes crimes.

O primeiro fato se dá pela dependência emocional e financeira que as mulheres vítimas de violência doméstica possuem com o seu agressor. Nos relacionamentos codependentes a mulher coopera com a idéia de que o homem deve dominar a relação, e por medo acaba não denunciando.

De acordo com Saffioti (2004),

A violência doméstica ocorre numa relação afetiva, cuja ruptura demanda, via de regra, intervenção externa. Raramente uma mulher consegue desvincular-se de um homem violento sem auxílio externo. Até que este ocorra, descreve uma trajetória oscilante, com movimento de saída da relação e retorno a ela. Este é o chamado ciclo da violência, cuja utilidade é meramente descritiva (SAFFIOTI 2004 ,p. 79).

O posicionamento cultural machista constrói papéis masculinos e femininos na sociedade. Os homens utilizam dessa concepção para dominar suas vítimas e obrigá-las a fazer o que eles querem, acreditam ter o domínio e decisão sobre o destino das mulheres e usam da força física para exercê-lo.

Explana Bianchini (2011) que, algumas pessoas mesmo sofrendo, apanhando e sendo humilhadas, não conseguem se desvencilhar do parceiro por longos períodos. Quando isso finalmente ocorre, a sensação de perda é tão brutal que elas perdem o equilíbrio emocional completamente ou até mesmo a vontade de viver. A questão financeira também impede o rompimento do relacionamento violento, uma vez que as mulheres ficam desamparadas economicamente com a saída do agressor do lar. Gerando uma preocupação em relação ao seu sustento e de seus filhos.

Outros fatores que impedem o efetivo rompimento da relação violenta são a percepção de que nada acontece com o agressor quando denunciado, a vergonha de se separar e de admitir que é agredida e crença de que sempre será a última vez que será agredida.

Segundo Czapski (2014), é fundamental a confiabilidade da mulher no sistema de justiça para romper o ciclo da violência, e o desconhecimento dos juristas tradicionais acabam por frustrar as tentativas das vítimas em confiar no sistema legal.

Para tanto, Lei Maria da Penha criou na década de 80, fruto das mobilizações do movimento feminista, as Delegacias Especializadas de Atendimento às mulheres, que deram visibilidade a violência contra mulheres e são a porta de entrada das denúncias das agressões. Devem assegurar o cumprimento da Lei, a partir de uma visão integral do fenômeno com perspectiva de gênero, como uma meta e compromisso inegociável.

É de extrema importância a atuação comprometida de múltiplos profissionais como, advogados, delegados, assistentes sociais, psicólogos e outros que trabalham em equipe, uma vez que um profissional de uma única área não é suficiente para esse tipo de atendimento.

A lei Maria da Penha no Capítulo IV, Título V, artigo 30, determina que:

Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltadas para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e adolescentes.

Czapski (2014) ainda afirma que:

É necessário que as instituições competentes ao atendimento de mulheres em situação de risco façam seu trabalho de forma integral, garantindo os encaminhamentos legais e jurídicos do caso, viabilizando se preciso a autosustentação da usuária (renda e moradia) e, também, a realocação escolar de seus filhos na rede de educação (CZAPSKI, 2014, p.142).

O que se verifica, no entanto, em relação ao atendimento da mulher vítima de violência é a ausência de esclarecimentos e informações sobre os instrumentos jurídicos voltados a essa situação. Faltam profissionais especializados desde o primeiro atendimento até o acompanhamento das mulheres que denunciam.

Segundo Czapski (2014), constata-se uma precariedade nas equipes de atendimento nas delegacias que deveriam ter em seu quadro funcional, além dos policiais, outros profissionais para compor uma equipe de atendimento multidisciplinar, conforme preconiza a Lei específica de combate à violência contra mulher.

Em inúmeros casos são relatados que não é feito exame de corpo de delito e nem o encaminhamento para o Instituto Médico Legal. Na prática as medidas protetivas não são cumpridas já que os agressores dão um jeito de burlá-las.

Existe também o fato de o agressor por vezes se arrepender e pedir desculpas a ofendida, demonstrando remorso e prometendo que não irá acontecer novamente. A mulher quer acreditar nele e logo passa a aumentar a esperança de que haverá mudanças, porém algum tempo depois o ciclo de violência se restaura.

A lei Maria da Penha prevê a existência de centros de educação e reabilitação para os agressores, porém Czapski (2014) afirma que tais centros praticamente não existem no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

São vários os motivos pelos quais as vítimas deixam de denunciar seus agressores, mas é evidente o descrédito na Lei. Percebe-se que ela não está atendendo aos anseios de proteção e prevenção a violência doméstica.

É necessária, portanto, a melhor aplicação dos recursos e construção dos institutos previstos na Lei. Como é o caso dos Centros Especializados de Atendimento à Mulher, onde elas possam receber acolhimento e atendimento psicológico para superar a situação de violência.

As Casas-Abrigo, locais seguros que fornecem moradia protegida e atendimento integral as mulheres com risco de morte iminente. Casas de Acolhimento Provisório que abrigam temporariamente por 15 dias as mulheres, acompanhadas ou não de seus filhos.

O aumento das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher que possuem caráter preventivo e repressivo. Devendo realizar ações de prevenção, apuração, investigação e enquadramento legal, as quais dever ser pautadas no respeito pelos direitos humanos e pelos princípios do Estado Democrático de Direito.

Bem como o aprimoramento e criação das Defensorias Públicas e Defensorias da Mulher, Juizados Especializados de Violência Doméstica e Família contra a mulher e Promotorias Especializadas, assim como Serviços de Saúde voltados para o atendimento dos casos de violência sexual e doméstica.

É importante, além da construção de instituições dessa espécie, a efetivação das medidas protetivas previstas na Lei, tais como o afastamento do agressor do lar e a proibição de contato, medidas de cunho político-criminal.

Cabe ao magistrado analisar o pedido e decretar as medidas protetivas cabíveis com urgência, a fim de romper de forma imediata com o ciclo de violência e diminuir o perigo que a mulher agredida se encontra.

Em relação às políticas públicas, é importante haver a capacitação de todos os profissionais envolvidos no atendimento a mulher vítima de

violência, pois assim podem compreender melhor este fenômeno, e ainda devem receber um treinamento adequado para um atendimento mais eficaz.

Esta capacitação dos profissionais, que atuam com enfrentamento a violência, é importante para que seja feito um atendimento ético e humanizado. O treinamento adequado possibilita um atendimento embasado na ampla compreensão do fenômeno da violência, evitando maiores constrangimentos no momento que a mulher requer os serviços de proteção do Estado.

É necessário que haja opções de atendimento para as mulheres e uma rede integrada que ofereça políticas públicas de qualidade com alternativas múltiplas de serviços para que o atendimento nessa área não fique somente a cargo das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher.

Portanto, o combate, a erradicação e a prevenção da violência doméstica contra a mulher deve passar, necessariamente, pelo aparelhamento adequado e eficaz do Estado em todas as esferas da administração, para assegurar à mulher em situação de violência o acesso a uma ampla gama de serviços e programas com destinação específica a essa questão, e ainda, rompimento da violência e responsabilização do agressor.

REFERÊNCIAS

_____. **Lei Maria da Penha** nº 11.340/06, de 7 de agosto de 2006. Brasília, DF: Senado, 2006.

_____. **Código Penal**, Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Brasília, DF: Senado, 1941.

_____. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**, Lei nº 9.099 de 26 de Setembro de 1995. Brasília, DF: Senado, 1995.

_____. **Estatuto do Idoso**, Lei nº 10.741 de 1º de Outubro de 2003. Brasília, DF: Senado, 2003.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado, 1990.

_____. Lei nº 12.403 de 4 de Maio de 2011. Brasília, DF: Senado, 2011.

_____. Lei nº 7.209 de 11 de Julho de 1984. Brasília, DF: Senado, 1984.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424. Relator: Ministro Marco Aurélio. 19 de Fevereiro de 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CZAPSKI, Alessandra Ruita Santos. **Gênero e Conquistas: Lei Maria da Penha e o atendimento às vítimas de violência em Palmas – TO no ano de 2008**. Palmas: Novas Edições Acadêmicas, 2014.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Da assistência judiciária – arts. 27 e 28. In CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei nº 11.340/2006 aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Marcos Ferreira Lima. **Violência Contra a Mulher: o homicídio privilegiado e a violência doméstica**. São Paulo: Atlas, 2009.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SENADO FEDERAL. **Ações contra violência, serviços especializados de atendimento a mulher**.

Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/acoes-contra-violencia/servicos-especializados-de-atendimento-a-mulher> > Acesso em 31 de Outubro de 2018.

NOTAS:

[1] Professor do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; orientador deste artigo de conclusão de curso.

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO FORMA DE RESPONSABILIZAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS.

JOÃO PEDRO MAGALHÃES RIOS: Graduando do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO)

OSNILSON RODRIGUES SILVA

(Orientador)^[1]

RESUMO: Este artigo teve como questão principal a discussão sobre a possibilidade de aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos perante a sua forma de responsabilização. O objetivo geral e também um dos objetivos específicos foi verificar se existe, de fato essa possibilidade de aplicação, salientando a aplicação da lei de improbidade administrativa conjuntamente com a lei de crimes de responsabilidade. O destaque deste tema para a área de estudo situa-se na exploração dos conceitos que em geral, mantêm, o ordenamento jurídico brasileiro, sendo eles tanto o Direito Administrativo, quanto o Direito Político. Foi desenvolvida uma pesquisa exploratória com abordagem qualitativa, cujo lado metodológico é de procedimento bibliográfico descritivo realizados em artigos, livros e periódicos. Conclui-se que, com a comparação feita entre os instrumentos normativos ser possível a aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, já que a referida Lei conjuntamente com a Lei de Responsabilidade Política tem aplicações jurídicas diversas, havendo uma aplicação mútua de ambos os institutos regimentais.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Aplicação. Responsabilização. Agentes Políticos.

RESUMEN: Este artículo ha tenido como cuestión principal la discusión sobre la posibilidad de aplicación de la ley de improbidad administrativa a los agentes políticos frente a su forma de responsabilización. El objetivo general y también uno de los objetivos específicos fue verificar si existe, de hecho esa posibilidad de aplicación, destacando la aplicación de la ley de improbidad administrativa junto con la ley de crímenes de responsabilidad. El destaque de este tema para el área de estudio se sitúa en la explotación

de los conceptos que en general, sostienen, el ordenamiento jurídico brasileño, siendo ellos tanto el Derecho Administrativo, como el Derecho Político. Se ha desarrollado una investigación exploratoria con enfoque cualitativo, cuyo lado metodológico é de procedimiento bibliográfico descriptivos realizados en artículos, libros y periódicos. Se concluye que, con la comparación hecha entre los instrumentos normativos es posible la aplicación de la ley de improbidad administrativa a los agentes políticos, ya que la referida Ley conjuntamente con la Ley de Responsabilidad Política tiene aplicaciones jurídicas diversas, habiendo una aplicación mutua de ambos institutos regimentales.

Palabras-clave: Improbidad Administrativa. Aplicación. Responsabilización. Agentes Políticos.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Da definição de agentes políticos. 1.1 Dos atos que configuram improbidade administrativa. 2 As naturezas jurídicas da Lei de Improbidade Administrativa. 2.1 Da natureza cível. 2.2 Da natureza penal. 2.3 Da natureza administrativa. 3 Do confronto com os crimes de responsabilidade. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro em sua essência é composto por princípios que norteiam e baseiam as aplicações normativas ao caso concreto. Pode-se destacar, entre tantos, o princípio da moralidade administrativa, princípio fundamental quando o assunto é a correta e honesta conduta de atuação por parte do agente administrativo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - (CRFB/1988), em seu artigo 37, *caput*, elenca uma série de princípios necessários a serem observados para o desenvolvimento legal da conduta do ente administrativo. Percebe-se que o agente administrativo, além de observar estritamente os princípios ali impostos, deverá atender ainda critérios morais e éticos para um bom gerenciamento da atividade pública. (BRASIL, 1988)

Visto a importância desse assunto, o legislador constitucional ainda em seu artigo 37, parágrafo 4º, determinou sanções aos agentes públicos que agirem com improbidade no exercício de seu cargo administrativo. Essas resultam da prática de algum ato contrário a lealdade, a honestidade e a

boa-fé da administração pública que, por sua vez, resulta em algum prejuízo ao ente administrativo.

Tendo em vista a necessidade da observância dos princípios, bem como os preceitos constitucionais impostos, cria-se então um instrumento normativo reparatório denominado de Lei nº. 8.429/92, lei de improbidade administrativa (LIA).

O presente artigo objetiva, a partir dos debates doutrinários, verificar a possibilidade da aplicação da LIA aos agentes políticos, uma vez que a presente norma regula bem como, define e caracteriza as condutas e, conseqüentemente, os atos que importem na prática da improbidade administrativa.

Por outro lado, dada a importância da aplicação da norma destacada, diversas indagações passaram existir no campo aplicacional desse instituto aos agentes políticos.

Para alguns autores (GARCIA; ALVES, 2014, DELGADO, 2002) é sustentado ser perfeitamente possível a aplicação da LIA aos agentes políticos já que a utilização dessa norma se preocupa com a reparação do dano causado à administração pública, não possuindo assim qualquer semelhança com a norma de responsabilização política.

Já para outros autores (FERRARESI, 2011, CAPEZ, 2015), defendem que não é possível tal aplicação da Lei frente ao ato ímprobo praticado pelos agentes políticos, uma vez que estes, por sua natureza especial, estariam sujeitos a uma responsabilidade política pelo crime praticado já previsto pela Lei 1.079/50 (Lei dos Crimes de Responsabilidade) tendo em vista tratar-se de natureza penal de ambos os institutos.

Contudo, o presente trabalho propõe, a partir noções iniciais de agentes políticos e ato de improbidade administrativa confrontar os argumentos favoráveis e desfavoráveis sobre a aplicação LIA aos agentes políticos. Para tanto, o trabalho em tela encontra-se amparado pelo método dedutivo cuja pesquisa é de caráter bibliográfico.

De início, serão abordados os entendimentos conceituais e aplicacionais sobre a noção de agente políticos e ato ímprobo na esfera administrativa. Em seguida, caracteriza-se a natureza jurídica da LIA a fim de que se possa destacar inicialmente os argumentos favoráveis e desfavoráveis quanto à aplicação da referida Lei. Por fim, enfatiza-se a partir de correntes doutrinárias e jurisprudenciais a possibilidade de aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos.

1 DA DEFINIÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS.

A pesquisa doutrinária revela que o entendimento conceitual de agentes políticos não é uma das lições mais fáceis. Destaca-se duas espécies de lições doutrinárias, a primeira relacionada a um conceito extensivo de agentes políticos e a segunda pertencente a um conceito restritivo da palavra agentes políticos.

Para Hely Lopes Meirelles (2009), no sentido extensivo, os agentes políticos seriam participantes atribuídos de determinações como cargos, mandatos ou comissões, que por sua vez cumpririam tais mandamentos com base no dever legal, assim os agentes políticos são: "(...) os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos de cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais." (MEIRELLES, 2009, p. 77). Os mesmos, no limite de sua liberdade de atuação, são todos aqueles que exercem função pública como as governamentais, judiciais e administrativas pautadas nas matérias de sua atribuição que, por sua vez, são reguladas por um limite constitucional de atuação.

Dessa forma, para esse tipo de entendimento, os agentes políticos se revelam como detentores públicos da própria administração e governo, atuando de forma limitada em sua jurisdição bem como, em obediência constitucional. (MEIRELLES, 2009)

Por outro lado, os adeptos do conceito mais restrito, doutrina dominante, definem como aqueles participantes da instituição política, sendo assim, um titular integrante da organização estatal, nesse sentido explica e classifica Celso Antônio de Mello tal assunto:

Agentes Políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores. (MELLO, 2012, p. 251-252).

Destaca-se que os agentes políticos, no que diz respeito ao entendimento da palavra, estão ligados de forma inerente sob dois aspectos, o primeiro ao governo, no sentido de ser uma entidade e o segundo a própria função política sendo entendida como o exercício de sua atividade. Além do mais, são pessoas que exercem função típica de governo e conseqüentemente são detentores de mandato para qual foi atribuídos tal tarefa se limitando de forma restrita a os chefes dos poderes executivos federal, estadual e municipal, os ministros e secretários de estado, além de senadores, deputados e vereadores. (DI PIETRO, 2014)

Percebe-se que os agentes políticos são pessoas que não possuem um vínculo determinado e expresso com o ente administrativo, ou seja, aqui a relação não é exposta por uma categoria de profissão, e sim uma relação determinada pela característica inerente à pessoa do agente político qual seja a de portador do exercício político.

Cumprido destacar ainda, o alcance do entendimento de agentes políticos às pessoas que fazem parte dessa seara, que no entendimento de Mauro Sérgio dos Santos (2012):

Integram a categoria de agentes políticos os componentes do primeiro escalão do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito, além de seus auxiliares diretos – Ministros e Secretários

Estaduais ou Municipais) e também os membros do Poder Legislativo (parlamentares em geral). (SANTOS, 2012, p. 137-138).

Finaliza ainda Mauro Sérgio Dos Santos (2012) chamando atenção para a extensão dos agentes políticos a determinadas pessoas quais sejam os magistrados e membros do Ministério Público, destaca o referido doutrinador que tais pessoas não são alcançadas pelo conceito de agentes políticos tendo em vista principalmente sua natureza de atuação que é puramente perdurável e processual não existindo assim relação entre seu trabalho e o exercício da política.

Diante do exposto cumpre aqui mencionar e adotar no presente trabalho uma linha que considera o conceito amplo de agentes políticos. Sendo assim são as razões exposta para tal entendimento relacionados à própria prestação por parte do agente político da vontade do Estado, ou seja, aqui coloca-se em prática o interesse estatal, que, por sua vez, vem emanado sob os agentes políticos em forma de prerrogativas e competências previstas constitucionalmente a fim de exercer a condução da política da sociedade. Necessário se faz nesse contexto, para o exercício do poder estatal por parte dos agentes políticos instrumentos como mandatos bem como, cargos, além de garantir ao agente político uma autonomia funcional, que por sua vez será regida por normas específica e típicas da categoria, nesse sentido:

Agentes políticos são as pessoas físicas que exercem as funções de maior importância para o Estado, pois deles emana a vontade suprema na condução da vida política do País. Suas prerrogativas e competências são previstas na própria Constituição. São investidos em seus cargos ou mandatos através de eleição ou nomeação e atuam com maior liberdade funcional do que as demais espécies de agentes públicos, já que são regidos por normas próprias, oriundas da própria Constituição ou de leis específicas. (SANTOS, 2012, p. 137).

Como visto, no sentido de aplicar a intenção estatal torna-se por evidente ser os agentes políticos uma espécie de agentes públicos, tendo em vista que aqui se trata da vontade do Estado, sendo que esta não aplicada de forma direta, necessitando assim de pessoas para tal aplicação, nas palavras de Di Pietro (2014, p. 589) " Considerando que o Estado é pessoa jurídica e que, como tal, não dispõe de vontade própria, ele atua sempre por meio de pessoas físicas, a saber, os agentes públicos".

Desse modo, obtendo atribuições constitucionais (COUTINHO; RODOR, 2015) bem como, funções inerentes a sua competência, efetivando o cumprimento do poder estatal e ainda atuando com discricionariedade nascem então, com essas características, o entendimento aplicacional sobre o conceito de agentes políticos.

1.1 Dos atos que configuram improbidade administrativa

No que diz respeito à improbidade administrativa enquanto a sua prática, é necessário entender que a sua exteriorização se manifesta através de uma conduta/ato que não condiz com o regramento jurídico administrativo.

Nesse sentido, pode-se dizer que tal ideia inicial não está amparada por um conceito finalizado e esgotado acerca do tema, é tão somente abarcado por um conceito amplo do que venha ser ato que importe em improbidade administrativa.

A exemplos dessa amplitude conceitual temos a própria CRFB/1988 (artigo 37, parágrafo 4º) que não prevê quais atos importam na improbidade administrativa, mas destaca tão somente a punição para a prática de tal conduta, por outro lado a própria LIA não destaca ainda um conceito determinado do que venha ser ato ímprobo, legislado sobre uma generalidade de condutas as quais se praticadas caberão ação de improbidade. (BRASIL, 1988)

De início importante chamar atenção para a base constitucional principiológica a qual recai esse tema, qual seja o princípio da moralidade, é

nesse sentido que toda conduta a ser verificada como correta ou não deverá se pautar a fim de que seja considerada como honesta e que seja de boa fé.

Dessa forma o princípio da moralidade, um dos princípios expressos na CRFB/1998 em seu artigo 37, é responsável juntamente com os demais princípios ali destacados por conduzir de forma inerente a boa atuação da Administração Pública, que por sua vez, influencia na legalidade dos atos de seus gestores. (BRASIL, 1988)

Quanto a parte existencial do princípio da moralidade, Mauro Sérgio dos Santos (2012) chama atenção para a presença de duas espécies diferentes de moral, a moral comum e a moral administrativa. Para o autor, a primeira modalidade se configura por algo interno ao sujeito, adquiridos através de experiências valorativas e por meio da coletividade, já por outro lado, também explica o autor que, a moralidade administrativa por ter um caráter positivo, é analisada dentro do contexto de princípios que assim serão responsáveis pela prática de uma conduta aceita dentro de um padrão ético pautado pela boa fé e realizado conforme determina a lei. (SANTOS, 2002)

É com esse contexto de princípios que nasce as lições doutrinárias de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2014), que destacam o conceito de atos de improbidade, sendo assim:

Busca-se individualizar os atos de improbidade a partir de uma perspectiva princípio lógica, considerando-se como tais todos os atos que infrinjam o princípio da juridicidade, designativo que aglutina todos os princípios regentes da atividade estatal, merecendo maior realce, dentre estes, os princípios da legalidade e da moralidade. (GARCIA; ALVES, 2014, p. 42).

Como visto acima, os atos ímprobos destacam-se em meio a uma visão principiológica e geral, pautada no desenvolvimento de um raciocínio que por sua vez existe como ato que contrarie os preceitos inerentes ao processo de crescimento da atividade estatal, assim na visão destacada figura como

ato de improbidade administrativa tudo aquilo contrário há um bem maior qual seja a probidade administrativa.

Em complemento, nos ensinamentos de Di Pietro (2013):

[...] a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico; como princípios, os da moralidade e probidade se confundem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei. (DI PIETRO, 2013, p. 901-902).

Como destacado, é importante observar que os atos de improbidade administrativa não encontram seu nascimento tão somente em contrariedade ao princípio da moralidade administrativa.

Assim, os atos de improbidade revelam-se um conceito mais amplo, tendo em vista que abrangem também os atos considerados ilegais, assim por sua natureza serão considerados atos de improbidade administrativa tanto os contrários à moralidade administrativa quanto os que estejam eivados de ilegalidade.

Por outro lado, importante mencionar que a prática de ato de improbidade administrativa não importa em somente uma ação de agir, nesse sentido é perfeitamente possível a prática do ato na modalidade omissiva bastando, entretanto, que cause algum dano a Administração Pública.

Dessa forma, a LIA em seus dispositivos normativos, regula de forma exemplificativa, as condutas que se praticadas acarretam a reprimenda prevista na referida Lei.

Percebe-se que a própria Lei não destaca um conceito pronto e acabado de ato de improbidade administrativa, mas sim hipóteses, bem como circunstâncias que servirão de base para serem aplicadas juntamente com suas sanções ao caso concreto, assim tais hipóteses se dividem em três grandes vertentes previstas no artigo 9º, 10 e 11 do diploma legal, quais sejam: a) atos que importam enriquecimento ilícito; b) atos que causam prejuízo ao erário; e c) atos que atentam contra os princípios da administração pública.

Em destaque aos dispositivos supracitados, Calil Simão em sua obra denominada de lei de improbidade administrativa Comentada (2012), reputa-se ao próprio artigo 1º da referida Lei para explicar o conceito de ato de improbidade administrativa.

Os atos de improbidade a que se refere o dispositivo são atos de improbidade administrativa. As condutas típicas estão previstas nos arts. 9º, 10 e 11. O ato de improbidade é impregnado de dois elementos característicos: a) deslealdade; b) desonestidade. A configuração do ato de improbidade depende da presença desses dois elementos de forma cumulativa. O ímprobo é aquele que desrespeita todas as normas morais, sociais e costumeiras, agindo sempre contra esses princípios. Todo homem ímprobo é privado de idoneidade. (SIMÃO, 2012, p. 33).

Como visto, o ato de improbidade administrativa em uma visão conceitual, nasce de uma composição conjunta de indignidade e improbidade, aqui o agente comete o ato que atenta contra a sua própria condição de agente, caracterizado por fazer parte da administração pública bem como, por praticar uma conduta não aceita por esta.

Nesse sentido, o ato de improbidade administrativa, se revela em sua definição como um ato contrário aos preceitos principiológicos, normativos e costumeiros relacionados não só intimamente com a administração pública como também com ao ordenamento jurídico como um todo.

Por conseguinte, infere-se que a LIA encontra-se seu maior fundamento na aplicação e punição das práticas desvirtuadas e não corretas, exaradas não só pelo próprio agente público, como pelo agente político e ainda pelos particulares que se beneficiam dessa prática não aceita pela administração pública.

Assim, a referida Lei destaca-se quanto a sua importância para administração pública, tendo em vista que a mesma, em sua aplicação, protege e ampara a moralidade administrativa, servindo como um instrumento normativo, em um primeiro momento, capaz de garantir e assegurar a reparação de algum prejuízo causado à Administração Pública, fruto de um ato administrativo ilícito e não correto, e concomitantemente, a essa atuação, efetiva a punição a pessoa de quem se valeu dessa conduta, prevenindo assim práticas continuadas sobre esse comportamento.

Como exposto até aqui, os agentes políticos são uma espécie de agentes públicos, que por sua vez detém características e atribuições inerentes a essa condição, representando assim a vontade estatal e atuando com o objetivo de liderar a vida política na sociedade. Por ser pessoas físicas e, levando em consideração hipóteses analisadas mais adiante, são passíveis de cometerem o ato de improbidade administrativa, que nada mais é do que uma conduta contrária e atentatória contra os princípios administrativos. Desse modo, nascerá no próximo capítulo a importância de se tentar buscar a natureza da LIA, a fim de que possa estendê-la aos agentes políticos como forma de sua responsabilização.

2 AS NATUREZAS JURÍDICAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A natureza jurídica aqui é importante ser observada, uma vez que em sua essência, inicialmente, determina o alcance ou não da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos. Importante frisar, que não se encontram, principalmente na doutrina, um objeto fixo da natureza aplicacional desse tema, observando para tanto, linhas de defesas que irão destacar a importância da natureza da LIA. Destaca-se que a natureza é algo característico desse instituto uma vez que servirá como recepção ou não da

conduta praticada pelo agente político no que diz respeito a seu comportamento frente a administração pública.

Nesse sentido, importante mencionar, que esse trabalho não irá esgotar as linhas argumentativas sobre esse assunto, tendo como objetivo principal demonstrar as correntes que recepcionam o presente estudo e as que mais se relacionam a sua forma de aplicação, desse modo passa-se a classificação do entendimento quanto acerca do instituto ora apresentado.

2.1 Da natureza cível

Partindo do ponto aplicacional do tema, entende-se essa primeira corrente como sendo a mais coerente e adotada quanto à natureza desse tema inclusive é esse o entendimento de boa parte da doutrina, cite-se a ainda a própria jurisprudência pátria. Destaca-se nesse ponto, os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco (2014), que por sua vez destacam:

[...] a normatização básica dos atos de improbidade está contida na Lei n. 8.429/1992, cujas sanções têm natureza eminentemente cível, isto sem olvidar os contornos eleitorais e de restrição da cidadania da sanção de suspensão dos direitos políticos [...]. (GARCIA; ALVES, 2014, p. 299).

Como visto, destaca o entendimento, a própria natureza cível da lei de improbidade administrativa, levando assim em conta outros requisitos importantes como a retirada de direitos importantes ao agente político, espécie de agente público. Como visto é perceptível o caráter cível da referida Lei, assim trata-se de um dispositivo normativo que visa por meio de uma tutela coletiva, assegurar a garantia do poder público, e por sua vez como resultado maior proteger a honestidade administrativa do ponto de vista de ressarcir os danos causados ao erário pela prática de ato ímprobo.

Importante mencionar que na própria lei de improbidade administrativa, no que diz respeito ao capítulo processual (capítulo V, do procedimento administrativo e do processo judicial), destaca em seu corpo normativo, uma ação bem como, procedimentos específicos para a

persecução e ainda reparação dos danos causados pela conduta desidiosa do agente público, sem falar ainda na previsão da cominação de sanções nesse sentido, revelando ainda sua impressão cível. Dessa forma, nesse contexto, faz se presente o objeto efetivo e específico denominado de ação civil por improbidade administrativa, responsável assim pela tutela da administração quanto ao seu ressarcimento.

Veja-se que em outras vias existem variadas formas diferentes de se tutelar o patrimônio público, cite-se a própria ação popular (CRFB/1988, artigo 5, inciso LXXIII), porém quis o legislador ordinário produzir um conjunto típico para assegurar a defesa da administração pública contra ato lesivo ao seu patrimônio.

Por outro lado destaca-se a própria visão do constituinte (artigo 37, parágrafo 4, da CRFB/1988) em adotar de certa forma, um caráter cível da referida ação de improbidade administrativa, sem assim deixar de considerar as outras reprimendas ali previstas. Veja-se que o legislador ordinário acompanha o legislador constituinte na parte cível e prever na lei de improbidade administrativa (artigos 17 e 18) o rito específico a ser seguido quanto ao desenvolvimento da ação, qual seja o juízo cível.

Sobre os aspectos relacionados à natureza cível da LIA, destaca em sua lição José Augusto Delgado (2002) que a referida Lei se torna inconfundível do ponto de vista da ação, tanto é que acaba por gerar uma outra categoria diferente das outras consideradas existentes, regulando assim por sua vez a reparação ao tesouro público e tendo como finalidade precípua a restituição do dano causado ao ente administrativo, levando em consideração ainda em um conjunto aplicacional da norma, as outras determinações exaradas pelo legislador constituinte, nesse sentido explica o autor:

A Lei de Improbidade Administrativa cuida de reparar atos de improbidade praticados contra a administração pública por uma via específica que não se confunde com a ação penal comum, nem com a ação que apura os crimes de responsabilidade das autoridades mencionadas na Constituição Federal. Ela adota uma terceira espécie, a ação civil de reparação de

danos ao erário público, com conseqüências não penais propriamente ditas, apenas, visando o ressarcimento ao erário dos danos que contra si foram praticados e aplicando, aos infratores, sanções civis e políticas, como multa, suspensão dos direitos políticos e perda da função pública. (DELGADO, 2002, p. 7).

Quanto à natureza penal da LIA, objeto de estudo sucinto no próximo tópico e confrontada constantemente com o caráter cível da Lei, a própria lei de improbidade administrativa deixa bem claro em seu diploma, que a natureza penal ali não se faz presente, salientando inclusive em seu próprio artigo 8º a referência a determinação da transferência do encargo de ressarcir a administração pública aos sucessores do agente público ímprobo no limite de sua herança. Nesse ponto fica destacado a impossibilidade dessa ocorrência na esfera penal, tendo em vista que um dos princípios adotados, inclusive constitucional, é da individualização da pena (CRFB/1988, artigo 5, inciso XLVI), ou seja, a determinação é que a pena não passe da pessoa do condenado, o que pela LIA pode acontecer.

Diante disso, fica claro e perceptível quanto a natureza da lei de improbidade administrativa o seu caráter cível, assim esse diploma normativo mostra seu fim quanto à reparação dos danos causados ao ente administrativo pela prática de condutas que visam causar alguma perda patrimonial ao referido ente. Além disso, afasta da função pública o agente causador do dano, resguardando assim sempre a moralidade administrativa sendo assim diante do exposto aplicável ao agente político.

2.2 Da natureza penal

Como já visto e afirmado pela própria lei de improbidade administrativa, tal regulamento normativo, se preocupa de forma primordial em alcançar os atos ímprobos praticados pelos agentes públicos facilitados por suas funções administrativas. Nesse sentido, é possível perceber a presença de conseqüências punitivas para o descumprimento do regramento ali imposto como a própria perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos do agente público, nesse contexto Eurico Ferraresi (2011, p. 149) em um entendimento, a depender da gravidade do fato, leciona no sentido da

natureza penal da lei de improbidade administrativa, uma vez que para o autor, a própria administração não se contentando com um simples instituto punitivo recorre a natureza penal para aplicar a Lei.

Para esse tipo de entendimento, em sua obra intitulada de Improbidade Administrativa: Limites Constitucionais, Fernando Capez deixa claro logo de início não ser possível apontar de fato, a natureza jurídica da lei de improbidade administrativa, primeiro por não ser esse o intuito da obra e outro por haver uma variedade de pensamentos sobre o assunto, porém o autor deixa implícito, considerar a natureza penal da lei de improbidade administrativa, se não vejamos:

[...] mas apenas sustentar a impossibilidade de se declarar alguém “culpado” pela prática do ato ímprobo e puni-lo com sanções tão graves quanto as penais, sem a preocupação de assegurar-lhe os mesmos princípios protetivos.

[...]

[...] as severas sanções previstas pela Lei n. 8.429/92 sejam impostas com obediência aos mesmos requisitos de individualização, de responsabilidade e de proporcionalidade exigidos para a pena criminal. (CAPEZ, 2015, p. 16).

Certo é, que os defensores desse entendimento levam em consideração, principalmente o caráter rigoroso e punitivo aplicado pela lei de improbidade administrativa bem como, a efetividade alcançada pelo instituto ao caso concreto, ao defenderem a natureza penal da norma. Portanto isso tudo se bem assemelha com a Lei nº. 1.079/50 que também regula o assunto, porém relacionado ao campo específico da política, no que diz respeito aos crimes de responsabilidade praticados por determinados agentes políticos, possuir então caráter punitivo da norma, assim nesse campo, sendo considerada de natureza penal a LIA, essa por sua vez aqui não poderia ser aplicada aos agentes políticos uma vez que esses estariam

submetidos ao regime jurídico próprio e especial dos crimes de responsabilidade.

2.3 Da natureza administrativa

Dessas duas correntes anteriormente citadas, surgiram outras ideologias intermediárias, pouco debatida, mas que merecem destaques quando o assunto é a natureza do referido instituto qual seja a natureza puramente administrativa da LIA. Quando trata-se de denominar a natureza do ato ímprobo como meramente administrativo, trata-se também em encontrar nesse tipo de argumento, barreiras para a defesa desse entendimento, uma vez que aqui, está se infringindo norma materialmente administrativa, recebendo assim como norma jurídica a ser infligida a própria administração.

Dessa forma, ocorrendo por sua vez o ato ímprobo, esse será por excelência um ato contrário a administração recebendo assim sua reprimenda no campo administrativo, ou seja, a título exemplificativo, veja-se o servidor público que pratica o ato ímprobo a qual será por parte do ente administrativo instaurado procedimento competente a apuração de sua responsabilidade.

Dito isso e destacando algumas teorias quanto a natureza da lei de improbidade administrativa que, no que diz respeito à natureza cível serve como forma de aplicação da norma de improbidade aos agentes políticos, necessário se faz, recorrer a parte aplicacional do tema no que diz respeito a outras características, assim no próximo capítulo será abordado a aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos do ponto de vista jurisprudencial e doutrinário, destacando assim correntes que recepcionam ou não o tema do ponto de vista aplicacional, destacando assim alguns casos concretos regulados pela própria jurisprudência.

3 DO CONFRONTO COM OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE.

Como visto ao longo do trabalho, a aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos é tema de grande debate, seja pela natureza das leis, seja pelo conceito adotado de agentes políticos e até

mesmo com relação ao alcance dos institutos envolvidos. Nesse sentido, destaca-se com esse embate, visões aplicacionais distintas.

De início, existem entendimentos que se aliam a hipótese da não possibilidade de aplicação da LIA aos agentes políticos mais visíveis na jurisprudência. Nesse sentido importante mencionar a origem desse entendimento que se consubstanciou no julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal em caso específico relacionado a Ministro de Estado, quando julgou procedente a reclamação 2.138, para excluir a aplicação da lei de improbidade administrativa ao referido agente político, uma vez que o mesmo estaria resguardado por normas especiais de responsabilidade e, sendo assim, se aplicado a lei de improbidade, poderia configurar a dupla punição pelo mesmo ato infracional, nesses dizeres finaliza ainda o precedente dizendo que a Constituição não admite a concorrência de responsabilização político administrativa.

Com esse mesmo entendimento destaca-se ainda o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: AgR 579.799 - 6 SP realizado pelo Supremo Tribunal Federal, e afirmado sobre um caso singular envolvendo Desembargador, a qual aplicou o entendimento de que a própria CRFB/1988 destacou taxativamente ao caso em comento que deveria tratar-se de prática de crime de responsabilidade afastando assim a incidência da LIA. Diante disso extrai o entendimento de que para essa corrente é visível que o regime adotado pelo crime de responsabilidade é de responsabilidade político administrativa sendo assim de caráter especial e afastando assim a aplicação da LIA.

Importante dizer ainda por fim que entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca desse tema se consubstanciou em decisões isoladas que regulavam casos concretos específicos, porém, com a vasta produção jurisprudencial, em 10 de maio de 2018, ao julgar a Pet 3240, firmou o posicionamento no sentido de que, ressalvado o Presidente da República, estariam os agentes políticos sujeitos tanto a política administrativa por crime de responsabilidade quanto a esfera de responsabilidade por atos de improbidade administrativa.

Por outro lado, em entendimento oposto ao citado anteriormente, antes do julgamento da Pet 3240, e coerente com esse trabalho se revela o que traduz o autor José dos Santos Carvalho Filho (2017, p.1148), o doutrinador chama atenção para convivência mútua entre os dois sistemas normativos dentro do campo jurídico, podendo inferir que são esferas autônomas e independentes de atuação, tanto é que não se torna possível a formulação de pedido característico de uma ação em outra. Destaca também ainda como forma de atuação distintas das leis, a questão da existência de outras sanções como por exemplo a multa civil e a reparação do dano, que por si só não decorrem do crime de responsabilidade, mas sim da prática do próprio ato ímprobo contra a administração.

Mantendo a linha aplicacional da LIA aos agentes políticos, destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014):

Todos os agentes públicos que praticam infrações estão sujeitos a responder nas esferas penal, civil, administrativa e político-administrativa. Nenhuma razão existe para que os agentes políticos escapem à regra, até porque, pela posição que ocupam, têm maior compromisso com a probidade administrativa, sendo razoável que respondam com maior severidade pelas infrações praticadas no exercício de seus cargos. (DI PIETRO, 2014, p. 915).

Como bem afirmado pela autora, os campos mencionados possuem naturezas diferentes na aplicação ao agente político sendo possível ser suportado ambos os institutos normativos. Nesse sentido, o que ocorre é uma independência entre as normas a fim de observarem somente uma situação qual seja: a probidade administrativa.

Nesse contexto de liberdade entre as normas também explica Alexandre Moraes (2016):

A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade

administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula "sem prejuízo da ação penal cabível". (MORAES, 2016, p. 599).

Importante mencionar ainda o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ quando da análise da reclamação nº 2.790 de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, que afirma não existir barreiras constitucionais para a aplicação da LIA aos agentes políticos. Por outro lado chama atenção a referida reclamação quanto a situação específica do Presidente da República, a qual este sim, se praticar atos contrários à probidade administrativa estaria cometendo crime de responsabilidade, nos termos do artigo 85, inciso V, da CRFB/1988.

É nesses termos a jurisprudência:

Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a [Constituição](#) eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. (STJ, 2010).

Menciona-se que a jurisprudência do respeitável Tribunal desde o início manteve o entendimento de ser perfeitamente possível a aplicação da LIA aos agentes políticos cite-se ainda a exemplo o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1181291 RJ 2010/0031042-9 de relatoria do Ministro Sérgio Kukina.

Por outro lado, destaca-se a característica especial que ampara os agentes políticos qual seja a própria prerrogativa de foro/função. Tal característica é inerente ao cargo de agente político e está amparada pela pelo artigo 53 da CRFB/1988, que por sua vez informa acerca da

inviolabilidade dos atos praticados pelos agentes políticos, tal hipótese restringiria a aplicação da LIA aos agentes políticos, porém em contrariedade à esse pensamento merece a crítica dos doutrinadores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2014) mencionada a seguir:

Outro exemplo é a persistência daqueles que lutam por estender as ações de improbidade o foro por prerrogativa de função previsto na esfera criminal. Acostumados com essa regra de exceção que, a nosso ver, sequer deveria existir em um país que se diz democrático, sonham em transferir a esfera cível a impunidade que assola a seara criminal. Nação que a impunidade também não seja a regra em termos de combate à improbidade, mas, sim, porque os arautos da “tese da prerrogativa” há muito perceberam que são grandes as perspectivas de alteração desse quadro. (GARCIA; ALVES, 2014, p.309-310).

Desse modo, observando a existência de campos distintos e independentes de responsabilidade entre si que podem atingir o agente político tanto na área cível, penal e política, destaca-se que a responsabilização do agente público emanada pela Lei nº 8.429/92 é de natureza cível e assim em nada colide com os crimes de responsabilidade, por ser estes de natureza político administrativo, sendo assim, inclusive contemplando a hipótese de aplicação das duas normas ao mesmo caso concreto, uma vez que estamos diante de esferas diferentes de aplicação do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se percebeu no presente estudo, a lei de improbidade administrativa e a lei que regula os crimes de responsabilidade apesar de estarem dentro do mesmo sistema normativo, regulando os atos praticados pelos agentes políticos, não se confundem do ponto de vista aplicacional.

Dito isso, destaca-se que a lei de improbidade administrativa possui sua base normativa constitucional amparada pelo próprio artigo 37,

parágrafo 4º, da CRFB/1988. Onde possui a finalidade esculpida em regular as reparações dos danos causados pelo ato ímprobo, entendido como aquele tendente a ser contrário aos princípios administrativos.

Já por outro lado, os crimes de responsabilidade possuem finalidade precípua de regular a responsabilização política do agente político, servindo ainda como mecanismo que resguardará a segurança nacional bem como, todos os controles dos atos políticos.

Além disso o que se pode entender com a jurisprudência e ainda a doutrina é que existem ainda divergências quanto a natureza jurídica da lei de improbidade administrativa, ora entendida como uma natureza penal, ora como própria administrativa e em certos pontos como de natureza político administrativa. Certo é, que o que se verifica é um entendimento forte do ponto de vista de ser considerada a referida lei a sua natureza cível e dessa forma não se afastando da sua aplicabilidade aos agentes políticos.

Portanto, resta claro, que o agente político está sujeito a aplicação da lei de improbidade administrativa, tendo em vista que certas prerrogativas inerentes a sua natureza não possuem o condão de retirar tal aplicabilidade, sendo responsáveis por seus atos praticados de maneira ímproba contra os preceitos fundamentais da administração. Nesse sentido, a determinação de responsabilização política desse agente pelo sistema específico de crime de responsabilidade não possui a finalidade por si só de afastar o alcance da responsabilização dada pela lei de improbidade administrativa, uma vez que aqui como já destacado, subsiste no ordenamento jurídico a chamada independência de instâncias tanto cível quanto política.

REFERÊNCIAS

_____. **ADI nº 2.797**. Plenário. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 15.09.2005. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736569/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2797-df> >. Acesso em 23.out.2018.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Especial: AgRg no REsp 1181291 RJ 2010/0031042-9**. Relator Ministro Sérgio Kukina. DJe 11 de

novembro de 2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24619513/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1181291-rj-2010-0031042-9-stj/relatorio-e-voto-24619515>>. Acesso em 23.out.2018.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: AgR 579.799 - 6 SP.** Relator Ministro Eros Grau. DJe 18 de dezembro 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570757>>. Acesso em 23.out.2018.

_____. **Lei de Improbidade Administrativa.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em 21.out.2018.

_____. **Lei de Responsabilidade.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm>. Acesso em 21.out.2018.

_____. **Petição 3240.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378073>>. Acesso em 24.out.2018.

_____. **Reclamação : Rcl 2790 SC 2008/0076889-9.** Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. DJe: 2 de dezembro de 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8577160/reclamacao-rcl-2790-sc-2008-0076889-9-stj>>. Acesso em 22.out.2018.

_____. **Reclamação 2.138.** Relator Nelson Jobin. DJe: 17 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089754&base=baseAcordaos>>. Acesso em 23.out.2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27.jul.2018.

CAPEZ, Fernando. **Improbidade Administrativa Limites Constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

COUTINHO, Alessandro Dantas, RODOR, Ronald Krüger. **Manual de Direito Administrativo - Volume Único**. São Paulo: Método, 2015.

DELGADO, José Augusto. **Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. Disponível

em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/informativo/article/view/404/363>> Acessado em 19.out.2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

FERRARESI, Eurico. **Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2011.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35.ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 32.ed. rev. e atual. até a EC nº 91. São Paulo: Atlas, 2016.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SIMÃO, Calil. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

NOTAS:

[1] Professor da Faculdade Católica do Tocantins. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos.osnilson@catolica-to.edu.br.

O BIODIREITO COMO MECANISMO TRANSVERSAL ENTRE DIREITO E SAÚDE: VELHAS COLISÕES E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

**EDSON LUCIANO PEREIRA
FIGUEIRÊDO FILHO**

Resumo: Este estudo possui como objeto a relação, ora conflitante, ora salutar, entre Direito e Saúde como subsistemas sociais dentro da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Saúde não enquanto direito (o direito à saúde), que também o é, mas analisada aqui enquanto subsistema social autônomo igualmente ao Direito. Como grande escopo do presente trabalho está a conscientização de que o Biodireito pode ser um mecanismo resolutor de conflitos e problemáticas entre esses dois subsistemas. Utiliza-se do marco teórico específico luhmanniano para desenvolver a ideia presente neste artigo, partindo de premissas mais gerais. Como típicos subsistemas, Direito e Saúde se autocondicionam internamente, possuem códigos de operação próprios, entretanto necessitam comunicar-se cognitivamente com o entorno, o que na teoria chama-se de acoplamento estrutural entre subsistemas. Nessas comunicações recíprocas, Direito e Saúde entrelaçam-se entre aspectos salutar (autopoiéticos), mas também entre aspectos corrosivos (alopoiéticos). Nestes, há a necessidade de uma solução que não seja proveniente de nenhum dos dois subsistemas: o Biodireito.

Palavras-Chave: Sistemas. Direito. Saúde. Acoplamento. Dignidade humana.

Abstract: This study has as object the relation, sometimes conflicting, sometimes salutary, between Law and Health as social subsystems within the Theory of Social Systems of Niklas Luhmann. As a great scope of the present work is the awareness that the Bioright can be a mechanism to resolve conflicts and problems between these two subsystems. The luhmannian theoretical framework is used to develop the idea present in this article, starting from more general premises. As typical subsystems, Law and Health are self-conditioned internally, have their own operating codes, however they need to communicate cognitively with the environment, which in theory is called structural coupling between subsystems. In these reciprocal communications, Law and Health intertwine between salutary (autopoietic) aspects, but also between corrosive (allopoietic) aspects. In these, there is a

need for a solution that does not come from any of the two subsystems: the Bioright.

Keywords: Systems. Subsystems. Right. Health. Coupling.

Introdução

Como é facilmente perceptível no tocante às analogias feitas entre quaisquer parâmetros sociais realizados, geralmente em pesquisas de larga escala das Ciências Sociais, a sociedade dos dias atuais é extremamente complexa. Isso é um fato. Não há explicação específica para tamanha complexidade, se é por cada vez mais haver pensamentos distintos ou direitos sendo reivindicados ou quem sabe por concepções de mundo diametralmente opostas (a teoria luhmanniana nos dá uma luz). O Direito mudou porque a sociedade mudou (REALE, 2002) e esta, por conseguinte, de forma diretamente proporcional, teve sua complexidade aumentada. E a Saúde, assim como o Direito, também acompanhou tal caminho.

Nessa toada buscar-se-á, no presente artigo, tratar da relação e da interação entre o Direito e a Saúde tendo o Biodireito como consequência desse acoplamento estrutural entre os subsistemas jurídico e sanitário e possível mecanismo de resolução de controvérsias entre ambos. De modo que o objeto principal sobre o qual debruça-se aqui não é o Biodireito em si, mas uma pequena análise de como aquele favorece a entrelaçamento entre o Direito e a Saúde. A doutrina que se propõe a embasar o trabalho em tela advém de uma perspectiva sociológica calcada na visão do sociólogo alemão Niklas Luhmann através de sua Teoria dos Sistemas Sociais ou, para alguns, Teoria dos Sistemas "Autopoiéticos" (CAMPILONGO, 1998). Para atender à proposta, separar-se-ão três capítulos que tratarão de: apresentar a teoria sobre a qual se baseia o artigo; demonstrar a concepção de Direito e Saúde como subsistemas sociais interpenetrantes; e o estudo do Biodireito como forma de união e resolução de controvérsias entre aqueles.

O marco teórico em uso fundamenta-se na funcionalidade dos sistemas, na abertura cognitiva e no fechamento operacional que cada subsistema deve ter dentro de uma sociedade. De forma que nenhum subsistema está isolado dentro de uma sociedade, que tem por sua essência

o mecanismo da hipercomplexidade – já anteriormente referida – e da diferenciação. A explicação luhmanniana é que a sociedade é uma “unidade da diferença” e que, por sê-lo, emerge como tal criando subsistemas interiormente para que, com vias de reduzir sua complexidade, opere-se através de uma comunicação recíproca e controlada entre eles.

1. A Teoria dos Sistemas Sociais e suas premissas fundamentais

Tal teoria surge com as ideias de Niklas Luhmann inspiradas pelo seu amigo e professor na Universidade de Harvard Talcott Parsons, no decorrer do século passado, e pelo contexto social europeu do final do século XIX. Luhmann buscara, em princípio, refletir como encontravam-se as grandes potências mundiais décadas antes da Primeira Guerra Mundial. O esforço de sua vida, segundo bem o afirma seu ex-aluno Darío Rodríguez (LUHMANN, 1998) no prefácio da obra *Sistemas Sociais*, do próprio Luhmann, se orientou na construção de uma grande teoria capaz de dar conta da sociedade e dos fenômenos sociais nela contidos. Tentou elaborar uma Teoria dos Sistemas, mas achou complexo demais e decidiu dar tratativa a uma Teoria dos Sistemas Sociais.

A teoria social do alemão considera que a comunicação é a operação básica e elementar sobre a qual se constrói a complexidade social. “Um sistema é sempre mais complexo que seu entorno”, logo, a função da construção de um sistema é a redução de complexidade, e isso é feito através da seletividade – externa e interna. Segundo ele, cada sistema poderá exercer suas próprias contingências, ou seja, atuar segundo suas próprias escolhas, porém também terá que submeter-se, com limites, à disposição de outros sistemas para reduzirem sua complexidade, limites de sentido, modo como os sistemas sociais processam a complexidade. Tome-se um exemplo fácil: boa parte da população brasileira adota a religião cristã; tendo isso em vista, grande parte de seus legisladores provavelmente podem ser cristãos; dessa forma, eles poderiam muito bem editar e aprovar atos normativos (leis) que prescrevessem que, antes de quaisquer audiências realizadas no âmbito judicial, fosse guardado 1 minuto antes de realizá-las, para preces e orações. Isso *a priori* pode parecer absurdo para uma sociedade que se autodenomina laica, e de fato o é. Por quê? Porque o Direito precisa funcionar segundo suas próprias condições e não ser

condicionado por outros subsistemas sociais, que nesse caso foi a Religião. No entanto, também o Direito não pode estar totalmente fechado a eles. Há a necessidade, tomando o mesmo exemplo comparativo, de o Direito acompanhar as mudanças da Religião no decorrer dos tempos, até para que sempre se preze pelo respeito a toda e qualquer denominação de cunho religioso – direito previsto constitucionalmente inclusive (veja-se art.5, VI, da Constituição Federal Brasileira de 1988). A teoria de Luhmann se baseia nisso.

De modo que, nas palavras dele, cada subsistema sobreviverá ao tempo, mas precisará de relações com o entorno para existir. Essa comunicação é que formaria os sistemas sociais e seria criada por eles, criando assim o que o alemão chama de “sentido”, sendo este, basicamente, uma síntese de relações dialógicas entre Ego e Alter subjacentes da dinâmica comunicacional – assemelhando-se ao que o icônico linguista Mikhail Bakhtin (1997) pensara no âmbito da filosofia da linguagem com o conceito de dialogismo. Para denominar essa comunicação de um nome mais específico, Luhmann bebe da fonte, coincidentemente, de profissionais da Saúde: os cientistas chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, quando se apropria do conceito de *autopoiesis*, cuja tese central é de que as células humanas se desenvolvem por elas próprias, mas tendo, necessariamente, contato com o entorno. O ser humano, por exemplo, nem pode ser totalmente aberto ao meio externo, pois dessa forma órgãos como o coração iriam parar de funcionar após um certo tempo, nem pode ser totalmente fechado, pois assim não existiria a respiração, a ingerência de alimentos, etc. Um subsistema é operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto, em outras palavras, é fechado para operar-se internamente, mas é aberto para aprender com os outros subsistemas. É nesse sentido que Luhmann toma o conceito de autopoiese. Outro ponto importante a se ressaltar cinge-se na nomenclatura “sistema” ou “subsistema”: usa-se de forma correta a alcunha de “subsistema” para referir-se a essas diversas esferas, tais como o Direito, a Saúde, a Economia, a Política, etc., haja vista que “sistema”, na ótica de Luhmann, era algo muito mais abrangente, do qual o social era o gênero daquelas (espécies) já citadas. Dentro do grande sistema social é que haveriam os subsistemas da sociedade.

Todo subsistema deve ser autorreferente, ou seja, deve ter produção própria de atos únicos e irrepetíveis em meio a várias opções. Assim como toda relação entre subsistemas sociais necessita, portanto, ser positiva em seu sentido mais estrito, ou seja, ser autopoietica. Pois quando um subsistema dá espaço tamanho para que o outro o condicione estará aí havendo uma corrupção sistêmica, ou, na linguagem simples de Luhmann, estará ocorrendo aí uma alopoiese, desvirtuando assim o propósito dessa comunicação. Ademais, também propõe a referida teoria que todo subsistema possui um código binário de funcionamento, uma espécie de unidade de operação. O Direito com o lícito/ilícito; a Economia com o lucro/o prejuízo; a Arte: o belo/o não belo, etc. E é nesse código binário que encontra-se a essência de cada subsistema. A autopoiese, portanto, garante que, mediante um acoplamento estrutural saudável, todo subsistema se reconhecerá a si mesmo através do estímulo normativo das expectativas, que são a base do processamento das suas comunicações.

2. O Direito e a Saúde como subsistemas sociais autopoieticos e interpenetrantes

Em sabidas as premissas fundamentais da teoria luhmanniana, é possível avançar-se no que se quer discutir. Tal e como dito antes, as sociedades modernas marcam-se pela funcionalidade de seus sistemas. Tal funcionalidade reside no fato de que cada sistema formará subsistemas que se comunicam entre si. Esta, inclusive, talvez seja a grande contribuição do alemão: a existência da necessidade de comunicação entre esses subsistemas, pois, à ótica dele, tudo é comunicação. De forma que nenhum subsistema sobreviveria isolado, pois se assim o fosse, deixaria de existir com a evolução das sociedades. E é justamente a existência desse diálogo, que ocorre a todo momento, seja de forma cognitiva (autopoietica e um aprendendo com o outro) ou seja de forma corruptiva (alopoietica e um destruindo o outro), dependendo de cada subsistema, que faz cada um sobreviver de sociedade em sociedade, com suas complexidades e particularidades. Cada qual funciona, orienta-se, condiciona-se e diferencia-se sob um código próprio, um código binário. Interessam-se, pois, dois deles: o Direito e a Saúde.

A Medicina, como área de imensa importância dentro do subsistema da Saúde, é uma ciência antiga, que data dos primórdios gregos em seus tempos. Hipócrates (460 a.C. - 377 a C), filósofo e médico grego, considerado por muitos como o pai da Medicina, foi quem concedeu a esta o *status* de ciência. O clínico grego rompeu com todas as bases das ciências da saúde. Dentre outras contribuições sumamente importantes, uma delas foi introduzir um método científico na cura de doenças. Hipócrates também elaborou e cumpriu um rigoroso código de ética, cujos preceitos estão contidos que hoje chamamos de "Juramento de Hipócrates", que até hoje todo bacharel em Medicina faz ao se formar. Pode-se dizer que o Juramento de Hipócrates se configurou como o primeiro documento normativo da Medicina. Foi através deste juramento que à Medicina foram dados parâmetros reguladores. A primeira relação – ainda que longínqua – da Saúde com o Direito. Este, por sua vez, como instrumento regulador de condutas, está presente desde quando há sociedade. Afinal, como diz o velho brocardo, "*ubi societas, ibi ius*", onde há sociedade, há o Direito. E seu status de ciência autônoma dotada de universalidade e previsibilidade foi dado através dos escritos de Hans Kelsen, que uniu as bases jurídicas sob a ótica da norma. Ambos os subsistemas, portanto, operam sob diferentes códigos, mas com objetivos semelhantes: a promoção do bem-estar social, do bem-estar nas relações humanas, a busca de uma evolução (progresso) social mediante justiça e a valorização do indivíduo enquanto pessoa dotada de toda a atenção, toda apreciação e todo o cuidado necessário para viver e, acima de tudo, viver de maneira digna. É só tomar-se como exemplo o próprio Juramento Hipocrático e o Código de Defesa do Consumidor que perceber-se-á claramente o interesse dessas searas em defender as relações humanas.

Direito e Saúde se comunicam a todo momento. Não por coincidência, mas por necessidade mesmo. Desde um pequeno ato normativo expedido pelo Ministério da Saúde a discussões calorosas e polêmicas nas quais princípios e garantias fundamentais colidem-se entre si. Assim como todo e qualquer subsistema, eles precisam de comunicações recíprocas, mas também de fechamento operacionais. No entanto, há momentos e situações nos quais essas comunicações invadem limites propostos um pelo outro. E nasce-se daí a necessidade de uma solução para tais problemáticas.

3. A Bioética como ponte transversal entre Direito e Saúde: novos horizontes calcados no “pensar bem” e no bem-estar da pessoa humana.

Com a iminente e inegável mudança de paradigmas, parâmetros e valores sociais e a chegada de novas, modernas e refinadas tecnologias para facilitar a vida humana, Direito e Saúde viram-se obrigados a se autorrefazer, visando a uma inserção adaptativa aos novos tempos da hodiernidade. No âmbito jurídico, valores outrora tidos como impávidos colossos na base da sociedade passaram a ser relativizados ou quiçá extinguidos da dinâmica social e, por consequência, da dinâmica jurídica em sentido mais amplo. No âmbito médico, com o advento das novas tecnologias, aumentou-se o poder humano sobre o ser humano. Deu-se o advento do que se cunha por "medicalização da vida", frase segundo a qual nenhum ser humano morrerá enquanto se haja formas e meios de se evitar a morte. É a ideia de que a medicina passa a ir contra a ordem natural da vida, buscando preservá-la por todos os meios disponíveis. E é justamente nesse ponto que a Saúde mais necessita dialogar com o Direito.

Faça-se aqui uma breve digressão no fio condutor do parágrafo anterior deste artigo para esclarecer algo necessário: o direito positivo, enquanto ciência normativa do dever-ser, tal qual como objeto da dogmática jurídica e também enquanto instrumento regulador de condutas de uma sociedade, detém o chamado "poder da caneta". Pois é ele que atua regulando e fazendo atuar regras em busca de um certo controle social, almejando, *a posteriori*, um convívio pacífico e justo entre as pessoas. Tal poder é dado ao Judiciário, órgão de soberania estatal que faz valer e cumprir as leis. Por legitimidade social é que o Estado-juiz, principalmente pós-liberalismo, tem o poder de compor e solucionar os conflitos – as lides, juridicamente falando - entre seus cidadãos. E é por ser detentor desse "poder exclusivo" dentro de todo o sistema social que as demandas, sejam elas provenientes da própria sociedade ou oriundas de outros subsistemas sociais (como o da Saúde, por exemplo), necessitam ser inseridas na máquina do Direito e perpassadas pelo sistema jurídico. Esse “poder da caneta”, em certa medida, para os profissionais da Saúde, dá a impressão de que o Direito é “hierarquicamente superior” à Saúde. Ledo engano, pelo

menos nos termos da teoria dos sistemas sociais. Para o marco teórico aqui adotado, nenhum subsistema é superior ou inferior a outro, apenas diferente. E é através de uma relação de dupla contingência (o que Alter seleciona para Ego e vice-versa) que ambos podem sanar suas divergências e/ou embates, ou até mesmo piorá-las (em caso de haver uma corrupção sistêmica através desse diálogo). De modo que esclareça-se que não há, na concepção em tela tomada, uma hierarquia entre o Direito e a Saúde. Podendo, sim, haver uma possível hierarquia se vistos através de um prisma político, com parâmetros estritamente de poder. Isto posto, podemos seguir a trilha referente às mudanças sofridas pelo Direito e pela Saúde em face do aumento de complexidade social.

Voltando à baila, diante dessa recíproca mudança sofrida pelos subsistemas aqui tratados, depreende-se que nem tudo é um extenso mar de rosas. À medida que a sociedade cresce em número e em complexidade, cada vez mais demandas chegam do entorno social para a Saúde, da Saúde (que também é entorno) para o Direito, e daí fios de tensão dos mais variados vão se tecendo entre esses dois subsistemas sociais, sendo necessário um amplo estudo, um amplo diálogo cognitivo e um mínimo de ponderação entre preceitos colidentes nos mais diversos casos concretos que forem encontrados. Exemplos não se cansam de aparecer. Veja-se o caso de um juiz tomar a decisão se uma pessoa, por convicção religiosa, não aceitar uma (necessária) transfusão de sangue mesmo quando se encontra numa situação de vulnerabilidade física. Não estaria, pois, o magistrado suprimindo o direito de autonomia da vontade humana de uma pessoa plenamente capaz? Essa é uma das grandes discussões. E o que dizer de uma pessoa que encontra-se em estado vegetativo há meses e o profissional da Saúde que, por vontade da família ou dever de lutar pela vida, mesmo talvez sabendo que aquele ser humano não terá mais condições de sobreviver sem o auxílio de aparelhos, mantê-la nas máquinas? Qual o limite ético e até que ponto os recursos terapêutico-tecnológicos podem ir? O Direito necessita entender as dinâmicas da Saúde em suas evoluções e a partir disso deliberar o que pode ser proporcional ou desproporcional. Fazer uso da hermenêutica é essencial nesses casos. Porém somente a hermenêutica não se faz suficiente. O Biodireito pode ser um caminho diferente e não menos importante de solucionar essas colisões.

Apesar de possuir um sufixo jurídico e ser considerado por muitos doutrinadores como ramo do Direito (SCHOLZE, 2002), o Biodireito serve não somente à área jurídica, senão também à área da saúde. É um ramo que estuda as relações jurídicas entre o Direito e os avanços tecnológicos da Saúde, com o empenho de colocar em primeiro lugar a dignidade da pessoa humana. E num Estado Democrático de Direito fundamentado na soberania, na cidadania, nos valores sociais do trabalho, no pluralismo político e, principalmente, na dignidade da pessoa, faz-se mister o seu estudo. O Biodireito também caminha de mãos dadas com a Bioética (o estudo interdisciplinar entre Biologia, Medicina e Ética - especificamente a ética normativa e da moral humana -, que investiga todas as condições necessárias para uma gerência e administração responsáveis do profissional da Saúde no tocante à vida humana em geral e da dignidade da pessoa humana em particular) e baseia-se muito na noção de "*Epikéia*", palavra grega que significa descobrir o justo da justiça. Trabalhando com princípios de autonomia, beneficência, não maleficência e justiça, o Biodireito se vê em condições de ponderar princípios e solucionar problemas de forma que o Direito e a Saúde, por mais que queiram se abrir cognitivamente um ao outro, não conseguem por serem subsistemas próprios, independentes e autorreferentes. O Biodireito, por seus próprios esforços, naturalmente instrumentais, pode alcançar objetivos benéficos ao Direito e à Saúde de uma forma equânime, evitando, portanto, o lado nebuloso que muitos enxergam da chamada "judicialização da saúde": o Direito se sobrepondo à Saúde em assuntos de competência desta. Dessarte, situações nas quais a jurisprudência tomaria conta de resolver, o Biodireito poderia interferir de forma positiva junto ao Judiciário, que detém o já mencionado "poder da caneta".

Não se quer afirmar aqui, portanto, que o Biodireito é deveras o mecanismo de resolução de todos os conflitos possíveis e imagináveis decorrentes das interações entre o Direito e a Saúde. No entanto, é um ramo que pode, se bem aplicado, servir como um pacificador de muitos dos conflitos existentes entre eles e que tem condições de, acima de tudo, servir de forma a prezar pela dignidade da pessoa humana em meio a situações nas quais iminentemente sua condição de pessoa se encontra mitigada por colisões principiológicas. Pois essa multirreferida dignidade pode ser tanto a

retirada do paciente de um estado vegetativo do leito de um hospital, como pode ser também a prevalência da decisão de uma pessoa que, em iminente risco de morte, não quer receber transfusão sanguínea. O Biodireito em ambos os casos poderia dar um direcionamento isento de compromissos com o Direito e com a Saúde, mas tão somente com a dignidade da pessoa humana.

Conclusão

Como algum tempo atrás dissera Edgar Morin (2005), é necessário o “pensar bem” para se existir um mínimo de ética na convivência humana. Pensar bem não é necessariamente estar imbuído dos melhores sentimentos, subjetivamente falando, mas sim ter uma conduta (objetiva) que vise à ética, que vise ao tão idealizado bem-comum de Rousseau, que busque ponderar situações opostas para melhor solucioná-las. Conhecer para compreender. Indo mais além: conhecer para poder compreender, conviver e progredir.

Juristas e estudiosos da saúde (sejam eles médicos, enfermeiros, pesquisadores em geral) andam, via de regra, em rota de colisão, pois suas áreas de atuação trabalham diretamente com vidas. O Biodireito almeja exatamente o antídoto moriniano: a proporcionalidade, a capacidade de escutar a voz do Direito e a voz da Saúde com vias de projetar uma terceira voz apaziguadora de diferenças entre ambos, respeitados os princípios que lhe são característicos: ubiquidade, não maleficência, sacralidade da vida, dignidade da pessoa humana - este último com possibilidades e limites jurídicos: a Constituição Federal. Criticamente falando, o papel do profissional da saúde e do operador do direito é, se bem observado, muito mais semelhante do que se imagina. Um trabalha para recuperar vidas em sentido físico-literal, outro trabalhar para recuperar vidas em sentido patrimonial. Uma pessoa nada é sem saúde. Igualmente nada é se não possui seus direitos reconhecidos, se não possui uma mínima dignidade de vida, se não possui um mínimo de recurso patrimonial para viver. De modo que um está contido no outro. Grande exemplo disso está no próprio Código Penal, quando separa um capítulo (em técnica legislativa: um conjunto de artigos) específico, do artigo 130 ao 136, para tutelar a saúde como bem jurídico, como unidade subjetiva de direito pertencente a qualquer pessoa.

O Direito respeita muito a Saúde como área do saber, como subsistema social. E se abre a ela cognitivamente através do Direito Penal e de tantos outros, assim como necessita abrir-se à Economia, quando fala-se em Direito Financeiro ou Tributário, ou à Política, quando fala-se em Direito Constitucional. Ao mesmo tempo em que a Saúde também se abre ao Direito, respeitando-o e servindo-o através, por exemplo, da própria disciplina da Medicina Legal. Percebe-se, portanto, que Saúde e Direito estão mais próximos do que se imagina, tanto em escopos quanto como em atividades. Choques há, o que não deixa de ser normal. Divergências existem, o que não deixa de ser comum. Mas trata-se de áreas irmãs, de ramos do saber que servem à sociedade, que se empenham em tratar os desiguais desigualmente nas medidas de suas igualdades, que almejam uma isonomia substancial, que prezam pela dignidade da pessoa humana, e que, como se não bastasse, podem ter (e têm) no Biodireito um forte e coerente mecanismo de conciliação parcial e efetivo de suas divergências.

Referências Bibliográficas

BAKHTIN, Mikhail. **Hacia una filosofía del acto ético**. De los borradores y otros escritos. Trad. Tatiana Bubnova. Barcelona: Anthropos Editorial; San Juan: Universidad de Puerto Rico, 1997.

BERIAIN, Josetxo; BLANCO, José María García. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad y la diferencia. Edição e tradução Josetxo Berian; José María García Blanco. Madri: Editorial Trotta, 1998.

BRASIL. **Código Penal**. Legislação Saraiva de Bolso. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAMPILONGO, Celso. **Governo representativo “versus” governo dos juízes**: A “autopoiese” dos sistemas político e jurídico. Belém: UFPA, 1998.

COCURUTTO, Ailton. **Os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 23-55.

MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Organização e tradução Cristina Magro; Victor Paredes. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Autopoiesi e cognizione**. Tradução Alessandra Stragapede. Veneza: Marsilio Editori, 1985.

MORIN, Edgar. **O Método**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. **Patentes, transgênicos e clonagem**. Brasília: Editora UNB, 2002.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O Direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E OS OBSTÁCULOS CONTEMPORÂNEOS PARA A SUA CONCESSÃO

THAIS NOGUEIRA DO NASCIMENTO:
Graduanda do Curso de Direito da Faculdade
Católica do Tocantins (FACTO)

WÂNIA JAGUARACY DE SENA MEDRADO

(Orientadora)^[1]

Resumo: O Benefício de Prestação Continuada – BPC é um benefício assistencial previsto no inciso V do art. 203 da Constituição Federal do Brasil/88, instituído pela Lei nº 8.742/93, que passou por diversas alterações ao longo dos anos. Deve ser concedido às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos que se encontram em situação de vulnerabilidade, possuindo renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente. Neste trabalho, pretende-se realizar um estudo do referido benefício, examinando sua origem, principais alterações, alguns dispositivos de lei relevantes e os obstáculos atuais para a concessão do benefício. Para a metodologia do artigo, utilizou-se a abordagem qualitativa, através de pesquisa bibliográfica, bem como leituras e análise da legislação sobre o tema, incluindo pesquisa de campo para fundamentação do caso concreto.

Palavras-chaves: BPC. Aspectos Administrativos. Situação de Vulnerabilidade. Obstáculos.

Abstract: The Continuous Provision Benefit - CPB is an assistance benefit provided for in subsection V of art. 203 of the Federal Constitution of Brazil / 88, established by law nº. 8,742/93, which has undergone several changes over the years. Disabled persons and elderly people who are vulnerable will be granted, with *per capita* income less than $\frac{1}{4}$ of the current minimum wage. This study intends to carry out a study in such benefit, examining its origin, main changes, some provisions of the law considered relevant and the current obstacles to granting the benefit. For the methodology of the article, a qualitative approaching was used, through the bibliographical research, as well as readings and analysis of the legislation about the subject, including the research in the area to the substantiate the reasons of the concrete case.

Keywords: CPB. Administrative Aspects. Vulnerable Condition. Obstacles.

Sumário: 1. Introdução – 2. Histórico do Benefício de Prestação Continuada - BPC: 2.1 Origem do Benefício de Prestação Continuada - BPC ; 2.2 Principais alterações ocorridas no Benefício de Prestação Continuada - BPC. 3. O Benefício de Prestação Continuada – BPC; 3.1 Art. 20 da Lei nº 8.742/1993; 3.2 Art. 21 da Lei nº8.742/1993; 3.3 Obstáculos Contemporâneos para a sua concessão; 4. Pesquisa sobre os motivos dos indeferimentos dos requerimentos do BPC realizada para o período de 2015 a jul/2018 na Agência da Previdência Social de Juazeiro/Ba. 5 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 introduziu a Seguridade Social, abrangendo, além da assistência social, a previdência social e a saúde, como nova forma de organização das políticas de proteção, inserida no título VIII, que visa o estudo da ordem social. É definida em seu art. 194, como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e também da sociedade.^[2]

Não obstante o art. 203 disciplinar que a assistência social será prestada a quem dela necessitar^[3], verifica-se que a estrutura assistencialista no Brasil é muito vasta, englobando muitos programas, tais como: Bolsa Família; Isenção de pagamento em concursos; ProJovem: Programa de Erradicação do Trabalho Infantil; Programa Brasil Carinhoso; Passe Livre para pessoas com deficiência; entre outros.

Contudo, a diversidade de programas assistenciais existentes, tampouco a garantia constitucional não são suficientes para atender à população economicamente vulnerável, como a proteção à família, à maternidade, à infância, à velhice, à habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência, assim como a promoção da integração ao mercado de trabalho e, por fim, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Essa garantia de um salário mínimo é feita através do Benefício de Prestação Continuada – BPC, previsto no inciso V, do art. 203, da CF, que foi criado em 1993, por meio da lei da assistência social, com o intuito de prover os direitos mínimos sociais e garantir o atendimento às necessidades básicas das pessoas que vivem em condições de miserabilidade.

Segundo os dados do Ministério do Desenvolvimento Social^[4], em junho de 2018, havia, na Bahia, mais de 446 mil pessoas beneficiárias dos Benefícios de Prestação Continuada assegurados pela Lei Orgânica da Assistência Social, sendo que 244 mil, desses benefícios, foram pagos à pessoa com deficiência e mais de 201 mil, pagos aos idosos, representando, aos cofres públicos, um montante de mais de R\$ 424 milhões ao mês.

Assim, a escolha do tema faz parte de observações constantes das mudanças ocorridas no reconhecimento do direito ao benefício, e por uma inquietação pessoal, a saber da existência de alguns obstáculos para a concessão dos mesmos, e o impacto gerado no indeferimento desses benefícios assistenciais.

Por fim, será apresentado o resultado de uma pesquisa efetuada na Gerência Executiva de Juazeiro/BA, buscando obter os principais motivos dos indeferimentos do BPC no período de 2015 a julho de 2018, na agência de Juazeiro/BA.

Neste trabalho foi usado como metodologia pesquisas bibliográficas, como também método dedutivo e abordagem qualitativa. Na sua elaboração fizeram parte as técnicas direta e indireta e estudos de doutrinas e jurisprudências.

2 HISTÓRICO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

2.1 Origem do Benefício de Prestação Continuada – BPC

A Constituição Federal de 1988, no inciso V do art. 203, garantiu o benefício de um salário mínimo para os deficientes e aos idosos que não contribuam com a Previdência Social e que não tenham condições de suprir as suas necessidades básicas e nem de tê-las providas pela sua família.^[5]

Com base nesse artigo da Constituição Federal foi instituído, pela Lei nº 8.742/93, a Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS, o Benefício de Prestação Continuada – BPC, atingindo um número maior de pessoas que inicialmente previsto, o que provocou diversas alterações, que serão discutidas neste artigo.

O Decreto nº 1.330/94 estabelecia que os requerimentos do BPC ao idoso deveriam ser conduzidos ao Instituto do Seguro Social – INSS, enquanto que o requerimento do BPC ao deficiente à Fundação Legião Brasileira de Assistência[6].

2.2 Principais alterações ocorridas no Benefício de Prestação Continuada – BPC

O INSS editou uma Resolução nº 435 de 1997[7] na qual nos casos de requerimento de BPC ao deficiente seria obrigatório a realização de perícias médicas, antes feitas pelos médicos da própria comunidade, através de pareceres.

No que tange ao BPC ao idoso, conforme Kertzman (2017, p. 480), no período de 1996 a 1997 a idade mínima para a concessão do benefício era 70 anos. Já no período de 1998 a 2003, a idade diminuiu para 67 anos. Apenas com o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, fixou-se a idade para 65 anos, que permanece até os dias de hoje.

Outra mudança importante, conforme Kertzman (2017, p. 482), com o advento do Estatuto do Idoso, foi a não contabilização da renda do BPC de um idoso na concessão de outro idoso da mesma família.

Até o ano de 2011 considerava-se pessoa com deficiência aquela que possuía anomalias, lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênita ou adquirida, conforme dispositivo da Lei nº 12.435[8], alterada pela Lei nº 12.470, ambas de 2011.

Em 2015, houve alteração no conceito de pessoa com deficiência. Com o advento do Estatuto da pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015[9], no seu art. 2º, passou-se a considerar pessoa com deficiência aquela com “impedimento de longo prazo de natureza física,

mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, sendo que o impedimento de longo prazo é entendido como aquele que é superior a dois anos, que será analisado em perícia médica realizada pelo INSS.

Atualmente, para a concessão do BPC ao deficiente é necessária uma avaliação com assistente social do INSS para apuração dos qualificadores sociais, bem como de perícia médica para avaliar se existe a incapacidade para a vida independente e para o trabalho, conforme Lei nº 13.146/2015, no seu art. 2º^[10]

Cumprir-se atentar que o conceito de família foi alterado com o passar do tempo. Antes era composta pelos dependentes previdenciários que viviam no mesmo teto. A partir de 2011, a família passa a ser composta pelo requerente, cônjuge ou companheiro, os pais - na ausência de um deles, madrasta ou padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros, os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.^[11]

3 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC

3.1 Art. 20 da Lei nº 8.742/1993

As principais fontes normativas para análise do direito ao recebimento do Benefício de Prestação Continuada – BPC estão na Lei nº 8742/93, no Decreto nº 6.214/2007 e na Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015.

Assim, como forma de saber quais os principais critérios para a concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC, observar-se-á o que diz o art. 20 da Lei retro mencionada.

Dessa forma, o Benefício de Prestação Continuada – BPC será concedido às pessoas portadoras de deficiência, definidas no Estatuto da Pessoa com Deficiência e aos idosos, acima de 65 anos, que não tenham condições de prover o seu sustento, nem de tê-lo provido pela sua família. Vejamos o dispositivo de lei, *ipsis litteris*.

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

1o. para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2o Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

§ 2o Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3o Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda

mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. [12]

(...)

Destarte, é devido o multirreferido benefício àquelas pessoas que tenham renda *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo, considerando família a disposta no art. 20, parágrafo 1º da lei nº 8.742/93, mencionada acima.

Até pouco tempo, para fazer o requerimento desse benefício, o segurado comparecia ao INSS com a Declaração da Composição do grupo familiar, preenchida pelo próprio segurado, informando que as pessoas que viviam na mesma residência, acompanhada dos documentos pessoais das pessoas pertencentes ao grupo. Na análise era observado quem realmente fazia parte do grupo, utilizando os critérios estabelecidos no parágrafo 1º do art. 20, se as pessoas exerciam atividade remunerada, averiguando tais informações no Cadastro Nacional de Informação Social – CNIS.

Dessa forma, caso a renda *per capita* de um idoso que requeria o BPC fosse inferior a ¼ do salário mínimo, o benefício era concedido automaticamente. No caso das pessoas com deficiência era feita uma avaliação social com assistente social do INSS e, posteriormente, o segurado deficiente era submetido à perícia médica, na qual, com base nos qualificadores sociais e médicos, constatava-se, por conseguinte, se o deficiente possuía a incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

No que tange à renda, ajuizou-se em 2016 uma Ação Civil Pública nº5044874-22.2013.4047100/RS[13], que alterou a análise dos requerimentos do BPC que ultrapassavam ao limite previsto em lei, conforme detalhado a seguir.

O preenchimento da Declaração da Composição do grupo familiar era de responsabilidade do segurado que estava requerendo o BPC e possuía natureza declaratória. Apenas, no caso de dúvidas fundadas, fazia-se

necessária a realização de pesquisa externa para confirmação das informações prestadas na referida Declaração.

Com a publicação do Decreto 8.805/2016, que alterou o art. 12 do Decreto 6.214/2007, passou a ser exigido a inscrição e atualização no Cadastro Único para se ter acesso aos Benefícios Assistenciais, inclusive o BPC. Que consiste em uma ferramenta do governo criada para identificar as famílias de baixa renda brasileiras, objetivando entender as principais dificuldades enfrentadas por essas famílias e buscando a melhorias das condições das mesmas.

O Cadastro Único – CadÚnico[14] auxilia o governo Federal na concessão de diversos benefícios, tais como: Bolsa Família; Isenção de pagamento em concursos; ProJovem: Programa de Erradicação do Trabalho Infantil; Programa Brasil Carinhoso; Aposentadoria para pessoa de baixa renda; Telefone Popular; Bolsa Verde; Carteira do Idoso; Programa de Cisternas; Programa Minha Casa Minha Vida; Tarifa Social; Carta Social; Passe Livre para pessoas com deficiência; entre outros.

Para fazer o cadastro no CadÚnico é imprescindível que a família seja considerada de baixa renda, ou seja, aquela que ganha até $\frac{1}{2}$ salário mínimo por pessoa ou aquela família que ganha até 3 salários mínimos de renda mensal total.

À título de informação, constata-se que na cidade de Juazeiro o total de famílias inscritas no CadÚnico, até agosto de 2018, era de 43.986[15], sendo divididas da seguinte forma:

- a) 27.165 com renda familiar *per capita* de até R\$ 85,00;
- b) 4.679 com renda *per capita* familiar de R\$ 85,01 a R\$ 170,00;
- c) 6.850 com renda *per capita* familiar de R\$ 170,01 a R\$ $\frac{1}{2}$ salário mínimo;
- d) 5.292 com renda *per capita* acima de $\frac{1}{2}$ salário mínimo.

As informações prestadas ao fazer o registro no CadÚnico deverão ser confrontadas com as prestadas na Declaração da Composição do grupo familiar, possibilitando um maior controle e fiscalização, evitando as fraudes na concessão desses benefícios assistenciais.

O § 4º do art. 20 da Lei do LOAS dispõe que o BPC não pode ser acumulado com qualquer outro da seguridade social ou de outro regime, isto é, se o segurado receber qualquer benefício não fará jus ao recebimento do benefício de prestação continuada – BPC, não havendo qualquer dúvida acerca desse entendimento.

Todavia, imagine-se um casal no qual o homem trabalhou a vida toda e contribuiu para a previdência por todo esse período, enquanto que sua esposa permaneceu em casa cuidando dos filhos. O homem se aposentará quando completar a idade de 65 anos, ou quando completar 35 anos de tempo de contribuição. Já a sua companheira não se aposentará, tendo em vista que não contribuiu para a previdência e não terá direito ao recebimento do BPC, vez que a renda auferida pelo marido impedirá a concessão do BPC para a mesma.

Outro ponto que merece destaque é que, com o advento do Estatuto do Idoso, se esse mesmo casal não houvesse contribuído para a previdência, ambos seriam socorridos pelo BPC, haja vista que a renda de um não seria contabilizada para a concessão do benefício do outro.

No que tange a essa acumulação foi ajuizada a Ação Civil Pública nº 2009.38.00.005945-2^[16], restrita ao estado de Minas Gerais, restou consignado.

Na análise dos requerimentos de benefício assistencial apresentados no território desta Seção Judiciária de Minas não será computado no cálculo da renda familiar per capita, o benefício previdenciário ou assistencial, no valor de um salário mínimo, recebido por pessoa idosa ou deficiente integrante do grupo familiar (TRF. Ação Civil Pública nº 2009.38.00.005945-2).

Ainda sobre a acumulação de benefícios previdenciários com assistenciais, foi ajuizada pela Defensoria Pública da União a Ação Civil Pública nº0030499-11.2017.4.02.5001[17], propondo que a Autarquia Previdenciária se abstenha de considerar para o cálculo da renda *per capita*, nos casos de requerimento de benefícios assistenciais, renda auferida de até um salário mínimo, por outro idoso ou pessoa com deficiência do seu grupo familiar, qualquer que seja a natureza da renda, seja benefício assistencial, previdenciário ou outra fonte qualquer.

Retomando-se ao art. 20, da Lei do LOAS, observa-se o que trata os §§ 5º, 6º e 7º:

§ 5o A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2o, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS.

§ 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura.[18]

Assim, caso o idoso esteja em abrigo, tal situação não prejudicará o recebimento do benefício assistencial, informando apenas na Declaração do Grupo Familiar que o mesmo reside só.

O dispositivo do § 6º dispõe que, nos casos de requerimento de benefício de pessoa com deficiência, a concessão ficará condicionada a avaliação social feita por assistente social e perícia médica, ambas realizadas

no INSS. E nos municípios que não existirem esses serviços, será assegurado o encaminhamento ao município mais próximo.

A título de exemplo, a cidade de Sobradinho/BA não possui assistentes sociais e nem médicos para a realização de avaliação social e perícia, sendo as pessoas com deficiência encaminhadas à cidade de Juazeiro/BA para o atendimento, como preconiza o § 6º.

E para concluir o estudo do art. 20 da Lei 8.742/93, deve ser observado o que trata os §§ 8º, 9º, 10º e 11º:

§ 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido.

§ 9º Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar per capita a que se refere o § 3º deste artigo.

§ 10º Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

§ 11º Para concessão do benefício de que trata o caput deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento. [\[19\]](#)

A renda mensal é aquela que será declarada pelo requerente ou pelo representante legal, sendo confrontada com a renda declarada também no CadÚnico, que será contabilizada com as dos demais membros do grupo, para cálculo da renda *per capita*, que, se inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, ocasionará o deferimento do benefício, no caso de benefício assistencial ao

idoso. No entanto, no caso de benefício para pessoa com deficiência será encaminhado para avaliação social e perícia médica.

Conforme Kertzman (2017, pág. 482), o deficiente que trabalha como aprendiz não perderá o direito ao recebimento do seu benefício, nem o valor da renda recebida será computada para o cálculo de concessão de outro benefício assistencial, dos valores recebidos em estágio supervisionado e de aprendizagem.

O § 10º dispõe que, para a concessão do benefício de pessoa com deficiência, considerar-se-á impedimento de longo prazo aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 02 anos. E, no § 11º, informa que poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade e da situação de vulnerabilidade.

3.2 Art. 21 da Lei nº 8.742/1993

O art. 21, da Lei acima mencionada, trouxe alguns dispositivos que devem ser avaliados após a concessão do benefício assistencial para garantir a manutenção dos requisitos, quais sejam: deficiência e renda para o BPC ao deficiente e renda para o BPC ao idoso. Essas condições foram analisadas no momento do requerimento, assim descritas:

Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

§ 1º O pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no caput, ou em caso de morte do beneficiário.

§ 2º O benefício será cancelado quando se constatar irregularidade na sua concessão ou utilização.

§ 3º O desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de

suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência

§ 4º A cessação do benefício de prestação continuada concedido à pessoa com deficiência não impede nova concessão do benefício, desde que atendidos os requisitos definidos em regulamento. [20]

Há, nessa conjuntura, a possibilidade da revisão do benefício de dois em dois anos (que, na prática, não vem acontecendo), bem como a previsão que o benefício será cessado quando superadas as condições acima mencionadas, respeitando-se, sempre, o princípio da ampla defesa e do contraditório, dispostos no inciso LV, do art. 5º da CF/88.

Salienta-se que a legislação também institui que haverá cancelamento do benefício, conforme § 2º, nos casos de constatação de irregularidade na concessão.

A Lei nº 12.470/2011 acrescentou o art. 21-A à Lei do Loas, que segue, *in verbis*:

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual.

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21.

§ 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício. [21]

Acrescentou-se que o benefício será suspenso quando o requerente exercer atividade remunerada, com exceção da contratação como aprendiz e que poderá ser reativado sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência, quando o período da suspensão for inferior a dois anos.

3.3 Obstáculos contemporâneos para a sua concessão

Apesar de o benefício assistencial ser para as pessoas que não têm condições de suprir as suas necessidades básicas, nem de tê-las supridas pela sua família, sendo destinadas às pessoas que vivem em condições de miserabilidade, constatam-se várias dificuldades para a obtenção do benefício, principalmente com as mudanças ocorridas nos últimos anos.

Percebeu-se que com a criação do Cadastro Único de informações Sociais - que tem como objetivo a identificação das famílias de baixa renda no intuito de conhecer suas principais dificuldades enfrentadas, buscando a melhoria das suas condições, também possibilitou o cruzamento de informações prestadas, culminando com a suspensão de diversos benefícios, por superação da renda ou da incapacidade.

Dentre os principais obstáculos enfrentados pelas famílias de baixa renda que pleiteiam a concessão do benefício, estão:

a) Falta de informação do segurado

A cada dia que se passa cresce o número de pessoas que trabalham na informalidade, segundo dados do IBGE[22], 43% dos brasileiros no mercado de trabalho estão em situação informal, e, por conta disso, não recolhem contribuição na qualidade de contribuinte individual, seja pelo valor considerado relevante na análise das prioridades, seja em virtude de desinformação.

Dessa forma, a falta de informação pode ser considerada o primeiro obstáculo enfrentado pelo requerente ao pleitear o seu benefício, seja este previdenciário ou assistencial. Considerando que este trabalho acadêmico tem o fito de tratar os obstáculos contemporâneos do BPC, ficar-se-á adstrito ao mesmo.

O BPC é devido aos idosos acima de 65 anos e deficientes que possuam renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Porém, aferem-se muitos idosos pleiteando aposentadoria, sem preencherem todos os requisitos para recebê-la, bem como deficientes requerendo auxílio doença indevidamente, ou até mesmo pessoas incapacitadas por períodos inferiores ao estabelecido, requerendo benefício assistencial.

b) Burocracia

Se antes para efetuar o requerimento era necessário apenas preencher o formulário do Grupo Familiar e apresentar os documentos RG e CPF de todos os membros do grupo, com o transcorrer do tempo foi ficando cada vez mais dificultoso.

Atualmente, com a necessidade que os dados constantes no CadÚnico coincidam com os dados apresentados no requerimento do Benefício, se faltar alguma informação cadastral, como, por exemplo, o CPF nas informações da base do governo, impossibilita-se a concessão do benefício.

c) Lentidão na análise dos requerimentos administrativos

O Benefício Assistencial ao Deficiente, principalmente, já possuía um fluxo maior que os demais benefícios, haja a vista a obrigação de avaliação social e perícia médica, além da análise administrativa.

Com o advento do INSS digital, no final de 2017, percebeu-se uma maior lentidão na análise desses requerimentos administrativos, tendo em vista que para a concessão do mesmo, deve-se seguir os seguintes passos:

a) Marcação da digitalização dos documentos;

- b) Autenticação dos mesmos;
- c) Análise administrativa;
- d) Caso necessário, apresentação de documentos comprobatórios;
- e) Ratificação ou retificação da informação da renda;
- f) Marcação da Avaliação Social;
- g) Agendamento da Perícia Médica;

Ocorre que a digitalização e autenticação dos documentos acontecem no mesmo dia, na data do agendamento, enquanto que a análise administrativa pode ser feita em até 45 dias, data em que será programada a avaliação social e perícia, que podem ser realizados em dias diversos.

Destarte, um segurado que é considerado de baixa renda (renda *per capita* da família inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo), necessita ir ao INSS por, pelo menos, duas vezes, com o escopo de dar andamento ao seu requerimento de benefício, razão pela qual em 2018 (considerado até o mês de julho) já havia uma desistência de 18%, conforme tópico 4, muitas vezes por falta de dinheiro para a locomoção até a cidade de Juazeiro.

E caso haja a superação da renda, em virtude da Ação Civil Pública (ACP) nº 5044874-22.2013.4047100/RS, na análise administrativa, a Autarquia Previdenciária deve excluir do cálculo da renda dos postulantes gastos com medicamentos, alimentação, fraldas descartáveis e consultas na área da saúde, comprovadamente requeridos e negados pelo Estado.

A ACP retro mencionada, com abrangência em todo o território nacional, é um avanço em relação àquelas pessoas que possuem relevante gasto com medicamentos e alimentações especiais. Entrementes, ainda se trata de um rol muito pequeno de despesas a serem consideradas. Cumpre destacar que para serem deduzidas dependem de uma negativa do Estado, o que não acontece na maioria dos casos. |

E, por conta disso, há uma morosidade exacerbada na análise desses benefícios, exigindo-se um Parecer Social. Nada obstante, percebe-se, na prática, que esta ACP não está tendo a eficácia esperada.

Já a Ação Civil Pública nº 0030499-11.2017.4.02.5001, que trata também sobre a renda, determina que a Autarquia Previdenciária se abstenha de considerar para o cálculo da renda *per capita*, nos casos de requerimento de benefícios assistenciais, renda auferida de até um salário mínimo, por outro idoso ou pessoa com deficiência do seu grupo familiar.

Tal ACP não teve eficácia alguma, visto que o INSS continua a considerar, no cálculo da renda *per capita*, o valor de até um salário mínimo dos benefícios previdenciários no requerimento do Benefício Assistencial. Apenas não considera quando o valor é de Benefício Assistencial ao Idoso no caso de requerimento de benefício de espécie igual, por força do Advento do Estatuto do Idoso.

Insta afirmar que na Justiça Federal, os Juízes têm dado provimento às ações que tratam sobre a acumulação existente entre benefícios assistenciais e previdenciários, quando o benefício previdenciário é de até o valor do salário mínimo, que para o ano de 2018 perfaz o montante de R\$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais), contrariando o § 4º do art. 20 da Lei do LOAS.

d) Falta de acesso às exigências, aos agendamentos da avaliação social e ao agendamento da perícia

Percebe-se que a maioria dos segurados do INSS não faz uso da internet, não tendo conhecimento das exigências efetuadas pelos servidores, bem como da data do agendamento da avaliação social e perícia, ocasionando o indeferimento de muitos benefícios.

A título de exemplo, para o ano de 2018, exercício que foi considerado na pesquisa realizada no tópico 4, quase 30% dos requerimentos dos Benefício Assistenciais foram indeferidos por não cumprimento de exigência, não comparecimento para a realização de avaliação social e perícia médica.

4 PESQUISA SOBRE OS MOTIVOS DOS INDEFERIMENTOS DOS REQUERIMENTOS DE BPC REALIZADA PARA O PERÍODO DE 2015 A JULHO DE 2018 NA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DE JUAZEIRO/BA

Foi efetuada uma pesquisa na Agência da Previdência Social de Juazeiro/BA com o intuito de contabilizar os benefícios assistenciais requeridos, indeferidos e concedidos no período de 2015 a julho de 2018.

Primeiramente, ressalta-se que não foi possível separar no estudo efetuado as informações sobre o benefício assistencial ao idoso do benefício assistencial ao deficiente, tendo em vista que nos relatórios gerenciais fornecidos pelo INSS não fazia essa distinção.

A Agência da Previdência Social de Juazeiro/BA atende outras cidades além da cidade de Juazeiro, tais como: Casa Nova, Sento Sé, Curaçá, Sobradinho, Uauá, entre outras, as quais foram denominadas na referida pesquisa como demais municípios.

A tabela 1 mostra os resultados da pesquisa, no que tange aos requerimentos de benefícios evidenciado na pesquisa.

Tabela 1 – Número de requerimento de benefícios de BPC de 2015 a 2018

Período	Município de Juazeiro	Demais municípios
2015	436	255
2016	761	371
2017	637	258
2018	299	101

Fonte: Próprio autor, 2018

Em relação aos benefícios indeferidos, os dados estão apresentados na Tabela 2.

Tabela 2 – Número de benefícios de BPC indeferidos de 2015 a 2018

Período	Município de Juazeiro	Demais municípios
2015	206	94
2016	308	160
2017	278	88
2018	123	44

Fonte: Próprio autor, 2018

Por fim, lista-se o percentual dos motivos dos indeferimentos para o período analisado (Tabela 3):

Tabela 3 - Percentual dos motivos dos indeferimentos (período 2015 a 2018)

Motivo	2015	2016	2017	2018
Não cumprimento de exigência	3,89%	3,52%	17,23%	11,56%
Não comparecimento na Perícia médica	2,59%	2,44%	1,60%	3,75%
Não enquadramento no parágrafo 2º	51,55%	0,00%	0,00%	0,00%
Não enquadramento no parágrafo 3º	21,50%	19,24%	25,65%	28,13%
Não comparecimento na avaliação social	3,37%	3,25%	6,81%	11,88%
Não atende ao critério da deficiência	11,66%	65,18%	41,08%	34,38%
Desistência Administrativa	4,40%	3,93%	3,01%	2,50%

Fonte: Próprio autor, 2018

Na referida pesquisa, em relação aos benefícios requeridos e indeferidos na Agência de Juazeiro/BA, evidenciou-se que para o ano de 2018 (considerando até o mês de julho de 2018) quase 30% dos indeferimentos correspondem à superação da renda.

Outro ponto importante notado foi que para o ano de 2016, o percentual de não enquadramento ao critério da deficiência ultrapassa 60%,

considerado alto, mas explicado pelo excesso de requerimento nesse mesmo ano.

Constata-se, também, que para o ano de 2017 e 2018, o percentual de não cumprimento da exigência girou em torno de 11%. Ademais, quase 18% do percentual de 2018 refere-se a não comparecimento para avaliação social, perícia e desistência administrativa.

Assim, percebe-se uma desistência muito alta em relação ao requerimento do benefício assistencial, explicada, no tópico anterior, pelos obstáculos encontrados pelos requerentes ao pleitear o benefício.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho, buscou-se analisar, sem qualquer pretensão de exaurir a matéria, os aspectos conceituais, técnicos e jurídicos relacionados ao Benefício de Prestação Continuada – BPC, previsto no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal de 1988.

Preliminarmente, partindo-se da compreensão do Benefício de Prestação Continuada em sua integralidade, abordou-se, de forma resumida, a sua origem e as principais alterações ocorridas durante o transcorrer dos anos, com foco nos dispositivos normativos dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.742/1993. Ademais, fora analisado os principais obstáculos encontrados para o reconhecimento do direito ao benefício.

Com base na pesquisa efetuada perante a agência da Previdência Social de Juazeiro, ficou evidenciado que o Benefício de Prestação Continuada – BPC possui uma grande demanda de benefícios requeridos, sendo que, considerando os dados de 2018, quase 35% dos mesmos foram indeferidos por não enquadramento na deficiência de longo prazo, e, em torno de 30%, por superação da renda.

Notou-se, também, que mais de 30% dos indeferimentos decorreram de desistência administrativa, considerando-se nesse percentual o não cumprimento de eventuais exigências solicitadas pelos servidores da autarquia, além do não comparecimento para avaliação social e/ou perícia médica.

Com base no que foi apresentado, conclui-se, por fim, que a falta de informação dos segurados a respeito da existência ou não ao direito ao benefício, associada à burocracia existente no processo de requerimento, além da lentidão encontrada na análise dos benefícios e a falta de acesso à internet do público alvo, dificultam o acesso à concessão desse benefício assistencial, que é de fundamental importância para as pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, contrariando, pois, o disposto no art. 203 da CF/88.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF:** Senado Federal; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 13 de set. de 2018.

_____. **Decreto nº 1.330/94.** Brasília/DF: dez 1994. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/112778/decreto-1330-94> Acesso em 15 de set de 2018.

_____. Lei nº 8.742/93. **Lei da Assistência Social, Brasília, DF,** dez 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm. Acesso em 14 set.2018.

_____. Lei nº 12.435/2011. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social.** Brasília, DF, jul 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm Acesso em: 12 de set de 2018.

_____. Lei nº 13.146/2011. **Inclusão da pessoa com Deficiência.** Brasília, DF, jul 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 12 de set de 2018.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social. **Quantitativo de benefícios e recursos investidos em 2018** Disponível em: Acesso em: 16 out. 2018

_____. Ministério do Desenvolvimento Social. **Cadastro Único (Juazeiro/BA)**. Disponível

em: <https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/Riv3/geral/relatorio.php#Vis%C3%A3o%20Gera> Acesso em 16 out. 2018.

_____. **Resolução INSS PR nº 435/1997**, Brasília/DF: mar 1997. Disponível

em: <http://www.portalinclusivo.ce.gov.br/phocadownload/legislacaoidoso/resolucao%20inss%20n.%20435.pdf> Acesso em 11 de set de 2018.

_____. TRF 1º. Ação Civil Pública nº 2009.38.00.005945-2. Disponível em: http://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2017/acp_vitoria_bpc_decisao.pdf Acesso em: 19 de set 2018

_____. Juíz Federal Aylton Bonomo. Data do julgamento: 13/12/2017 Data de Publicação: DJE. 13/12/2017 Disponível em: Acesso em 19 set 2018

_____. TRF 4º - APELREEX: 50448742220134047100, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 27/01/2016, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 04/02/2016, Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382222676/apelacao-reexame-necessario-apelreex-50448742220134047100-rs-5044874-2220134047100/inteiro-teor-382222725> Acesso em: 17 de set de 2018.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 15ª edição, São Paulo: Jus Podivm, 2017.

NEDDERMEYER, Rafael. **Informalidade recorde atinge 43% dos trabalhadores no Brasil, diz IBGE**. Disponível em: <https://br.sputniknews.com/brasil/2018110312592734-desemprego-ibge-trabalho-pnad-iformalidade-carteira-de-trabalho/> Acesso em 05 de nov de 2018.

NOTAS:

[1] Bacharel e especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professora da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais, waniamedrado@yahoo.com.br.

[2] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF: Senado Federal

[3] Ibid

[4] BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Quantitativo de benefícios e recursos investidos em 2018**. Disponível em: Acesso em: 16 out. 2018.

[5] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF: Senado Federal

[6] BRASIL. **Decreto nº 1.330/1994** Brasília/DF: dez 1994.

[7] BRASIL. **Resolução INSS PR nº 435/1997**, Brasília/DF: mar 1997.

[8] BRASIL. Lei nº 12.435/2011. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social**. Brasília, DF, jul 2011

[9] BRASIL. Lei nº 13.146/2011. **Inclusão da pessoa com Deficiência**. Brasília, DF, jul 2015

[10] BRASIL. Lei nº 13.146/2011. **Inclusão da pessoa com Deficiência**. Brasília, DF, jul 2015

[11] Brasil. Lei nº 8.742/93. **Lei da Assistência Social**, Brasília, DF, dez 1993.

[12] BRASIL. Lei nº 8.742/93. **Lei da Assistência Social**, Brasília, DF, dez 1993.

[13] BRASIL. TRF 4º - APELREEX: 50448742220134047100, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 27/01/2016, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 04/02/2016

[14] BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Cadúnico**. Disponível em: <https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/Riv3/geral/relatorio.php#Vis%C3%A3o%20Geral>. Acesso em: Set. de 2018.

[15] BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Cadúnico**. Disponível em: <https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/Rlv3/geral/relatorio.php#Vis%C3%A3o%20Geral>. Acesso em: Set. de 2018.

[16] BRASIL. TRF. Ação Civil Pública nº 2009.38.00.005945-2.

[17] BRASIL. TRF 2º Ação Civil Pública 0030499-11.2017.4.02.5001.

[18] BRASIL. Lei nº 8.742/93. **Lei da Assistência Social**, Brasília, DF, dez 1993.

[19] BRASIL. Lei nº 8.742/93. **Lei da Assistência Social**, Brasília, DF, dez 1993.

[20] BRASIL. **Lei nº 8.742/93. Lei da Assistência Social**. Brasília, DF, dez 1993.

[21] BRASIL. **Lei nº 8.742/93. Lei da Assistência Social**, Brasília, DF, dez 1993.

[22] NEDDERMEYER, Rafael. **Informalidade recorde atinge 43% dos trabalhadores no Brasil, diz IBGE**. Disponível em: <https://br.sputniknews.com/brasil/2018110312592734-desemprego-ibge-trabalho-pnad-iformalidade-carteira-de-trabalho/> Acesso em 05 de nov de 2018

PRECISAMOS DE UM ÔNIBUS ROSA?

ALICE SANTOS VELOSO NEVES:

Advogada, graduada em 2002/02 pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás. Aluna especial do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas - PPGDP, nível Mestrado Profissional, da Universidade Federal de Goiás. Assessora jurídica da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos.

RESUMO: De tempos em tempos aparecem projetos de lei determinando a circulação de ônibus exclusivos para as mulheres, em diferentes localidades. Em meados de agosto do ano de 2018 foi a vez do Poder Legislativo do município de Goiânia de aprovar o projeto de lei que cria uma frota exclusiva para atender as mulheres, denominada de "Ônibus Rosa". Mas efetivamente, as mulheres precisam de um ônibus exclusivo, para coibir os diversos tipos de violência que sofrem? A partir desse questionamento perpassa-se a questões do serviço de transporte de passageiros via terrestre (veicular), sobre questões de competência e como melhorar a gestão, controle e fiscalização desses serviços, após referência a aprovação pela esfera legislativa de um projeto de lei municipal que cria o chamado "Ônibus Rosa" para se alcançar discussões a respeito do assunto, em uma ampla perspectiva.

Palavras-chave: Serviço Público de Transporte; Violência contra a mulher.

SUMÁRIO: 1.Introdução – 2.Serviço Público de Transporte de Passageiros. - 3.Cinto de segurança como requisito de segurança. 4.Conclusão - Referências.

1. Introdução

Para delimitar a questão que perpassa entre o dever do Estado de prestar um serviço de transporte público de qualidade e o crescente abuso e violências praticadas contra as mulheres entende-se necessário pontuar o problema próximo, da recente aprovação pela Câmara Municipal de Goiânia de um Projeto de Lei que determina a inserção de veículos tipo ônibus, caracterizados em cores rosa, para prestarem o serviço de transporte público municipal com maior proteção às mulheres, que sofrem diferentes tipos de violência. Após, levanta-se a argumentação para discorrer sobre o serviço de transporte de passageiros em si, e algumas questões relevante, como segurança no serviço municipal, discutindo-se a questão de forma holística, ao final.

Nesse sentido, como explanado, sob o enfoque da aprovação de projeto de lei da Câmara Municipal de Goiânia, houve a determinação de criação de uma frota de "Ônibus Rosa" para atender exclusivamente as mulheres, com indicação de porcentagem e horários de veículos para linha a ser criada, não podendo ser inferior a 30% (trinta por cento) da totalidade da frota. Ainda determinava a prestação do serviço durante os dias de semana, de segunda a sexta-feira, nos horários de pico: entre 5h e 8h; 11h e 14h e entre às 17h e 20h.

Várias regras estão indicadas no projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal de Goiânia, sendo proibida a circulação dos "Ônibus Rosa" com passageiros do sexo masculino, com exceção de crianças de até 14 anos, acompanhadas de um responsável, devendo inclusive os motoristas da frota terão de ser do sexo feminino.

O vereador relator do mencionado projeto de lei esclarece a relevância da propositura, tendo em vista o "*alto alcance social*" da propositura, já que, segundo ele, capitais como São Paulo, Rio, como também Madri e Roma, adotam esse modelo de transporte. Nesse sentido chegou a explicar sobre o dever do "*poder público oferecer segurança para as mulheres que andam de ônibus, que são muitas vezes assediadas e desrespeitadas em seus direitos de ir e vir. A Câmara, portanto, dá um importante passo rumo na defesa dos direitos femininos*".

O relator sustenta a argumentação de que nos horários de pico há maior falta de segurança, sendo as mulheres vítimas de "*violências de toda ordem, psicológica, moral e sexual. Ofensas claras à dignidade, decoro e intimidade de uma mulher*".

A matéria foi aprovada em segunda e última votação seguiu para o prefeito, que o vetou integralmente, na forma publicada no Diário Oficial Eletrônico do Município de Goiânia, no dia 12 de setembro de 2018, com as seguintes razões do veto:

RAZÕES DO VETO

Senhor Presidente, Senhores Vereadores,

No uso da prerrogativa que me é assegurada pelo art. 94, § 2º, da Lei Orgânica do Município de Goiânia, restituo a essa Casa de Leis, **Vetado Integralmente**, o incluso Autógrafo de Lei nº 141, de 15 de agosto de 2018, que "*Institui no âmbito do Município de Goiânia, a frota de ônibus reservada para passageiras do gênero feminino, identificada como Ônibus Rosa, e dá outras providências*", oriundo do Projeto de Lei nº 225/2016, Processo 20161444, de autoria do Vereador ZanderFábio.

Inicialmente, cabe destacar que o sistema de transporte coletivo de passageiros do Município tem caráter metropolitano, não se limitando a circulação de coletivos somente nos limites territoriais do Município de Goiânia.

Conforme sabido, o início do processo legislativo deve obedecer às diretrizes fixadas na Constituição Federal, na Constituição Estadual e na Lei Orgânica do Município, devendo observar o princípio da separação dos poderes, nos termos do artigo 2º da CF, vejamos:

"Art. 2º – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

A Constituição Federal traz dispositivo nos seguintes termos:

“Art. 30 – Compete aos Municípios:

- legislar sobre assuntos de interesse local;*
- suplementar legislação federal e estadual no que couber;*
- (...)*

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;”

A respeito do transporte coletivo de passageiros na cidade e região metropolitana, a Lei Orgânica do Município disciplina em seus arts. 172, 175, 176 e 177 a matéria em questão.

Desse modo, qualquer medida a ser adotada, inclusive legislativa, cuja finalidade seja racionalizar, modernizar e conferir melhor qualidade na prestação dos serviços de transporte no âmbito desta municipalidade é atribuição da Câmara Deliberativa de Transportes Coletivos da Região Metropolitana de Goiânia.

Especificadamente ao serviço público de transporte, a Lei Orgânica do Município, em seu art. 177, alterado pela Emenda de nº 022, de 10 de dezembro de 2002, é taxativa em disciplinar que os poderes, direitos, prerrogativas e obrigações do Município, no tocante ao Serviço Público de Transporte Coletivo de Passageiros, que serão exercidos pela Câmara Deliberativa de Transportes Coletivos – CDTC, da Região Metropolitana de Goiânia, bem como pela Companhia Metropolitana de Transportes Coletivos – CMTC.

A CDTC é um ente colegiado, composto por diversos Entes federados, responsáveis pelo desenvolvimento de políticas públicas voltadas especificadamente ao transporte coletivo, incluindo entre eles, o Estado de Goiás, o Município de Goiânia, Município de Aparecida de Goiânia e mais outros 16 municípios, compondo a Rede Metropolitana de Transportes Coletivos – RMTC, não podendo vincular cada veículo a um

município específico, pois as linhas que compõem a rede por vezes ultrapassam os limites de um único município.

Com efeito, o sistema do transporte público urbano de Goiânia e cidades do entorno, na forma como se encontra estruturado, teve origem na Lei Complementar Estadual nº 27, de 30 de dezembro de 1999, com a criação da Região Metropolitana de Goiânia, que tem por objetivo integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum dos municípios de que dela fazem parte, afastando a possibilidade do Município de Goiânia legislar sobre o transporte de ônibus.

Ressalta-se que o modo de remuneração foi firmado por intermédio da Deliberação/CDTC nº 058/2018, cujo conteúdo estabeleceu o modelo de outorga das concessões que resultou nos atuais contratos de concessão, cuja eficácia legal incidiu sobre toda a Rede Metropolitana de Transportes Coletivos.

Portanto, inexistente assim, na legislação de regência, qualquer dispositivo que justifique a edição de norma, pela Câmara Municipal de Goiânia, que estabeleça critérios de utilização dos veículos integrantes do transporte coletivo urbano ou regras e exigências para a prestação do serviço, restando aos membros do Poder Legislativo Municipal a possibilidade de apresentarem sugestão ao Chefe do Poder Executivo ou aos outros representantes da administração municipal que compõem a Câmara Deliberativa em questão a sugestão para que proponham a medida sugerida no Autógrafo.

Destarte, no caso em tela, tem-se que o Autógrafo de Lei padece de vícios insanáveis, o que impõe ao Chefe do Poder Executivo apor o Veto Integral, como forma de restabelecer a ordem jurídica não observada.

Por esta razão, impõe-se o veto ao Autógrafo de Lei nº 141, de 15 de agosto de 2018, razão pela qual restituo **Integralmente Vetado**, confiante na sua manutenção.

Atenciosamente,

IRIS REZENDE

Prefeito de Goiânia

Em suma, o projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal de Goiânia foi vetado por interferir em matéria exclusiva do Poder Executivo, órgão de gestão e execução, responsável por firmar os contratos administrativos de serviços públicos de transporte local e uma interferência do modo de operar provavelmente promoveria um desequilíbrio econômico financeiro do contrato, majorando o preço previamente estipulado, por uma imposição legal, chamada, portanto, de “fato do príncipe”. Mas o problema persiste, como podemos evitá-lo?

2. Serviço Público de Transporte de Passageiros.

O serviço de transporte público é direito social estabelecido no artigo 6º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015.

Cada ente administrativo é responsável pela implementação e gestão dos serviços públicos de transporte, sendo de competência da União o serviço que perpassa os limites dos Estados, de responsabilidade dos entes estaduais, os serviços públicos realizados entre seus Municípios e de competência do próprio Município aquele realizado em sua jurisdição.

Em relação à Região Metropolitana a Constituição Federal prevê no art. 25, parágrafo terceiro a possibilidade de coordenação intermunicipal, como forma de gestão associada compulsória:

"Art. 25. (...) § 3º. Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir **regiões metropolitanas**, aglomerações urbanas e microrregiões, **constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes**, para **integrar a organização, o planejamento e a execução** de funções públicas de **interesse comum**." (Grifos nossos)

De outra forma há a gestão associada voluntária, via Consórcios Públicos, na forma descrita pelo art. 241 da Constituição Federal, formada a partir da ratificação do Protocolo de intenções do ente consorciado, por meio de lei.

A questão dos consórcios públicos foi alvo de discussão na Corte Suprema, via Adin 1849/RJ, ao julgar a **ADIN 1842/RJ**, relativa à instituição pelo Estado do Rio de Janeiro da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (art. 1º da LC 87/1997/RJ) e da Microrregião dos Lagos (art. 2º da LC 87/1997/RJ), pelo fato de que a lei complementar transferira ao Estado do Rio de Janeiro funções e serviços de competência municipal, especialmente quanto ao serviço público de saneamento básico.

No caso em comento decidiu-se que a titularidade do serviço de saneamento básico, quando instituída Região Metropolitana deve ser exercida de forma compartilhada com os municípios que a compõe e com o Estado-membro integrante. Se o serviço em pauta transpuser os limites de mais de um estado também será com a União.

A Região Metropolitana é imposta por lei e possui função administrativa e executória, possuindo competência compartilhada entre o Estado e os municípios que a compõe, possuindo **personalidade jurídica aglutinadora**, dirigida por órgão próprio, de natureza colegiada, devendo *ser reconhecido a condição de poder concedente e da titularidade do serviço ao **colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado**, não sendo necessário participação paritária, desde que não haja predomínio absoluto*^[1].

Como mencionado nas razões do veto do Projeto de Lei sobre a determinação de serem inseridos Ônibus Rosa no município de Goiânia afeta não só o Poder Executivo de Goiânia, mas a gestão do serviço público de transporte que como acima explanado, por ser realizado em uma Região Metropolitana compete à Câmara Deliberativa de Transportes Coletivos da Região Metropolitana de Goiânia, nos termos da Lei Complementar nº 27/99 e suas alterações.

Bem delimitar as competências de atuação, com muita transparência para os envolvidos, inclusive para a população usuária do serviço público apenas facilita uma melhor compreensão que possa trazer benefícios, melhorias constantes.

Por outro lado temos que a competência administrativa não se confunde com a competência privativa para legislar sobre trânsito em transporte, que são da União, conforme art. 22, inciso XI, diferente das regras de direito administrativo, de gestão, controle e regulação dos serviços públicos de transporte, do como executar os serviços, impostos a cada um dos entes, como acima descrito.

Em relação a qualidade da prestação do serviço público temos a Lei federal nº 8.987/95, que regulamentou o art. 175 da Constituição Federal, que é clara ao prever diversos princípios para a prestação dos serviços públicos com qualidade, devendo ser o serviço ser adequado, conforme estabelecido na lei do referido serviço, no edital de licitação e no contrato assinado entre as partes.

O parágrafo primeiro do art. 6º da Lei federal nº 8.987/95 conceitua **serviço adequado como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.**

Em contrapartida, observa-se que para oferecer um valor mais razoável da tarifa, os operadores do sistema utilizam de todos os indicadores de serviço urbano, quais sejam, passageiros em pé, sem bilhete de passagem, catracas, veículos com dimensões e características diversas, sem bagageiro, benefícios fiscais e outras especificidades.

3. Cinto de segurança como requisito de segurança

Como dito, a competência para legislar sobre trânsito e transporte é da União, nos termos do artigo 22, XI da Constituição Federal. A segurança dos passageiros deve ser sempre preservada, mas na prestação de serviço público regional, dentro do município ou em uma Região Metropolitana há deferência em relação ao quesito CINTO DE SEGURANÇA.

Sobre a necessidade de utilização do cinto de segurança verifica-se oportuno um aprofundamento, pois entende-se meio lógico que para haver segurança deveria ao menos ser cobrado a utilização de cinto de segurança nos veículos públicos de serviço de transporte de passageiros.

A não utilização do cinto de segurança significa que o passageiro do serviço de transporte será conduzido em pé. Sobre a matéria, o Código de Trânsito Brasileiro (Lei Federal nº 9.503/97) dispõe:

Para efeito deste Código adotam-se as seguintes definições:

PERÍMETRO URBANO - limite entre área urbana e área rural.

Art. 65. É obrigatório o uso do cinto de segurança para condutor e passageiros em todas as vias do território nacional, salvo em situações regulamentadas pelo CONTRAN.

(...)

Art. 105. São equipamentos obrigatórios dos veículos, entre outros a serem estabelecidos pelo CONTRAN:

I - cinto de segurança, conforme regulamentação específica do CONTRAN, com exceção dos veículos destinados ao transporte de passageiros em percursos em que seja permitido viajar em pé;

§ 1º O CONTRAN disciplinará o uso dos equipamentos obrigatórios dos veículos e determinará suas especificações técnicas.

§ 3º Os fabricantes, os importadores, os montadores, os encarregadores de veículos e os revendedores devem comercializar os seus veículos com os equipamentos obrigatórios definidos neste artigo, e com os demais estabelecidos pelo CONTRAN.

(...)

Art. 107. Os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros, deverão satisfazer, além das exigências previstas neste Código, às condições técnicas e aos requisitos de segurança, higiene e

conforto estabelecidos pelo poder competente para autorizar, permitir ou conceder a exploração dessa atividade.

Assim, a regra contida no art. 65 do CTB admite exceções, quando se tratar de veículo destinado ao transporte coletivo de passageiros. Ademais, denota-se não ser equipamento obrigatório aos veículos destinados ao transporte de passageiros em percursos em que seja permitido viajar em pé, com base no art. 105, inciso I, do CTB, cabendo ao poder competente para autorizar, permitir ou conceder a exploração da atividade, estabelecer as condições técnicas e requisitos de segurança atinentes.

A esse respeito, Juler Modesto de Araújo^[2] tece as seguintes considerações:

A obrigatoriedade de utilização do cinto de segurança, para todos os ocupantes dos veículos automotores (inclusive no banco traseiro), em todas as vias do território nacional, trata-se de inovação do atual Código de Trânsito Brasileiro, já que, até 1997, a legislação de trânsito limitava a exigência de uso apenas às rodovias (tal obrigatoriedade nem mesmo constava do Código Nacional de Trânsito de 1966, então em vigor, mas de ato normativo infralegal – Resolução do Conselho Nacional de Trânsito nº 720/88).

Esclarece, ainda que somente é possível impor o uso deste dispositivo de segurança, nos veículos em que é exigível a sua existência, como equipamento obrigatório. Assim, há que se consultar o artigo 105 do CTB, combinado com a Resolução do Contran nº 14/98 (com alteração da Deliberação nº 137/13), os quais versam sobre equipamentos obrigatórios, e incluem o cinto de segurança no rol de exigências dos veículos automotores, ônibus elétricos e tratores de rodas, de esteiras e mistos (sem menção do cinto entre os equipamentos exigidos dos reboques, semireboques, ciclomotores, motonetas, motocicletas, triciclos e quadriciclos, justamente pela estrutura de tais veículos).

No caso dos ônibus, a instalação do cinto de segurança (e conseqüentemente, sua utilização) apresenta algumas exceções, não sendo obrigatório para:

- os ocupantes (motorista e passageiros) de ônibus de linhas urbanas, em que se é permitido viajar em pé (artigo 105, inciso I, do CTB e artigo 2º, IV, 'c', da Resolução do Contran nº 14/98) – ressalta-se que a permissão de viajar em pé não constitui requisito de classificação de qualquer veículo no Código de Trânsito, sendo apenas decorrente da respectiva concessão para a realização do transporte público de passageiros, pelo Poder público local (ou seja, quem estabelece se é possível ou não transportar pessoas em pé, é o Poder Executivo municipal, competente para prestar ou delegar o serviço de transporte coletivo, conforme artigo 30, V, da Constituição Federal); e
- os passageiros de ônibus e microônibus produzidos antes de 1999.

Sobre o tema Paulo de Sousa Kanaan^[3] destaca que a *matéria posta à apreciação de qualquer desobrigação de utilização do cinto de segurança, só pode ser estabelecida pelo Conselho Nacional de Trânsito – órgão consultivo e normativo de âmbito federal. Todavia, há que se observar o conteúdo do artigo 12 do CTB:*

Art. 12. *Compete ao CONTRAN: I – estabelecer as normas regulamentares referidas neste Código (...);*

Destaca-se, ainda, a Resolução do DENATRAN nº 316, de 08 de maio de 2009, que estabelece os *requisitos* de segurança para veículos de transporte coletivo de passageiros M2 e M3 (tipos microônibus e ônibus) de fabricação nacional e estrangeira, que considera:

4.URBANO: veículo M2 ou M3 destinado ao transporte coletivo de passageiros em centros urbanos, com assentos para passageiros e provisão para passageiros em pé conforme o tipo de serviço

4.1 O veículo Urbano pode possuir versões distintas para diferentes tipos de operação e serviço oferecido.

4.2 RODOVIÁRIO: veículo M2 ou M3 destinado ao transporte coletivo rodoviário de passageiros exclusivamente sentados, para percursos de médias e longas distâncias.

4.2.1 O veículo Rodoviário pode possuir versões distintas para diferenciar o tipo de serviço oferecido, como

por exemplo, em aplicações INTERMUNICIPAIS que permitem o transporte de passageiros em pé para percursos de pequenas distâncias.

Nesse sentido, a desobrigação do uso de cinto de segurança é prevista apenas para o serviço de transporte urbano.

No âmbito da União, a ANTT considera serviço semiurbano aquele *que transpõe os limites de um Estado ou do Distrito Federal, em ligações com extensão igual ou inferior a 75 km, sendo empregado o ônibus de duas portas com catraca.* O Decreto Federal nº 2.521, de 20 de março de 1998, que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros dispõe que:

Art. 3º Para os fins deste Decreto, considera-se:

XXVI - serviço de transporte rodoviário interestadual semiurbano de passageiros: serviço de transporte público coletivo entre Municípios de diferentes Unidades Federativas que possuam características de transporte urbano; [Redação dada pelo Decreto nº 8.083, de 2013](#)

(...)

Art. 41. Não será permitido o transporte de passageiros em pé, salvo:

I - nas linhas de características semi-urbanas;

II - nos casos de prestação de socorro.

(...)

Art. 65. Os bilhetes de passagem poderão ser emitidos manual, mecânica ou eletronicamente, e deles constarão, no mínimo, as seguintes indicações:

§ 2º Nas linhas de características semi-urbanas poderão ser utilizados bilhetes simplificados ou aparelhos de contagem mecânica de passageiros, desde que asseguradas as condições necessárias ao controle e à coleta de dados estatísticos.

Art. 68. A venda de passagens deve iniciar-se com antecedência mínima de trinta dias úteis da data da viagem, exceto para as linhas de características semiurbanas e para as hipóteses de inviabilidade conforme disciplinado pela

Agência Nacional de Transportes Terrestres. [\(Redação dada pelo Decreto nº 8.083, de 2013\)](#)

Sobre o exame do conceito de transporte semiurbano trazido pelo Decreto Federal nº 2.521/98 esclarece-se que *é aquele prestado em áreas urbanas contíguas, com características operacionais típicas de transporte urbano, transpõe os limites de municípios, em áreas metropolitanas e aglomerações urbanas, ou limites de Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, caso em que a extensão das linhas fica limitada a 75 quilômetros.*[\[4\]](#)

Apesar do exposto, observa-se bastante cuidado para a ANTT deferir os serviços semiurbanos, havendo poucas linhas com essa característica. A lógica da existência do serviço semiurbano se pauta no constante crescimento das cidades, para atendimento de região conurbada, serviço que continuará, portanto, com as características de urbano, *para anteder significativa quantidade de pessoas que se deslocam em movimento pendular (ida e volta), para desempenharem atividades essenciais (trabalho ou estudo).*

No confronto entre princípios de serviço público disposto principalmente na Lei Federal nº 8987/95[\[5\]](#), de continuidade da prestação do serviço público da forma prestada ou de modicidade tarifária, busca-se priorizar aquele de maior importância, qual seja, a segurança.

O fundamento dessa orientação encontra respaldo em preceito constitucional disposto no art. 150 e seu §2º da Constituição do Estado de Goiás, *in verbis*:

Art. 150. O Estado organizará e regulamentará os serviços de transporte coletivo, obedecendo aos princípios da continuidade do serviço público, da **igualdade dos usuários** e da mutabilidade do regime jurídico.
- Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 09-09-2010, D.A. de 09-09-2010.

§ 2º - A regulamentação e a fiscalização dos serviços buscarão a caracterização precisa e a proteção eficaz do interesse público e dos direitos dos usuários. (grifo nosso)

Nesse sentido, apesar de se constituir como um direito social e da orientação (determinação, como norma programática) de que o serviço público deve atender e proteger o interesse público e dos direitos dos usuários, devendo ser prestado com qualidade, regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, infelizmente observa-se essa ocorrência, o que por si acabam estimulando a má prestação do serviço público de transporte.

4. Conclusão

Fantástica a iniciativa legislativa de nosso município que obriga as empresas a disponibilizarem ônibus exclusivos para as mulheres, que tanto sofrem, diariamente com abusos de toda a ordem, de selvagens que se dizem homens. Situação triste e sensível, que mereceu a atenção do legislador.

Passado o êxtase inicial, da grande emoção de uma pessoa que acredita que as mulheres devem ter sempre maior proteção para expurgar todo o tipo de desqualificação e violência que sofrem, diariamente, devemos também ponderar as questões, sempre em busca de uma solução mais efetiva, que realmente possa surtir efeito prático e não trazer outros problemas, apesar de oferecer uma imediata satisfação aos atores envolvidos.

Geralmente temos a tendência de resolver nossos problemas de acordo com nossas vivências pessoais e é árduo o trabalho de distanciar o nosso primeiro sentimento e tentar equilibrar os diversos interesses. Fato é que os problemas resolvidos de forma atomizados certamente geram outros problemas e enxergar as questões com a devida ponderação torna-se cada vez mais difícil, pois somos imediatistas. Mas isso também não significa que seja ato impossível. Assim pensando, algumas questões precisam ser levantadas.

Uma obrigação desta, imposta por lei às empresas, certamente será repassada aos usuários. Seria uma espécie de "graça com o chapéu alheio". E se o objetivo também é o de valorizar um grupo frágil, como ainda infelizmente é o das mulheres, qual será o tratamento aos cadeirantes e aos

idosos, por exemplo? Teríamos um ônibus para cada grupo? Mas o objetivo maior não é o respeito a dignidade de todos, com inclusão? Será que não deveríamos também atacar as causas em vez de apenas maquiagem uma solução para o sério problema?

Nessa perspectiva pode-se facilmente humanizar o transporte público com a simples solução de criar o preceito de que o ônibus só andará com a capacidade permitida. Tecnologia embarcada em cada veículo poderia enviar um alerta sonoro e visual indicando a lotação desse veículo. Mais veículos seriam necessários para cumprimento dessa premissa, mas teria mais eficácia, pois as pessoas usariam o transporte público com mais dignidade e respeito, não se sentindo enlatadas, como bichos não quistos e assim agindo, como animais.

Contendo minha inicial animação e pensando de forma holística acredito que nada melhor do que cobrar o mais sensato: segurança dentro e fora dos ônibus, alternativas para melhorar a prestação do serviço e principalmente o aumento imediato do número de veículos, para todos, com ou sem maquiagem.

Referências

BRASIL. *Comissão de Viação e Transporte da Câmara dos Deputados. Parecer sobre o Projeto de Lei nº 1408/2003. Disponível em:* < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;sessi-onid=470BCEA15978AF9C1763B31CD7A47805.node1?codteor=476462&file-name=PRL+2+CVT+%3D%3E+PL+1408/2003. > Acesso em: 06 mar de 2018.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

KANAAN, Paulo de Souza. [O uso do cinto de segurança pelo condutor de ônibus urbano](http://www.direitonet.com.br/artigos/perfil/exibir/149296/Paulo-de-Souza-Kanaan). Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/perfil/exibir/149296/Paulo-de-Souza-Kanaan>>. > Capturado em 09 jun de 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.

MODESTO, Paulo. Região Metropolitana, Estado e Autonomia Municipal: a governança interfederativa em questão. Colunista na Revista Direito do Estado. ANO 2016 NUM 66. Capturado em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/regiao-metropolitana-estado-e-autonomia-municipal-a-governanca-interfederativa-em-questao>. Acesso em: 06 nov de 2018.

GOIÂNIA. Câmara dos Vereadores. Disponível em . Acesso em 09 de setembro de 2018.

NOTAS:

[1] Modesto, Paulo. Região Metropolitana, Estado e Autonomia Municipal: a governança interfederativa em questão. Colunista na Revista Direito do Estado. ANO 2016 NUM 66. Capturado em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/regiao-metropolitana-estado-e-autonomia-municipal-a-governanca-interfederativa-em-questao>. Acesso em: 06 nov de 2018.

[2] Disponível em: http://www.ctbdigital.com.br/?p=Comentarios&Registro=120&campo_busca=&artigo=65

[3] KANAAN, Paulo de Souza. *O uso do cinto de segurança pelo condutor de ônibus urbano.* Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/perfil/exibir/149296/Paulo-de-Souza-Kanaan>.> Capturado em 09 jun de 2017.

[4] Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;sessio_nid=470BCEA15978AF9C1763B31CD7A47805.node1?codteor=476462&filena_me=PRL+2+CVT+%3D%3E+PL+1408/2003.

[5] Lei Federal nº 8987/95: Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, **segurança**, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Dispositivos da Lei nº 18.673/2016: Art. 10. A prestação do serviço de transporte não regular e regular desvinculado da exploração de infraestrutura, ressalvado o disposto em legislação específica, dependerá de prévia autorização do ente regulador. § 2º A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será disciplinada em resolução do ente regulador e será formalizada mediante assinatura de termo, que **deverá indicar, no mínimo**: II - as condições para sua adequação às finalidades de atendimento ao interesse público, à **segurança das populações** e à preservação do meio ambiente;

Art. 31. Incumbe às concessionárias, permissionárias e autorizadas: (...)
VI - **zelar pelas condições de segurança**, higiene e conforto dos veículos utilizados;

INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA LEI MARIA DA PENHA PARA OS CASAIS HOMOAFETIVOS E TRANSSEXUAIS.

LUANA RIBEIRO NUNES: Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

OSNILSON RODRIGUES SILVA
(Orientador)^[1]

RESUMO: Este artigo teve como questão central a verificação sobre a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos e transsexuais. O objetivo geral e também um dos objetivos específicos foi destacar, através da interpretação extensiva, a aplicação da referida norma, como instituto que ampara situações de violência doméstica relacionadas ao gênero. A ênfase dessa temática para a área do conhecimento está situada na exploração de princípios, doutrinas e jurisprudências que de maneira ampla, sustentam, o ordenamento jurídico brasileiro. Desenvolveu-se uma pesquisa exploratória com abordagem qualitativa, cujo lado metodológica é de procedimento bibliográfico teórico realizadas em livros, jurisprudências e artigos. Conclui-se que, com a disposição doutrinária e jurisprudencial feita ao longo do trabalho, ser perfeitamente possível a aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos e transsexuais com o fundamento da presença do gênero feminino.

Palavras-chave: Aplicação. Lei Maria da Penha. Interpretação Extensiva.

RESUMEN: Este artículo ha tenido como cuestión principal la verificación sobre la posibilidad de aplicación de la Ley Maria da Penha a las parejas homoafectivas y transsexuales. El objetivo general y también uno de los objetivos específicos fue destacar, a través de la interpretación extensiva, la aplicación de dicha norma, como instituto que ampara situaciones de violencia doméstica relacionadas con el género. El énfasis de esta temática para el área del conocimiento está situada en la explotación de principios, doctrinas y jurisprudencias que de forma amplia, sostienen, el ordenamiento jurídico brasileño. Se desarrolló una investigación exploratoria con abordaje cualitativo, cuyo lado metodológico es de procedimiento bibliográfico teórico realizadas en libros, jurisprudencias y artículos. Conclui-se que, com a disposição doutrinal e jurisprudencial feita

ao longo do trabalho, es perfectamente posible la aplicación de la Ley Maria da Penha a las parejas homoafectivas y transexuales con el fungido de la presencia del género femenino.

Palabras-clave: Aplicación. Ley Maria da Penha. Interpretación Extensiva.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Contexto histórico da criação da Lei Maria da Penha. 2. O princípio da isonomia/igualdade como preceito aplicacional da Lei Maria da Penha. 2.1 Da interpretação extensiva dada à Lei Maria da Penha. 3. Aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos e transexuais. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

INTRODUÇÃO

Com a mudança de comportamento e valores sociais, novos entendimentos acerca da convivência familiar doméstica ganharam destaques. As normas jurídicas regularão eventuais conflitos presentes nessas novas relações.

Fruto dessa mudança, há diferentes configurações de famílias e diferentes tipos de problemas familiares para além dos que já ocorrem em famílias de casais heterossexuais. Estes estão presentes nas relações pessoais independente da orientação a ser seguida, muitas das vezes motivados por ciúmes e pela noção de superioridade de uma das partes o que implica na ocorrência de agressões físicas.

O presente artigo possui como finalidade demonstrar a possibilidade da aplicação da Lei Maria da Penha - Lei 11.340/06 aos casais homoafetivos e transsexuais no âmbito da violência doméstica. Dito de outro modo, verifica-se a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha para acabar com toda espécie de violência doméstica e familiar independente do gênero ou do comportamento social.

Para alguns Tribunais do país, não se torna possível a aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos e transsexuais, já que a norma possui seu campo de aplicação voltado para a mulher.

Já para outros autores (BIANCHINI, 2016; DIAS, 2014), e a jurisprudência unificada nacional, em casos concretos, vem admitindo a aplicação da Lei Maria da Penha para casais homoafetivos e transsexuais

garantindo, por sua vez, entre outros princípios, a aplicação da igualdade. Sendo assim, utilizou-se para confecção do presente trabalho, o método dedutivo, de caráter bibliográfico.

Na primeira parte deste trabalho, será abordada a evolução da Lei Maria da Penha no intuito de destacar as transformações do instituto. Em seguida, apresenta-se à disposição da isonomia como fonte igualitária de aplicação da referida norma. Já na terceira parte, demonstra-se por meio da extração doutrinária e jurisprudencial a possível ampliação por meio da extensão da norma aos casais homoafetivos e transsexuais. Por fim, destaca-se uma argumentação em favor da extensão da Lei.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA.

Destacar o contexto histórico da criação da Lei Maria da Penha é, acima de tudo, dizer que os direitos das mulheres em seu campo atuacional esteve e está em constante evolução do ponto de vista da aquisição de novos direitos e perspectivas sociais.

Nesse sentido, para Vale?ria Diez Scarance Fernandes (2015, p. 05) tal ascensão está consubstanciada na própria mulher enquanto participante do meio social. Acrescenta a autora que por mais de cinco séculos, entre as Ordenações Filipinas até o Código Penal de 1940, os direitos das mulheres eram restritos à proteção contra os crimes sexuais que, por sua vez, não protegiam por inteiro a própria mulher e sim a sua honra e de sua família.

Em um determinado período vivido pelo Brasil Colônia percebeu-se a presença de um conjunto mandamental denominado de sistema patriarcal. Por este sistema, as mulheres carregavam em si mesmas alguns traços presentes nessa época, a de serem destinadas aos afazeres domésticos, ao casamento e subordinadas aos homens. "Ao tempo do Brasil Colônia (1500 a 1822) reinava no País um sistema patriarcal. As mulheres eram destinadas ao casamento e aos afazeres domésticos, com total submissão e obediência aos homens". (FERNANDES, 2015, p. 06).

A Revolução Industrial marca a introdução da mulher no mercado de trabalho e a luta por direitos. Neste contexto, a mulher sai da esfera da obrigatoriedade para com o homem e entra no mercado de trabalho, acumulando algumas funções entre estas, os afazeres de casa e o próprio trabalho desenvolvido. "A Revolução Industrial permitiu o ingresso das mulheres republicanas no mercado de trabalho como operárias, cumulando

as funções de mães, donas de casa e trabalhadoras”. (FERNANDES 2015, p.11).

Quanto ao contexto histórico dos direitos das mulheres precisamente na Constituição República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/1988, o legislador constituinte após revogar o sistema patriarcal até então vigente, optou por determinar a igualdade entre homens e mulheres no que diz respeito a direitos e obrigações (artigo 5º, inciso I), tendo em vista este contexto de grande relevância, surge então um instrumento garantidor e reparador denominado de Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).

Sobre a parte histórica de tal instrumento normativo, conforme Assembleia Legislativa Secretaria de Recursos Humanos (2012, *online*), teria sido construída no ano de 1983 com o acontecimento de fatos que ensejaram todo processo de elaboração da referida lei.

Nesse sentido, a Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, referência do nome dado a presente lei, sofria constantemente agressões domésticas por parte de seu cônjuge, em destaque a tais eventos, revela-se o momento em que adquiriu de seu próprio companheiro um disparo de arma de fogo, produzindo como resultado catastrófico a perda da locomoção de suas pernas. Após se recuperar do fato ocorrido, as agressões ainda continuaram, seu marido a manteve presa em sua própria casa, além de praticar uma outra tentativa de homicídio. Tendo a situação matrimonial sido inconcebível a autora da Lei resolveu procurar a justiça para ver os seus direitos amparados, Assembleia Legislativa Secretaria de Recursos Humanos (2012, *online*).

Em complemento, segundo o Portal Brasil (2012, *online*) a busca pela solução do conflito de início começou por parte da autora Maria da Penha em informar os órgãos competentes para regular tal demanda, sendo assim buscou o Centro pela Justiça Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Juntos os órgãos realizam perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) uma denúncia contra seu marido agressor. (PORTAL BRASIL, 2012, *online*).

Finaliza ainda Assembleia Legislativa Secretaria de Recursos Humanos (2012, online), que juntamente com o ocorrido, surgiu ainda outro debate nessa esfera a qual foi feito uma observação por parte de um consórcio da ONGs Advocacy, Agende, Cepia CFEMEA Clademi/Ipê e Themis. Dessa forma, foi dado ênfase à nível internacional ao referido assunto, que, após ser reformulado, foi enviado ao Congresso Nacional. Nesse sentido, com a grande participação da sociedade civil e inúmeras audiências públicas sobre o assunto, autoriza-se por parte do Presidente da República a criação da Lei nº 11.340, em 07 de agosto de 2006, Assembleia Legislativa Secretaria de Recursos Humanos (2012, *online*).

Por fim, em um contexto de evolução dos direitos das mulheres destaca-se com relação a Lei Maria da Penha a sua finalidade bem como a sua aplicação que em suma destina-se a proteger, garantir, erradicar, bem como coibir todo tipo de violência no âmbito da convivência comum familiar e doméstica praticada contra a mulher. (DIAS, 2008, p. 24, *apud* Lei 11.340, de 07.08.2006).

Nesse contexto histórico de evolução de direitos das mulheres bem como o espaço que se originou a criação da própria Lei Maria da Penha, faz se necessário destacar um outro contexto qual seja, a parte principiológica constitucional, que recai sobre o tema, assim adiante passaremos a destacar o efetivo princípio que faz nascer a hipótese de aplicação da lei maria da penha aos homoafetivos e transsexuais.

2. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA/IGUALDADE COMO PRECEITO APLICACIONAL DA LEI MARIA DA PENHA.

O conceito aplicacional de isonomia se torna muito difundido e debatido no ordenamento jurídico brasileiro, nesse sentido torna-se importante e necessário sua breve conceitualização do ponto de vista aplicacional neste trabalho. Cumpre destacar que o referido princípio encontra-se exposto entre os objetivos primordiais da República Federativa do Brasil, assim "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. [...]".

Por outro lado o mesmo preceito originário constituinte assim também revela:

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 [...].

Como disposto no diploma normativo acima, o princípio da igualdade funciona como um direito bem como, uma garantia que ampara a coletividade, de forma que a referida disposição servirá como instituto a ser observado a fim de que não haja discriminação alguma no que diz respeito à aplicação da lei.

Assim, nos ensinamentos dos doutrinadores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marioni e Daniel Mitidiero (2017) apud Jose? Joaquim Gomes Canotilho e Vital temos que:

[...] o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social”, tal como (também) o é o Estado projetado pela Constituição Federal brasileira, de 1988. (SARLET, MARIONI e MITIDIERO, p. 575).

Como destacado pelos doutrinadores, percebe-se que o conceito do referido instituto encontra-se amparo no sistema jurídico constitucional e nesse sentido volta-se a um princípio presente nas questões liberais, gerais e que se pauta em um sistema coletivo de direitos, sendo assim, inerente a função essencial de Estado.

Por outro lado, necessário se ater aos ensinamentos de Clever Vasconcelos (2016) que:

Ante o exposto, nota-se que o princípio da igualdade possui dois planos diferentes. De uma parte, ante o legislador ou o próprio Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedido que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. O segundo plano é atinente ao dever do intérprete, basicamente a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, afastando diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (VASCONCELOS, 2016, p. 153).

Como visto acima, destaca-se o entendimento no sentido da ocorrência do princípio da isonomia em dois momentos, no primeiro momento o referido princípio ocorre quanto da observação estrita da lei, nesse caso a lei seria um parâmetro de observação para aplicação do referido princípio, que assim estaria proibida a ocorrência de tratamentos distintos do ponto de vista da mesma situação. No sentido social, fonte de interesse deste trabalho, o princípio da isonomia se apresenta como forma de aplicação no sentido de observância da lei, porém o que se busca nesse ponto é a erradicação das diversas formas de diferenças quanto da aplicação da lei.

Por outro lado, é importante destacar quanto a parte classificatória do referido instituto que se classifica, segundo os autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marioni e Daniel Mitidiero (2017) apud Maria Glória Garcia, no que diz respeito ao seu campo de atuação, nesse sentido o conceito de isonomia, em um primeiro momento, estaria pautada na observância estrita da lei e, essa por sua vez seria o instrumento regulador do direito. Por outro lado, observa-se o conceito de isonomia voltada para o preceito mandamental da não ocorrência de segregação, assim sendo a isonomia funciona como um parâmetro de não descriminalização, nesse sentido:

Nesta perspectiva, é possível, para efeitos de compreensão da evolução acima apontada, identificar três fases que representam a mudança quanto ao

entendimento sobre o princípio da igualdade, quais sejam: (a) a igualdade compreendida como igualdade de todos perante a lei, onde a igualdade também implica a afirmação da prevalência da lei; (b) a igualdade compreendida como proibição de discriminação de qualquer natureza; (c) a igualdade como igualdade da própria lei, portanto, uma igualdade “na” lei. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 577-578).

Em contrapartida, observa-se quanto a disposição do referido princípio, no que diz respeito a sua formação, que pode este ocorrer tanto da aceção formal quanto material, assim necessário se faz se ater às suas características. No que se refere ao sentido formal, temos o entendimento de que este acontece quanto da observação da convencional da lei, ou seja, o princípio da isonomia observa a própria lei no sentido da sua formação, assim tal formalidade se revela no campo da própria aplicação da lei. Por outro lado, no que diz respeito ao contexto material, tem-se que este se aplica quanto ao sentido concreto da lei, dessa forma, se revela como lei que se aplica a situações fáticas, nas palavras de Ana Paula de Barcellos (2018):

A isonomia formal visualiza a questão sob a perspectiva das normas e sua aplicação, como se verá, ao passo que a isonomia material se ocupa da situação real em que as pessoas se encontram, embora as duas dimensões interagem continuamente. [...]. (BARCELLOS, 2018, p. 147).

Por derradeiro, importante chamar atenção para aplicação do princípio da igualdade como meio de erradicar as descriminalizações feitas aos casais homoafetivos e transsexuais. Neste sentido o princípio da igualdade se perfaz em um primeiro momento, ao mesmo tempo no próprio princípio da igualdade e ainda na liberdade de escolha da orientação sexual a ser seguida, sendo assim vedado às distinções e discriminação que possa surgir sobre esta vontade de escolha (SILVA, 2010, p. 224).

Assim, faz-se necessário então destacar no intuito de verificar o caráter aplicacional da Lei Maria da Penha aos homoafetivos e transsexuais, a possibilidade de sua extensão aos que não são descritos por ela de forma determinada, sendo assim passa-se ao próximo tópico quanto a sua interpretação extensiva.

2.1 Da interpretação extensiva dada à Lei Maria da Penha

Do campo aplicacional da referida norma, importante dizer quanto ao seu alcance geral que por sua vez que regula a relação da violação doméstica contra a mulher no âmbito familiar doméstico. Quando criada o legislador ordinário apenas se referiu a palavra mulher, não se referindo de fato o que seria mulher se relacionado ao gênero ou se relacionado ao contexto em que se ache mulher.

Dessa forma importante mencionar que, se torna necessário aumentar o grau de aplicação da Lei Maria da Penha para que torne-se a tratar também dos homossexuais e transexuais, assim para Alysson Leandro Mascaro (2015, p. 174) a interpretação extensiva faz se necessário uma vez que a referida forma de interpretação estende o campo de compreensão da norma jurídica. Nesse sentido destaca ainda o referido autor acerca da interpretação extensiva " [...] As hipóteses normativas são ampliadas pelo jurista, de tal modo que previsões originalmente não estipuladas passem a ser compreendidas no âmbito de implicações de uma determinada norma".

Por outro lado, verifica-se quanto esse campo a própria hermenêutica relacionado ao tema, sendo assim destaca-se que a própria hermenêutica não se preocupa tão somente a situações jurídicas abstratas mais sim se preocupa ainda com casos concretos a exemplo a própria interpretação judicial (NADER, 2017, p. 264). Dessa forma, visto a características da extensão dada a norma, importante mencionar que o sistema jurídico não pode tratar e prever somente os casos de violência doméstica contra a mulher, deixando de lado ou ainda sendo omissa, quanto ao tratamento de violência doméstica que incide sobre os casos homoafetivos e transexuais.

É nessa hipótese que nasce os ensinamentos de Roger Raupp Rios (2006), que aduz por sua vez que, se levar em consideração direitos produzidos tão somente em virtude da própria realidade e voltados

privativamente as características femininas estaríamos diante da produção de lacunas, uma vez que existem uma gama de diversidades encontradas. Com esse contexto, a interpretação extensiva da Lei Maria da Penha nasce como forma de afirmar os direitos humanos no intuito de ser aplicado às hipóteses que nela não são previstas, sendo assim, destaca Roger Raupp Rios (2009):

Não se pode esquecer que os direitos humanos, especialmente quando reconhecidos constitucionalmente de modo amplo e extenso, em um texto jurídico fundamental aberto a novas realidades históricas, têm a vocação de proteger a maior gama possível de situações. (RIOS, 2009, p. 9)

Desse modo, como bem destacado, assim pode se dizer que, conforme leciona o autor, que a interpretação extensiva feita sobre a Lei Maria da Penha recai sobre os próprios direitos humanos, sendo de todo modo de forma extensiva, garantindo assim um maior alcance aos necessitados, observando assim sempre os preceitos constitucionais. Por outro lado importante mencionar o contexto doutrinário e jurisprudencial a qual faz nascer esse tema passando a seguir a tratar sobre o contexto existente de pensamentos acerca da hipótese de aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos e transsexuais.

3. APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AOS CASAIS HOMOAFETIVOS E TRANSSEXUAIS.

Nesse ponto de efetivo contexto social e valorativo vivido pelas pessoas, nasce a importância de verificar o campo aplicacional da Lei Maria da Penha como campo regulador de direitos nela não previstos. Importante mencionar que quanto a aplicação da referida norma aos casais homoafetivos e transsexuais não encontra na doutrina uma produção vasta com relação a esse tema, já por outro lado é na jurisprudência que, por estar sempre regulando e evoluindo com relação aos conflitos que se encontra maior a produção jurídica com relação a esse tema. Destaca-se ainda que nesse ponto será abordado correntes relacionadas ao tema que por sua poderão recepcioná-lo ou não do ponto de vista aplicacional. Sendo assim

passa-se a destacar entendimentos que colaborarão para o desenvolvimento deste trabalho.

Com relação ao primeiro entendimento, e por esse trabalho adotado, temos a possibilidade de extensão da Lei Maria da Penha aos que nela não são previstos quais sejam os casais homoafetivos e transexuais, assim de início importante mencionar e destacar o que dispõe a própria Lei Maria da Penha com relação a esse assunto, assim vejamos:

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:

[...]

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Como visto acima no diploma destacado, percebe-se que o mesmo regula toda aplicação da Lei Maria da Penha sendo aplicada aos casos independentemente da orientação sexual a ser seguida, entendido e alcançando assim as mulheres hétero, homoafetivas e ainda as transexuais, sendo que essas duas últimas hipóteses entrariam no contexto de gênero a qual seriam amparadas pelo sistema normativo em destaque, voltado a proteção contra violência no âmbito doméstico e contra a questão de gênero. Dessa forma também se baseia o entendimento de Alice Bianchini (2016, p. 59).

Por outro lado, destaca ainda e muito bem, a autora Alice Bianchini (2016) com relação a decisão da Juíza de Direito Ana Cláudia Veloso Magalhães, da Primeira Vara Criminal da Comarca de Anápolis no processo nº 201.103.873.908-TJGO. Que por sua vez verificou total possibilidade de aplicação a Lei Maria da Penha ao caso ali levantado uma vez que a referida hipótese que se tratava de caso concreto de cirurgia de redesignação sexual, assumindo assim o indivíduo o chamado “sexo” social ou seja, passou-se a adotar uma nova identidade perante a sociedade, alterando assim

perfeitamente seu estado de gênero, dessa forma para a Juíza a não aplicação da Lei Maria da Penha poderia gerar uma mal maior relacionado ao “preconceito e discriminação”.

Ainda no que diz respeito a própria Lei Maria da Penha, temos que informar também que a referida norma mais uma vez em seu corpo normativo preliminar (artigo 2º) consagra que sem depender de classe, raça, etnia e, destaca-se, orientação sexual, é assegurada a mulher seus direitos fundamentais, sendo garantido a ela mecanismos referentes a facilidade de se viver sem violência, dessa forma, no intuito de fazer valer o dispositivo ora comentado, faz-se necessário aclamar pela aplicação dessa norma aos casais homoafetivos e transexuais. Nesse ponto importante mencionar quanto ao conceito de família trazido pela própria Lei Maria da Penha que nos revela ser um conceito novo e amplo uma vez que nesse ponto como objetivo de proteger a mulher acabou por criar uma nova perspectiva de união entre as pessoas (DIAS, 2014, p. 467).

Nesse contexto de família e levando em conta o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal - STF quanto a união familiar entre pessoas do mesmo sexo, nasce então o que ensina Maria Berenice Dias (2014) quanto a possibilidade de de aplicação da Lei Maria da Penha aos homossexuais, assim:

A Lei Maria da Penha (L 11.340/06) alargou o conceito de família para albergar as uniões homoafetivas. A partir da decisão do STF, que assegurou às uniões homoafetivas os mesmos direitos e deveres da união estável, passou a ocorrer a conversão da união estável em casamento. (DIAS, 2014, 267)

Importante destacar a posição da jurisprudência pátria acerca da parte aplicacional da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos e transexuais. Nesse sentido destaca-se o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477.554 Minas Gerais do Relator Ministro Celso de Mello a qual trata-se em sua base da análise do caso concreto relacionado a união civil entre duas pessoas sob a perspectiva jurídica constitucional.

Chama atenção a referida jurisprudência para a própria questão da impossibilidade de se restringir os direitos por motivo relacionado a preferência sexual. Destaca ainda o referido julgado quanto a questão dos homossexuais no intuito de estes também estarem amparados por essa proteção jurídica, sendo incabível bem como, considerado arbitrário, qualquer forma de intolerância que desiguale as pessoas em virtude de sua orientação sexual.

Nesse mesmo sentido segue o Informativo nº 175 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que tratou de hipótese de crime de lesão corporal de natureza grave praticada por uma mulher contra outra mulher, passando a entender os desembargadores que a Lei Maria da Penha deve ser aplicada ao caso tendo em vista que regulou a proteção da mulher enquanto entendimento de gênero adotado.

Em seguinte temos também a decisão recente do Juiz de Direito André Luiz Nicolitt, proferido nos autos nº 0018790-25.2017.8.19.0004, na comarca de São Gonçalo (RJ), tratando com especificidade o caso concreto aplicacional da Lei Maria da Penha aos transexuais, nesses termos vale destacar:

Com efeito, entendemos que todas as normas não penais, ou seja, processuais, civis e administrativas, contidas na Lei Maria da Penha, são aplicáveis ao homem que exerça o papel social de mulher, isto é, que possua o gênero feminino, como os travestis, transexuais, gays, por exemplo. (NICOLITT, 2017, p. 10)

Como visto para o respeitável juiz, entende-se ser perfeitamente possível aplicar a lei maria da Penha aos casais homossexuais e transexuais uma vez que estes, exercem a condição voltada a questão social da mulher, possuindo por sua vez então a característica essencial da aplicação desta Lei qual seja o gênero feminino. Como visto até aqui mostra-se perfeitamente possível a aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos e transexuais em virtude do próprio ato normativo nela dispor, isso tudo em obediência ao regramento constitucional e principiológico que rege ao tema,

sem contar ainda que esse tema está em constante evolução a fim de regular todo e qualquer caso compatível e que necessite de proteção da Lei.

Visto isso tudo, passaremos a destacar alguns argumentos presentes na corrente contrária que por sua vez não admite a aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homossexuais e transsexuais, assim passaremos a destacar.

Para esse tipo de entendimento a questão da não aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos e transsexuais baseia-se no próprio ato normativo, ou seja, o princípio da reserva legal que faz se presente nesse entendimento como forma de restringir o campo aplicacional da lei maria da penha a palavra mulher. Nesses termos interpretando a palavra mulher disposta pela Lei Maria da Penha de forma ampla ocorreria a violação do princípio da reserva legal no âmbito penal e conseqüentemente se recorreria a analogia como campo aplicacional a assegurar o tema.

Por outro lado, importante observar que esse tipo de entendimento não encontra um campo doutrinário e jurisprudencial vasto acontecendo em certas hipóteses, frise-se, bem poucas, relacionadas aos casos concretos. Cite-se então a necessidade de interposição de mandado de segurança nº [20973616120158260000 SP](#) contra decisão do juiz de primeiro grau que negou-se a aplicar medida protetiva em face de um transsexual.

Dito isso tal entendimento encontra-se uma certa resistência quanto a evolução social dos valores, sendo assim pouco ou quase utilizado no meio jurídico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a pesquisa, ficou destacado a questão da evolução social da mulher enquanto sujeito de direitos, observou-se então que no início a mulher, no que diz respeito aos seus direitos, não era de certa forma amparados em sua totalidade. Dito isso, necessário foi que fosse adotado e criado direitos e garantias tendentes a amparar todo e qualquer espécie do direito feminino.

Nesse sentido, cria-se então mecanismos principiológicos constitucionais capazes de regular situações e garantir a aplicação de direitos que antes não eram regulados. Dessa forma com relação e no intuito de regular situações até então não previstas recorre-se a chamada interpretação extensiva da norma Lei Maria da Penha como mecanismo ampliador de direitos e garantias, passando assim a regular e estabelecer situações, que a própria Lei Maria da Penha previa, porém não eram postas em práticas ou ainda aplicadas aos casos concretos.

Nesse sentido pôde se perceber que a Lei Maria da Penha objetiva-se erradicar toda e qualquer violência no âmbito doméstico e familiar contra mulher e ainda é presente em situações que envolvam a violência de gênero. Por outro lado, observou-se ainda que no caso concreto a Lei Maria da Penha com relação aos casais homossexuais e transsexuais tende a ser aplicada de forma específica, de acordo com o caso concreto, sendo assim regulada pela jurisprudência e evoluindo de acordo com a necessidade social.

Certo é que esse assunto será palco de grandes discussões futuras, uma vez que é notável a existência de certas resistências, cite-se poucos casos de efetiva aplicação da Lei Maria da Penha, relacionado a aplicação da referida norma, existindo assim um campo de direitos e deveres a serem seguidos como forma de tutela estatal.

Desta feita, conclui-se que a Lei Maria da Penha deve ser aplicada aos casais homossexuais e transsexuais, que sofrerem violência doméstica e de gênero no âmbito da convivência familiar. Aderir essa hipótese, não é difícil, é respeitar e garantir a aplicação dos princípios constitucionais relacionados não só com as igualdades mas também outros de cunho garantidor, tudo isso no intuito de dar maior efetividade quanto a aplicação da própria norma em comento e como consequência inerente, a ocorrência efetiva de ausência de discriminações. Assim tal fundamento de aplicação, mais uma vez, relacionado a identidade de gênero construída é merecedora de amparo normativo.

REFERÊNCIAS

_____. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477.554 Minas Gerais.** Relator Ministro Celso de Mello. DJe 18 de novembro de 2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf> >. Acesso em 23.out.2018.

_____. **Informativo de Jurisprudência nº 175.** 2009. Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2009/informativo-de-jurisprudencia-n-o-175> >. Acesso em 23.out.2018.

_____. **Mandado de segurança: MS 2097361-61.2015.8.26.000 SP.** Relator Ely Amioka. São Paulo. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253893656/mandado-de-seguranca-ms-20973616120158260000-sp-2097361-6120158260000/inteiro-teor-253893710> > Acesso em 24.10.2010.

_____. **Processo nº 0018790-25.2017.8.19.0004.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-tambem-protege-mulher.pdf> >. Acesso em 23.out.2018.

_____. **JULGADOS.** Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/inc_social_lgbtt/Julgados_LGBT/STJ-%20Esp%201183378-casamento%20homoafetivo.pdf >. Acesso em 23.out.2018.

_____. **Lei nº 11.340,** de 7 de agosto de 2006, Brasília, DF, mar 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm >. Acesso em: 23.out.2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense. 2018.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei n. 13.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26.jul.2018.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2. Tir. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FERNANDEZ, Valéria Diez Scarance. **LEI MARIA DA PENHA: O processo Penal no Caminho da Efetividade**. São Paulo: ATLAS S.A., 2015.

Lei Maria da Penha mais uma conquista da mulher. **Assembleia Legislativa Secretaria de Recursos Humanos**. Disponível em: < http://www.recursoshumanos.al.ms.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23:lei-maria-da-penha--mais-uma-conquistadamulher&catid=5:Not%C3%ADcias&Itemid=2 >. Acesso em 02.mai.2018.

Lei Maria da Penha. **Governo do Brasil**. Publicado em 05/04/2012 às 14h51. Última modificação em 23/12/2017 às 10h45. Disponível em: . Acessado em: 02.mai.2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**, 5.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**, 40.ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIOS, Roger Raupp. **Para um direito democrático da sexualidade**. Horizontes Antropológicos. Porto Alegre. Ano 12, nº 26. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a04v1226.pdf>>. Acessado em 21.out.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2017.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito de Direito Constitucional**.
3.ed. São Paulo:Saraiva,2016.

NOTAS:

[1] Professor da Faculdade Católica do Tocantins. Mestre em Prestação
Jurisdicional e Direitos Humanos. osnilson@catolica-to.edu.br.

A INCIDÊNCIA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA DA RECUSA

FRANCELINO LEANDRO DOS SANTOS OLIVEIRA: Graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE.

WANIA JAGUARACY DE SENA MEDRADO

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

Resumo: Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo tem por objetivo principal garantir prerrogativa essenciais à pessoa, bem como, estabelecer limites a hegemonia estatal frente aos seus administrados. Ao longo desse estudo, propomos expor o conceito e a construção do dispositivo legal, popularmente denominado de Multa da Recusa, abordando as principais controvérsias que envolvem a matéria. Esta controvérsia mostra-se latente na doutrina e nos tribunais pátrios, uma vez que varias demandas encontram-se em curso nos tribunais superiores. Deste modo, o objetivo do presente trabalho foi, a partir de uma revisão bibliográfica e da aplicação de conceitos jurídicos, demonstrar a flagrante da inconstitucionalidade e consequente inviabilidade da Multa da Recusa em nosso ordenamento jurídico, em face a afronta de princípios fundamentais como *nemo tenetur e detegere* e a presunção de não culpa, ou ainda, pela não superação dos requisitos do essenciais do princípio da proporcionalidade. Finalizando, questionamos o reais fins da Multa da Recusa no tocante a efetividade normativa na prioridade do interesse público.

Palavras-chaves: Direito Administrativo; Presunção de Inocência; Auto incriminação; Bafômetro; Obrigatoriedade.

Abstract: he fundamental rights and guarantees of the individual have as main objective to guarantee essential prerogative to the person, as well as, to establish limits the state hegemony vis-à-vis the ones administered. Throughout this study, we propose to expose the concept and construction

of the legal device, popularly known as the Fine of Denial, addressing the main controversies involving the matter. This controversy is latent in doctrine and in the country courts, since several lawsuits are pending in the higher courts. Thus, the objective of the present work was, based on a bibliographical review and the application of legal concepts, to demonstrate the flagrant unconstitutionality and consequent impossibility of the Fine of Refusal in our legal system, in the face of the violation of fundamental principles such as *nemo tenetur e detegere* and the presumption of non-fault, or, non-overrun of the essential requirements of the principle of proportionality. Finally, we question the real purpose of the Fine of Refusal regarding normative effectiveness in the priority of the public interest.

Keywords: Administrative Law; Presumption of Innocence; Self-incrimination; Breathalyzer; Obligatoriness.

SUMÁRIO: 1- Introdução; 2- Histórico da Multa da Recusa; 3- Princípios constitucionais afrontados pela Multa da Recusa; 3.1- Princípio *nemo tenetur se detegere*; 3.2- Princípio da presunção de não culpa; 3.3- Princípio da proporcionalidade; 4- Argumentos favoráveis à Multa da Recusa; 5- Considerações finais.

1 – INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, em sua maioria extraídas do artigo quinto da nossa Constituição, tem por primordial escopo garantir prerrogativa essenciais ao indivíduo, bem como, estabelecer limites a hegemonia estatal frente aos seus administrados.

Ao longo desse estudo propomos, de maneira sucinta, expor o conceito e a construção do dispositivo legal, popularmente denominado de Multa da Recusa, abordando as principais controvérsias que envolvem esta. Explorando a extensão e a incidência dos princípios constitucionais *nemo tenetur se detegere*, presunção de não culpa, e da proporcionalidade. Onde os dois primeiros, apesar de serem corolários do processo penal, conforme entendimento de GOMES (2010) e GESU(2010), também devem incidir na

seara administrativa, em especial aos atos que ocasionam resultados de natureza sancionadora. Sobre o último princípio suscitado, da proporcionalidade, segundo GUERRA FILHO (2001), encontra-se nesse princípio o requisito de validade essencial a toda norma da ordenamento jurídico, diante de que, não se pode deixar de analisar a Multa da Recusa sob o prisma na proporcionalidade.

A obrigatoriedade imposta ao condutor de veículo automotor a submeter-se ao “teste do bafômetro”, imposta inicialmente pela combinação do parágrafo terceiro do art. 277 combinado com o art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro e posteriormente tipificada autonomamente pelo art. 165-A do mesmo diploma legal, emerge em nosso ordenamento jurídico em direto confronto com prerrogativas constitucionais basilares como o direito a não autoincriminação, o que segundo JESUS (2009), TOURINHO FILHO (2004), FERNANDES (2002), NOGUEIRA (2010), tornaria esta obrigatoriedade inconstitucional. Em sentido contrário MARRONE (1998) defende que, do confronto entre o direito a vida e segurança e o direito, a não autoincriminação deve prevalecer aquele.

Esta controvérsia mostra-se latente na doutrina e nos tribunais pátrios, pois várias demandas encontram-se em curso nos tribunais superiores. O grifo final sob a inconstitucionalidade do dispositivo objeto desse estudo deve ser dado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4103 que encontra-se com os autos conclusos ao relator aguardando julgamento.

É Imperioso destacar que este trabalho não pretende, nem de longe, militar em defesa do indivíduo que dirige sob influência de álcool no organismo, afinal, esta conduta efetivamente caracteriza-se como crime e, conseqüentemente, deve ser coibida. No entanto, a coação exercida pelo Estado (executivo, legislativo e judiciário) sob seus administrados deve atentar a algumas limitações, sendo este o objeto da nossa pesquisa. Nesse sentido, o presente estudo se mostra efetivamente pertinente, uma vez que em nosso estado democrático de direito, a todo tempo, devemos nos posicionar vigilantes ao respeito dos direitos e garantias já conquistadas, bem como, nas limitações imposta ao poder estatal no tocante ao poder disciplinador exercido frente aos indivíduos.

Deste modo, o objetivo do presente trabalho foi, a partir de uma revisão bibliográfica e da aplicação de conceitos jurídicos, demonstrar a flagrante da inconstitucionalidade e conseqüente inviabilidade da Multa da Recusa em nosso ordenamento jurídico. Seja pela ofensa a direitos fundamentais do indivíduo, onde os fins a serem alcançados não justificam os meios, ou ainda, pela não superação dos requisitos do fundamental princípio da proporcionalidade.

2 – HISTÓRICO DA MULTA DA RECUSA

A Multa da Recusa consiste na nomenclatura popular dada a infração de recusar-se, o condutor de veículo envolvido em acidente ou abordado em fiscalização de trânsito, a ser submetido a exame que demonstre influência de álcool ou outra substância psicoativa no seu organismo. Como atualmente prescrito no art. 165-A, do Código de Trânsito Brasileiro: “Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277”.

Esta infração de trânsito tem seu nascedouro com o advento da lei 11.705 de 2008, que inseriu o §3º no art. 277 da Lei 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro, prevendo:

art. 277 ...

§ 3º - Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

O referido art. 165 por sua vez tipifica como infração gravíssima dirigir sob influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, prevendo como penalidade multa e suspensão do direito de dirigir por doze meses, e como medida administrativa o recolhimento do documento de habilitação, bem como retenção do veículo.

Desde então, inicia-se a problemática e os questionamentos no tocante à constitucionalidade da Multa da Recusa, uma vez que atribuída a conduta de recusar-se a se submeter a exame que ateste um possível consumo etílico a mesma penalidade para aquele que está dirigindo embriagado, desencadeando várias demandas judiciais.

Em setembro de 2008, a Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento ajuíza a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4143, que questiona, entre outros dispositivos, a constitucionalidade do dispositivo previsto no art. 277, combinado com art. 165, ambos do Código de Trânsito Brasileiro. Nesta demanda, a Advocacia Geral da União defende a constitucionalidade da Multa da Recusa, arguindo que o princípio *nemo tenetur se detegere* tem seu campo de atuação o processo penal,

como se vê, o dispositivo constitucional transcrito estabelece garantia fundamental que tem como titular tanto o preso, como o acusado ou denunciado no processo penal, assegurando-lhes a prerrogativa de não produzir prova ou não contribuir, por outro modo, para sua condenação no âmbito criminal. (Manifesto AGU nos autos da ADI nº4103. P. 388)

Em contraponto o Ministério Público Federal, entendendo pela incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*, também, na seara administrativa, posiciona-se pela inconstitucionalidade da Multa da Recusa argumentando:

Em linha diametralmente oposta, o inciso IV do art. 5º da Lei nº 11.705/08 dispõe que serão aplicadas sanções administrativas "ao condutor que se recusar a se submeter a (...) procedimentos" que identificar estado de embriaguez ("testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame" art. 277, caput, do CTB). Como visto, tais determinações não são admitidas pela normatividade constitucional e infraconstitucional, nem pela jurisprudência do STF e pela doutrina especializada. (Parecer PGR nos autos da ADI nº4103. P. 1.444).

Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade, atualmente, ainda carece de julgamento. Mantendo latente a controvérsia e a insegurança jurídica que gira em torno da multa da recusa.

Nesse diapasão, em maio de 2016, por meio da lei nº 13.281, o legislador federal altera o Código de Trânsito Brasileiro incluindo do artigo 165-A, tipificando a Multa da Recusa como infração autônoma, mantendo inalteradas as sanções e medidas administrativas para a infração. Diante desse panorama, atualmente, várias demandas judiciais encontram-se em curso afim de contestar a aplicabilidade e constitucionalidade da multa da recusa, entre estas, muitas estão sobrestadas no tribunais aguardando o julgamento da ADI. nº 4143.

3 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFRONTADOS PELA MULTA DA RECUSA

A legislação brasileira prevê um rol de garantias e direitos fundamentais, a maioria destes estão previstos no artigo quinto da nossa lei maior. Essas prerrogativas, em regra, visam garantir o mínimo existencial e proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado. Dentre estas prerrogativas destacamos o princípio *nemo tenetur se detegere*, mais conhecido como o direito de não produzir prova contra si mesmo, o princípio da presunção de não culpa, popularmente conhecido como o princípio da presunção de inocência e o princípio da proporcionalidade, pré-requisito primaz de toda norma jurídica.

Esses princípios, costumários do Direito Penal, também devem incidir no âmbito do Direito Administrativo, como amplamente defendido na doutrina e jurisprudência dos tribunais pátrios, em especial nas causas de sanções administrativas como temos na Multa da Recusa.

3.1 – PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE

A expressão latina *nemo tenetur se detegere* significa, em sua literalidade, que ninguém é obrigado a se descobrir (QUEIJO, 2003, p.4), ou seja, aquele que comete um ilícito não tem a obrigação de descobrir, de demonstrar a sua culpa ou de se auto incriminar. Esse princípio foi acolhido

pelo nosso ordenamento jurídico por força do Pacto de San José da Costa Rica, assinado em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil em setembro de 1992, que no seu art. 8º, alínea g, garante a pessoa o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Desse preceito pode-se extrair o direito ao silêncio e o direito de não produzir prova em seu desfavor, consagrados no processo penal e também aplicado no direito administrativo, principalmente em se tratando das sanções administrativas, desde que, da fala ou do comportamento ativo do sujeito possa resultar uma persecução penal contra ele.

Assim, o princípio (e direitos) em comento não projeta seus efeitos apenas para a seara do processo penal ou da investigação criminal ou civil. Assim defende GOMES (2010) ao tratar das dimensões do princípio da não autoincriminação:

Vale também perante qualquer outro juízo (trabalhista, civil, administrativo etc.), desde que da fala ou do comportamento ativo do sujeito possa resultar uma persecução penal contra ele. Em síntese, o direito de não autoincriminação não projeta seus efeitos apenas para o âmbito do processo penal ou da investigação criminal ou civil. Perante qualquer autoridade ou funcionário, de qualquer um dos poderes, que formule qualquer tipo de imputação penal (ou se suspeita) ao sujeito, vigora o princípio (a garantia) da não autoincriminação (que consiste no direito de não falar ou de não se incriminar, sem que disso possa resultar qualquer prejuízo ou presunção contra ele). Se a garantia citada não tivesse essa extensão sua importância seria quase nenhuma. É irracional imaginar que alguém possa invocar a garantia perante o juízo penal, sendo obrigado a se incriminar perante um juízo trabalhista, civil, administrativo etc. A prova decorrente dessa autoincriminação lhe compromete seriamente.

Nesse sentido, sendo a conduta de dirigir sob influência de álcool, crime tipificado pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a faculdade de não soprar o bafômetro, ou não colaborar com qualquer dos exames que comprove a embriaguez do indivíduo configura-se como exercício do princípio *nemo tenetur se detegere*. O legislador ao criar a multa da recusa acaba sancionando, administrativamente, aquele que está por exercer seu direito constitucional. Nesse ponto especificamente, podemos perceber a afronta direta da multa da recusa ao referindo princípio.

Em concordância preleciona, Gesu (2010, p.50), filiando-se à doutrina de Lopes Jr.:

Conforme LOPES Jr., o 'direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, esculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo a qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando interrogado' e acrescenta que do exercício do direito ao silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico ao imputado, na medida em que no processo penal só há presunção de inocência. Por consequência, qualquer tipo de recusa não autoriza presumir-se a culpabilidade, muito menor por configurar delito de desobediência. Portanto, o princípio da não auto incriminação decorre não só de poder calar no interrogatório, como também do fato de o imputado não poder ser compelido a participar de acareações, de reconhecimentos, de reconstituições, de fornecer material para exames periciais, tais como exame de sangue, de DNA ou de escrita, incumbindo à acusação desincumbir-se do ônus ou carga probatória de outra forma.

Vale salientar, que a sanção administrativa prevista no art. 365-Ado Código de Trânsito Brasileiro, que ofende o exercício dos direitos (direito ao

silêncio e direito de não produzir prova contra si) emanados do princípio *nemo tenetur se detegere*, revela-se idêntica a sanção administrativa prevista para o indivíduo que incide no art. 365 do mesmo diploma legal que se referente à conduta de conduzir veículo sob efeito de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, o que coloca a multa da recusa em rota de colisão face ao próximo princípio que abordaremos, o princípio da presunção de não culpa.

3.2 – PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPA

No século XVIII, Cesare Beccaria, em sua ilustre obra *Dos Delitos e das Penas*, já indicava que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

Do princípio da presunção de não culpa, popularmente conhecido como princípio da presunção de inocência, emana o direito do indivíduo de não ser declarado culpado enquanto paira dúvida sobre sua culpabilidade. Este direito foi acolhido no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 11.1, que dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

Dispositivos semelhantes são encontrados na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92 – art. 8º, § 2º): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

No ordenamento pátrio, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal. Com a Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de não culpabilidade passou a constar

expressamente do inciso LVII do art. 5º: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Apesar do dispositivo constitucional trazer a expressão "sentença penal condenatória", o princípio em destaque não esgota sua incidência na seara penal, sendo possível sua aplicação no campo do Direito Administrativo, como já mencionado, em especial os processos e procedimentos de natureza sancionadora.

Nesse sentido, o irrefragável princípio da legalidade se aperfeiçoa nos ensinamentos de BINENBOJM (2008, p. 132):

Em uma palavra: a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais em particular.

Nessa esteira, se posiciona BAPTISTA (2003, p. 108), quando esclarece que "hoje, portanto, caminha-se para a construção de um princípio da legalidade não no sentido da vinculação positiva à lei, mas de vinculação da Administração ao Direito". Não obstante, CARVALHO (2009) comunga desse raciocínio, esclarecendo que essa vinculação se refere a princípios expressos e implícitos. Assim podemos entender os direitos fundamentais, especialmente o princípio da presunção de não culpa, como princípio implícito da administração pública.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais sofrem mitigações na seara administrativa, por exemplo, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, inflige ao administrado a obrigação de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos (art. 4º,IV); trata-se de infrações administrativas fundadas na obrigação de informar, desde que não envolvam risco de incriminação. No entanto, a obrigatoriedade de soprar o bafômetro pode incidir em infração penal, condição na qual o princípio da presunção de não culpa não pode ser mitigado.

Na verdade, a idêntica sanção administrativa prevista para a conduta de dirigir sob influência de álcool (art. 165, CTB) e recusar-se a ser submetido a teste que comprove a influência de álcool ou outras drogas no organismo (art. 165-A, CTB), não só mitiga, mas elimina, afasta de maneira absoluta os princípios e direitos fundamentais até aqui elencados. O Estado legislador inverte o ônus probante da conduta de dirigir sob estado de embriaguez alcoólica, considerando todo condutor de veículo como presumidamente alcoolizado, impondo a obrigação de ser submetido a teste específico para que se comprove o seu estado de não embriaguez.

3.2 – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade tem por escopo essencial de equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade. Visto como conteúdo da norma fundamental, nas palavras de BONAVIDES (2005, p. 357), considera-se como “regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder”. Nesse sentido, atribui-se e ele classificação de norma essencial do ordenamento jurídico.

Não obstante, assevera GUERRA FILHO (2001, p. 67):

Essa característica do princípio da proporcionalidade nos sugeriu a hipótese de que ele poderia fazer as vezes da mítica da norma hipotética fundamental de Kelsen, rompendo assim com a inadequada linearidade da sua concepção do sistema jurídico, e propondo um sistema circular, em que a norma ‘mais alta’ é também a que está na base do sistema — literalmente uma Grund-norm — por ser capaz de fundamentar, diretamente, aquelas normas mais concretas, como são as sentenças judiciais e medidas administrativas

O ilustre citado distingue a proporcionalidade, denominando-a como “princípio dos princípios”, dos demais princípios de natureza constitucional, que trazem elevado grau de abstração, em razão da propriedade destes de não constituírem apenas um imperativo procedimental, mas também material.

No âmbito administrativo, o mestre CUNHA JÚNIOR (2009, p.50) exponencialmente define este princípio como “um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais”. Nessa esteira, o Princípio da Proporcionalidade apresenta-se quase como absoluto no ordenamento jurídico pátrio e como requisito de validade à aplicação de qualquer manifestação do direito.

É pacífico na doutrina que o referido princípio é constituído essencialmente por três elementos: 1) a **adequação** dos meios empregados; 2) a **necessidade** ou exigibilidade da medida adotada e 3) a **proporcionalidade em sentido estrito**. Os dois primeiros abrangem os pressupostos fáticos do princípio, enquanto o último corresponde à ponderação jurídica destes. Conforme o estudo da (in)constitucionalidade das leis, a norma jurídica deve atender tanto os requisitos fáticos quanto à concordância entre estes e os valores contidos em nosso ordenamento jurídico. Seguiremos analisando o dispositivo constante no art 165-A do Código de Transito Brasileiro a luz do princípio da proporcionalidade.

Quanto ao primeiro elemento, a adequação, consiste na conformidade entre meio e fim, na compatibilidade entre o fim pretendido pela Administração Pública e os meios os quais ela emprega para alcançar seus objetivos. Nesse sentido, CANOTILHO (1991, p. 387) leciona: “(...) a exigência de conformidade pressupõe que se investigue e prove que o acto do poder público é apto para e conforme os fins que justificaram a sua adopção (...). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim”.

Assim podemos completar que o mandamento do art. 165-A atente a pressuposto da adequação, uma vez que a utilização do “teste do bafômetro” mostra-se eficiente no sentido de detectar se o indivíduo esta dirigindo em estado de alcoolemia.

Continuemos a análise sob a ótica do elemento da necessidade. Este segundo elemento do Princípio da proporcionalidade traduz-se na melhor escolha, pela administração pública, dentre os meios adequados, para se

alcançar seus objetivos. Nesse sentido destacamos os sábios apontamentos de TAVARES (2012, P. 782), “Dentro da concepção do Estado de Direito, essa escolha corresponde àquela que menos ônus traga ao cidadão”. Nessa avaliação, exige-se a opção da forma menos gravosa e mais suave, ao administrado, para se alcançar valor esperado.

Nesse passo, parece o legislador federal ter tropeçado, pois a “multa da recusa”, ao inverter o ônus probatório da alcoolemia, atribuindo ao administrado o dever de demonstrar seu estado de não alcoolemia fazendo uso do bafômetro, opta pela alternativa mais gravosa ao cidadão e mais conveniente ao Estado. Vale salientar, que o nosso Código de Trânsito além do mandamento do art. 165-A, oferece outras alternativas para constatação do estado de embriaguez alcoólica do condutor de veículo, que não trazem lesões aos direitos individuais dos cidadãos, como previsto no parágrafo segundo do art. 277 do referido código:

A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.

Do citado mandamento legal, podemos extrair como meios alternativos para comprovar que o condutor de veículo está dirigindo sob efeito de álcool, a produção de imagem, de vídeos, prova testemunhal, ou ainda, quaisquer outro meio de prova admitido em nosso ordenamento jurídico.

Assim podemos entender pela desnecessidade do mandamento contido no art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, uma vez que a administração pública pode (deve) optar, caso o condutor de veículo automotor recuse-se a fazer uso do “bafômetro”, por medida menos gravosa ao administrado, a exemplo das alternativas elencadas no art. 277, §2º do referido código.

Por fim, mas não menos importante, examinemos a proporcionalidade em sentido estrito, terceiro e ultimo elemento do Princípio da proporcionalidade. Como leciona TAVARES (2012, P. 783), “Trata-se, pois, de

um sopesamento (balanceamento) dos valores do ordenamento jurídico, em que se procura atingir a mais oportuna relação entre meios e fins para melhor garantir os direitos do cidadão em situações concretamente relacionadas”. Este elemento baseia-se essencialmente em um real juízo de valor sob a ótica da possibilidade jurídica da medida adotada.

No tocante ao dispositivo da art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, temos o sopesamento jurídico, de um lado, direitos fundamentais, de interesses individuais, resguardados pelos vários princípios até aqui suscitados (*nemo tenetur se detegere*, presunção de não culpa), do outro, interesses coletivos, como a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, saúde pública etc. Motivos pelos quais, ao que tudo indica, o art. 165-A atende o requisito da proporcionalidade em sentido estrito.

4 – ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À MULTA DA RECUSA

Como dizia o ilustre Nelson Rodrigues “toda unanimidade é burra”, isso significa que o contraposto é essencial na busca e construção do conhecimento, em especial nas ciências jurídicas a dialética se mostra fundamental. Nesse sentido destacaremos alguns dos argumentos que fundamentam a tese que defende aplicabilidade da Multa da Recusa.

Um desses argumentos, se lastreia sob o fundamento de que o princípio *nemo tenetur se detegere*, especificamente o direito ao silêncio, bem como, o direito de não produzir prova com si, tem sua incidência restrita à seara penal. Os adeptos desse entendimento se apegam a literalidade do art. 5º, LXIII da Constituição Federal Brasileira quando aduz que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;” a remissão à pessoa presa do dispositivo remete aos procedimentos do processo penal. Nesse sentido aponta-se o entendimento de MENDES (2007, P.636) “O titular do direito é não só o preso, mas qualquer acusado ou denunciado no processo penal.”

Esta corrente atribui mesma interpretação literal ao inciso LVII do citado artigo constitucional que garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim

argumenta os representantes da Advocacia Geral da União ao tratarem da possibilidade de violação à direitos fundamentais causados pela Multa de Recusa no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4103:

Nota-se, assim, que o artigo 277, §3º, da Lei nº 9.503/97 não contraria o disposto no artigo, 5º, LXIII, da Carta, os quais versam sobre temas bem distintos. Com efeito, o dispositivo atacado apenas define uma infração administrativa, sem interferir no direito ao silêncio do criminalmente acuado, a quem não impõe a prática de conduta que possa importar em sua condenação penal (Manifesto AGU nos autos da ADI nº4103, P. 388.).

Segundos os argumentos expostos, a Multa da Recusa atende os requisitos constitucionais, pois esta trata de matéria exclusivamente administrativa, seara a qual, não incide as garantias individuais defendidas no presente estudo.

Outro argumento dos defensores da Multa da Recusa é a necessidade do uso do bafômetro como meio de prova para constatar a embriaguez alcoólica do indivíduo ao conduzir veículo automotor, em especial, aqueles que estejam sob efeito de pequenos níveis de concentração de álcool por litro de ar alveolar. O Código de Transito Brasileiro tipifica no seu art. 306 o crime Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, conforme o parágrafo primeiro do citado dispositivo. Uma das maneiras de demonstrar esta influência é a comprovação de que o condutor de veículo tem no seu organismo quantidade igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar.

Nesse sentido, se contrapondo as correntes doutrina que entendem pela inconstitucionalidade da Multa da Recusa, FARIAS (2010, p. 22) questiona:

Entretanto, essa corrente não apresenta uma resposta para a seguinte pergunta: **como será**

comprovado que o motorista possui seis decigramas de álcool por litro de sangue, se ele não é obrigado a fazer o teste do bafômetro? Essa pergunta é importante, pois só é possível a caracterização do tipo penal do art.306 do CTB, se for verificada essa quantidade mínima, e neste caso, não é cabível a prova testemunhal, mas tão somente o exame de sangue e o teste do bafômetro são meios eficazes para a constatação ou não dessa quantidade. (grifo nosso)

Nessa esteira, coloca-se a obrigatoriedade do uso do bafômetro como único meio hábil, capaz de detectar quantidades reduzidas de álcool no organismo dos condutores de veículos, uma vez que diante destes casos a prova produzida através de imagem, vídeo e testemunha, não seria capaz de demonstrar estes níveis de alcoolemia.

Por fim, destacamos um dos mais contundentes argumentos quanto a validade da obrigatoriedade de utilização do bafômetro pelos condutores de veículos, defendida por MARRONE (1998), que seria a prevalência do interesse da coletividade frente aos interesses individuais, que se concretiza diante do conflito entre a liberdade individual e o dever do Estado em garantir a segurança de todos os indivíduos.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como esposado ao longo deste estudo, a discursão que gira em torno da Multa da Recusa revela-se basicamente sobre duas vertentes. De um lado milita o Estado, fundamentado na prevalência do interesse público sob o privado, argumentando sobre a defesa da vida e da saúde pública. Na outra vertente encontra-se os limites imposto ao Estado pelo ordenamento jurídico, em defesa do cidadão, que apesar de almejar pelos direitos a segurança, a vida e a saúde devem ser protegidos do poder sancionador estatal. Os argumentos seguintes têm por objetivo primordial equilibrar os interesses levantados nas citadas vertentes.

Sobre a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*, em especial o direito do indivíduo de não produzir prova contra si, como demonstrado ao longo deste estudo, entendemos ser perfeitamente aplicável frente a Multa da Recusa. Seja pelo entendimento, largamente aceito pela doutrina, e pela jurisprudência, que o referido princípio deve incidir na seara administrativa. Nesse ponto destacamos que o Pacto de São José da Costa Rica no seu artigo oito item dois, faz referência a “pessoa acusada de delito”, em especificar se esse delito tem natureza administrativa ou penal.

Outro ponto de grande relevância quanto à aplicação do direito de não produzir prova contra si em nosso trabalho, é a tênue linha que a Multa da Recusa estabelece entre as searas administrativa e penal, de maneira que, caso o indivíduo resista a obrigatoriedade estabelecida no art. 165-A do Código de Transito Brasileiro e não faça uso do bafômetro, incidirá sobre ele sanções meramente administrativa. No entanto, se o indivíduo não resistir à força coercitiva do citado dispositivo legal, soprar o bafômetro, sendo detectado concentração igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, este sofrerá reprimenda de natureza administrativa e também penal. Nesse ponto podemos afirmar que a aplicação da Multa da Recusa pode trazer consequências penais ao indivíduo.

Alentados por esses argumentos, podemos assegurar a inconstitucionalidade do objeto desse estudo, dada a direta afronta ao princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*.

Essas exposições, se adéquam perfeitamente ao segundo princípio tratado nesse trabalho, a presunção de não culpa. Considerando que admite-se a mitigação da presunção de inocência, pela doutrina e a jurisprudência pátria, em matéria extra penal. Esta mitigação esta sujeita a limites, principalmente em matéria de cunho administrativo disciplinar, onde o referido princípio deve pesar com plena intensidade em decorrência da natureza punitiva dos procedimentos disciplinares. Ademais, é imprescindível ressaltar, que os Princípios, como fundamentos essenciais à norma jurídica, em qualquer dos ramos do Direito, podem até ser mitigados, afastados em certa proporção, mas jamais serem anuladas por completo a sua aplicabilidade.

Ademais, como tratado em capítulo específico, quanto ao crivo da constitucionalidade das normas à luz do princípio da proporcionalidade, argumentamos que a norma deve atender requisitos fáticos (adequação e necessidade) e jurídicos (proporcionalidade em sentido estrito). Assim, não superado o requisito fático da necessidade pela norma disposta no art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, uma vez que o mesmo diploma legal elenca outros meios de prova para demonstrar que o indivíduo está alcoolizado, podemos inclinar pela inconstitucionalidade da referida regra a luz do princípio da proporcionalidade.

Contudo, cabe-nos enfrentar alguns dos argumentos daqueles que militam pela constitucionalidade do objeto desse estudo. Assim, nos direcionamos à indagação de como provar a influência de pequenos níveis de álcool (0,3 miligramas) no organismo do condutor de veículo, uma vez que sob esses níveis talvez não seja possível detectar visualmente, contra argumentamos: seria então a Multa da Recusa norma criada para flagrantear, especificamente, condutores com reduzidos níveis de álcool no organismo? Assim teríamos uma norma altamente lesiva ao direito individual do cidadão, meramente para detectar infratores que demonstram menor capacidade leve, o que nos parece desarrazoado. Nesse ponto cabe destacar que o legislador admite que o cidadão conduza veículo sob influencia de baixos níveis alcoólicos, para tanto estabeleceu o máximo de 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar. No entanto, argumentar sobre os níveis seguros de influencia de álcool no organismo para conduzir veículo é uma questão que extrapola o universo do nosso estudo.

Diante do inquestionável argumento da prevalência do interesse público sobre privado e da efetividade das normas positivadas, é imperioso distinguir o interesse público da conveniência da administração pública. Assim questionamos, se a Multa da Recusa tem por principal escopo garantir a segurança do trânsito, ou meramente, facilitar a fiscalização e a geração de multas por parte do Estado. Pois parece bem conveniente ao órgão fiscalizador simplesmente impor sanção administrativa à ter que conduzir o indivíduo para delegacia para lavratura de termo circunstanciado.

Por fim, ainda sobre a efetividade e eficiência normativa frente a direitos individuais. Remetemos o leitor a uma reflexão sobre o período

histórico no Brasil, onde a prática da tortura era comum meio de investigação. Sem dúvida essa prática tem um elevadíssimo nível de eficiência, podendo elucidar crimes gravíssimos de grande lesividade a sociedade, no entanto, a tortura é rechaçada pelo nosso ordenamento jurídico por ferir direitos individuais inerente a pessoa humana. Nesse sentido sempre que estivermos diante do avanço estatal sobre os direitos individuais esta reflexão se fará sempre pertinente.

REFERÊNCIAS:

AMERICANOS, Organização dos Estados. PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. São Paulo: Renovar, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. Dos delitos e das penas. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.69.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL, República Federativa do. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, República Federativa do. CÓDIGO DE TRÂNITO BRAILEIRO. Brasília: Senado Federal, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livr. Almedina, 1991.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo: Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Salvador: Jus Podivm, 2009. P. 55

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. Podium, 2009.

FARIAS, Rafaela Andrade Marinho. A constitucionalidade da exigência do teste do bafômetro como meio de prova. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/rafaelafarias.pdf. Acesso em: 24/10/2018.

FEDERAL, Supremo Tribunal. AÇÃO DIRETA DE INCONTITUCIONALIDADE Nº. 4103. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO | Atos Administrativos | Infração Administrativa | Multas e demais Sanções. Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3ª Ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GESU, Cristina Di. Prova penal & falsas memórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Publicado em 26 jan 2010. Acesso em: 21out. 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. RCS, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do Código de Trânsito. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARRONE, José Marcos. Delitos de Trânsito: aspectos penais e processuais do Código de Trânsito Brasileiro: Lei 9.503/97. São Paulo: Atlas, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. Crimes do Código de Trânsito. 2 ed. São Paulo: Mizuno, 2010.

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

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 1 vol.26 ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOTAS:

[1] Bacharel e especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professora da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina- FACAPE.

ATOS ILÍCITOS PRATICADOS CONTRA O AUTOR DA HERANÇA E O DIREITO DE DESERDAR

DIONATAN OLIVEIRA CABRAL: Bacharelado do curso de Direito da Faculdade Católica de Tocantins - TO.

MAURICIO KRAEMER UGHINI
(Orientador)*

RESUMO: Estudo com escopo de discutir atos ilícitos praticados contra o autor da herança, antes da abertura do testamento, dando ao autor da herança o direito previsto em lei. O estudo se utiliza do raciocínio indutivo por amostragem, com análise de casos concretos dos atos praticados contra o autor da herança. Por fim, se conclui pela existência da violação ao princípio da igualdade, diante das causas de deserdação quando não são elencadas no mesmo instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Deserdação; Atos Ilícitos; Direito do Autor da Herança

ABSTRACT: Study with scope of discussing illegal acts practiced against the author of the inheritance, before the opening of the will, giving to the author of the inheritance the direct predicted in law. The study uses inductive reasoning by sampling, with analysis of concrete cases of the acts practiced against the author of the inheritance. Finally, it is concluded that there is a violation of the principle of equality, given the causes of disinheritance when they are not listed in the same institute.

KEYWORDS: *Disinheritance; Unlawful Acts; Copyright of the Inheritance Author*

SUMÁRIO: *1 Introdução; 2 Conceito de Sucessões; 2.1 Elementos Históricos; 3 Perda da Legitimidade Sucessória; 3.1; Indignidade na sucessão; 3.2: Causas a exclusão por indignidade 4.Deserdação; 4.1; Atos Ilícitos Praticados contra o Autor da Herança e o Direito de Deserdar; 5 Considerações finais; Referências.*

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa a ser tratada será a respeito do direito das sucessões e, que tem como objetivo definir, o que é sucessão no ramo do direito Civil, mostrando assim também seus efeitos no decorrer da história e,

como acontece nos dias atuais. Deixando claro e de forma explicativa quem são os herdeiros legítimos e, necessários que podem suceder o de cujus.

Será também analisado a legitimidade dos descendentes e ascendentes e, do cônjuge. Vamos abordar também o que é herança, quando esta se transmite, a sequência para quem está se transmite, e quem são os herdeiros dignos de receberem seu quinhão hereditário. Pois sabemos que a lei restringe a distribuição da herança diante de atos praticados contra o autor da herança.

Vamos mostrar que de acordo com o que está expresso na lei, tanto os descendentes, ascendentes e, os cônjuges podem ficar fora de sua parte legítima, quando estes forem infiéis ao autor da herança, cometendo atos em que a lei os reprovava.

E de uma forma mais aprofundada, vamos falar sobre dois institutos que é imprescindível para esta pesquisa que é: indignidade e, deserdação, entender a diferença entre um e o outro e, saber quais os herdeiros que podem ser enquadrados nesses dois institutos.

E por último vamos analisar de forma mais especial, o ponto mais importante da pesquisa, que é a deserdação dos descendentes pelos ascendentes e, dos ascendentes pelos descendentes, previstos nos artigos 1.962,1. 963, do código civil. Vamos analisar cada ato praticado contra o autor da herança, e a possibilidade de deserdar o cônjuge que é nossa maior problemática, pois nenhum dos artigos menciona o cônjuge, pois este também, conforme diz o artigo 1.845, é herdeiro necessário e, que também pode ser penalizado diante de tais atos.

Com base em tudo que foi tratado vamos responder controvérsias em torno do cônjuge, se este também pode ser deserdado ou, o legislador querendo que este fosse deserdado quis ficar omissos no texto da lei.

Conclui-se que tanto os descendentes, ascendentes e o cônjuge podem ser deserdado pois este o cônjuge, tem as mesmas perspectivas que os demais herdeiros e pode incorrer nos mesmos atos que os demais, dando causa em atos contra o autor da herança ou contra os demais herdeiros que tenham interesse na herança do de cujus.

2. CONCEITO DE SUCESSÕES

Arnaldo Rizzardo, diz que, na humanidade nada é eterno, duradouro ou definitivo. É O Homem perseguido pelo estigma de sua finitude, que o acompanha em sua consciência e limita os anseios no futuro. Esta é a

verdade mais concreta, dura e incontestável. Mas a sucessão, de algum modo, tem uma sensação de prolongamento da pessoa, ou de atenuação do sentimento do completo desaparecimento, especialmente quando são realizadas obras que refletem o ser daquele que morre, e que o tornam vivo ou presente nas memórias.

Essa ideia retrata uma tendência à aspiração de perpetuidade do homem, assim manifestando-se Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira: “A propriedade corporificou a ideia de sucessão hereditária como poderoso fator da perpetuidade da família”.^[1]

A morte desencadeia uma ruptura no domínio dos bens. Cessa a vida corporal, mas subsiste a da alma, que é imortal. No entanto, como os bens matérias estão ligados à vida corporal, é necessário que outras pessoas venham e assumam a titularidade, de modo a se recompor a ordem ou a estabilidade no patrimônio.

Daí o acerto da afirmação de Lacerda de Almeida, ainda atual: “A ideia de sucessão implica a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito”.^[2]

Temos, pois, um conceito natural de sucessão, pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra e assume os direitos que a esta tocava. Ou, no sentido lato, explica Jefferson Daibert que “suceder significa vir depois dela, tomar o seu lugar, recolhendo todo ou parte dos direitos que lhe pertencem”.^[3]

2.1 Elementos Históricos

Em Roma, numa primeira fase, dizia-se que o herdeiro continuava a personalidade do defunto, de quem hauria sua força e coragem. Havia, no começo, mais uma transmissão do ser espiritual do parente falecido. Lacerda de Almeida explicava o direito sucessório: “A necessidade de perpetuar o culto, o nome, as tradições da família, a glória de viver na pessoa do herdeiro. O que se deve ver no testamento como ato de vontade morta, incapaz de manifestar-se e realizar-se, não fora subsistir no herdeiro, seu continuador, a vida e movimento que se extinguiram no de cujos”,^[4]

Numa estrutura rígida da família, o pater era o soberano. Por testamento, escolhia ele o herdeiro mais habilitado para exercer o comando da família, e realizar as práticas religiosas domésticas, em favor do defunto, além de administrar o patrimônio existente. Conforme, ainda, Lacerda de Almeida, “a instituição de herdeiros não tinha outrora, na antiguidade

romana, outro intuito mais que escolher ou firmar o continuador na dignidade, autoridade e funções do defunto”,[5]

A sucessão evoluiu através de fases.

Primeiramente, havia uma comunhão familiar, ou seja, os bens ficavam com o grupo familiar, já que persistia a comunidade agrária, sendo as terras de propriedade coletiva da gens. Isto numa fase anterior, o que também se verificou em outros povos.

Posteriormente, foram prevalecendo os sentimentos individualistas, surgindo a propriedade familiar, um grupo restrito e ligado pelo parentesco próximo. Transmitia-se a propriedade do varão aos descendentes, considerados como um pequeno grupo.

Finalmente, firma-se a propriedade individual, com o arrefecimento dos laços políticos, religiosos e de parentesco. Opera-se a transmissão não aos membros da família, mas aos herdeiros, assim considerados os que estavam submetidos diretamente à potestade do pai, e aos escravos instituídos herdeiros por testamento.

Pinto Ferreira aduz que “a transmissão se opera tão-somente na linha masculina, e a este varão cabia recolher a herança, isto é, o patrimônio da família, assim também o continuador do culto. A herança, o culto e as famílias são inseparáveis, pois quem recebeu a fortuna é o continuador do culto”. [6]

Prevaleciam, pois, sobretudo, os privilégios hereditários – herdavam os filhos varões, e o primogênito de preferências os demais.

Quanto aos varões, recorda Washington de Barros Monteiro: “ A lei Sálica, que apenas contemplava os varões na distribuição da propriedade imobiliária , constituía típico exemplo dessa injustiça social . Assim também a Lei Vecônia. Inspirada por Catão, no intento de colocar um freio á dissipação e á independências das mulheres e que vigorou em certo período do Direito romano, as privava de capacidade testamentaria passiva; mas essa lei, que contrariava a equidade e a própria natureza, logo foi revogada”. [7]

O testamento se expandiu mais na época da Lei das XII Tábuas, quando começaram a perder força os privilégios, e foi se impondo a liberdade absoluta de dispor dos bens para depois da morte.

3. PERDA DA LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA

Como já nos referimos anteriormente, a legitimidade de suceder se perde por indignidade ou deserdação.

Desta forma, nesse subcapítulo iremos tratar exclusivamente da perda de legitimidade de suceder por indignidade e deserdação, com o intuito de trazer mais esclarecimentos e subsídios acerca desses institutos.

3.1. Indignidade na Sucessão

A compreensão do que seja indignidade não oferece dificuldades. O conceito envolve a ideia de atos ofensivos praticados contra a pessoa, a honra e os interesses do autor da herança. A lei enumera alguns atos que, uma vez praticados, afastam os herdeiros.

Com isso, incute a ideia de que um desrespeito exagerado, ou uma ofensa ao falecido, pode trazer consequências na sucessão, com afastamento ou exclusão do herdeiro.

Justamente pelas ofensas praticadas, de pungente significado moral, afasta-se o herdeiro não de sua qualidade de sucessor, mas de ser contemplado no recebimento do quinhão que lhe era reservado. É que, lembra com propriedade o autor argentino Horácio E. Cejas, "seria contrário a todo princípio de justiça que aquele que ofendeu gravemente el causante o a sua memória, o que atentou contra su vida, o terminó con ella, pudiera venir a beneficiarse con sus bienes".^[8]

Passa, pois, a indignidade a conceituar-se como a exclusão do herdeiro pela prática de atos criminosos ou ofensivos contra o autor da herança. Já era tal a definição de Clovis: "Indignidade é a privação do direito hereditário cominada por lei, a quem cometeu certos atos ofensivos à pessoa ou aos interessados do hereditando"^[9].

Quem está incurso em falta grave contra o de Cujus fica indigno de receber o quinhão que lhe estava reservado. Vemos, então, que há aplicação de uma pena ao que vinha ligado à pessoa falecida, e que atentara contra a sua vida, a honra e os interesses. Isto tanto ao herdeiro legítimo como ao testamentário.

A rigor, não há uma incapacidade de receber em herança. A pessoa está completada na relação da ordem sucessória. Mas o ato que praticou afasta o direito, fazendo que surja a superveniência da incapacidade. Incapacidade não natural, e sim em vista de uma determinada conduta.

Em relação condutas praticadas no instituto da indignidade, a jurisprudência tem posicionamento em relação ao cônjuge:

Esclarecedor o seguinte acórdão

“Ação ordinária- Declaração de indignidade e exclusão da sucessão. Esposa que é denunciada como partícipe mandante do assassinato do marido. Filhos menores que são representados pelo avô paterno a quem se deferiu judicialmente a tutela dos netos. Legitimidade de parte. Carência da ação repelida. Procedência do pedido. Apelação. Suspensão do curso do processo determinado em segunda instância. Julgamento da ação penal. Condenação da ré na instância criminal a 18 anos de reclusão”. (TJPR- Ac. 4781- Apelação Cível – Londrina – 6 Vara Cível – 1 Câmara Cível – Rel. Des. Oto Sponholz -17-6-87).

Como podemos ver os atos praticados pelo cônjuge no instituto da indignidade, já estão pacificados, ou seja o cônjuge pode ser excluído e ser declarado indigno. De outro lado, distingue -se da deserdação, ocorível somente em testamento. Washington de Barros Monteiro traz a distinção, plenamente atual: “A pena de indignidade é cominada pela própria lei, nos casos expressos que enumera, ao passo que a deserdação repousa na vontade exclusiva do autor da herança, que a impõe ao culpado no ato de última vontade, desde que fundada em motivo legal. A primeira, portanto, é peculiar á sucesso legítima, embora possa alcançar também o legatário (art.1.595), enquanto a segunda só se verifica na secessão testamentaria”.^[10] O art. 1.595 referido corresponde ao art.1.814 do Código de 2002.

3.2 Causas de Exclusão por Indignidade

As causas que autorizam a exclusão do herdeiro ou do legatário da sucessão estão arroladas no art. 1.814 do Código Civil, podendo ser resumidas em :atenrados contra a vida ,a honra e a liberdade do de *Cujus*^[11] ou de membros da família. Como se trata de uma pena civil, a exclusão por membros de sua família. Como se trata de uma pena Civil a exclusão por indignidade só pode ocorrer nos casos expressamente mencionados em lei, não comportando interpretação extensiva ou aplicação analógica ante o princípio *nulla poema sine lege*.^[12]

Assim, de conformidade com aquele dispositivo legal, consideram-se indignos:1º) Os que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio doloso ou voluntario, ou em sua tentativa (CP, art.14,II), contra a

pessoa de cuja secessão se tratar, seu cônjuge , companheiro, ascendente ou descendente. Não se entende, no caso, ao homicídio culposo por imprudência, imperícia ou negligência, como ainda não tem cabimento no *error in persona*; na *aberratio ictus* (CP,art.20 § 3º);nos casos de : legítima defesa, estado de necessidade , exercício regular de um direito .loucura ou embriaguez (CP, arts.23, I a III, 26 e 28, II). Em todas essas circunstâncias o ato lesivo não é voluntário, para efeito de afastar o agente da sucessão[13]; visto que o dolo é elementar na determinação da causa da exclusão ; daí não se poder cogitar de qualquer situação em que a perda da vida resultou de uma ausência de animus necandi.[14]

Além do mais, sendo o autor inimputável se ocorrer uma das causas de extinção da punibilidade, também não incorre em indignidade.[15]

A tentativa de homicídio permite a exclusão do herdeiro faltoso da secessão, porque na sistemática de nosso direito sua incriminação tem os mesmos fundamentos dos crimes consumados. [16]

Nosso direito não segue os passos da lei portuguesa, belga ou francesa[17], que requerem, como requisito dessa pena civil, a prévia condenação criminal do herdeiro ou legatário, de

modo que, o Brasil, a defesa invocada pelo apelante, segundo a qual ele ainda não foi julgado criminalmente, não tem qualquer procedência (RT, 164:707).

Prova da indignidade pode ser produzida no cível. É óbvio, porém, que uma absolvição do acusado, pelo reconhecimento de uma excludente de criminalidade, impede o questionamento do fato no cível, de acordo com art.935 do código Civil, visto que a sentença produz efeito julgada em relação aos efeitos civis; licito não será, portanto, reconhecer a indignidade no juízo cível. [18]O mesmo não se dirá da extinção de pena (prescrição ou indulto), que não tem o condão de ilidir a exclusão do Herdeiro.[19]

Para afastar herdeiro ou legatário em caso de homicídio voluntário ou de sua tentativa, imprescindível será a prova do fato; mera suspeita não é bastante[20]

2ª) Os que acusarem o de cujus caluniosamente em juízo ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro.

Conforme o art.339 do Código Penal (com a relação da lei n.10.028/2000), a denúncia caluniosa consiste em dar causa a instauração de investigação policial ou de processo judicial de investigação

administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente (RT, 562:294; 510:351).

Tal acusação caluniosa deveria, outrora, ser feita em juízo criminal, mediante formulação de queixa ou representação ao Ministério Público, de maneira que não se configurava indignidade se o herdeiro acusar, caluniosamente, o autor da herança em juízo cível (RT, 145:693; AJ, 97:45). Hoje, será indigno tanto quem fizer denúncia Caluniosa no juízo criminal como em inquérito civil ou em investigação administrativa. Constitui, ainda causa de indignidade o fato de o sucessor cometer qualquer dos crimes contra a honra do de cujus, arrolados a atos nos arts.138,139 e 140 do Código Penal nos arts.138,139 e 140 do Código Penal, que são: calúnia, difamação e injúria[21]. Orlando Gomes lembra -nos que a expressão crime contra a honra abrange as ofensas contra a memória do morto[22]. Pondera Carlos Maximiliano que não é necessária a condenação do herdeiro, bastando que este haja provocado ação penal contra o autor da herança.[23] Sem embargo dessa opinião, parece-nos que a razão está com Washington de Barros Monteiro, que entende que a prática de crimes contra a honra do hereditando só ficará apurada se houver prévia condenação do indigno no juízo crimina.[24]

3ª) Os que por violência ou fraude, inibiram ou obstaram o de cujos de livremente dispor de seus bens por ato de última vontade.

O Código Civil, ao prescrever essa causa indignidade, teve por escopo defender a liberdade de disposição do de cujus, punindo o herdeiro que, fraudulenta dolosa ou coativamente, praticar atos, omissões, corrupção, alterações, falsificação, inutilização, ocultação, atentado contra essa liberdade ou obstando a execução do ato de última vontade.[25] Incorre, p. ex., nessa penalidade o legatário (CC, art.1.939, IV) que :constrangeu o de cujus a fazer o testamento ou codicilo (CC, art.1,881);o impediu de revogar ou modificar o testamento anterior; suprimindo seu testamento cerrado ou particular ; elaborou testamento falso ; fez uso de testamento contrafeito[26]. Como não se caracteriza aqui um delito criminal, ter-se-á, segundo Caio Mário da Silva Pereira,[27]de provar o fato de qualquer meio. O ato lesivo do sucessor não será punido se ele tiver tempo de corrigir seus efeitos, p.ex., se induziu a facção testamentária e, posteriormente, inutiliza a célula[28]. Igualmente não sofrerá punição se o testamento, por ele alterado,

era nulo, dado que não há revogação do que não poderia produzir consequências jurídicas.[29]

4.DA DESERDAÇÃO

O outro Instituto que possibilita a exclusão dos herdeiros, por atos ilícitos é a Deserdação. Maria Helena Diniz, menciona muito bem ao dizer que nem sempre a manifestação da vontade do testador possui caráter positivo, no sentido de beneficiar alguém pode ser negativa, visto que pode privar um herdeiro necessário de sua legítima (CC, art. 1.961), por meio da deserdação favorecendo com isso, ainda que indiretamente, outro herdeiro[30]. É mister não olvidar que, para afastar da sucessão herdeiros que não pertençam as classes dos necessários (como o colateral até o quarto grau), é suficiente dispor dos bens sem contemplá-los (CC, art. 1.850), independentemente de qualquer ato formal.

O mesmo não sucede com uso necessários, aos quais, para serem excluídos das sucessão, por terem direitos a uma cota hereditária- sendo vedada, por isso ao testador qualquer liberalidade que exerça a meação disponível, torna-se imprescindível o recurso a deserdação, atendendo -se ao fato de que não seria justo priva p testador do direito de não beneficiar herdeiro necessário que se portou mal para com ele, [31]praticando atos ou faltas previstas em lei.

Logo, a deserdação constitui exceção à regra geral que assegura ao herdeiro necessário a reserva legitimária, que corresponde à metade da herança do de cujus, uma vez que dá outra metade pode o testador dispor como bem lhe aprouver.[32]

A Deserdação venha ser o ato pela qual o de cujus exclui de sucessão, mediante testamento, com expressa declaração da causa (CC, art.1.964), herdeiro necessário, privando-o de sua legítima, por ter praticado qualquer ato taxativamente enumerado no Código Civil, arts,1.814, 1.962 e 1.963[33].

Todavia, é preciso esquecer quem em nosso direito (CC, art.1.848) está admitida a deserdação bona mente, em que o testador, não obstante o direito reconhecido aos descendentes , ascendentes e ao cônjuge no art.1.846 do Código Civil , pode, declarando justa causa, tomar certas medidas acauteladoras para salvaguarda a legítima dos descendentes – p. ex., em casos de prodigalidade temporária ou Vitalícia[34].Para que se efetive a deserdação, é necessária a presença de certos requisitos essenciais, como:

(1º) Exigência de testamento Válido com expressa declaração do fato determinante da deserdação (CC.art. 1.964), ocorrido, obviamente, antes de sua morte.

O testador só pode Deserdar seus herdeiros necessários por meio do testamento, ante a solenidade com que se reveste esse ato. Se nulo for o testamento, igualmente Nula será a deserdação.[\[35\]](#)

(2º) Fundamentação em causa expressamente prevista pela lei, pois nula será a clausula testamentaria pela qual o testador deserda descendente sem declara-lhe causa (RT, 263:135, 160:717), ou por motivo não contemplado legalmente. A lei (CC, arts. 1.814, 1.962 e 1.963) retira do arbítrio do testador a decisão quantos aos casos de deserdação, devido à gravidade desse ato , não admitindo interpretação extensiva e muitos menos emprego da analogia .

Como podemos ver o testador é limitado ao deserdar seu herdeiro necessário, podendo deserdar quando houver previsão legal, não somente quando ele achar que pode deserdar. Vemos que para cada herdeiro necessário o legislador fez quis trazer as causas para que se estes incorressem fossem os mesmo deserdados.

4.1 Atos Ilícitos Praticados Contra o Autor da Herança e o Direito de Deserdar

Aqui chegamos a um dos pontos mais importante desta pesquisa que é o estudo dos herdeiros necessários, diante do instituto da deserdação, pois sabemos que para que haja deserdação dos mesmos é preciso que primeiro o autor da herança queira, segundo haja previsão legal, e que haja causa para cada herdeiro necessário conforme dita os artigos que iremos tratar:

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes- Ofensa Física: II- Injúria Grave : III- Relações Ilícitas com a madrasta ou com padrasto: IV- Desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Como podemos ver o artigo além de prever a deserdação dos descendentes por seus ascendentes, ainda faz questão de não elencar as causas que possibilite a deserdação do cônjuge.

Vemos que o problema da não deserdação do cônjuge, não no artigo 1.962, mais também no 1.963, que diz:

Art. 1. 963. Além das causas enumeradas no art. 1. 814 autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I-ofensa física: II-injúria grave: III-relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta: IV-desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Como vemos mais uma vez, as causas que autorizam a deserdação do cônjuge foram omissas. Como sabemos o código atual em seu (artigo 1. 845), inova incluindo o cônjuge como herdeiro necessário. Mas ao regular a deserdação, nosso legislador, embora anunciando, no art. 1. 961, que os herdeiros necessários podem ser deserdados, nos artigos seguintes, indicando as causas que autorizam a privação da legítima, só menciona a deserdação dos descendentes por seus ascendentes (art. 1962) e a deserdação dos ascendentes por seus descendentes (1. 963).

A pergunta a ser feita é, e o cônjuge como fica, sendo que este também é herdeiro necessário? Sem dúvida foi um esquecimento, e essa omissão tem de ser preenchida, para resolver o problema. As controvérsias em torno do cônjuge é um problema sem dúvida tem ser resolvido, até por ele também se formos analisar, teria condições e interesse em praticar tais atos contra o autor da herança.

“Maria Helena Diniz, em sua obra, curso de direito civil brasileiro, ela faz menção de um projeto de lei que pode resolver a omissão do legislador, projeto este que acrescenta o art. 1963-A, que assim se apresenta redigido”. Além das causas enumeradas no art. 1. 814 autorizam a deserdação do cônjuge: I-prática de ato que importune grave violação dos deveres do casamento, ou que determine a perda do poder familiar: II- recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou aos filhos comuns: III-desamparo do outro cônjuge ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade.

Tal proposta assim se apresenta justificada: “Ao regular a deserdação”, o novo Código, embora anunciando, no art. 1.961, que os herdeiros necessários podem ser deserdados, nos artigos seguintes, indicando as

causas que autorizam a privação da legítima, só menciona a deserdação dos descendentes por seus ascendentes (art. 1.962) e a deserdação dos ascendentes por seus descendentes (art. 1.963). Sem dúvida que foi um esquecimento do legislador a omissão do cônjuge, que é também herdeiro necessário.

Em muitas legislações, numa tendência que é universal, a posição sucessória do cônjuge foi privilegiada, mas se prevê, igualmente, a possibilidade de ele ser deserdado, com as respectivas causas, como exemplo temos: Código Civil suíço, art. 477; Código Civil peruano, art. 746; Código Civil espanhol, art. 855; Código Civil português, art. 2.166).

Todos os exemplos de legislações de outros países há sim a possibilidade de deserdação do cônjuge, pois vemos que seria injusto incluir o cônjuge em todos os direitos do testamento juntamente com os demais herdeiros necessários, e não inclui-lo nos atos que este praticar nas mesmas formas que os demais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi tratado em relação aos bens a ser deixado, cabe ao autor da herança expor sua vontade aos seus herdeiros, e quando estes forem infiéis que sejam penalizados nas formas da lei, assim como relata o instituto específico concernente a deserdação, e quanto ao cônjuge, que a lei não especifica as causas, se faça justiça, pois mesmo além de ser herdeiro necessário pode também agir da mesma forma que os demais herdeiros necessários, praticando atos que contrarie a vontade do autor da herança. E para que se resolva a omissão do legislador quanto ao cônjuge nos artigos 1.962, e 1.963, que seja aplicado o princípio da igualdade previsto na constituição da república federativa brasileira em seu artigo 5, que diz que: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza."

E com base neste princípio que requeira a deserdação do cônjuge, mesmo sem as causas que foram omissas pelo legislador, mas que seja aplicado o princípio da igualdade sempre que o mesmo praticar tais atos contra o autor da herança. Pois o não se pode tolerar é que o cônjuge praticando as mesmas causas que os demais herdeiros necessários não sejam penalizado.

REFERÊNCIAS

ARNALDO RIZZARDO. Direitos das Sucessões 7ª Ed.; Cap.1. p.2.p.3.

SILVIO de SALVO VENOSA. Direito Civil. Direito das Sucessões p.64 e 65.

(TJPR - AC 478L- Apelação Civil de Direito Civil- Londrina- 6ª Vara Cível – 1ª Câmara – Rel. Des. Oto Sponholz - 17-6-87).

MARIA HELENA DINIZ. Curso De Direito Civil Brasileiro. P. 199, 200, 201 , 203 , 204.

RICARDO FIUZA. Código Civil Comentado, p.2140, 2141.

NOTAS:

* Maurício Kraemer Ughini: Advogado. Pós-Graduado latu sensu em Direito Civil e Processual Civil- Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis- FCSF. Graduação em Direito Faculdade de passo Fundo – UPF. Professor da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO), dentre outras e cursos preparatórios para concursos.

[1] Tratado de Direito das Sucessões, São Paulo, Max Limonad Editor , 10952, Vol. I , p . 47

[2] Francisco de Paula Lacerda de Almeida , Sucessões , Rio de Janeiro , Edições Livraria Cruz Coutinho , 1915,p,15.

[3] Direito das Sucessões , Rio de Janeiro, Forense , 1974, p.10.

4 Ob.cit.,p.VIII

[5] Ob.cit.,IX

[6] Tratados das Heranças e dos Testamentos, 2 ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1990, p.19.

[7] Curso de Direito Civil , Direito das Sucessões, 4ª ed.,São Paulo , Editora Saraiva 1962,p2.

[8] Ob. Cit., I, pp.129 e 130

[9] 2 Direito das Sucessões , ob.cit., p,79.

[10] Ob. Cit., Direito das Sucessões , p 63.

[11] Paoli, Nazioni elementar di diritto civile, p.17

[12] Vide José Lopes de Oliveira, op.cit.,p.52;W. Barros Monteiro , op.cit.,p.70.

[13] W. Barros Monteiro, op.cit.,p.71;Degni , Lezioni Di diritto civile; successioni a causa di morte , v.1,p.73. “ Não pode ser acimado de homicídio voluntario , para efeito de ser excluído da sucessão , na forma do art.1.595,I,do cód. Civ. [atual art. 1.814] o do herdeiro ou legatário que foi absolvido em processo criminal com base no CP. A absolvição , em virtude do relacionamento da excludente de responsabilidade – doença mental , a gerar inimputabilidade absoluta – afasta a exclusão da legatária, embora autora da morte do testador”(STF,ADCOAS,n.90.341,1983).

[14] É a lição de Caio M.S Pereira , op.cit.,p.36; vitali, op.cit., v.2,n 1.049. “ Abertura pelos netos, filhos de herdeiros condenados por homicídio doloso conta os falecido pais , e por indignidade , excluído da sucessão – Intervenção da União Federal , reclamando a perda da herança , em seu favor , como efeito da condenação penal do indigno (artigo 91, II, ‘b’ do código penal)- Descabimento por ser caso de sucessão , por representação , dos descendentes do herdeiro indigno (artigos 1.599 do Código Civil de 1916 a 1816, do nono Código Civil) – Reconhecimento, porém , de interesse e legitimação de participação no inventário, onde arrolados valores de seguros de vida deixados pelos falecidos bem esses que , não integrando o patrimônio constitutivo da herança podem configurar produtos do crime – Agravo provido , em parte”.(2ª Câm. De Férias “ Julho /2004” de Direito Privado (Agl 361.166-4/5- Marília . Rel .J. 8-3-2005, v.u.).

[15] Cicu , op.cit., p.86.

[16] W. Barros Monteiro, op. Cit., p. 71. Há quem entenda que “não deve ser excluído da sucessão o que auxiliou o suicídio do de cujus, ou, a pedido deste, lhe apressou a morte, para minorar-lhe os sofrimentos. É que, em tal hipótese, desaparece a razão da lei. Pois, ao invés de revelar o agente do auxílio que lhe faltava amizade ao morto, demonstrou tê-la em excesso, a ponto de se expor a um processo e uma condenação criminal”. É a lição Dolor Barreira, Sucessão legítima, Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, p. 96.

Ao que responde Silvio Venosa (Direito civil, cit., p. 67): “Não cremos que esta seja a melhor orientação, abrindo válvulas no inciso legal. Enquanto a morte piedosa for considerada crime, não há como excluí-la dos casos de indignidade”.

Já se decidiu que: “Meação-Divorcio-Indignidade. Quem matou o autor da herança fica excluído da sucessão. Este é o princípio consagrado no inc. I do art. 1. 595 do CC de 1. 916, que revele a repulsa do legislador em contemplar com direito sucessório quem atenta contra a vida de alguém,

rejeitando a possibilidade de que, quem assim age, venha a ser beneficiado com seu ato. Esta norma jurídica de elevado teor moral deve ser respeitada ainda que o autor do delito não seja herdeiro legítimo. Tendo o genro assassinado o sogro, não faz jus ao acervo patrimonial decorrente da abertura da sucessão. Mesmo quando do divórcio, e ainda que o regime do casamento seja o da comunhão de bens, não pode o varão receber a meação constituída dos percebidos por herança” (TJRS, 7ª Câm. Cív., AC 70005798004, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 4-9-2003, m.v.).

[17] Código Civil francês, art. 727: “Sont indignes de succéder, et, comme tels, exclus des successions: 1º celui quis sera condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt; (...)”. Vide Planiol Ripert, *Traité pratique de droit civil*, Paris, 1928, v. 3, n. 1. 738, e v. 4, n. 46; Colin e Capitant, *Droit civil*, cit., v. 3, n. 611. E, quanto ao direito belga, consulte De page, op. Cit., n. 76. Vide: CC francês, art. 727, al. 1 e CC português, art. 2.034

[18] 114.W. Barros Monteiro , op, cit., p.70; Hermenegildo de Barros , op. Cit., v.18, p.339; Caio M. S Pereira , op. Cp., p. 36. Vide :CPP , atrt.65; RDTJ,121:255; RT, 629:140; RF, 251:286.

[19] 115. Caio M. S.Pereira , op. Cit., p.36.

[20]Caio M. S. Pereira , op.cit., p.37

[21] Vide Silva Rodrigues op.cit.,p.62; Caio M. S. Pereira, op. Cit ., p.37;; José Lopes de Oliveira, op.cit.,53; W. Barros Monteiro , op.cit.,p.71.

[22] . Orlando Gomes, op.cit., v.72.

[23] Carlos Maximiliano, op.cit., v.n.72.

[24] W. Barros Monteiro, op . cit., pp.72.

[25] Carlos Maximiliano, op . cit., v. 1,n.75; Silvio Rodrigues, op, cit., p.63.

[26] Esta é a lição de W. Barros Monteiro, op. Cit. P.72.

[27] Caio M.S. Pereira , op. Cit., p.37.

[28] Carlos Maximiliano , op.cit.,ns. 78 e 79.

[29] Vitali , Delle Seccessioni , cit ., v. 1 ,§ 21, citado por Caio M.S. Pereira, op. Cit., p.38. Pela Lei n.6.515/77, qualquer herdeiro do hereditando, até mesmo o filho havido fora do casamento e reconhecido, pode ser privado de herança em todos esses casos do código Civil, art. 1.814.

[30] Caio M. S. Pereira , op.cit., p.240; De Page, op. Cit., v.2, t.8, n.940.

[31] Caio M.S. Pereira , op. Cit., p.241; Orozimbo Nonato , op. Cit., v. 3, n.655; Itabaiana de Oliveira, op.cit., v.2, n.364

[32] . José Lopes de Oliveira, op.cit.,p.221; Sebastião Jose Roque, Direito das Sucessões , cit., p.173-8; Zeno Veloso, comentários, cit.v.21, p.306-388; RT, 441:308, 502:189, 532:199,536:85, 683:216, 691:89,726:217,RJ, 218:69. Vide : CC português , art.2.166; CC espanhol, art.855; BGB,§2.335.

[33]Conceito baseado nas opiniões de Silvio Rodrigues, op.cit., p.241; Itabaiana de Oliveira , op, cit., p. 419 e 421; R. Limongi França , Deserdação , in Enciclopédia Saraiva do Direito , v . 24 p.16.

[34] Itabaiana de Oliveira, op ., cit v.2 p. 421.

[35] 58. Silvio Rodrigues, op. Cit., p. 244-7; R. Limongi França, op. Cit., p. 162-3; W. Barros Monteiro, op. Cit., p. 244-6; Itabaiana de Oliveira, op. Cit., p. 421-2; Dower, op. Cit., p. 426; Caio M. S. Pereira, op. Cit., p. 241-3; Orlando Gomes, sucessões, n. 184; José de Oliveira Ascensão, Direito civil- sucessões, Coimbra, 2000, p. 147; CC português, arts. 2. 166 e 2. 167; CC espanhol, art. 859, com redação da lei n. 11/81; CC peruano, art. 755; CC argentino, art. 3. 749, com alteração da lei n. 17.711/68. RT, 160:717, 271:362, 331: 129, 185: 219, 108: 238, 263:135,277:477. "Ação ordinária de deserdação – tendo a falecida exarado em testamento a firma disposição de deserdar a filha e as netas, por ofensa moral, injuria e desamparo na velhice e , havendo comprovação desses fatos, há eu se mantida a última vontade da testadora. Apelação desprovida" (TJRS, AC 70.002.568.863,8ª Câm, Cív.,rel. Des. José Ataides Siqueira Trindade , j.31-5-2001). "Deserdação – Art. 1.962 CC- Motivos autorizadores- não configuração. A deserdação só pode realizar -se através de testamento, mas não basta e exclusão expressa prevista na disposição de ultima vontade, e necessário que o herdeiro instituído no lugar do deserdado, ou o beneficiário da deserdação, promova a ação judicial e prove a existência das causas autorizadas da deserdação, nos termos do art.1.965 do código Civil. Sem a comprovação dos motivos alegados pela testador para deserdação, está é ineficaz, não ficando prejudicada a legitima do deserdado" (TJMG, AC 1.713.04.03.79.77-6/001- Comarca de Viçosa, relª.

Des^a. Vanessa Verdolim Hudson Andrade); " apelação civil – testamento – sentença de procedência – A prova para promover a deserdação deve ser cabal e que como fato constitutivo do direito alegado- O ônus dessa prova competia à apelada – Apelantes produziram provas contundentes em sentido contrário- Provas orais não revelam o pleno domínio das ações por parte do testador- Demonstrada a influência que a apelada exercia sobre o testador-Deserdação afastada – inversão das verbas sucumbenciais- recurso provido" (TJSP,AC 292.294./1-00-Comarca de Sorocaba , rel, Des. Oldemar Azevedo). " Deserdação – exclusão de herdeiro – Inquérito policial juntado por xerox , processo criminal e sentença condenatória por concurso material de infrações penais praticado pelo rel. contra sua genitora – existência de testamento público com cinco testemunhas formalmente em ordem- no caso , aplica-se o Código Civil 1916, art.1.744, Inciso I, ofensas físicas não há o que se falar de perdão se mãe tivesse perdoado, teria feito outro testamento- recurso desprovido" (TJSP,AC 291.873-417-00,rel. Des. Ribeiro Da Silva , J. 11-5-2006).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

JOÃO DANIEL CORREIA DE OLIVEIRA:

Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, São Paulo - SP. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Campo Grande - MS. Bacharel em Direito graduado pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB), Vitória da Conquista - BA.

RESUMO[1]: O trabalho analisa as inovações no regramento dos honorários advocatícios trazidas pelo novo Código de Processo Civil. São tratadas as três espécies de honorários advocatícios, a natureza jurídica desta verba e os parâmetros legais para a sua fixação. Ao final, conclui-se que o novo CPC trouxe mais dignidade à remuneração dos advogados, valorizando assim estes profissionais, que são indispensáveis à administração da Justiça.

Palavras-chave: Honorários advocatícios. Estatuto da Advocacia. Ordem dos Advogados do Brasil. Código de Processo Civil.

RESUMEN: El trabajo analiza las innovaciones en la regla de los honorarios de abogados traídas por el nuevo Código de Proceso Civil. Se tratan las tres especies de honorarios de abogados, la naturaleza jurídica de este crédito y los parámetros legales para su fijación. Al final, se concluye que el nuevo CPC trae más dignidad a la remuneración de los abogados, valorando así a estos profesionales, que son indispensables para la administración de la Justicia.

Palabras-clave: Honorarios de abogados. Estatuto de la Abogacía. Orden de los Abogados de Brasil. Código de Proceso Civil.

Sumário: Introdução. 1. Espécies. 2. Natureza Jurídica. 3. Parâmetros Gerias de Fixação. 3.1 Honorários fixados antes da sentença. 3.2 Honorários no cumprimento de sentença e no processo de execução. 3.3 Honorários na

ação monitória. 3.4 Honorários na fase recursal. 3.5 Causas em que a Fazenda Pública for parte. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Nos termos do artigo 133 da Constituição da República Federativa do Brasil, o advogado é “indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Ao explicar a função exercida pelo advogado, José Frederico Marques (2003, p. 378) define este profissional como um “sujeito especial do processo”:

Em suma: intermediário entre a parte e o juiz, o advogado é sujeito especial do processo porque tem interesse em obter tutela jurisdicional favorável a seu constituinte, exercendo, para isso, em sua plenitude, a função postulatória.

Na lição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 221), o advogado age com “legítima parcialidade institucional” ao atuar na defesa judicial dos interesses do seu cliente, de modo que o encontro de “parcialidades institucionais opostas” constitua o fator de equilíbrio em auxílio à necessária imparcialidade do juiz.

É essa também a conclusão de Piero Calamandrei (1995, p. 126) a respeito da imprescindibilidade dos advogados para a construção de um processo imparcial e justo, ao asseverar que:

Os advogados fornecem ao juiz as substâncias elementares a partir de cuja combinação é gerada, no justo meio, a decisão imparcial, síntese química de duas parcialidades contrapostas. Estas devem ser sempre consideradas como “par”, inclusive no sentido que essa expressão tem em mecânica: sistema de duas forças equivalentes, as quais, agindo em linhas paralelas em

direção oposta, geram o movimento que dá vida ao processo e encontra repouso na justiça.

Em atenção a essa eminente missão confiada ao advogado, o presente trabalho, com base na lei, na jurisprudência e na doutrina, se propõe a analisar as inovações no regramento dos honorários advocatícios introduzidas pelo novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 –, temática atual que possui relevância para a advocacia e o Direito como um todo.

Inicialmente, serão tratadas as três espécies de honorários advocatícios previstas no ordenamento jurídico pátrio: convencioneados (ou contratuais), arbitrados e sucumbenciais. Em seguida, serão tecidas considerações acerca da natureza jurídica remuneratória da verba honorária. Por fim, o artigo irá discorrer sobre os parâmetros legais (gerais e específicos) atualmente aplicáveis para a fixação dos honorários advocatícios.

1. ESPÉCIES

Antes de examinar as principais mudanças introduzidas pelo novo Código de Processo Civil, faz-se oportuno apontar as espécies de honorários advocatícios previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Com base no artigo 22 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 – que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) –, os honorários advocatícios podem ser divididos em três espécies: convencioneados (ou contratuais), arbitrados e sucumbenciais.

A primeira espécie se refere aos honorários ajustados entre as partes e os seus patronos, em momento anterior à prestação do serviço pelo advogado. Conforme o artigo 48 do Código de Ética e Disciplina da OAB, tais honorários devem ser convencioneados mediante contrato (preferencialmente escrito) que preveja, com clareza e precisão, todas as suas especificações e formas de pagamento. Ademais, somente quando houver previsão contratual ou autorização especial, será permitida a compensação de créditos, pelo advogado, de importâncias devidas ao cliente.

Com relação à fixação do valor dos honorários, o Código de Ética determina que os advogados devem observar o valor mínimo da tabela de honorários instituída pelo respectivo Conselho Seccional onde for realizado o serviço (art. 48, § 7º), agindo com moderação e levando em consideração os seguintes critérios (art. 49): (a) relevância, vulto, complexidade e dificuldade das questões versadas; (b) trabalho e tempo a serem empregados; (c) possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros; (d) valor da causa, condição econômica do cliente e proveito para este resultante do serviço profissional; (e) caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente eventual, frequente ou constante; (f) lugar da prestação dos serviços, conforme se trate do domicílio do advogado ou de outro; (g) competência do profissional; (h) praxe do foro sobre trabalhos análogos.

O valor gasto com os honorários convencionais integra a indenização das perdas e danos a ser suportada pela parte vencida em uma ação judicial, conforme os artigos 389, 395 e 404 do Código Civil^[2], e segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça^[3].

A segunda espécie de honorários advocatícios compreende os fixados por arbitramento judicial, quando não houver consenso, entre o causídico e o seu cliente, a respeito do valor devido. Em tais hipóteses, conforme o parágrafo 2º do artigo 22 da Lei nº 8.906/94, caberá ao juiz fixar a verba honorária “em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB”.

De acordo com o artigo 54 do Código de Ética e Disciplina da OAB, deverá o advogado renunciar previamente ao mandato que recebera do cliente em débito, sempre que for necessário promover o arbitramento ou a cobrança judicial dos honorários.

Por fim, a terceira espécie de honorários advocatícios corresponde aos sucumbenciais, que, resultando da atuação processual do advogado, serão devidos ao mesmo pela parte perdedora (ou sucumbente) em uma demanda judicial, e fixada pelo juiz ou tribunal ao final de determinadas fases processuais.

2. NATUREZA JURÍDICA

A Lei nº 8.906/94, em seu artigo 23, prescreve:

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

A partir da entrada em vigor da referida regra, os honorários passaram a ter, expressamente reconhecida por lei, a natureza de verba remuneratória pertencente ao advogado, e não mais de verba ressarcitória de titularidade da parte.

Já com o advento do novo Código de Processo Civil, os honorários deixaram de ser espécie do gênero “despesas processuais”, passando a integrar, na referida lei, uma Seção denominada “Das Despesas, dos Honorários Advocatícios e das Multas” (artigos 82 a 97), o que também demonstra a natureza remuneratória da verba honorária, em consonância com a Lei nº 8.906/94.

Nesse sentido, o CPC prevê: (i) que a “sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”, ainda que não haja pedido expresso (art. 85, *caput*, c/c art. 322, § 1º); (ii) que os honorários constituem direito do advogado, mesmo que o profissional atue em causa própria, “e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial” (art. 85, §§ 14 e 17).

O reconhecimento da natureza de verba alimentar pelo novo CPC veio ao encontro das disposições do Estatuto da Advocacia e também do entendimento doutrinário sobre a matéria, que já se atentava quanto à importância dos honorários para o sustento do advogado, como ensina Cassio Scarpinella Bueno (2009, p. 3):

Dentro desse contexto, por serem os *honorários* a forma, por excelência, de remuneração

pelo *trabalho* desenvolvido pelo advogado, um *trabalho humano* que merece a tutela do ordenamento jurídico, correta sua qualificação como verba de natureza *alimentar*, eis que também *vitais* ao desenvolvimento e à manutenção (*necessarium vitae*) do profissional, do qual o advogado provê o seu sustento.

A propósito, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em alguns precedentes^[4], já vinha reconhecendo que os honorários são de titularidade do advogado e possuem natureza alimentar, o que culminou com o Enunciado da Súmula Vinculante 47^[5]:

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

Assim, considerando que a titularidade dos honorários é do advogado, não será cabível a compensação das verbas honorárias nas hipóteses de sucumbência recíproca das partes que litigam em juízo, restando inaplicável o Enunciado da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Nos termos do parágrafo 18 do artigo 85 do CPC, caso “a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança”. Por isso, resta também inaplicável o Enunciado da Súmula 453 do Superior Tribunal de Justiça, que determinava um entendimento diametralmente oposto ao atual regramento legal.

O advogado poderá requerer o pagamento dos honorários em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, mantendo a verba a sua natureza alimentar nesta hipótese (art. 85, § 15), o que é benéfico à advocacia, em razão da menor carga tributária incidente sobre a pessoa jurídica em comparação à tributação sobre a pessoa física.

Antes mesmo da entrada em vigor do novo CPC, essa possibilidade já vinha sendo reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça^[6], permitindo-se que o alvará de levantamento de honorários advocatícios pudesse ser expedido em nome da sociedade, ainda que não houvesse referência a ela na procuração outorgada ao patrono que a integra.

3. PARÂMETROS GERAIS DE FIXAÇÃO

O novo CPC trouxe substanciais alterações quanto às hipóteses de condenação em honorários, ao estabelecer que serão devidos honorários advocatícios não só na sentença, mas também “na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente” (art. 85, § 1º), podendo o tribunal majorar os honorários fixados na fase de conhecimento, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal (art. 85, § 11).

Além disso, a nova lei processual, no parágrafo 2º do seu artigo 85, alterou os parâmetros de fixação dos honorários advocatícios de sucumbência, que agora devem respeitar o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento “sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”.

Os parâmetros atuais serão aplicados independentemente do conteúdo da decisão proferida no processo, devendo ser observados inclusive nos casos de improcedência do pedido ou de sentença sem resolução de mérito (art. 85, § 6º), sendo que, nos “casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo” (art. 85, § 10).

A fixação sempre deverá levar em conta certos critérios – já previstos no antigo CPC –, quais sejam: (a) grau de zelo do profissional; (b) lugar de prestação do serviço; (c) natureza e importância da causa; (d) trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o serviço (art. 85, § 2º).

Contudo, em se tratando de causa cujo valor seja muito baixo, ou quando o proveito econômico da parte seja irrisório ou inestimável, caberá ao juiz fixar o valor dos honorários mediante apreciação equitativa (art. 85, § 8º). Nos termos do Enunciado 6 da I Jornada de Direito Processual Civil do

Conselho da Justiça Federal, essa será a única hipótese de fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa do julgador.

O novo CPC previu expressamente a base de cálculo sobre a qual incidirão os honorários advocatícios no caso da ação que tenha por objeto o pensionamento decorrente de ato ilícito, determinando que “o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas” (art. 85 § 9º).

Em casos de litisconsórcio (diversos autores ou diversos réus), os vencidos responderão proporcionalmente pelos honorários, devendo a sentença, expressamente, distribuir entre os litisconsortes a responsabilidade proporcional pelo pagamento da verba honorária. Caso não conste da sentença a referida distribuição, os vencidos responderão pelos honorários de forma solidária (art. 87).

O novo CPC prescreve que os juros moratórios, sempre que a verba honorária for fixada em quantia certa, irão incidir a partir da data do trânsito em julgado da decisão (art. 85, § 16), sendo considerado líquido o valor quando a sua apuração depender apenas de cálculo aritmético (art. 509, § 2º).

Traçado o panorama geral sobre a fixação dos honorários sucumbenciais, serão analisadas, em seguida, situações específicas que tiveram o seu regramento alterado pelo novo CPC.

3.1 Honorários fixados antes da sentença

Como regra, a sentença condenará a parte vencida a pagar honorários ao advogado da parte vencedora na ação judicial. Entretanto, excepcionalmente, o pagamento de honorários poderá ser determinado através de decisão interlocutória.

A respeito de tal possibilidade, Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 305) esclarece que:

Quando, por exemplo, o litisconsorte ou o terceiro interveniente tem sua defesa acolhida, em preliminar, e,

assim, são excluídos do processo antes da sentença, terá de ser o autor ou o requerente da intervenção indevida, condenado na verba do advogado do vencedor do incidente. Para este a relação processual já se findou, de sorte que terá de sair do processo com o reconhecimento completo dos consectários da vitória em juízo, independentemente do resultado a ser dado à lide, entre as partes subsistentes, na sentença final.

Desse modo, os artigos 338 e 339 do CPC possibilitam ao réu, em sua contestação, alegar que não possui legitimidade passiva para figurar na ação e indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida, sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

Quando o autor aceitar a indicação feita pelo réu, o juiz lhe concederá o prazo de 15 (quinze) dias para proceder à alteração da petição inicial, substituindo o réu. Assim, na hipótese de a substituição ser efetivada, o autor deverá reembolsar as despesas e pagar os honorários ao procurador do réu excluído do processo. Os referidos honorários serão fixados pelo juiz entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, de maneira equitativa, seguindo a regra do parágrafo 8º do artigo 85 do CPC.

3.2 Honorários no cumprimento de sentença e no processo de execução

O Superior Tribunal de Justiça já possuía entendimento, consolidado no Enunciado 517 da Súmula de sua jurisprudência^[7], sobre o cabimento de honorários no cumprimento de sentença. Na mesma posição, o novo CPC determina que, na fase de cumprimento definitivo de sentença, não ocorrendo pagamento voluntário no prazo de 15 (quinze) dias, o débito será acrescido de multa de dez por cento, além de honorários advocatícios de dez por cento. Caso a parte, no referido prazo, efetue o pagamento parcial do débito, a multa e os honorários advocatícios incidirão sobre o valor remanescente (art. 523).

Com relação ao cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa, serão aplicadas as mesmas disposições

referentes ao cumprimento definitivo de sentença, no tocante ao dever de pagar honorários ao advogado da parte vencedora (art. 520, § 2º, c/c art. 527).

Já no processo de execução fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a petição inicial, fixará de plano os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado. Os honorários serão reduzidos pela metade, caso o executado realize o pagamento integral do débito no prazo de 3 (três) dias. Entretanto, na hipótese de rejeição dos embargos à execução, o valor dos honorários poderá ser elevado até vinte por cento, ou, caso não sejam opostos os embargos, a majoração poderá se dar ao final da execução, a depender do trabalho realizado pelo advogado do exequente (art. 827).

De acordo com o parágrafo 13 do artigo 85 do CPC, as verbas de sucumbência arbitradas na fase de cumprimento de sentença, ou nos embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes, serão, para todos os efeitos legais, acrescidas no valor do débito principal.

3.3 Honorários na ação monitória

Para o procedimento especial da ação monitória, o novo CPC trouxe uma salutar inovação a respeito dos honorários, porquanto previu, através do artigo 701, que o juiz, nas hipóteses em que for evidente o direito do autor, determinará a expedição de mandado monitório, para pagamento, entrega de coisa ou execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo-se "ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa".

3.4 Honorários na fase recursal

A fixação de honorários na fase recursal corresponde a uma inovação que conferiu ao advogado o direito de ser remunerado a cada recurso sucessivamente interposto no processo, devendo o tribunal se valer dos mesmos critérios e limites observados pelo juiz na fase de conhecimento, isto é: no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do

vencedor do recurso, não poderão ser ultrapassados os limites estabelecidos nos parágrafos 2º e 3º do artigo 85 do CPC.

De acordo com Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2015, p. 17), a previsão legal de honorários na fase recursal faz justiça aos advogados e auxilia na celeridade e na simplicidade processuais:

Duas análises podem ser feitas a partir da previsão de honorários recursais: (i) faz-se justiça aos advogados que estendem seu trabalho para além do previsto, que merecem receber pelo serviço prestado; e (ii) o arbitramento de honorários recursais é um desestímulo à impetração de recursos, convalidando o princípio da celeridade e simplicidade processual propalado pelo novo CPC.

3.5 Causas em que a Fazenda Pública for parte

Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, os honorários serão fixados com base nos percentuais previstos pelos parágrafos 3º e 4º do artigo 85 do CPC, de modo que, quanto maior for o valor (da condenação, do proveito econômico obtido pela parte vencedora, ou da causa), menor será o valor dos honorários, seguindo o juiz os seguintes parâmetros:

Valor da condenação, do proveito econômico, ou da causa	Percentuais mínimos e máximos incidentes
Até 200 salários mínimos	entre 10 e 20%
De 200 até 2.000 salários mínimos	entre 8 e 10%
De 2.000 até 20.000 salários mínimos	entre 5 e 8%
De 20.000 até 100.000 salários mínimos	entre 3 e 5%
Acima de 100.000 salários mínimos	entre 1 e 3%

Caso o valor a ser considerado seja superior a 200 salários mínimos, a fixação do percentual de honorários deverá observar a faixa inicial (entre 10 e 20%) e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente (art. 85, § 5º).

Quando a sentença for líquida, os referidos percentuais serão aplicados desde logo. Entretanto, se a sentença for ilíquida, a aplicação ocorrerá após a liquidação do julgado. Não havendo condenação principal ou sendo impossível mensurar o proveito econômico da parte vencedora, os honorários terão como base de cálculo o valor atualizado da causa. Em todo caso, será considerado o salário-mínimo vigente à época da prolação da sentença líquida ou daquela proferida em sede de liquidação (art. 85, § 4º).

Com relação à fase de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, o parágrafo 7º do artigo 85 do CPC é expresso ao prever que não serão devidos honorários, desde que não tenha sido apresentada impugnação.

A propósito, cabe acrescentar que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por força do artigo 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002^[8], está autorizada “a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistam outros fundamentos relevantes”, nas hipóteses previstas pelo referido dispositivo legal.

Nesses casos, não haverá condenação em honorários advocatícios, desde que o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito, expressamente, reconheça “a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade” (Lei nº 10.522/2002, art. 19, § 1º).

Por fim, outra novidade trazida pelo CPC a respeito da sistemática dos honorários aplicável à Fazenda Pública refere-se à previsão expressa de que os advogados públicos, nos termos da lei, perceberão honorários de sucumbência (art. 85, § 19).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, através da análise de textos legais, entendimentos jurisprudenciais e posicionamentos doutrinários, realizou um estudo acerca dos honorários advocatícios de acordo com o novo Código de Processo Civil, temática atual e relevante para a advocacia e, por conseguinte, para o Direito.

Para tanto, foram tratadas, inicialmente, as três espécies de honorários advocatícios previstas no ordenamento jurídico pátrio: convenionados (ou contratuais), arbitrados e sucumbenciais.

Em seguida, foi abordado o caráter remuneratório dos honorários, pertencente ao advogado ainda que o mesmo atue em causa própria (natureza alimentar com os privilégios da legislação do trabalho), podendo o pagamento ser requerido também em favor da sociedade de advogados, e sendo vedada a sua compensação em caso de sucumbência parcial das partes que litigam em juízo. Os honorários serão fixados na sentença, ainda que não haja pedido exposto na petição inicial, e caso a decisão transitada em julgado seja omissa, será cabível ação autônoma para a definição e cobrança da verba honorária.

Por fim, tratou-se dos parâmetros gerais de fixação dos honorários, atualmente devidos na sentença, na reconvenção, no cumprimento de sentença (definitivo ou provisório), na execução (resistida ou não) e nos recursos interpostos.

Em regra, os honorários serão devidos entre os percentuais de dez e vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico da parte ou, sendo impossível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. Caso o proveito econômico seja inestimável ou irrisório, ou o valor da causa seja muito baixo, a fixação se dará mediante apreciação equitativa do juiz. Já nas ações que tenham como objeto pensão decorrente de ato ilícito, os honorários incidirão sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas.

Nos casos de litisconsórcio, os vencidos responderão proporcionalmente pelos honorários, conforme distribuição feita na sentença. Contudo, caso não conste da sentença a referida distribuição, os vencidos responderão solidariamente pelo pagamento dos honorários.

Quanto à contagem dos juros moratórios, sempre que a verba honorária for fixada em quantia certa, será considerada como termo inicial a data do trânsito em julgado da respectiva decisão.

Como situações específicas reguladas pelo novo CPC, o trabalho também abordou as seguintes inovações: (i) honorários de três a cinco por cento sobre o valor da causa, devidos pelo autor, quando ocorrer a substituição do réu após o oferecimento da contestação; (ii) honorários de dez por cento no cumprimento de sentença e no processo de execução, podendo, no segundo caso, ser reduzido à metade (caso o executado pague o débito em 3 dias), ou elevado até vinte por cento (em caso de rejeição dos embargos ou a depender do trabalho realizado); (iii) honorários de cinco por cento, sobre o valor da causa, na ação monitória; (iv) honorários de sucumbência recursal a cada recurso sucessivamente interposto, observando o tribunal os critérios e limites aplicáveis à fase de conhecimento; (v) fixação de honorários, quando a Fazenda Pública for parte, em percentuais determinados de acordo com o valor da condenação, do proveito econômico obtido, ou do valor da causa; (vi) positivação do direito de os advogados públicos perceberem honorários de sucumbência; (vii) no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que ensejar expedição de precatório, não serão devidos honorários, desde que não tenha havido impugnação.

Portanto, diante da considerável gama de inovações tratadas no presente artigo, pode-se concluir que o novo CPC, ao regulamentar os honorários advocatícios, solucionou controvérsias até então existentes no ordenamento jurídico, contribuindo, de maneira geral, para trazer mais dignidade à remuneração dos advogados, valorizando assim estes profissionais, considerados indispensáveis à administração da Justiça (CF, art. 113) e defensores “do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social^[9]”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**
Disponível em: _____

em:

<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
>. Acesso em 21 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm >. Acesso em: 21 jun. 2018

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm >. Acesso em 21 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10522compilado.htm >. Acesso em 21 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art85%C2%A78 >. Acesso em 21 jun. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A Natureza Alimentar dos Honorários Advocatícios Sucumbenciais**. 2009. Disponível em: < <http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/41-3-a-natureza-alimentar-dos-honorarios-advocaticios-sucumbenciais.html> >. Acesso em 19 jun. 2018.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO; Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, aprovado pela Resolução nº 02/2015 do Conselho Federal da OAB. Disponível em: <

<https://www.oab.org.br/publicacoes/download?LivroId=0000004085> >.
Acesso em: 20 jun. 2018.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado et al. **As conquistas da advocacia no novo CPC**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

DANTAS, Rodrigo Dório. **Breves Reflexões sobre os honorários sucumbenciais no novo CPC**. 2016. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/08/02/breves-reflexoes-sobre-os-honorarios-sucumbenciais-no-novo-cpc/> >. Acesso em 14 jun. 2018.

JORGE, Flávio Cheim. **Os honorários advocatícios e o Novo CPC – Primeiros apontamentos**. 2015. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI220537,11049-Os+honorarios+advocaticios+e+o+Novo+CPC+primeiros+apontamentos> >. Acesso em 14 jun. 2018.

Jornada de direito civil processual civil I: enunciados aprovados / coordenador geral Ministro Mauro Campbell Marques. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2017. Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/setembro/copy_of_Enunciadosaprovadosvfpub.pdf >. Acesso em 20 jun. 2018.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 9 ed. Campinas: Millennium, 2003.

PESQUISA de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em 20 jun. 2018.

PESQUISA de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em 20 jun. 2018.

PESQUISA de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

< http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas > Acesso em 18 jun. 2018.

Súmulas vinculantes: aplicação e interpretação pelo STF / Supremo Tribunal Federal. – 2. ed. – Brasília : STF, Secretaria de Documentação, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 58 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Novo CPC traz mudanças nos honorários advocatícios**. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-ago-18/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-honorarios-advocaticios> >. Acesso em 14 jun. 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOTAS:

[1] Artigo vencedor do Prêmio Ruy Medeiros de Direito Público, promovido em 2018 pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – Subseção de Vitória da Conquista – BA.

[2] Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

[3] REsp 1.134.725 / MG — julgado em 14/06/2011, publicado em 24/06/2011.

REsp 1.027.797 / MG — julgado em 17/02/2011, publicado em 23/02/2011.

[4] RE 564.132 / RS — julgado em 30/10/2014, publicado em 10/02/2015.

RE 415.950 AgR / RS — julgado em 26/04/2011, publicado em 24/08/2011.

AI 732.358 AgR / PR — julgado em 30/06/2009, publicado em 21/08/2009.

RE 470.407 / DF — julgado em 9/05/2006, publicado em 13/10/2006.

RE 146.318 / SP — julgado em 13/12/1996, publicado em 04/04/1997.

RE 141.639 / SP — julgado em 10/05/1996, publicado em 13/12/1996.

[5] A Súmula Vinculante 47 foi aprovada na PSV 85, julgada na sessão plenária de 27/05/2015 e publicada em 21/08/2015.

[6] REsp 922.668 / SC — julgado em 16/09/2008, publicado em 21/10/2008.

REsp 654.543 / BA — julgado em 29/06/2006, publicado em 09/10/2006.

EREsp 723.131 / RS — julgado em 01/08/2006, publicado em 28/08/2006.

[7] Súmula 517 — julgado em 26/02/2015, publicado em 02/03/2015.

[8] Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)

I - matérias de que trata o art. 18;

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

III - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.788, de 2013)

IV - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

V - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos art. 543-C da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, com exceção daquelas que ainda possam ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

[9] Artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

ESTUDO SOBRE A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: UM NOVO PARADIGMA DE ACESSO À JUSTIÇA

MARIANE DAL BEM FIALHO:

Bacharelanda em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA^[1]

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo a mediação enquanto meio alternativo de resolução de conflitos, como uma forma adequada, célere e justa na solução de controvérsias. A mediação potencializou-se com o advento da lei nº 13.140 de 2015, na qual diz que a mediação poderá ser usada para solucionar conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, devendo orientar-se pelos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Trata-se de um processo no qual uma pessoa – o mediador, auxilia a comunicação entre as partes envolvidas no intuito de melhor administrar suas disputas. Impende destacar que as partes, verdadeiras conhecedoras da lide que lhes atinge, são as responsáveis pela formulação da melhor solução possível para o conflito. Sabe-se que o Poder Judiciário Brasileiro, sem condições de atender a crescente demanda de processos judiciais, está sobrecarregado, com uma taxa de congestionamento que cresce demasiadamente. Neste sentido, a mediação será discutida como uma “alternativa” à jurisdição, no sentido de se criar uma estratégia para tratar a complexidade conflitiva atual, diante do maior desafio do Poder Judiciário, qual seja: a grande judicialização de conflitos que impede a celeridade da prestação jurisdicional, adequadas às mudanças político sociais dos últimos tempos. Nessa perspectiva, para que esse avanço ocorra de forma ainda mais veloz, é imprescindível que a mediação se torne mais conhecida e aceita. A mediação é um processo natural, espontâneo e voluntário que proporciona àqueles que estão vivenciando um conflito, a oportunidade e o espaço adequados para resolver questões relativas ao objeto da disputa, de forma a assumirem o papel de

protagonistas da demanda, evitando judicializar uma questão na qual o diálogo ainda pode ser efetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação; Conflito; Diálogo; Alternativa.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to study mediation as an alternative means of conflict resolution, as an adequate, swift and fair way to resolve disputes. Mediation has been potentiated with the advent of Law No. 13,140 of 2015, in which it says that mediation may be used to resolve disputes concerning available rights or unavailable rights that admit of a transaction, and should be guided by the principles of mediator's impartiality, isonomy between the parties, orality, informality, autonomy of the parties' will, search for consensus, confidentiality and good faith. It is a process in which a person - the mediator, helps the communication between the parties involved in order to better manage their disputes. It is important to point out that the parties, who are truly aware of the conflict that is affecting them, are responsible for formulating the best possible solution to the conflict. It is known that the Brazilian Judiciary, unable to meet the growing demand for legal proceedings, is overloaded, with a congestion rate that is growing too much. In this sense, mediation will be discussed as an "alternative" to the jurisdiction, in the sense of creating a strategy to deal with the present conflicting complexity, given the greater challenge of the Judiciary Power, namely: the great judicialization of conflicts that prevents the celerity of to the political and social changes of recent times. In this perspective, for this advance to occur even faster, it is imperative that mediation becomes better known and accepted. Mediation is a natural, spontaneous and voluntary process that provides those who are experiencing a conflict, the opportunity and the space to resolve issues related to the object of the dispute, in order to assume the role of demand protagonists, avoiding to judicialize a question in the dialogue can still be effective.*

KEY-WORDS: *Mediation; Conflict; Dialogue; Alternative*

Sumário: Introdução. 1 Mediação: do Conceito ao Procedimento. 1.1. O procedimento da mediação. 1.1.1. Etapas prévias à mediação. 1.1.2. Etapas do Processo de Mediação. 2. Contextualização e Regulamentação. 2.1. Código de Ética do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA. 2.2. Resolução 125 do Conselho Nacional De Justiça (CNJ). 2.3. O novo Código de Processo Civil e a Mediação. 2.4. A Lei da Mediação nº 13.140, de 26 de junho de 2015. 3. Benefícios da Mediação como novo paradigma de acesso à justiça. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A longa duração e excesso de processos judiciais, a dificuldade de acesso ao Judiciário, a desconfiança da população na Justiça e a falta de previsibilidade e transparência nos julgamentos foram marcos do fim da década de 90, conforme demonstrou o relatório publicado pelo Banco Mundial (Maria, DOKOLIAS, 1996, EUA), que listou algumas das maiores dificuldades do Judiciário em países como o Brasil naquela época.

O problema da demora na prestação jurisdicional e do acesso à justiça são os maiores desafios enfrentados desde os primórdios pelo Brasil, fato é que desde a publicação do relatório do Banco Mundial até o ano de 2017, o Brasil permanece com as mesmas dificuldades. É o que demonstra o Relatório Justiça em Números de 2017, publicado recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A pesquisa revelou que apesar de alcançar o maior índice de produtividade desde 2009, considerando que cada juiz brasileiro julgou, em média, 1819 processos, o que equivale a 7,2 casos por dia, **80 milhões** de processos ainda estão em tramitação em todo o país aguardando uma definição. Outro dado importante foi que, embora o Judiciário esteja com um número maior de servidores e juízes, o ingresso de novos processos é maior do que o sentenciamento e do que a baixa dos

processos em tramitação, resultando em altas taxas de congestionamento na maioria dos tribunais.

Diante do cenário negativo apresentado, a fim de obter uma solução para o problema, encontra-se nos meios alternativos de resolução de conflitos, mais especificamente na mediação, um eficiente mecanismo para desafogar o Judiciário Brasileiro, diminuindo a excessiva burocratização nos procedimentos, morosidade e alto custo processual e conseqüentemente eliminando a falta de confiança da população, visando atender os anseios da sociedade por mudanças no sistema judicial brasileiro e na cultura do litígio que ainda predomina no Brasil.

Trata-se, portanto, muito mais do que uma iniciativa que tem por objetivo a redução de litígios ou de fazer cessar o ciclo vicioso das excessivas demandas, da demora na prestação jurisdicional, da taxa de congestionamento e da insatisfação popular, mas, sobretudo, “ensinando” as pessoas a lidarem com o conflito e a construírem soluções consensuais, instigando a buscarem as próprias resoluções para os problemas e conseqüentemente, colaborando com a mudança de cultura, onde a solução dos conflitos é ditada pelas próprias partes e não pelo Estado, pois, o homem conhecedor de seus próprios problemas é o único capacitado para solucioná-los.

Partindo da premissa de que o conflito é um fato da vida que resulta da percepção da divergência de interesses e da pretensão resistida, a mediação visa exterminar de uma vez por todas a primitiva e antiquada forma de resolução de conflitos através da autotutela, nascida com o homem na disputa dos bens necessários à sua sobrevivência, representando a prevalência do mais forte sobre o mais frágil. Busca também, acompanhar o avanço evolutivo da sociedade, utilizando-se de um processo disciplinado e coerente aceito pela lei, que pode ser aplicado em um Estado Democrático de Direito.

Embora a grande demanda judicial de processos revele um cenário em que os cidadãos estão mais participativos, atuantes e deveras conhecedores da lei, utilizando-se de métodos apropriados através da jurisdição estatal, o Poder Judiciário Brasileiro está sobrecarregado de

processos e enfrenta uma grave crise com problemas de estrutura física, material e pessoal. Ou seja, o Poder judiciário em suas atribuições é incapaz de atender a demanda judicial crescente, que deixou de ser algo positivo e tornou-se um costume no país, impedindo a celeridade da prestação jurisdicional, elevando de forma sobrenatural o volume processual.

A garantia do acesso à justiça compreende não apenas a assegurar o ingresso no Judiciário, mas a prestação jurisdicional em tempo razoável, com qualidade e transparência, para isso é necessário que haja de fato uma mudança cultural para encerrar a era do litígio.

A proposta da mediação caminha nesse sentido e apresenta diversos benefícios tanto na prevenção da judicialização de litígios como na maior satisfação de seus usuários, como uma alternativa acessível a qualquer cidadão.

Nesse sentido e nas sábias palavras do Ministro Ricardo Lewandowski ao tomar posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal: "Procuraremos, igualmente, estimular formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida." (LEWANDOWSKI, Ricardo. 2018)

O presente artigo tem como propósito expor a definição de mediação, o seu procedimento, características, finalidades e benefícios como instrumento de pacificação social, demonstrar sua importância na busca por uma justiça célere, considerando o aumento da demanda por respostas no Poder Judiciário. Após, será apresentado breves considerações sobre a sua regulamentação, proporcionando a atualização e contextualização do estudo da mediação segundo a legislação brasileira.

Pretende-se mostrar a importância da aplicação da mediação de conflitos nas relações conflituosas, antes da mesma se tornar litigiosa, como forma de restauração da paz social. A mediação visa à construção da cultura de paz, utilizando o método do diálogo para a resolução dos conflitos de forma pacífica e proporciona às partes envolvidas, lidarem com as dificuldades e as diferenças nas relações, dialogando e possibilitando,

percebendo as necessidades e interesses a partir de ponto de vista diferentes e interesses comuns.

1. MEDIAÇÃO: DO CONCEITO AO PROCEDIMENTO

A origem do termo mediação procede do latim "*mediare*" que dentre outros significados é o de mediar, intervir, dividir ao meio. No dicionário (MICHAELIS, 2008, p. 558.), mediação significa ato ou efeito de mediar; intercessão, intervenção, intermédio. Já a palavra mediar, significa tratar como mediador: mediar a reconciliação de duas pessoas, ao passo que mediador é aquele que intervém. Define-se, então, a mediação como a forma de intervir de maneira pacífica e imparcial na solução de conflitos.

De acordo com Francisco José Cahali, "a mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito." (CAHALI, Francisco José, 2012, p. 57.)

Para Luiz Alberto Warat, a mediação pode ser definida, enquanto espécie do gênero justiça consensual, como "a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal." (WARAT, Luiz Alberto, 1998, p. 5.).

Pode-se extrair dos pensamentos acima citados que a mediação é a busca pela solução de um conflito mediante a atuação de um terceiro desinteressado. A partir de então, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, transformando o papel do Estado de extremo intervencionismo para o de incentivador e supervisor do diálogo e fortalecendo a pacificação social.

O tratamento do conflito através da mediação pode acontecer mediante uma pluralidade de técnicas que vão da negociação à terapia. Diversos são os contextos para sua aplicação: mediação judicial, mediação no direito do trabalho, no direito familiar, na escola, dentre outros.

Vale ressaltar que a mediação se dá através dos métodos judicial e extrajudicial, sendo que na mediação judicial, as audiências são realizadas por um mediador indicado, com escolha limitada ao rol dos mediadores cadastrados no respectivo tribunal. A lei nº 13.140/15 reforçou a necessidade de Tribunais criarem centros judiciários de solução consensual de conflitos (Cejuscs). Esses centros já estão em funcionamento e podem ser procurados pela sociedade.

Na mediação extrajudicial, realizada por um mediador ou câmara privada, as partes podem escolher o mediador e como desejam realizar o procedimento. Além disso, a mediação extrajudicial é ainda mais célere.

Ademais, há diversas formas de se estruturar um procedimento de mediação extrajudicial, não podendo se definir, portanto, uma regra ou uma formação rígida a ser seguida. Isso se dá em virtude da prevalência do seu caráter informal, célere e oral, bem como à sua necessidade de adaptação ao ambiente no qual se desenvolve. Dessa maneira, o conjunto de etapas que sistematizam o caminho mediativo pode variar conforme os atores que participam, o objeto da discussão e outras circunstâncias que se afigurarem relevantes no caso.

1.1. O procedimento da Mediação

Vale destacar que as etapas do processo de mediação serão abordadas neste artigo com base nos princípios de negociação da Escola de Harvard, que inspiraram o primeiro processo estruturado de mediação, o qual foi utilizado para a elaboração do Manual de Mediação para a Defensoria Pública (Manual, CEAD/ENAM, 2014).

O modelo da Universidade de Harvard, considerado o mais tradicional, fundamenta-se na teoria e compreensão do conflito. Tem como características, diferenciar as pessoas do problema, direcionar focos nos interesses que estão ocultos por trás das posições, inventariar opções para benefício mútuo, criar critérios objetivos e eleger a melhor alternativa ao acordo feito. (MORAIS, José Luis Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. 2008, 145)

1.1.1. Etapas prévias à mediação

O primeiro contato com a outra parte pode ser realizado por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo (objetivo) proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião – sob a forma de um convite ao diálogo – sem o caráter de uma convocação e sem que se delimitem as questões a serem tratadas nas sessões de mediação.

O ambiente da mediação deve ser confortável e estimular o diálogo, onde as partes preferencialmente posicionem-se sentados ao redor de uma mesa redonda, desta forma demonstrando a igualdade de condições. A equipe de mediação deve utilizar a forma de tratamento preferida pelos mediandos. Mediadores e mediandos devem ter ao seu alcance papel e caneta a fim de realizar as anotações que fizerem-se necessárias durante a conversa.

A pré-mediação é o momento de troca de informações que ocorre antes de iniciar a mediação propriamente dita. O mediador explica para os mediandos sobre o processo de mediação e obtém destes as informações necessárias a avaliar se a mediação é adequada e eficaz para cuidar do conflito apresentado, bem como se há algum impedimento ético para sua atuação.

Para que os mediandos tomem uma decisão qualificada quanto ao seu desejo e disponibilidade para participar do trabalho, é fundamental que sejam adequadamente informados acerca da técnica da mediação, seus objetivos e alcance. O mediador descreve as principais características da técnica e do processo de mediação, o papel dele, mediador, de terceiro imparcial e facilitador de diálogo, e, ainda, o que a mediação espera dos mediandos. Nesse momento se estabelecem os paradigmas deste novo contexto de trabalho, muitas vezes desconhecido dos mediandos.

O mediador legitima a presença dos representantes legais (Defensor Público ou Advogado), se houver, esclarecendo suas funções neste novo contexto: assessorar as partes por meio da consultoria jurídica, colaborar na criação de soluções de benefício mútuo, realizar a revisão legal do acordo e o encaminhamento para homologação judicial, se for o caso. Nunca é

demais lembrar que o protagonismo é dos mediandos, que não podem ser substituídos por seus representantes – aos mediandos cabe o relato das histórias, a construção conjunta das soluções e o processo decisório. Os representantes dos mediandos não precisam estar presentes em todas as sessões de mediação; quando comparecerem, devem ser acolhidos e legitimados.

Diferentemente de um processo adversarial, no qual as provas do que aconteceu no passado servem de fundamento para que um terceiro decida quem tem razão, na mediação, como quem decide são os mediandos, as provas perdem a importância. A mediação convida os mediandos à construção conjunta de um futuro.

Esse primeiro contato dos mediandos com a mediação marca a mudança de contexto com relação ao paradigma litigante e despersonalizado que costumam encontrar no sistema judiciário. É fundamental – aqui como em todo o processo de mediação – utilizar uma linguagem acessível para os mediandos.

1.1.2. Etapas do processo de Mediação

Com o discurso de abertura, tem início o processo de mediação propriamente dito, onde são estabelecidas certas regras de comportamento que tem a finalidade de auxiliar no trabalho, tais como: escutar o outro sem interromper, anotando eventuais comentários; escutar para tentar entender o ponto de vista do outro, mesmo que não concorde com o que ele diz; utilizar uma linguagem respeitosa para facilitar a escuta.

O início dos trabalhos é ritualizado por meio do Termo de Participação. Trata-se de um termo simples, no qual os mediandos acordam em participar da mediação e que contém sucintamente as características do trabalho e dos compromissos assumidos pelos mediandos – trabalho colaborativo, boa-fé, extensão do sigilo e tudo o que se entender necessário em termos de procedimento. O termo também é firmado pelos mediadores, que afirmam sua independência com relação aos mediandos e ao tema do conflito, sua imparcialidade e seu compromisso com a confidencialidade.

Não obstante a mediação seja uma técnica eminentemente oral, o ritual de assinatura do Termo de Participação funciona como marco de passagem para o novo contexto no qual os mediandos passarão a transitar.

O mediador coleta com os mediandos o relato das histórias que os trouxeram a sala de mediação, através de reunião conjunta ou privada.

As técnicas que trabalham com narrativas ensinam que não existe uma verdade única, mas, sim, diversas percepções, versões, pontos de vista sobre os acontecimentos.

O mediador, então, não se preocupa com a “busca da verdade” – sua tarefa é acolher as percepções de cada um dos mediandos com o mesmo cuidado e sem preconceitos.

Quando o mediador respeita e legitima visões aparentemente opostas do conflito como a realidade pessoal de cada mediando, gera um ambiente propício para que os mediandos percebam que também é possível ver as questões sob o ponto de vista do outro.

Ao final dos relatos, o conflito é rerepresentado aos mediandos na forma de interesses a serem satisfeitos. O mediador trabalha com o entendimento de que os interesses dos mediandos são interdependentes (caso contrário, não precisariam negociar), e, por isso, é necessário ter disponibilidade para a colaboração. Um acordo será possível se for construído de modo a satisfazer os interesses de ambos os mediandos.

Identificados os interesses, o mediador faz uma primeira definição da pauta de trabalho e traduz os interesses dos mediandos em temas a serem tratados, de maneira a não identificá-los às partes, separando a pauta objetiva da subjetiva (comunicacional/relacional).

O trabalho é iniciado pela pauta subjetiva, utilizando as ferramentas de comunicação. Aliviados do peso de suas emoções, das questões relacionais e comunicacionais, os mediandos adquirem liberdade e autonomia para olhar para o problema objetivamente e atacá-lo em conjunto e de maneira criativa.

Ao apresentar a pauta de trabalho, o mediador legitima as questões trazidas pelos mediandos. A pauta deve ser apresentada de maneira a despersonalizar e balancear tanto quanto possível os temas a serem tratados.

A etapa de geração de opções solicita dos mediandos criatividade. Nesse momento, o mediador busca ampliar o material de trabalho: para cada item da pauta, convida os mediandos a criar opções de modo a atender aos interesses de todos os envolvidos no conflito. Por meio do pensamento criativo, os mediandos buscam gerar recursos para chegar a soluções inclusivas, para solucionar as questões trazidas a mesa de trabalho deixando de lado a avaliação crítica, com a ajuda do mediador por meio de perguntas, preservando a autoria e o protagonismo das partes.

A geração de soluções de forma livre e criativa permite identificar recursos que não tinham sido considerados anteriormente para compor os interesses dos mediandos e, com isso, possibilidades para atender ambas as partes.

Após o movimento de ampliação de opções, o mediador auxilia os mediandos a avaliar qualitativamente as alternativas criadas para escolher quais delas melhor os atendem, atuando como agente de realidade e estimulando os mediandos a ter uma visão realista ao analisar cada uma das alternativas, pensando em seus custos e benefícios.

O trabalho de mediação pode terminar com a elaboração de um acordo ou ainda pode ser interrompido a qualquer momento, pelos mediandos ou pelo mediador. É importante ressaltar que o fato de a mediação não terminar em acordo não é indicador de seu insucesso. Em muitas situações, apesar da não realização de um acordo, há uma significativa melhora do diálogo; por vezes, os mediandos desistem do processo justamente por já terem alcançado o patamar de entendimento desejado, abrindo mão da formalização do acordo. Assim, faz-se necessário que, para avaliar o sucesso do trabalho, sejam criados não só padrões quantitativos, mas também qualitativos a fim de determinar, por exemplo, se houve melhoria no diálogo e na relação social, se os mediandos ficaram satisfeitos com o serviço oferecido etc.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

A mediação há muito tempo é utilizada em várias culturas no mundo, como a judaica, a cristã, a islâmica, a hinduísta, a budista, a confucionista e até as indígenas. (MOORE, Christopher W. 1998. p. 32)

Foi desenvolvida sem o amparo de uma base legal consistente. A sua metodologia e os seus procedimentos permaneceram ancorados em princípios e construídos segundo a definição de vários doutrinadores enquanto o poder legislativo iniciava projetos de leis para regulamentar o instituto.

Em meados da década de 70, foi desenvolvida a mediação no âmbito dos meios alternativos de resolução de conflitos, nos Estados Unidos. A finalidade era desafogar o Poder Judiciário e desenvolveu-se em sintonia com a crescente necessidade de rapidez e fluidez nas negociações, atendendo a necessidade de conviver com as diferenças de maneira harmônica.

O sucesso da mediação levou à disseminação da técnica por diversos países, como na Argentina e alguns estados norte-americanos em que é obrigatória a tentativa de mediação antes do ajuizamento de uma demanda judicial.

Quanto à regulamentação da matéria no Brasil, o novo código de processo civil destinou especial tratamento à mediação, como forma de ampliar o incentivo à autocomposição. Mas o marco regulatório do tema se deu com o advento da Lei nº 13.140 (Lei da Mediação), de 26 de junho de 2015, que estabelece a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e trata sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, versando sobre a mediação extrajudicial e judicial (pré-processual e processual). Outro avanço se deu com a criação do Código de Ética para mediadores do CONIMA, bem como da Resolução 125 do CNJ, que trata da política nacional para o incitamento dos meios alternados de resolução de conflitos.

2.1. Código de Ética do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA

O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA desenvolveu o Código de Ética para mediadores, que já é adotado por diversas câmaras de mediação no Brasil, agregando seriedade, credibilidade e segurança ao mediador, no desempenho de suas funções, de forma a preservar os princípios éticos.

O Código destaca que o processo de mediação tem caráter voluntário, garantindo às partes o poder de administrá-lo. Prevê que o mediador pautará sua conduta nos seguintes princípios: Imparcialidade, Credibilidade, Competência, Confidencialidade, e Diligência. Também estabelece regras acerca da sua nomeação e do seu comportamento frente às partes, ao processo e à instituição ou entidade especializada.

2.2. Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 125, que trata da política nacional para o incitamento dos meios alternados de resolução de conflitos colocando na esfera do Poder Judiciário uma Política Judiciária Nacional para a resolução de conflitos via centros especializados.

O documento é considerado um marco no impulso à prática da conciliação e mediação no Judiciário brasileiro, com a criação dos Juizados de Pequenas Causas e da Ação Coletiva, o movimento pela maior instrumentalidade substancial do Direito Processual e a criação de uma semana nacional anual de conciliação em todo o país.

O Doutor em Direito e professor da Universidade de São Paulo, Kazuo Watanabe, avaliou a criação da Resolução 125:

“O que a Resolução 125 fez foi consolidar todas as conquistas até então obtidas, instituindo uma política judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, de observância obrigatória por todos os órgãos do Judiciário nacional. O que era facultativo, em termos de organização e oferta de serviços de conciliação, passou a ser obrigatório. Mais do que isto, os serviços ofertados teriam que ter qualidade, com sua prestação por pessoas capacitadas, treinadas e aperfeiçoadas constantemente. E os serviços deveriam ser prestados em um Centro de Solução de Conflitos e de Cidadania (Cejusc) todos os dias e em caráter permanente e não de modo episódico, em algumas sessões periódicas. Adotou-se o critério de centralização dos serviços de conciliação para assegurar a permanência e o aperfeiçoamento constante dos serviços ofertados. Além da resolução dos conflitos, um outro serviço a ser ofertado pelo Cejusc, por meio do seu Setor de Cidadania, é o de orientação e informação dos jurisdicionados em suas dúvidas e problemas jurídicos e não, necessariamente, em situação de conflito, atendendo-se à realidade de nosso país de desorientação e perplexidade de nossa população diante da multiplicidade e complexidade cada vez maior de nosso ordenamento jurídico. Atendeu-se, com essa concepção, à necessidade de ofertar aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa, e não apenas o acesso aos órgãos judiciários.” (WATANABE Kazuo, 2015, CNJ)

2.3. O novo Código de Processo Civil e a Mediação

O novo código de processo civil destina especial tratamento à mediação, prevendo em seu art. [165](#), a criação, pelos tribunais, de centros judiciários de solução consensual de conflitos como órgão responsável pela realização de sessões e audiências de mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

O [NCPC](#) refere-se especificamente à mediação e à conciliação nos seguintes termos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...]

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

De acordo com o § 3º, do art. 165, do [NCPC](#), é preferível a mediação nos casos em que houver vínculo anterior, competindo ao mediador uma postura menos interventiva, apenas auxiliando os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, as soluções.

Com efeito, o art. 166, do [NCPC](#), trata dos princípios da mediação:

“Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.”

O art. [167](#) prevê a necessidade de um cadastro nacional e dos tribunais especificamente para registro de profissionais habilitados a atuarem como mediadores, veja-se:

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

No cadastro deverá conter a indicação de sua área profissional e outras informações pertinentes, devendo o profissional possuir capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

O art. [168](#) estabelece que as partes podem escolher, de comum acordo, o mediador ou a câmara privada de mediação, mas, inexistindo acordo, haverá distribuição dos casos entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação e a inexistência de impedimento, em respeito ao princípio da autonomia da vontade na mediação

O art. [169](#) dispõe em seu § 2º, que os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que for deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Especificamente sobre a aplicação da mediação no âmbito administrativo, dispõe o art. [174](#) que os entes federativos deverão criar câmaras de mediação específicas, lhe competindo tratar de questões como: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliação da admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Todo esse conjunto de normas sobre mediação, trazidas pelo [NCPC](#), representam significativo marco no direito brasileiro, revelando a importância que o instituto passa a ocupar no sistema processual civil.

2.4. A [Lei](#) da Mediação nº 13.140, de 26 de junho de 2015

Assim como o [NCPC](#), a [Lei](#) nº 13.140, de 26 de junho de 2015, estabelece a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e trata sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, versando sobre a mediação extrajudicial e judicial (pré-processual e processual).

A [Lei da Mediação](#) adota definição de mediação com maior exatidão no mesmo sentido do [NCPC](#), em seu art. [1º](#), [parágrafo único](#):

“Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

Em consonância com o [NCPC](#), a [Lei da Mediação](#) informa expressamente que a mediação tem como princípios a imparcialidade, a autonomia da vontade das partes, a confidencialidade e a informalidade.

Outra previsão na [Lei da Mediação](#) que merece destaque é que quando existir cláusula contratual de mediação as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação, mas ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação. Já no [NCPC](#) há previsão que,

como regra geral, no procedimento comum, a designação de uma audiência de conciliação ou de mediação, salvo de ambas as partes manifestarem desinteresse na solução consensual, impondo a aplicação de pena de multa à parte que não comparecer à audiência, conforme inteligência do art. [334](#) do [NCPC](#).

O artigo 11 da [Lei da Mediação](#), prevê além do curso específico de capacitação, que o mediador possua graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação. Entretanto, em se tratando de mediação extrajudicial, em seu art. 9º, prevê que poderá funcionar como mediador qualquer pessoa capaz e de confiança das partes, desde que seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Nesse ínterim, tem-se que a [Lei da Mediação](#) e o [NCPC](#) disciplinam exaustivamente a mediação judicial e extrajudicial, inclusive versando sobre sua aplicação à administração pública. Com estas normas, espera-se que a mediação seja mais aplicada e possa colaborar para uma maior solução extrajudicial e consensual dos conflitos.

3. BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO COMO NOVO PARADIGMA DE ACESSO À

JUSTIÇA

José Luis Bolzan de Moraes descreve que o processo de mediação proporciona rápida e efetiva solução aos conflitos, de maneira a atenuar o número de processos que abarrotam o Poder Judiciário, ampliando consequentemente o acesso à justiça, o auxílio no desenvolvimento da sociedade, como um verdadeiro mecanismo de pacificação social, veja-se:

“Em contrapartida aos processos judiciais que, lentos, mostram-se custosos, os litígios levados à discussão através do Instituto da Mediação tendem a ser resolvidos em tempo muito inferior ao que levariam se fossem debatidos em Corte tradicional, o que acaba por acarretar uma diminuição do custo indireto, eis que, quanto mais de alongar a

pendência, maiores serão os gastos com a sua resolução”(MORAIS, José Luis Bolzan de. Op. Cit. 1999, p. 147.)

Segundo a Professora Lília Maia de Moraes Sales:

“A mediação apresenta-se, pois, com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil, cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados. Dessa maneira, apresenta forte impacto direto na melhoria das condições de vida da população – na perspectiva do acesso à justiça, na conscientização de direitos, enfim, no exercício da cidadania.”(SALES, Lilia Maia de Moraes. 2004, p.26)

Ou seja, a mediação é um método informal de solução de litígios, realizado de forma rápida e justa, colaborando com economia tanto de dinheiro como de tempo das partes que tem como principal objetivo, promover a resolução adequada de conflitos entre as partes, de forma a chegar a um acordo voluntário e aceitável por ambas.

Walsir Edson Rodrigues Júnior (JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues, 2009, P. 79) apresenta os seguintes benefícios da mediação:

- a) Alivia o congestionamento do Judiciário com a mudança de paradigma ocasionada pela mediação em que a cultura adversarial dá lugar à cultura dialógica, onde os indivíduos passam a resolver os conflitos de forma pacífica, por meio do diálogo. Trata-se da busca por alternativas viáveis para a manutenção e/ou resgate de uma relação saudável entre os indivíduos em que a intenção não será de ganhar uma briga, mas pacificar de fato o conflito existente.
- b) Facilita o acesso e envolve a comunidade na resolução de conflitos através da reflexão dos indivíduos enquanto integrantes de uma comunidade e em relação aos seus direitos e deveres. É imprescindível demonstrar a importância

de serem sujeitos das suas relações, bem como da necessidade de que a escolha de resolverem seus conflitos na própria comunidade, empodera seus integrantes e tem como fim o alcance da pacificação social na localidade.

- c) Diminui os custos na resolução dos conflitos visto que a mediação é um processo voluntário e se desenvolve em dias ou horas, o que acarreta num custo mais barato do que de um procedimento judicial.
- d) Propicia maior rapidez na resolução de conflitos, considerando a atual crise processual vivida em nossos Tribunais, onde as ações costumam demorar meses ou anos para chegarem ao fim.
- e) Preserva a comunicação futura e a relação entre as partes por meio de um diálogo aberto, tendo voz para exprimir os seus anseios, dúvidas, angústias e expectativas; tornando-se, assim, interlocutor direto dessas relações.

CONCLUSÃO

Partindo da premissa de que o conflito sempre foi e pra sempre será parte do cotidiano e o modo como será enfrentado é que determina os diferentes resultados que produzirá na vida humana, a mediação apresenta-se como instrumento para a pacificação social e como mecanismo capaz de proporcionar às partes uma melhor visão de seus problemas e assim chegar a um consenso, sem necessidade de ingresso no Poder Judiciário.

Fato é que a popularidade do poder judiciário e a falta de informação quanto a outros meios igualmente eficazes ou até mesmo mais eficazes em determinados litígios dificulta a inserção da mediação como técnica confiável para satisfazer uma pretensão.

Pelo exposto, o presente artigo visa contribuir para a divulgação da cultura de soluções de conflitos com o uso do diálogo, sem a rivalidade comum do processo judicial, através da mediação.

Nesse sentido e nas palavras de Petrônio Calmon, fica evidente que *a "autocomposição é hoje o meio mais autêntico e genuíno de solução de conflitos, pois emana da própria natureza humana o querer-viver-em-paz. A busca do consenso é quase sempre o primeiro passo adotado por pessoas naturais e jurídicas, antes de partirem para a solução heterocompositiva,*

normalmente mais cara e complexa. O diálogo informal é intrínseco à natureza humana, mas há muitas oportunidades em que a impossibilidade ou o desgaste da relação é tão acentuado que o diálogo não logra sequer ser iniciado e, ainda que os primeiros contatos sejam realizados, nem sempre se chega ao acordo.”(CALMON, Petrônio, 2008, p.6)

Restou demonstrado que a mediação proporciona rápida e efetiva solução aos conflitos, de maneira a diminuir o número de processos que sobrecarregam o Poder Judiciário, ampliando o acesso à justiça e auxiliando no desenvolvimento da sociedade como um verdadeiro mecanismo de pacificação social, porém, não deve ser vista como a solução para os problemas da morosidade da justiça, não sendo esta justificativa para sua aceitação, senão estaríamos transferindo para as partes envolvidas em um conflito um problema que não é delas: o da lentidão do poder competente. Deve-se buscar a mediação, não porque o processo demora, mas porque os litigantes identificam como vantajoso para o seu litígio.

Seja pela necessidade de diminuir o grande número de processos nos tribunais, seja pela necessidade de busca de maior satisfação efetiva das partes, percebe-se, atualmente, notável importância dos métodos de solução consensual de conflitos dentro do sistema processual civil brasileiro, o que fica evidente com a recente publicação do [NCPC](#) e da [Lei da Mediação](#).

Pode-se concluir que a proposta apresentada pela mediação vem ao encontro dos esforços em busca de soluções eficientes e satisfatórias para a crise da Justiça, entretanto, muito além disso a mediação promove uma mudança de paradigma diante de inseguranças e dificuldades enfrentadas no atual cenário jurídico brasileiro, por proporcionar às partes uma melhor visão de seus problemas e assim chegar a um consenso através de uma dinâmica democrática, participativa, célere e justa, por meio do diálogo, por isso a mediação revela-se eficaz, justa e digna de cidadãos que pretendem um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A finalidade da Resolução 125 do CNJ, 2015. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80974-norma-do-cnj-sobre-solucao-de-conflitos-completa-5-anos-com-saldo-positivo>. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105/2015**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei da Mediação. **Lei nº 13.140/2015**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 57.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 6.

Conciliação e Mediação. Portal da Conciliação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

CONIMA. **Código de Ética para Mediadores**. Disponível em: http://www.conima.org.br/codigo_etica_med. Acesso em: 12 set. 2018.

DOKOLIAS, Maria. **“O setor judiciário na América Latina e no Caribe: Elementos para Reforma.”** Banco Mundial Washington, D.C. Documento Técnico Número 319. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>

Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Revista Consultor Jurídico, 10 set. 2018. **“É preciso restaurar a autoestima do Judiciário”**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-set-10/preciso-restaurar-autoestima-judiciario-lewandowski> Acesso em: 19 de setembro de 2018.

Manual de Mediação para a Defensoria Pública, Brasília-DF, CEAD/ENAM, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/backup/backup-fev-2018/enam/biblioteca/anexos/manual-de-mediacao-para-a-defensoria-publica.pdf/view>. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

Manual para apresentação de trabalhos acadêmicos da Universidade Católica de Brasília/ Universidade Católica de Brasília, Sistema de Bibliotecas. – 8 ed.- Brasília:[s.n.],2015.Disponível:http://www.biblioteca.ucb.br/arquivos/manual_a_presentacao_trabalhos_academicos_2018_novo.pdfAcesso em: 19 de setembro de 2018.

MICHAELIS: **dicionário escolar língua portuguesa**. – São Paulo: Editora Melhoramentos, 2008, p. 558.

Ministério da justiça Brasil, ENAM- MJ/CNJ, 2013, **Manual de mediação judicial**, 4 edição. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 32.

MORAIS, Luis Bolzan de Moraes. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição**. 2008, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2ª Ed. p. 145

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 2. Ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004, p.26

WARAT, Luiz Alberto. **Em nome do acordo. A mediação no direito**, Florianópolis: ALMED, 1998, p. 5.

NOTAS:

[1] Professor de Direito na Faculdade Católica do Tocantins, Analista Ministerial em Ciências Jurídicas na Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins. E-mail: wellington.gomes@catolica-to.edu.br

A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL E O DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO DIANTE DA INSUFICIÊNCIA DE PROTEÇÃO AO CIDADÃO ADVINDA DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

DANIEL TAVARES SILVA PARREIRA:
Bacharelado em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA[\[1\]](#)

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo verificar se há responsabilidade por parte do Estado em danos causados aos cidadãos oriundos da omissão legislativa inconstitucional presente em leis pendentes de regulamentação. Entretanto, existem divergências doutrinárias acerca do tema. O que levou à questão central desta pesquisa: Identificar através de posicionamento doutrinário, normas e jurisprudências se existe responsabilidade por parte do Estado em danos causados aos cidadãos decorrentes da não regulamentação de leis preexistentes. São objetivos do estudo delinear os conceitos Responsabilidade Contratual e Extracontratual, Responsabilidade Objetiva e Subjetiva. Estudar no que consiste a omissão legislativa, analisar posicionamentos doutrinários, leis e jurisprudências, a respeito da responsabilidade do estado em reparar o dano ao cidadão nos casos em que o prejuízo foi oriundo da omissão legislativa. Foi desenvolvido um estudo exploratório através de procedimento bibliográfico teórico-documental, para se chegar a uma conclusão lógica do estudo apresentado.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade; extracontratual; omissão; Indenização e Estado.

ABSTRACT: The purpose of this article is to verify if there is a responsibility on the part of the State in damages caused to citizens arising from the unconstitutional legislative omission present in laws pending regulation. However, there are doctrinal differences on the subject. What led to the central question of this research: Identify through doctrinal position, norms and jurisprudence if there is responsibility on the part of the State in damages caused to the citizens resulting from the non regulation of

preexisting laws. The objectives of the study are to outline the concepts of Contractual and Extracontractual Liability, Objective and Subjective Responsibility. To study what constitutes legislative omission, to analyze doctrinal positions, laws and jurisprudence, regarding the responsibility of the state in repairing the damage to the citizen in cases in which the loss came from the legislative omission. An exploratory study was developed through a theoretical-documentary bibliographic procedure, reaching a logical conclusion of the presented study.

KEYWORDS: Responsibility; extra-contractual; omission; Indemnification and State.

Sumário: Introdução. 1. Conceitos acerca da responsabilidade contratual, extracontratual, objetiva e subjetiva do estado. 1.1 Responsabilidade civil. 1.2 Responsabilidade contratual e extracontratual do Estado. 1.3 Responsabilidade objetiva e subjetiva do Estado. 1.3.1 Conceito de responsabilidade civil subjetiva e seu contexto histórico. 1.3.2 Responsabilidade civil objetiva do estado. 2. Princípios relacionados ao dever de indenizar, sua aplicabilidade e a responsabilidade por omissão. 2.1 Princípios norteadores da responsabilidade estatal. 2.2 Reparação de danos em face do estado. 2.2.1 O entendimento atual sobre o dever de indenizar. 2.3 Proibição da insuficiência (Untermasverbot) e a responsabilidade por omissão. 3 O controle da omissão legislativa e a efetividade das normas constitucionais. 3.1 A eficácia constitucional das normas. 3.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena. 3.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida. 3.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada. 3.2 Da inconstitucionalidade da omissão legislativa. 4 Omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade estatal de reparação. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Mesmo hoje, em pleno século XXI, depois de percorrido um longo caminho histórico-constitucional, passando por sete Constituições Federais (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969), chegamos a Carta Magna de 1988, ansiando pelo texto democrático, pela supremacia das normas, pelo topo da pirâmide constitucional como dizia *Hans Kelsen*, porém, ainda muito se discute acerca da efetividade das normas constitucionais. Um dos grandes

alicerces dessa problemática se dá pelo fato de que o novo texto constitucional trouxe uma série de dispositivos que dependem da atuação de órgãos específicos. É possível elencar como exemplo as casas legislativas, que deveriam exercer de forma obrigacional a regulamentação de normas, fato que não se concretiza em diversas situações.

Deste modo, é possível perceber o descumprimento do comando constitucional pela não atuação do Poder Público, ou seja, a inércia do legislativo na regulamentação de normas constitucionais. Nestes casos discute-se os atos omissivos do legislativo, e se estes seriam capazes de gerar a obrigação de indenizar.

O presente artigo tem como objeto de estudo verificar se há responsabilidade por parte do Estado em danos causados aos cidadãos oriundos da omissão legislativa presente em leis pendentes de regulamentação.

Levando em consideração este cenário, é válido trazer à tona o artigo 37 da Constituição federal, que elucida em seu parágrafo sexto os seguintes dizeres:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nesse viés, reside o problema central do presente artigo: Há responsabilidade do Estado por danos causados aos cidadãos oriundos da omissão legislativa nas leis constitucionais pendentes de regulamentação? Como objeto de estudo, será analisado os conceitos Responsabilidade Contratual e Extracontratual, Responsabilidade Objetiva e Subjetiva, será estudado no que consiste a omissão legislativa, posicionamentos doutrinários, leis e jurisprudências, a respeito da responsabilidade do estado em reparar o dano ao cidadão nos casos em que o prejuízo foi oriundo da omissão legislativa.

Para sustentar o estudo, no primeiro capítulo serão delineados os conceitos de Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual, Responsabilidade Objetiva e Subjetiva do Estado e o processo histórico-evolutivo da responsabilidade subjetiva; no segundo capítulo serão abordados os princípios que sustentam o dever de indenizar, a reparação do dano por parte do Estado e o entendimento atual sobre o dever de indenizar. No terceiro capítulo serão apresentados o controle da omissão legislativa e a efetividade de normas constitucionais. Por fim, no quarto capítulo será verificado a viabilidade da questão em debate.

1. CONCEITOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL, EXTRA CONTRATUAL, OBJETIVA E SUBJETIVA DO ESTADO

Antes de falar objetivamente do dever do estado de indenizar nos casos em que há por parte do Estado a omissão legislativa, faz-se necessário a elucidação de conceitos basilares para seu devido entendimento. Para se alcançar uma resposta sólida ao que se procura no presente estudo, deve-se analisar primeiramente os conceitos de Responsabilidade Civil, Responsabilidade Contratual, Extracontratual, objetiva e subjetivo Estado.

1.1. Responsabilidade civil

Nas palavras de PABLO STOLZE (2017. p. 858), conclui-se que responsabilidade civil é " a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)."

Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa.

1.2. Responsabilidade contratual e extracontratual do estado

Segundo CARLOS ROBERTO GONÇALVES (2017. p. 42), "uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual",

ou seja, em uma relação contratual aquele que descumpre o avençado, se torna inadimplente. “Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o dispositivo no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito. ”

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e na contratual descumpre o pactuado, tornando-se devedor. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, não existe vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito. O Código Civil traz a diferenciação das duas responsabilidades, elencando de forma genérica a responsabilidade contratual em seus art. 389 e s. 395 e s. e a extracontratual em seus art. 186 a 188 e 927 a 954.

O tema responsabilidade civil extracontratual do Estado surge diante de danos causados aos cidadãos oriundos de atos do Executivo, Legislativo e do Judiciário. O termo extracontratual é usado por não se tratar da responsabilidade advinda dos contratos administrativos, pois, os mesmos possuem previsão para reparação de dano própria. Fala-se em responsabilidade civil em virtude da remissão aos institutos do Direito Civil, que tratam da usual conversão em pecúnia das lesões sofridas.

Nesse sentido, DI PIETRO (2012. p. 698) acredita que “ a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

1.3. Responsabilidade objetiva e subjetiva do estado

Toda a atividade administrativa é voltada para a satisfação do interesse público. O Estado está a todo tempo em contato com a coletividade no objetivo de gerir a res pública de forma satisfatória e ideal.

ALESSANDRO DANTAS COUTINHO E RONALD KRÜGER RODOR (2015. p. 878), exaltam que, " no desempenho de suas atividades o Estado pode acabar gerando danos aos administrados, razão pela qual, da mesma forma que se passa na iniciativa privada, deve indeniza-los como meio de reparação do prejuízo causado".

Corroborando com os conceitos de Alessandro Dantas Coutinho, podemos adotar as palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2008.p. 977), que ensina que a responsabilidade civil do Estado está ligada a " obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais".

1.3.1. Conceito de responsabilidade civil subjetiva e seu contexto histórico

Inicialmente, existia a teoria da irresponsabilidade civil do Estado, ou seja, o estado não respondia por seus atos. Essa teoria ganhou corpo com o triunfo do Absolutismo, o que ocorreu a partir do século XVI. Gradativamente essa teoria entra em queda junto com a derrocada do absolutismo pela Revolução Francesa de 1789, dando assim, lugar a teoria que trouxe a distinção para fins de responsabilização, se o ato danoso praticado pelo Estado era ato de gestão ou de império. Por essa teoria, o Estado passava a ser responsabilizado, porém, apenas pelos seus danos decorrentes dos atos de gestão. Devido à grande dificuldade para distinguir os atos de gestão e os atos de império, essa teoria foi aos poucos sendo derrubada e dando origem a responsabilidade civil subjetiva do Estado. Nessa teoria, por se tratar de responsabilidade subjetiva, a vítima ou lesado, ao demandar o Estado, deveria demonstrar a culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo do agente público, para se obter condenação do agente público.

A condenação do Estado torna-se mais dificultosa, uma vez que a vítima deveria provar o fato, mesmo levando em consideração o fato do Estado ser mais propício a causar dano a um terceiro do que os próprios particulares a si mesmos. Por isso, no curso da metade do século XIX começa

a existir no Tribunal de Conflitos da França uma reação contra a tendência de aplicar a teoria da responsabilidade civil Subjetiva do Estado.

Um marco para a mudança adveio da polêmica de competência no caso *Agnes Blanco*, onde, uma criança de 8 anos de idade veio a óbito em um acidente após ser atingida por um vagão de trem pertencente a uma indústria de tabaco na cidade de Boudeaux, cujo a propriedade era estatal.

O pai da criança ingressou com uma ação perante a Justiça Ordinária, a qual se declarou incompetente, e por isso, o processo foi enviado para o contencioso administrativo, que por sua vez, também se declarou incompetente.

O caso, em razão do conflito negativo de competência foi levado ao Tribunal de Conflitos Francês. A partir desse momento foi se abrindo uma nova sistemática de responsabilidade civil do Estado, não sendo mais necessário a vítima individualizar a culpa do agente. Nascia nesse momento a teoria da culpa do serviço ou teoria da culpa anônima, onde, não se fazia mais necessário provar a culpa dos agentes públicos, agora, bastava demonstrar a culpa do serviço, o que significava demonstrar que o dano ocorreu do mau funcionamento do serviço.

O próximo passo da evolução histórica se deu pela atribuição de responsabilidade objetiva ao Estado pelos danos causados pelos seus agentes. O Estado atua em diversas áreas e por isso propicia um risco de dano a terceiros muito maior do que aquele que é propiciado pelos particulares entre si. Surge aí a teoria do risco administrativo, hoje predominantemente adotada, de forma que, para a obtenção da condenação do Estado, basta a vítima provar a conduta do Estado, o dano e nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2007. p. 490) entende que, "por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades. À maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva do estado".

Por fim surge a teoria do risco integral, que sustenta que a atividade do Estado coloca a coletividade em um perigo bem acima do normal e, por isso, ele assume totalmente o risco, caso haja dano.

Trata-se de uma teoria muito polêmica, grande parte da doutrina entende que ela não possui previsão no ordenamento jurídico pátrio.

1.3.2. Responsabilidade civil objetiva do estado

A responsabilidade civil objetiva do Estado é a regra em nosso ordenamento jurídico. Aqui, a vítima, ao ingressar com ação em face do Estado, não precisará demonstrar a culpa ou dolo do agente, bastando provar a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre ambos.

Hoje, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento majoritário é que a responsabilidade civil objetiva é cabível apenas nos casos decorrentes de condutas positivas do Estado, ou seja, ação, não sendo cabível para danos que decorrem da omissão estatal.

Isso porque a omissão, para ser relevante para o direito e justificar a responsabilidade estatal, deve ser necessariamente culposa, e por isso, ilícita, devendo ficar provado que o Estado poderia e deveria agir, porém não agiu, razão esta que ensejou a ocorrência do dano.

2. PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO DEVER DE INDENIZAR, SUA APLICABILIDADE E A RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO

2.1. Princípios norteadores da responsabilidade estatal

Dentre os diversos princípios existentes no ordenamento jurídico podemos citar três com grande relevância para o tema em questão. São eles o princípio da máxima reparação do dano, o da primazia do interesse da vítima e o da solidariedade social.

O princípio da máxima reparação do dano se baseia na imprescindibilidade da mais ampla reparação do dano sofrido, ou seja, a indenização deve abarcar a integralidade do dano causado, seja ele material ou moral.

O segundo princípio diz respeito a necessidade de encontrar soluções que não deixem a vítima desamparada. Em verdade é o que se repara em qualquer tipo de responsabilidade civil, não somente a do estado, porém, é na responsabilidade do estado que o princípio ganha aplicabilidade plena, uma vez que, o cidadão estará sempre em posição de grande inferioridade econômica em relação ao estado.

Por fim, temos o princípio da solidariedade social, este diz que os danos decorrentes da atividade estatal sofridos exclusivamente por uma pessoa devem ser distribuídos e suportados pela sociedade. Devido a isso, fala-se em indenização, a qual advém do dinheiro público.

2.2. Reparação de danos em face do estado

Inicialmente, convém dizer que é possível a obtenção de reparação de danos por via administrativa, nas hipóteses em que o Poder Público reconhece a responsabilidade e estabelece um acordo com terceiro lesado. Entretanto, é muito raro esse tipo de reparação, uma vez que o Estado tende a oferecer reparação ínfima ou rejeitar pedidos de negociação.

Como citado anteriormente, o § 6º do art. 37 da Constituição Federal impõe a responsabilização das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos por danos causados por seus agentes. Consequentemente, a demanda dá-se contra o Poder Público, e não diretamente contra o agente causador do dano.

Sobre o direito de regresso contra o agente causador do dano, tem-se uma ação que segue as regras processuais comum, de procedimento ordinário ou sumário. Essa ação regressiva, conforme o § 5º do art. 37 da Constituição da República, é imprescritível. Mesmo nos casos em que houver a denúncia da lide, a sentença que julgar procedente o pleito contra o Estado e declarar a responsabilidade do denunciado servirá de título executivo contra o agente. Sendo assim, o direito de regresso dá-se nos próprios autos. É importante salientar a impossibilidade de o Poder Público reaver os valores do agente sem que haja ação regressiva própria ou sentença que declare a responsabilidade do funcionário nos casos de denúncia da lide.

2.2.1. O entendimento atual sobre o dever de indenizar

Identificamos nos marcos evolutivos da responsabilidade civil do Estado citados acima, a presença de três fases – a fase de irresponsabilidade estatal, a fase da teoria subjetiva, a fase onde surgiu o risco administrativo e a teoria da responsabilidade objetiva.

Nos dias atuais, observa-se uma nova fase (a quarta e nova fase), onde, o Estado, mais do que nunca, deve agir como garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Verifica-se, por exemplo, a possibilidade de responsabilização do Estado também por danos decorrentes de atos legislativos e judiciais, bem como de novas perspectivas diante a omissão dos agentes públicos.

A ampla responsabilidade dos danos causados pelo Estado faz progressivas conquistas, podemos constatar os fatos observando a evolução jurisprudencial sobre o assunto, como visto nas palavras do relator Celso de Mello, na ADI 1.063-8 DF, utilizando as palavras do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, relator no julgamento da medida cautelar na ADIn 529-df, as seguintes considerações, verbis:

“se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidade pela declaração da invalidez da contrição discriminatória. A consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou, no entanto, dilema cruciante, quando se trate, ao contrário, de ofensa à isonomia pela outorga por lei de vantagem a um ou mais grupos com exclusão de outro ou outros que, sob o ângulo considerado, deveriam incluir-se entre os beneficiados. ” (STF, ADInMC 1.063-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27/04/01).[\[2\]](#)

E possível ainda notar a evolução na esfera da responsabilidade civil do Estado por omissão nas palavras do Relator Celso de Mello, da citada ADInMC1.063-8, utilizando-se das palavras de Gilmar Mendes:

“o alvitre da inconstitucionalidade por omissão parcial ofensiva da isonomia – se pôde ser construída, a partir da Alemanha, nos regimes do monopólio do controle de normas pela Corte Constitucional - suscita problemas relevantes de possível rejeição sistemática, se se cogita transplantá-la para a delicada simbiose institucional que se traduz na convivência, no direito Brasileiro, entre o método de controle direto e concentrado no Supremo Tribunal e Sistema Difuso. Ponderações que não seria oportuno expender aqui, fazem, porém, com que não se descarte de plano a aplicabilidade, no Brasil, da tese da inconstitucionalidade por omissão parcial, [...]” (STF, ADInMC 1.063-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27/04/01).

Ainda nesse sentido, Gonçalves de Oliveira, em um assertivo parecer, sustentado pela concepção de excelentes autores, diz que existe a absoluta irresponsabilidade do Estado por atos legislativos, que atos de governo excepcionalmente investidos de poderes ditatoriais, não hesita em defender a tese de que mesmo quando arbitrária e injusta, hostil aos princípios do direito, a lei não rende ensejo à responsabilidade do estado.^[3]

2.3. Proibição da insuficiência (untermasverbot) e a responsabilidade por omissão

Proibição da insuficiência é uma tradução para o português da expressão *prohibition of insufficient means*, que por sua vez é a tradução para o inglês do termo alemão *Untermassverbot*. O termo advém do princípio da proporcionalidade e possui duas vertentes: o *Untermassverbot* e o *Übermassverbot* (proibição do excesso).

O *Übermassverbot* proíbe que o Estado faça mais do que deveria e invada lesivamente a esfera jurídica de terceiros. Dessarte, há a violação da *prohibition of excessive means*, exatamente pelo desrespeito à proporcionalidade; essa transgressão indica que o Estado foi além do limite autorizado pelos direitos fundamentais.

Por outro lado, temos a situação onde o Estado deveria atuar, mas sua ação ocorre de forma insuficiente, é o caso do *Untermassverbot*. Isso ocorre quando o Estado tem o dever de proteger o cidadão e permanece omissos ou atua de modo aquém do devido, infringe-se nesse momento a

proibição da insuficiência. Devido a isso, o *Untermassverbot* tem fundamental importância na análise dos deveres de agir do Estado.

O *Untermassverbot*, no Brasil ganhou expressividade através de decisões do ministro GILMAR FERREIRA MENDES, que se utilizou do referido instituto em decisões, como é possível analisar no voto proferido no HC 104.410/RS (2012):

“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.”^[4]

No voto proferido pelo ministro no HC104.410/RS, a discussão insere-se no âmbito do Direito Penal. Para este estudo, voltamo-nos ao dever de evitar riscos, o qual consiste na adoção de medidas por parte do Estado afim de evitar lesões ao direito do cidadão.

Em meio a contextualização evolutiva da responsabilidade civil do Estado, em se tratando dessa nova fase que está em ascensão, chamada por alguns autores de *quarta e nova fase*, não se pode perder de vista o controle das omissões do Poder Público.

E vale salientar mais uma vez as palavras de celso ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que em consonância com a corrente adotada aqui, diz que, quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeitos, se o Estado não agiu, não pode logicamente, ser ele o autor do dano, e, se não foi autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Faz-se necessário mencionar o *princípio da reserva do possível*, uma vez que, é de grande relevância o fato da conduta estatal ser exigível e possível; quando o Estado possui a possibilidade de evitar o dano e permanece omissivo ou age inadequadamente, impõe-se a responsabilização a ele.

Com essas avaliações, torna-se anunciada a discussão acerca do tema da omissão do poder Público, o que inclui, inevitavelmente, o mister da questão, a omissão legislativa.

3. O CONTROLE DA OMISSÃO LEGISLATIVA E A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Dando continuidade ao estudo da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes da omissão legislativa, faz-se necessário traçar breves comentários sobre as espécies de normas que exigem regulamentação própria e as formas de controle de eventuais omissões das casas legislativas.

3.1. A eficácia constitucional das normas

A maior parte da doutrina brasileira sustenta a existência de três espécies de normas constitucionais: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; e c) normas constitucionais de eficácia limitada.

3.1.1. Normas constitucionais de eficácia plena

Segundo PEDRO LENZA (2015. p. 261), "normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas normas da Constituição que, no momento que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional."

3.1.2. Normas constitucionais de eficácia contida

As normas constitucionais de eficácia contida têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição, ou da entrada em vigor, produzir todos os seus efeitos, poderá haver a redução de sua abrangência.

3.1.3. Normas constitucionais de eficácia limitada

Neste momento começamos a tratar da espécie de norma que realmente interessa para o tema em questão. Trata-se das normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, essas normas não possuem normatividade suficiente para sua aplicabilidade integral e imediata. São

normas que necessitam de regulamentação por apresentarem baixa densidade normativa, cabendo ao legislador ordinário regulamentá-las.

As normas de eficácia limitada são divididas em normas de princípio institutivo e as normas de princípios programáticos, ambas exigem a prática de atividades legislativas por parte do Estado. Segundo Pedro Lenza, as normas de eficácia limitada, declaratória de princípios institutivos são aquelas que contém esquemas gerais (iniciais) de estruturação de instituições, órgãos ou entidades. Já as normas de eficácia limitada, declaratória de princípios programáticos, veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando à realização de fins sociais.

As normas em voga merecem atenção especial, pois, são elas que exigem a prática de atividade legislativa por parte do Estado, e elas que poderão sofrer a omissão legislativa inconstitucional por parte do Poder Público.

3.2. Da inconstitucionalidade da omissão legislativa

A constituição possui comandos claros que impõem atuações legislativas. A não observância desses comandos configura a omissão legislativa inconstitucional, capaz de ferir o direito do cidadão. Trata-se, portanto, de um comportamento em desconformidade com a Constituição.

Nessa linha de pensamento, em consonância com a tese de doutorado de FÁBIO QUINTAS (2013. p. 235), podemos dizer que a omissão legislativa inconstitucional “não se trata [a omissão legislativa inconstitucional] de uma simples ideia de vazio normativo (incompletude lógica), mas da ausência de uma normatividade justa (ou, precisamente, constitucionalmente necessária) para o exercício de um direito que, de certa forma, já foi reconhecida pela constituição”.

A omissão legislativa inconstitucional consiste em uma lacuna axiológica, porque diz respeito à conclusão de que o ordenamento jurídico não fornece a solução adequada para determinado caso, por falta de norma que considere certa propriedade tida pela Constituição como necessária. Deste modo, a ideia de omissão legislativa inconstitucional não se associa ao conceito de lacuna normativa.

O descumprimento da obrigação de legislar ou atualizar normas já existentes também consiste em uma forma de omissão legislativa inconstitucional, uma vez que, o cidadão fica desamparado de proteção

devido à falta de complementação necessária de lei constitucional, o que pode acarretar em dano/ lesão ao cidadão.

Uma questão interessante e que deve ser mencionada, é a polêmica em torno do lapso temporal previsto pelo constituinte para elaboração da norma complementar, pois, é certo que em diversos casos o descumprimento perdura por um prazo muito superior ao previsto na Constituição de 1988. Um exemplo a ser citado é o caso da greve do funcionário público, o exercício do direito de greve por servidores públicos, bem como acerca dos limites para a efetivação de tal direito, lastreando-se no que assevera o art. 37, VII da Carta Magna^[5], que ainda hoje não foi regulamentada.

Sabe-se que em virtude de se seguir o regime jurídico de direito público, o exercício do direito de greve por servidores públicos é de certo modo mitigado, não se identificando totalmente com o direito de greve amplo previsto para trabalhadores particulares. A inércia (omissão) do legislativo em relação ao direito à greve dos servidores públicos civis, têm causado grande embaraço no meio jurisprudencial e doutrinário. Apesar da garantia estar estampada na Constituição Federal, a mesma, para plena aplicabilidade, necessita de regulamentação através de Lei Ordinária. Porém, para solucionar as demandas que versam sobre o tema, o judiciário tem aplicado a lei 7.783/89, a qual regulamenta greve de empregados privados. Eis a questão discutível, uma vez que, não se aplica norma que regula setor privado ao setor público. Ademais, aplicando tal dispositivo têm sido deixados de lado princípios basilares inerentes à Administração Pública: A continuidade do serviço público e supremacia do interesse coletivo.

Nessa perspectiva, não se pode deixar de destacar que, apesar de ocorrer uma atuação concretizadora/integrativa, o Tribunal deve ter a preocupação de partir de um critério decisório já presente no ordenamento jurídico o que explica a adoção, na temática relativa ao direito de greve dos servidores públicos, de regime já existente: a lei geral de greve dos trabalhadores da iniciativa privada.

Em resumo, tem-se verificado a expansão dos efeitos das decisões em Mandados de Injunção^[6]: esse mecanismo, apesar de previsto apenas para garantias subjetivas, passa a adquirir, além do aspecto normativo, dimensão efetivamente objetiva.

Apresentados os remédios processuais para os atos omissivos do legislador, passa-se à análise do dever de indenizar que sobrevém ao reconhecimento da inconstitucionalidade desses atos.

4. OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE ESTATAL DE REPARAÇÃO

Diante de todas as considerações dispostas ao longo do estudo, pode-se ensejar a discussão sobre o direito a indenização por danos causados pela omissão legislativa inconstitucional. É passível que, no ordenamento jurídico existem diversos posicionamentos doutrinários, jurisprudências, e leis que corroboram com o posicionamento favorável da aplicabilidade do dever de indenizar mediante a responsabilização estatal pelo dano causado ao cidadão.

Porém, mesmo diante de tantas evidências, uma grande parte dos juristas ainda não visualiza o cabimento da responsabilização estatal pela omissão legislativa. Trazem para isso princípios e posicionamentos em decisões do Supremo Tribunal Federal. Como exemplo podemos citar o *princípio da separação dos poderes*^[71].

Diante de todo o exposto, faz-se necessário estipular estágios para o reconhecimento da responsabilidade em destaque, de modo a propor soluções assertivas à controvérsia. Deverá, portanto, preencher os seguintes requisitos para sua admissão:

- 1) Faz-se necessário para aplicabilidade do instituto proposto, delimitar as normas constitucionais que exijam uma atuação do legislador para a consolidação do direito então assegurado. Trata-se das normas de princípio institutivo (organizativo) e de princípio programático, pois, são normas de eficácia limitada ou reduzida, as quais exigem a regulamentação.
- 2) Uma vez não atendido o comando por parte do legislador é imperioso analisar se o caso configura a omissão legislativa. Caso haja previsão de lapso temporal na Constituição Federal, a transgressão do mesmo configurar-se-ia de imediato a inconstitucionalidade. Faltando essa previsão temporal, caberia ao judiciário no exercício de seu “poder discricionário” razoável, analisar caso a caso e

concluir se o lapso temporal configuraria a omissão, ou se encontraria dentro da razoabilidade.

3) Confirmada a inconstitucionalidade por decurso do lapso temporal previsto na norma constitucional, surge caracterização do dever de indenizar. Nos casos onde a inconstitucionalidade for declarada pelo poder judiciário, o dever de indenizar surge após transcorrido um prazo desarrazoado, sem que o legislador conclua se dever de concretizar o pactuado na norma.

Concluídas todas as etapas, surge configurada a responsabilidade estatal em indenizar, uma vez que, seus atos, deveras omissivo, trouxeram nitidamente prejuízo aos cidadãos, prejuízos ao seu exercício de direitos, de liberdades e das prerrogativas previstas pela Constituição. O dano indenizável pode ser caracterizado tanto na esfera material como moral, ou em ambas, quando for o caso, o que deve ser analisado pelo órgão competente para julgar.

CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, fica evidente que em se tratando de responsabilidade extracontratual do Estado, com atenção ao processo evolutivo que foi traçado desde suas primeiras cogitações, observa-se a necessidade de atualização na aplicabilidade do referido instituto.

Isso decorre de as concepções atuais do conteúdo constitucional exigirem do Estado atuação com fins à sua concretização plena; isso implica ao legislador cumprir as normas que dependem de sua atuação, para que manifestem plenamente os efeitos normativos propostos. Em outras palavras, deve haver sempre o objetivo de alcançar o maior cumprimento da Constituição Federal, porquanto sua efetiva aplicação implica a conferência da ampliação dos imaginários teóricos-jurídicos, para o alcance de uma sociedade livre, justa e solidária, onde se exerça em toda a sua plenitude o Estado democrático de direito.

O poder discricionário dos nobres julgadores, perde espaço para uma fiel aplicação dos direitos fundamentais do cidadão, onde o legislador deve, de forma comprometida e imparcial, primar pela atenção aos preceitos e princípios constitucionais.

É imperioso exaltar que o campo da discricionariedade não é mais assimilado como um espaço aberto a escolhas exclusivamente subjetivas,

nem no âmbito administrativo, nem no âmbito legislativo. Nesse viés, é necessário afirmar que o delineamento constitucional, se não é uma reserva total, nem um bloco vinculativo que torne o legislador um mero executor, não permite também o arbítrio, o próprio descaso para com o seu texto, motivo pelo qual se pode concluir, que o ato omissivo é desprovido de legitimidade quando a continência entra em confronto com o próprio ordenado constitucional, prejudicado em sua aplicação pela omissão e lesando assim o cidadão.

Podemos dizer que o direito alemão ganha relevância através do *Untermassverbot*, termo que traduz a proibição da insuficiência. Ensejando a obrigatoriedade de o Estado atuar positivamente para garantir a eficácia de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Esses aspectos caracterizam o que se pode chamar de quarta fase da responsabilidade civil do Estado, que retrata exatamente a evolução interpretativa do instituto com vistas às novas exigências que a ordem constitucional demanda.

A Federação brasileira possui remédios para o problema em voga, porém, os mesmos agem de forma relativizada à omissão legislativa. Temos a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão^[8] e o Mandado de Injunção, utilizados como meios para alcançar a declaração de sua inconstitucionalidade e o conseqüente apelo ao legislador, para que proceda com a concretização de suas obrigações perante a Constituição e a sociedade.

Se, após instado a atuar positivamente, ou perante prazo previsto pela própria constituição, permanece omissor o legislador, de modo a lesar a esfera jurídica de terceiros, é plausível a responsabilização estatal.

Uma vez provado o dano direto, correlato com a omissão legislativa, nasce o direito a indenização. E não se pode afastar esse reconhecimento com os argumentos descritos nesta obra.

Impõe-se o dever de indenizar, uma vez que, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme assegura a própria Carta Magna (artigo 5º, parágrafo primeiro), tornando-se inadmissível o atraso em sua concretude e efetivação. O Poder Público não pode ainda, obter vantagem mediante ato omissivo confrontante à Constituição, isto é, enriquecer-se sem causa.

Contudo, o reconhecimento dessa possibilidade ampliará as discussões acerca das consequências dos atos legislativos, e conseqüentemente ampliará o alcance dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. A reflexão acerca da questão traz uma construção de suma importância para o ordenamento constitucional.

Por todas as considerações apontadas, torna-se notória a necessidade de acolhimento do direito dos indivíduos à indenização e a responsabilização do Estado pela lesão oriunda da omissão legislativa inconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Vade Mecum, 20ª.Ed. Saraiva 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum, 20ª ed.

Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 490

Cf. BRASIL. **Ministério da Viação e obras Públicas**. Parecer. Cláusula ouro. Responsabilidade civil do estado por ato legislativo – Juízo arbitral. Relator: A. Gonçalves de Oliveira. Revista Forense, 1943.

COUTINHO, Alessandro Dantas. **Manual de direito administrativo/** Alessandro Dantas Coutinho, Ronald Krüger Rodor. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 878

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 698

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil; volume único/** Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 858.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil/ Carlos Roberto Gonçalves.** – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 42.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado/ Pedro Lenza.** – 19. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 261

Manual para apresentação de trabalhos acadêmicos da Universidade Católica de Brasília/ Universidade Católica de Brasília, Sistema de Bibliotecas. – 8 ed.- Brasília:[s.n.],2015.Disponível:. Acesso: 16 mai. 2016

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 977

QUINTAS, Fábio Lima. **O Mandado de Injunção perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.** São Paulo: 2013. p. 235

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADInMC 1.063-8, **Ação direta de inconstitucionalidade.** Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27/04/01

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 104.410.** Rio Grande do Sul. Rel. Min. Gilmar Mendes, 06/03/2012.

NOTAS:

[1] Professor de Direito na Faculdade Católica do Tocantins, Analista Ministerial em Ciências Jurídicas na Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins. E-mail: wellington.gomes@catolica-to.edu.br

[2] Supremo Tribunal Federal. ADInMC 1.063-8, Ação direta de inconstitucionalidade. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27/04/01

[3] Cf. BRASIL. Ministério da Viação e obras Públicas. Parecer. Cláusula ouro. Responsabilidade civil do estado por ato legislativo – Juízo arbitral. Relator: A. Gonçalves de Oliveira. Revista Forense, 1943.

[4] Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 104.410. Rio Grande do Sul. Rel. Min. Gilmar Mendes, 06/03/2012.

[5] **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:

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

[6] O mandado de injunção pode ser definido como um instrumento jurídico posto a disposição do cidadão ou de uma pessoa jurídica, como meio de se assegurar, coletiva ou individualmente, o exercício de um direito declarado pela Constituição, mas que, todavia, não é efetivamente gozado, visto que ainda pendente de norma infraconstitucional regulamentadora.

[7] O princípio da separação de poderes é um modelo político que visa à melhor governança de um Estado pela fragmentação do seu poder em órgãos distintos e independentes, cada qual especializado em um aspecto ou área de governo.

[8] A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é um mecanismo de controle de constitucionalidade concentrado que visa combater a inércia do legislador que se tornou omissor por deixar de criar lei necessária à eficácia e à aplicabilidade das normas constitucionais, em especial quando a Constituição estabelece a criação de uma lei regulamentadora.

VITIMOLOGIA NO DIREITO PENAL: IMPORTÂNCIA DA VÍTIMA NO DELITO

LETICIA RODRIGUES LIRA: Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Católica do Tocantins.

ANTÔNIO CÉSAR MELLO

(Orientador) [1]

RESUMO: O presente artigo apresenta o estudo sobre a vitimologia delimitando o tema a sua importância desta dentro do Direito Penal, tendo como objetivo analisar e expor os aspectos do comportamento da vítima que podem influenciar a decisão do magistrado. Apresentando como objetivos específicos, conceituar a vitimologia, apresentar os tipos, expor as bases legais e como ela está introduzida no direito penal. O estudo foi elaborado de forma a apresentar uma abordagem qualitativa, com a finalidade de pesquisa exploratória, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, verificando aspectos doutrinários e jurídicos, para que fosse possível a compreensão e análise do tema de forma a chegar a uma conclusão clara. Ao analisar os dados chega-se a conclusão de que a vitimologia é de suma importância dentro do direito penal, pois, o comportamento da vítima influencia diretamente na aplicação da pena, uma vez que a análise deste comportamento pelo magistrado vem a ser determinante para a fixação a pena, mais branda ou ampliada. Pois não existe apenas a vítima de fato inocente, existem também vítimas mais culpadas que o infrator e vítimas de culpabilidade menor que o impulso ou ato provocou sem intenção o delito.

Palavras-chave: Vitimologia. Influência. Comportamento da vítima. Aplicação da pena

ABSTRACT: The present article presents the study on the victimology, delimiting the theme of its importance within the Criminal Law, aiming to analyze and expose aspects of the behavior of the victim that can influence the decision of the magistrate. Presenting as specific objectives, to conceptualize the victimology, to present the types, to expose the legal bases and how it is introduced in the criminal law. The study was designed in order to present a qualitative approach, with the purpose of exploratory research, using bibliographical research, verifying doctrinal and legal aspects, so that it was possible to understand and analyze the subject in order to reach a clear conclusion. In analyzing the data, it is concluded that

victimization is of paramount importance in criminal law, since the behavior of the victim directly influences the application of the sentence, since the analysis of this behavior by the magistrate is decisive for the fixing the pen, in more lenient or enlarged. For there is not only the victim in fact innocent, there are also more guilty victims than the offender and victims of guilt less than the impulse or act unintentionally caused the crime.

Keywords: Victimology. Influence. Behavior of the victim. Application of penalty.

INTRODUÇÃO

Durante um longo período a vítima foi vista como um mero repositório de informações, hoje se tornou protagonista sendo vista como peça fundamental na instrução criminal e na decisão quanto à pena.

Atualmente, com relação ao crime se analisa tanto o criminoso quanto a vítima, em uma relação de dupla-penal, pois, somente assim se poderá admitir o dolo e a culpa do transgressor e como a vítima se encaixa no crime.

Diante do exposto, o estudo aqui apresentada neste artigo visou responder aos seguintes questionamentos: Como é aplicada a vitimologia no direito penal? Qual a importância da vítima no delito?

A hipótese levantada é de a vitimologia no direito penal aumenta o conhecimento e entendimento da gênese do crime, sendo o comportamento da vítima o principal instrumento para medir o grau de culpa do criminoso, sendo determinante na análise do julgado pelo magistrado e na determinação da sentença penal.

Esse artigo tem sua justificativa firmada no fato de ser essencial que o juiz utilize-se de diversos meios probatórios, inclusive por meio da análise da versão da narrativa da vítima, verificando detalhes da personalidade das partes, de modo a apurar se o depoimento é genuíno ou fruto da imaginação do depoente, para assim ser possível aproximar-se da veracidade dos fatos. Sendo assim, demonstra-se a relevância e amplitude do estudo contido neste artigo, para que ocorra uma efetiva e justa análise dos fatos para assim chegar a uma proporcional pena.

Sendo assim esse artigo apresenta um estudo da vítima e da vitimologia, demonstrando a importância de ponderação entre o grau de culpa do agente e o grau de inocência da vítima, considerando, portanto que

estes são fundamentais para justa determinação da pena e correto tramite do Direito Penal.

A metodologia para elaboração do artigo teve caráter segundo fins exploratório, quanto aos meios utilizou a pesquisa bibliográfica, por ser imprescindível saber o que já foi publicado e registrado a respeito do assunto, verificando as respostas já alcançadas. Tudo em uma abordagem qualitativa.

1. VÍTIMA

Em suas argumentações Greco (2004) deixa claro que não concordava com referencia a utilização da expressão “sujeito passivo” para conceituar a vítima, uma vez que a terminologia passa a idéia de inércia por parte da vítima, o que acredita extremamente errado, uma vez que este interage com o autor do delito, se apresentando como parte essencial para a construção típica delitiva.

“Deve-se abandonar de vez o conceito estático de vítima, como sendo o sujeito passivo do delito. A vítima interage com o criminoso e com o meio, e devemos, para tingir uma visão completa dos fatos, estudar seu comportamento. Deste raciocínio surge uma concepção mais moderna de direito penal, em que não há espaço para as interpretações mais tradicionais e ultrapassadas” (GRECO, 2004, p. 111).

Por um enorme tempo a vítima não foi vista como elemento fundamental dentro do processo penal, tendo a sua atuação estagnada, tendo as ciências penais no passado centralizado no delinquente para apuração do crime.

A vítima, nos últimos dois séculos, foi quase totalmente menosprezada pelo direito penal. Somente com os estudos criminológicos é que seu papel no processo penal foi resgatado. (SHECAIRA, 2008, p. 55).

Até pouco tempo a vítima era elemento de pouca valia para a investigação do crime, hoje se apresenta como componente muitas vezes primordial para se chegar à dosimetria da pena no quantum justo para o réu.

Segundo Nogueira (2006) desde a escola clássica o Direito Penal esteve focado na tríade delito- delinquente-pena, todavia, com o passar do tempo o estudo sobre a vítima do delito ressurgiu nas ciências criminais após o Holocausto, ocorrido no século passado.

A partir de então o estudo da vítima sofreu uma evolução enorme, tanto na esfera criminal, como também nas outras ciências correlatas a esta.

A vítima começou a ser estudada em todos os seus aspectos, sendo verificado personalidade, comportamento e consentimento, modificando a anterior tríade (delito-delinquente-pena) para o quarteto (delito-delinquente-vítima-pena).

Começou, portanto a notar-se que muitas vezes, as vítimas contribuem na consecução do crime. (BITENCOURT, 2006).

Portanto, a vítima, nem sempre é a pessoa inocente, em muitos casos vem a ser o agente provocador, instigador e podendo ter uma participação direta para o acontecimento da prática do delito. Partindo desta visão o conceito adequado para caracterizar a vítima é o de sujeito que pode ocupar o pólo passivo ou ativo do delito, podendo exercer uma participação com maior ou menor grau no delito.

Hoje em dia a vítima deixou de ser vista apenas como expectador, passando a ser considerado objeto principal de estudo juntamente com o autor do delito.

Sendo assim, o estudo pormenorizado da vítima vem para elucidar o grau de sua participação seja de forma consciente ou inconsciente no delito.

2. VITIMOLOGIA

A Vitimologia se apresenta totalmente voltada para a vítima do delito em seu comportamento e responsabilidade no ocorrido do fato delituoso. Hoje em dia a relação criminoso e vítima vêm sendo considerada de suma importância para uma explicação do que levou ao crime, proporcionando ao magistrado penal uma visão e compreensão mais plena do problema da culpabilidade.

É importante frisar que a vítima também pode ser vitimizadora de si mesmo, hipótese esta defendida por participantes da Sociedade Brasileira de Vitimologia, Um de seus representantes, Eduardo Mayr conceitua assim a vitimologia.

(...) é o estudo da vítima no que se refere à sua personalidade, quer do ponto de vista biológico, psicológico e social, quer o de sua proteção social e jurídica, bem como dos meios de vitimização, sua inter-relação com o vitimizador e aspectos interdisciplinares

e comparativos (EDUARDO MAYR apud RIBEIRO, 2001, p. 30).

Vitimologia, que etimologicamente a vitimologia deriva do latim *victimae* e da raiz grega *logos*, que tem como significado a ciência que estuda a vítima, Esta necessita de uma enorme interdisciplinaridade de métodos, pois se trata de um estudo multidisciplinar (Ribeiro 2001).

Estudos de Vitimologia demonstram que as vítimas podem ser 'colaboradoras' do ato criminoso, chegando-se a falar em 'vítimas natas' (personalidades insuportáveis, criadoras de casos, extremamente antipáticas, pessoas sarcásticas, irritantes, homossexuais e prostitutas etc.). Maridos vergados e mulheres megeras são vítimas potenciais de cônjuges e filhos; homossexuais, prostitutas e marginais sofrem maiores riscos de violência diante da psicologia doentia de neuróticos com falso entendimento de justiça própria. Quem vive mostrando sua carteira, recheada de dinheiro, aumenta as probabilidades do furto e do roubo; o adúltero há de ser morto pelo cônjuge. (Mirabete e Fabbrini, 2007, p. 301).

É importante levar em conta que em todo crime haverá a participação da vítima, o que deve ser determinado é se sua participação está no pólo ativo ou passivo, e se afetou direta ou indiretamente o fato.

A Vitimologia se apresenta como o estudo da personalidade da vítima, buscando entender a relação entre delinquente/vítima, verificando a vítima como a possível fonte de desencadeamento do delito. Sintetizando em seis os aspectos mais atuais, importantes e contributivos da Vitimologia temos:

[...] 1. Uma nova imagem da vítima. Diversas variáveis relacionadas com a pessoa da vítima (físicas, psíquicas, situacionais etc) condicionam o sucesso do crime e o próprio risco de suceder ser vítima dele. Não se pode, pois, prescindir da vítima no momento de explicar cientificamente o delito e seu concreto modo de ocorrer; 2. Vítima e prevenção do delito. Os programas de prevenção da criminalidade devem

contar, também, com a vítima, operando sobre aqueles grupos que exibam mais elevados riscos de vitimização; 3. Vítima como informadora. A vítima pode auxiliar o Poder Público e os cientistas no estudo da criminalidade oculta pela "cifra negra", como demonstram as "pesquisas de vitimização"; 4. Vítima e efetividade do sistema legal. A alienação da vítima provoca o perigoso incremento da "cifra negra" e, com ele, o desprestígio do sistema mesmo, a deterioração de sua capacidade dissuasória e sua imprescindível credibilidade; 5. Vítima e medo de delito. O medo do crime – o temor de converter-se em vítima de crime – é um problema real, tanto quando dito medo tem uma base crítica, objetiva, como quando se trata de um temor imaginário, difuso e sem fundamento. Em qualquer caso, altera os hábitos da população, fomenta comportamentos não solidários em face de outras vítimas, desencadeia inevitavelmente uma política criminal passional, e, em momentos de crise, se volta contra certas minorias as quais os formadores de opinião pública culpam como os responsáveis dos males sociais; 6. Vítima e política social. A vítima não reclama compaixão, mas sim respeito de seus direitos. A efetiva "ressocialização" da vítima exige intervenção positiva dos particulares e do Poder Público, dirigida a satisfazer solidariamente as necessidades e expectativas reais daquela. (MOLINA apud CALHAU, 2003, p.40).

Sendo assim, é clara a contribuição da Vitimologia no âmbito criminológico, político-criminal, político-social e no estudo da gênese do crime, sendo de suma importância para o direito penal e determinante para dosimetria da pena.

Assim o objetivo da vitimologia vem a ser analisar a participação da vítima nos crimes, como sujeito passivo ou ativo, pois a interação entre criminoso e vítima vem a influenciar a dosimetria da pena.

Já na visão de Mendelsohn apud Bittencourt (1971) o estudo da vitimologia apresenta como finalidade os seguintes pontos: a verificação da personalidade da vítima, de forma a analisar se ela foi vítima de um delinquente, ou de outros fatores, em virtude de suas inclinações subconscientes; descobrir os elementos psíquicos do complexo criminógeno que possa haver na dupla-penal, em potencial receptividade vitimal; estudar se os indivíduos têm tendência para tornarem-se vítimas e verificar os métodos psicoeducativos correspondentes para organizar sua própria defesa; verificar a necessidade de meios terapêuticos, a fim de evitar a reincidência vitimal.

Portanto, a vitimologia tem vem a estudar a vítima em diversas circunstâncias, não se limitando ao momento específico do crime, verificando inclusive as consequências, sempre com o intuito de indica o protagonismo da vítima no processo, expandindo assim o estudo do crime.

3. TIPOLOGIA DA VÍTIMA

Há diversas classificações doutrinárias que denominam a Tipologia da Vítima, destacando-se a de Guglielmo Gulotta e de Benjamin Medelson.

Em suas argumentações Guglielmo Gulotta apud Moreira Filho (2008) classifica as vítimas em:

- Falsas que são aquelas podem ser: Simuladoras, ou seja, as que agem de má-fé com o intuito de incriminar um inocente por vingança; Imaginárias aquelas que fazem acusações levianas por motivos psíquicas como é o caso dos paranóicos ou com imaturidade psíquica.

- Reais que são aquelas podem ser: Acidentais fruto de fenômenos da natureza, como terremoto, ciclone e vulcão, etc; Indiscriminadas fruto de Terrorismo, fraude no comércio ou os crimes ambientais; Alternativas são os que se expõem a um certo evento como possíveis ofensoras ou vítimas, tendo como exemplo as rinchas; Provocadoras são as criadoras da situações que eclodiu o crime; Voluntárias que é o caso da prática do suicídio.

Já Benjamin Medelson apud Moreira Filho (2008) Classifica as vítimas em:

- Vítima completamente inocente vem a ser aquela que nada fez ou nada provocou para ocorresse o crime, ou seja, é a vítima puramente vítima, sem apresentar nenhum grau de culpa durante o delito.

- Vítima de culpabilidade menor ou vítima por ignorância: é quando a vítima apresenta certo grau de culpa ou por sem intenção ter causado sua própria vitimização. Essa vítima autora do seu próprio processo não há de ser julgada por atos praticados de forma involuntária.

- Vítima tão culpável como o infrator ou vítima voluntária, um bom exemplo citado pelo autor é a eutanásia a pedido do paciente. Nessa classificação o grau de culpabilidade entre a vítima e o infrator deve analisado.

- Vítima mais culpável que o infrator ou vítima provocadora: aquela que sai ação ou conduta leva o infrator a cometer a infração.

- Vítima exclusivamente culpável vem a ser o caso da legítima defesa, em que o acusado deve ser absolvido.

Vítima simuladora aquela que premedita e coloca a culpa no acusado, com o intuito de prejudicado, por meio de falsas acusações.

A classificação de ambos os autores, comprovam a análise da vítima dentro de um crime é essencial para determinação no processo do grau de culpabilidade do acusado, para assim determinar uma pena justa.

. EXAME VITIMOLÓGICO

Segundo Soares (2003) o exame vitimológico vem a ser aquele que pesquisa fatores que se relacionam à vítima no que diz respeito aos precedentes pessoais, familiares e sociais, levando em conta os aspectos físico-psíquico, psicológico, social e ambiental, com o propósito de obter dados que venham a indicar o temperamento, caráter e personalidade da vítima, tornando claro a potencial tendência a vitimização e possível colaboração para o evento delituoso.

De acordo com as argumentações de Oliveira (1999), o exame vitimológico é elaborado por profissionais multidisciplinares: médicos, psicólogos, antropólogos, psiquiatras, dentre outros, prestando auxílio ao juiz, verificando se a vítima apresenta perigo para si própria. Este exame contribuindo para a análise do magistrado.

Ainda segundo Oliveira (1999) o exame vitimológico tem por objetivo obter uma visão de forma geral da personalidade da vítima, verificando as suas condutas.

Portanto este exame vem para auxiliar a vítima a entender as consequências de sua conduta, caráter e personalidade, para poder evitar delitos futuros, por meio da prevenção do delito, lidando com as causas do ocorrido.

5. VITIMODOGMÁTICA

A evolução dos estudos da vitimologia contribuiu de diversas formas para a reformulação do sistema penal. Sendo para o direito importantíssimo a vitimodogmática, como ramo da vitimologia que estuda de forma analítica a participação da vítima no delito, verificando sua real contribuição no fato. (PELLEGRINO, 1987)

Verificou-se que a vítima não deve ser vista como um ser sem influencia no evento criminoso, visto que ela interage com o autor do delito e, em alguns casos, é gerador das situações de risco, participando de forma a levar ao resultado danoso.

Este rompimento com a visão anteriormente preestabelecida de vítima inocente e autor culpado é um avanço grandioso, pois o comportamento da vítima passou a fazer parte de um importante foco de análise no campo da dogmática penal e permitindo uma melhor avaliação da responsabilidade da vítima e avaliação da responsabilidade do autor, determinando o grau de responsabilidade de cada um. (OLIVEIRA, 2003).

6. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA INFLUÊNCIA NA FIXAÇÃO DA PENA

Durante muito tempo reinou o pensamento de que do agressor como único responsável pelo acontecimento da ação criminosa, agindo por razões que somente inerentes apenas a ele, porem esse pensamento evoluiu, hoje a vitimologia, traz o entendimento que em certas situações, pode a vítima influenciar de forma direta ou indireta e até mesmo ser seu comportamento crucial para a ação delituosa. Chegando, portanto ao entendimento de que na mesma forma em que o criminoso modela sua vítima, a vítima pode vir a moldar o criminoso. (MARINHO, 2010)

Atualmente o juiz faz a avaliação da participação da vítima no acontecimento do crime, não claro como co-autor, sim como possível

contribuinte ao delito. A devida circunstância judicial em foco pode vim a favorecer o acusado ao comprovar que a vítima induziu, provocou ou facilitou a infração.

Segundo argumentações de Mirabete (2002) de acordo com comportamento da vítima, que venha a levar a ação do delito, mesmo que não justifiquem o crime, reduz a censura da ação da conduta do autor do ilícito, implicando diminuição da pena.

Atualmente não se aceita mais um raciocínio simplista ao se tipificar uma determinada conduta, não se pode mais analisar somente o fato em concreto e aplicar a norma penal incriminadora, deixando-se de lado uma observação dos sujeitos que participam do fato criminoso. (GRECO, 2004 APUD PENTEADO FILHO, 2012, P.113).

Uma vez que o comportamento da vítima e influencia na fixação da pena é essencial a análise por parte de o julgador utilizar-se da vitimologia durante o processo.

A fixação da pena será severa ou branda de acordo com o papel da vítima no delito. Sendo, portanto fundamental que o julgador analise essa vítima antes, durante e após a prática do crime cometido, verificando seu grau de envolvimento com o infrator e os motivos que levaram a prática do delito, visando à aplicação do quantum da pena torná-los mais justos, já que será vista todas as partes é atribuída sua respectiva o grau de culpabilidade, sendo determinante para a sentença seja proporcional a culpa do infrator.

Atualmente, a relevância da Vitimologia também emana da realidade da participação da vítima na gênese de muitos crimes. É imperativo que o liame entre delinquente e vítima seja objeto de análise no julgamento. O grau de inocência da vítima em cotejo com o grau de culpa do criminoso compõe precisamente os aspectos que têm sido negligenciados e que podem contribuir para o entendimento de numerosas ocorrências deliquenciais (FERNANDES, 2002, p. 546).

Já Calhau (2003) Argumenta:

A análise da atuação da vítima no caso concreto é de suma importância para o perfeito enquadramento da legítima defesa. Ela não será possível se a vítima se pôs na situação de agredida, para, utilizando a lei, alcançar seu objetivo de consumir a agressão ao pretense ofensor. Por força disso, o duelo é uma prática não permitida no Brasil e as partes não poderão alegar estarem protegidos pela excludente de ilicitude. Neste caso a vítima pode alegar ter agido em legítima defesa para se ver excluída de qualquer responsabilidade perante o crime. Com isto se faz necessário que o julgador analise bem a situação concreta para que não beneficie a vítima que deu causa aos acontecimentos. (CALHAU, 2003, P. 68)

A análise do comportamento da vítima dentro do contexto delitivo é demasiadamente importante no caso concreto, uma vez que gera consequências jurídicas, vindo até em alguns casos, possibilitar a exclusão da culpabilidade do agente pela aplicação da inexigibilidade de conduta diversa, ou gerar a exclusão do próprio crime em virtude da inexistência da tipicidade. Nota-se que a relação entre a vítima e o autor do delito no contexto delitivo não é caracterizada somente por divergência de vontades, mas também pode se caracterizar pela convergência de vontades assim a necessidade e influência da análise do comportamento da vítima.

Na visão de Greco (2010) por muitas vezes a vítima é fator determinante da prática da infração penal praticada pelo acusado. O autor destaca:

Antes da modificação introduzida pela reforma da parte geral, a parte especial do código penal, a exemplo da segunda parte do parágrafo 1º do art. 121, já tinha previsão da influência do comportamento da vítima na aplicação da pena ao agente. Segundo o mencionado parágrafo a pena poderia ser reduzida de um sexto a um terço se o crime é cometido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. (GRECO, 2010, p. 540).

Portanto, a vitimologia por meio do estudo da personalidade da vítima de forma multidisciplinar e interdisciplinar, vem a verificar as várias manifestações sob diversos aspectos como o biológico, psicológico, econômico e social, interferindo para que o autor do crime não sofra a totalidade das consequências do crime, quando a vítima também contribuiu para a sua eclosão, e também para que se identifiquem as pessoas com potencial a se tornarem vítimas, minimizando a possibilidade de que os crimes não desenvolvam novas vítimas e estas não causem novos infratores.

A análise vitimológica possibilita que o magistrado durante o processo crime, tome conhecimento mais aprofundado sobre o comportamento, a personalidade e os antecedentes da vítima, proporcionando um julgamento mais justo, com a determinação da pena proporcional ao ocorrido, uma vez que será observada a influência do grau de culpa do agente do delito face ao grau de inocência da vítima no que se refere à dosagem da pena, de modo que facilite a elucidação de crimes e efetive a segurança jurídica.

7. ANÁLISE DA VITIMOLOGIA DENTRO DO DIREITO PENAL

O Código Penal traz apresenta menções ao comportamento da vítima, nos artigos 65, III, c, última parte; 121, § 1º, 2ª parte; 129, §4º, última parte; 140, §1º. Atribuindo também ao comportamento da vítima influencia sobre a fixação da pena base, como circunstância judicial, relacionada em todos os crimes descritos neste Código.

Portanto nota-se que o legislador penal resolveu por admitir, portanto o estudo vitimológico dentro do Direito Penal.

É fato que dentro do direito penal o papel desempenhado pela vítima no crime contra si praticado, ganhou mais importância ao longo do tempo, hoje está sendo mais estudado e levado em consideração, uma vez que, a forma como se comporta diante da infração pode ter sido determinante no crime, sendo, portanto essa análise principal influenciadora da fixação da pena, ensejando na majoração, redução ou até exclusão, diminuindo a chance do o magistrado em injusto penal.

O Código Penal faz referência à contribuição da vítima na aplicação da pena pelo juiz, o que constitui uma nova conquista da vitimologia dentro do direito Penal.

No direito penal, a vítima deve ser considerada sob três aspectos: na fase prévia ao cometimento do delito, já que o seu consentimento pode

retirar o caráter ilícito de certos comportamentos; na fase de execução, como ocorre no caso de legítima defesa; na fase de consumação, na qual o comportamento da vítima é considerado a partir da criação de institutos como o perdão, a representação e a reparação do dano.

Com base na referida classificação, dentro do processo penal é levada em conta o comportamento da vítima e seus reflexos sob a responsabilidade do autor do delito.

Dentro do processo é verificado se a vítima contribuiu decisivamente, através de certos comportamentos, na consecução do crime. Esses comportamentos, que não são raros, embora não justifiquem o crime, e nem isentam o réu da pena, podem minorar censurabilidade do comportamento delituoso. Pois, dependendo do comportamento da vítima, ela pode contribuir para fazer surgir no delinquente o impulso delitivo.

De acordo com as argumentações de Dott (2014), no Brasil, a reforma de 1984 conferiu ao comportamento da vítima o relevo adequado para analisar as circunstâncias do evento delituoso e medir a culpabilidade de seu autor na procura de uma resposta penal necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do delito.

O artigo 59 do Código Penal brasileiro, no capítulo Da Aplicação da Pena trata expressamente em seu texto de oito elementos distintos para aplicação da pena, em parâmetros diferenciados a cada tipo de réu.

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicadas dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena se cabível.

O art. [59](#) do [Código Penal](#) determina a verificação do comportamento da vítima como uma das circunstâncias judiciais que vem a

influenciar diretamente a fixação da pena pelo Juiz, ou seja, de acordo com o código penal na hora de realiza a dosimetria da pena o juiz deve levar em conta a vítima

No direito Penal Brasileiro a vítima nunca é punida pelo Juiz Criminal, contudo, o seu comportamento pode influir na aferição da responsabilidade penal do réu e na devida punição. Foi louvável a evolução da Ciência Penal ao absorver as modernas doutrinas da Criminologia e da Vitimologia, as quais, desde o final da II Guerra Mundial, vêm lutando para que a Justiça Penal deixe de impor ao réu a totalidade das consequências do fato punível, quando a vítima é, também, capaz de contribuir para a caracterização do crime em sua realidade fenomênica.(OLIVEIRA, 1999, P.118)

Sendo assim a vitomologia é utilizada dentro do processo penal para o abrandamento ou aumento da pena a ser aplicada.

8. A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL

A análise do comportamento da vítima é importante na medida em que está pode vir a influenciar de forma moderada, média ou intensa o autor do ato delitivo, já que interage com o autor do crime.

Sendo assim dentro do direito penal não existe mais tipificação de certa conduta, é analisado dentro de um processo penal, todos os pontos e inclusive a vítima de um delito para assim aplicar a pena de forma o mais justa possível.

A comprovação da existência de uma interação vítima-agressora é mais um critério de medição da pena que vem sendo aplicada.

Portanto atualmente o Direito Penal, faz uso de critérios de cunho supralegais, o que possibilita analisar e determinar a verdadeira intenção das partes envolvidas no delito, oferecendo assim ao juiz diversas informações que vem a indicar a participação de cada uma das partes envolvidas no delito, analisando inclusive o comportamento da vítima, ajudando assim na

escola da sanção que deve se aplicada ao autor do delito, por meio da verificação do grau de participação dos envolvidos.

Com o intuito de facilitar a mensurar esse grau de influência da vítima, foi criada uma espécie de tabela que estabelece uma gradação progressiva de sua participação. Sendo utilizada como base de escala de valores legais, que não esta normatizada, porém é largamente utilizada na prática jurídica. Por esta escala a vitimização deve ser avaliada em consonância com quatro grupos distintos de vítima, que assim se apresentam:

O primeiro grupo seria o das vítimas inteiramente inocentes, que ocorre a que não influencia de forma nenhuma na ação delituosa.

Já segundo grupo é composto pelas vítimas conscientes, que vem a ser aquelas que têm noção do que estão fazendo, sabendo e que se colocam em risco.

Quanto ao terceiro grupo diz respeito as vítimas inconscientes, que se encontra em situação por razões que, apesar de serem delas originarias, não se encontram claras para elas os riscos.

O quarto e último grupo são as vítimas subconscientes, caracterizadas por vítimas que se apresentam entre a consciência e a inconsciência, podendo até se lembrar do que ocorreu, mas de forma muito branda.

Sendo assim dentro do direito penal é feito uma análise da relação entre o tipo de delito e o tipo de resultado que existe para cada uma das partes da relação processual.

Nota-se que há dois tipos gerais de relação vítima-agressor.

O primeiro ocorre quando infrator e vítima estão em completa condição de oposição, surgindo a vítimas a qual atuação não interfere de forma alguma no ato criminoso.

O segundo acontece quando existe o interesse das pessoas que atuam como personagens do crime, ou seja, tendo a vítima algum grau de participação, dessas situações surgem as diversas tipificações de vítimas influenciadores dentro do crime, que já foram destacadas anteriormente no artigo.

Importante ressaltar em ambas as situações, para que ocorra a justa aplicação da pena e o total cumprimento do direito penal, deve ocorrer a averiguação de todas as circunstâncias que cercam o delito, para que assim

seja determinada o grau de culpabilidade do autor pela análise do comportamento da vítima.

Portanto, é correto afirmar que dentro do direito penal a análise do comportamento da vítima é importantíssimo para dosimetria da pena de forma mais justa possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após tudo que foi exposto conclui-se que a Vitimologia hoje é indiscutivelmente importante na análise de um crime, sendo um elemento influenciador para a fixação da pena. A vitimologia ajuda a determinar o dolo e a culpa a quem lhe caiba, verificando o real envolvimento ou responsabilidade da vítima e possível contribuição para a ocorrência do delito. Por meio das explanações contidas neste artigo, ficou claro que aplicar a vitimologia dentro do processo penal é fundamental para alcançar a verdadeira justiça.

Vários julgados têm mencionado claramente a Vitimologia em suas decisões, reconhecendo sua importância, não só para se aplicar adequadamente o direito, mas também para amparar da forma devida e necessária a vítima.

Verificou-se que o magistrado deve observar o comportamento da vítima e deve ser levado em conta na fixação da pena, pois quando a vítima for considerada ideal, dentro da perspectiva da Vitimologia, tal fato deve ser encarado como desfavorável ao delinquente. Já quando a vítima provoca, instiga, desafia ou facilita a conduta do delinquente diz que a circunstancia judicial é favorável ao réu podendo haver diminuição da pena. Pois tais comportamentos da vítima mesmo não justificando o crime, diminui a censurabilidade do autor do delito o que justificaria uma censura penal mais branda.

A análise do comportamento da vítima é determinada no código penal, pois a relação delinqüente-vítima vem a ser um importante quesito à explicação do crime, o que vem a auxiliar o magistrado penal na compreensão humana e justa do problema da culpabilidade.

Por meio da vitimologia é possível determinar o grau de inocência da vítima assim com o grau de culpa do criminoso o que vem a contribuir para o entendimento do delito e determinação da pena. Antigamente era visto apenas o fato e o criminoso deixando a vítima apenas como mero repositório de informação. O estudo da vítima hoje é considerado pelo direito penal de suma importância, uma vez que ele desempenha um papel no delito, que não pode deixar de ser apurado, seja de forma passiva ou ativa é determinante para o entendimento do ocorrido e determinante para verificação da culpabilidade dos envolvidos.

Por tudo que foi exposto é correto afirmar que a vitimologia dentro do direito penal é uma ferramenta fundamental, exercendo influência direta sobre a determinação da pena, apresentando um caráter dúplice, pois além de consentir com a participação da vítima no delito, também leva a hipótese de uma possível divisão da responsabilidade delitiva entre o delinquente e a sua vítima.

Pode-se afirmar que uma das maiores contribuições da Vitimologia para o Direito Penal consiste na inserção do elemento "vítima" nos estudos onde apenas predominava a tríade "delito-delinquente-pena", atualmente utiliza-se a análise do comportamento da vítima, uma vez que esta é também um elemento fundamental dentro do delito.

Portanto no momento que o magistrado passou a utilizar o critério de análise do comportamento da vítima como forma de influencia direta para a fixação da pena, foi possível obter uma maior justiça e acentuar a importância da questão da vitimologia no Direito Penal.

Diante de todo o exposto, o estudo apresentado neste artigo, trouxe à tona a importância do estudo da vitimologia para o direito penal, frisando que o estudo da vítima se tornou tão importante quanto o estudo do criminoso, e principal ponto influenciador na fixação da pena.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima: vitimologia, a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina.** São Paulo: Universitária de Direito Ltda., 1971.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Parte geral - vol. 1, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e Direito Penal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal,** Parte Geral. [livro eletrônico]. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014.

FERNANDES, Newton e FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada** – 2. Ed. Rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flavio & GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia.**3.ed. rev, at.e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 3ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Autocolocação da vítima em risco.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010

KARMEN, Andrew. **Crimes victims: an introduction to victimology,** 7ª Ed. BelmontCA: wadsworth cengage learning, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini . **Manual de Direito Penal** . 18.ed. São Paulo : Atlas, 2002.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Criminologia e Vitimologia Aplicada** – 2ª Ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2008.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Vitimologia**. Brasília Jurídica, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal - uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Edmundo. **Vitimologia e direito penal - o crime precipitado ou programado pela vítima**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PELLEGRINO, Laércio. **Vitimologia**: história, teoria, prática e jurisprudência. 1ª ed. Rio de Janeiro, 1987

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. **Vitimologia**: Revista Síntese de direito penal e processual penal, n.º 7, p. 30/37, abr/mai, 2001.

SOARES, Orlando. **Curso de criminologia**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Nota:

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 na Universidade Católica do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas. E-mail: antoniocesarmello@hotmail.com.

COLABORAÇÃO PREMIADA: ANÁLISE CRÍTICA NA OPERAÇÃO LAVA JATO

ANDRESSA MARTA GOMES FERREIRA:
Bacharelanda em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo aborda a temática do instituto da colaboração premiada, especificamente no âmbito de sua aplicabilidade na Operação Lava Jato. Portanto, é feito um breve resumo acerca do conceito, característica, origens e evolução na legislação brasileira, acerca do instituto da colaboração premiada, hoje disciplinada na Lei 12.850/2013. São apontadas, análises críticas sobre a aplicabilidade do instituto na operação lava jato, feitas por doutrinadores brasileiros, visando o aspecto ética, moral e legal. É perspectivo a violação dos requisitos legais previsto na lei, tanto para conseguir a colaboração do acusado, quanto para a homologação do acordo. Por fim, após análises a questões práticas feitas no âmbito dos acordos de colaboração premiada na operação lava jato é possível concluirmos a falta de observância a garantia constitucional do acusado e ao processo penal brasileiro.

Palavras-Chaves: Colaboração Premiada – Operação Lava Jato – Lei 12.850/2013- Garantias Constitucionais – Processo Penal

ABSTRACT: This article deals with the theme of the awarded collaboration institute, specifically within the scope of its applicability in Operation Lava Jet. Therefore, a brief summary of the concept, characteristic, origins and evolution in Brazilian legislation is made, about the institute of the awarded collaboration, now disciplined in Law 12.850 / 2013. Critical analyzes on the applicability of the institute in the Operation Lava Jet, made by Brazilian indoctrinators, aiming at the ethical, moral and legal aspects are pointed out. It is foreseeable to violate the legal requirements foreseen in the law, both to achieve the cooperation of the accused, and to ratify the agreement. Finally, after analysis of practical issues made under the agreements of collaboration

awarded in the operation of the jet was possible to conclude the lack of compliance with the constitutional guarantee of the accused and the Brazilian criminal proceedings.

Keywords: Award Winning Collaboration - Operation Lava Jet – Law 12.850/2013 - Constitutional Guarantees - Criminal proceedings

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O instituto da colaboração premiada; 3 A aplicabilidade do instituto da colaboração premiada na operação lava jato como meio de obtenção de provas; 4 Análise crítica sobre a aplicabilidade do instituto da colaboração premiada na operação lava jato; 5 Conclusão; 6 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo disserta sobre a aplicabilidade do instituto da colaboração premiada na operação lava jato. O objetivo do estudo é abranger o contexto da colaboração premiada, destacando-se conceitos, características e pensamento doutrinários sobre o instituto, tendo como finalidade as aplicações do instituto na operação lava jato.

O texto foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo a autora explica sobre o instituto da colaboração premiada. Utilizando-se da Lei nº 12.850/2013, artigo 4º ao 7º, que disciplina a colaboração premiada nas investigações criminais, como meio de obtenção de provas, e tendo como pesquisa bibliográfica os conceitos do instituto à luz dos entendimentos dos doutrinadores, são eles: Eduardo Araújo Silva, Guilherme de Sousa Nucci, César Bittencourt e Paulo César Busato. Nota-se a relevância do estudo sobre tal instituto, uma vez que a cada dia vem sendo utilizado para desvendar organizações criminosas e infrações penais, no âmbito do processo penal brasileiro.

No segundo capítulo o texto é contextualizado em uma breve síntese sobre a maior operação de lavagem de dinheiro da história do Brasil, nomeada pelo nome de Operação Lava Jato. Destaca-se os números de prisões preventivas, prisões temporárias, acordos de colaboração premiada,

e bilhões de dinheiro desviados da Empresa Pública, Petrobras, conforme os dados fornecidos pelo Ministério Público Federal, que tem como alvo de investigações: empreiteiros, agentes políticos, doleiros e funcionários da Petrobras, em três capitais brasileira.

Por fim, trataremos de uma análise crítica sobre a inobservância dos preceitos disciplinados pela Lei nº 12.850/2013, e de como deveria ser o modo da aplicabilidade do instituto da colaboração premiada, ressaltando como o instituto vem sendo aplicado na operação lava jato, em determinados casos. Ferindo os princípios constitucionais disciplinados pela Constituição da República Federativa do Brasil/1988.

De modo geral, utilizou-se do método indutivo e metodologia de pesquisa documental e bibliográfica, e fez-se uma vasta interpretação por dispositivos legais e artigos científicos. O texto buscou introduzir com fontes colhidas e concluiu com uma análise crítica dos temas estudados.

2 O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

O instituto da colaboração premiada está previsto na legislação desde o século XVII, nas Ordenações Filipinas no Código Filipino Título IV que tratava sobre as pessoas que benzessem cães ou bichos, sem autoridade do rei ou prelados, e o Título CXVI estabelecia expressamente o seguinte, cito: "como se perdoará aos malfeitores, que deram outros a prisão". Outro benefício da colaboração previsto no século XVII eram os crimes de majestade, conhecido como crimes de traição contra sua majestade e/ou violação a dignidade de um soberano reinante ou contra o seu Estado, era concedido como recompensa para as pessoas que deitassem tais crimes praticados, o perdão.

O Código Imperial de 1830 revogou o Código Filipino, retornando à colaboração premiada apenas no século XX, previsto na Lei 8.072/90, art.8º, dispõe sobre os crimes hediondos nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da CRFB/88. Cito:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar

de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Por ter previsão da colaboração e seus benefícios elencados em vários outros artigos de leis, atualmente no Brasil, o instituto da colaboração está disposto na Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, art.4º, que versa especificamente sobre a colaboração premiada como meio de obtenção de provas na persecução penal.

A colaboração premiada é um instituto que versa sobre meios de obtenção da prova durante o procedimento da investigação criminal, com o auxílio da confissão do réu e delação dos coautores ou partícipes, de forma efetiva e voluntária. Em contrapartida considerando a relevância da colaboração prestada, poderá o juiz, homologar o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos.

Em análise ao instituto, Eduardo Araújo Silva (2015, p.53), conceitua:

A colaboração premiada, também denominada de cooperação processual (processo cooperativo) ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação processual, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumar (colaboração preventiva) assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando as suas prisões (colaboração repressiva).

Em poucas palavras, podemos conceituar o instituto como uma justiça negocial, em que o Estado assegura ao réu benefícios, bem como concessão de perdão judicial, atenuante da pena em até dois terços ou substituição de pena (Lei nº 12.850/13, art.4º), em contraprestação o réu terá que colaborar

com a investigação criminal, indicando coautores ou partícipes e auxiliando no desembaraço da organização criminosa.

Respeitados os princípios constitucionais, expressos na CRFB/88, em benefício ao réu, de acordo com a Lei nº12.850/13, art. 4º, §16: "Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador."²

Á luz da legislação federal do Brasil verificamos diversos modos em que o instituto da colaboração premiada foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro, mencionando aqui em um breve resumo, citando-os:

- a) Lei dos Crimes Hediondos (nº 8.072/90, art. 8º, §único);
- b) Crime de Extorsão mediante sequestro (art. 159, §4, do Código Penal Brasileiro);
- c) Lei de Drogas (nº 11.343/06, art. 41);
- d) •Lei de Lavagem de Dinheiro (nº 9.613/98, art. 1º, §5º); e,
- e) Lei das infrações contra a Ordem Econômica (nº12.529/11, art. 86 e 87) que regulamentou mais especificamente o acordo de leniência, mas que conferia também benefícios ao réu que colaborasse com efetiva e voluntária manifestação de vontade.

O procedimento completo só foi previsto com a criação da Lei da Organização Criminosa (Lei nº12.850/13, art. 4º ao 6º), que tem como objetivo o combate a organização criminosa e prevê o instituto em análise, de acordo com o art. 3º, inciso I, da Lei da Organização Criminosa, como meios de obtenção de provas:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:³

I - colaboração premiada;

O acordo da colaboração premiada poderá ser homologado pelo juiz, em qualquer fase da persecução penal, tanto na fase do inquérito policial quanto posterior a sentença. A propositura pode ser disciplina em três distintos modos, sendo o primeiro por meio do requerimento das partes

(art.4º), do Ministério Público ou do delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público (art. 4º, §2º).

Como um dos requisitos da homologação do benefício, a legislação prevê que se obtenha um dos seguintes resultados: a identificação dos coautores e partícipes e a estrutura da organização criminosa, a prevenção das infrações decorrentes das atividades ilícitas, recuperação total ou parcial do produto ou proveitos decorrentes das infrações, e a localização da vítima com plena saúde física.

De acordo com a Lei nº 12.850/13, art. 4º, caput, §1, §2 e §5, disciplina as considerações elencadas no parágrafo anterior, cita:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial,

com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Em decorrência dos requisitos é de relevante salientar que o juiz poderá recusar o requerimento de acordo de colaboração premiada que não atendam aos requisitos legais, uma vez que o interesse da justiça é o desvendamento da organização criminosa, sendo qualquer outro interesse irrelevante.

A despeito disso, César Robert Bittencourt e Paulo César Busato (2014, p. 115), afirma que:

A colaboração premiada, ou colaboração processual ou, ainda, delação premiada (os primeiros termos eufemísticos, vieram disfarçar certa conotação antiética que a conduta em questão possui) consiste na redução da pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo à total isenção de pena, para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece.

Em meio aos requisitos temos o que versa sobre a imparcialidade do juiz, do qual o mesmo não poderá participar das negociações do acordo que será realizada apenas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração.

A lei prevê um prazo de suspensão de seis meses, prorrogáveis por igual período, para o oferecimento de denúncia ou o processo, relativo ao colaborador, até que sejam cumpridas as respectivas medidas de

colaboração (art.4º, §3). Sendo que nas mesmas hipóteses o Ministério poderá deixar de oferecer a denúncia, se for cumprido dois requisitos, quais sejam: não for o investigado o líder da organização e se tiver sido o primeiro a prestar de forma efetiva e voluntária colaboração (art.4º, §4).

O réu de um certo modo é equiparado a uma testemunha, em razão da renúncia ao seu direito de silêncio, sendo uma das condições da obtenção dos benefícios, e se sujeitar ao compromisso legal de dizer a verdade, apesar de ser garantido a não incriminação por falso testemunho, neste caso. Se por um acaso o réu ficar calado, ele poderá perder os benefícios.

Há previsão na Lei sobre os direitos inerentes ao colaborador, são eles: usufruir de medidas protetivas, previstas em legislação específica, ter suas informações pessoais em sigilo, e não ter contato visual com os outros acusados, tanto em juízo, audiência ou em cumprimento da pena (art.5º).

O art. 6º e 7º da Lei nº 12.850/13, disciplina sobre as condições do termo de acordo da colaboração premiada, o pedido de homologação do acordo, a distribuição do processo, a restrição aos autos, e o sigilo do acordo.

Em compreensão do instituto objeto do estudo, vale citar o conceito do instituto segundo o doutrinador Guilherme de Sousa Nucci (2015, p. 40), assim definindo:

O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado, mas àquela na qual se descobrem dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém – vulgarmente, o dedurismo.

Resumidamente, todo acordo de colaboração premiada é regido por regras e requisitos legais, necessários para sua concessão. Nenhum benefício pode ser concedido sem a observância dos princípios constitucionais, direitos fundamentais resguardados a todos, principalmente aos acusados. Os depoimentos recolhidos têm que ter comprovações de sua veracidade e prova material, haja vista que o indivíduo que está sendo denunciado é um infrator a legislação penal, e conseqüentemente o que ele mais deseja é o perdão judicial ou outro benefício que possa de alguma forma minimizar o

peso de uma ação penal, e mera palavra não é suficiente para incriminar alguém.

A imparcialidade do julgador, do juiz, deve ser preservada. O sigilo das informações prestadas pelo colaborador e seu objeto, tem que ser resguardadas de forma inviolável.

Ressaltando-se que toda pena aplicada tem que ser verificada a proporcionalidade, e também todo benefício concedido pelo acordo tem que haver sido preenchidos os requisitos sobre a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, e em principal, a repercussão social do fato criminoso praticado e a eficácia da colaboração. Sendo tais requisitos estudados no capítulo a seguir.

3 A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA OPERAÇÃO LAVA JATO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVAS

A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro do Brasil. Iniciada em março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, são investigadas organizações criminosas, da qual resulta a prática de desvio ilícito de recursos financeiros da maior estatal do país, empresa pública, Petrobras. A consequência de tais desvios ilícitos têm como resultado em números, aproximadamente em um bilhão de reais, desviados. Segundo o Ministério Público Federal (online):

A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia.

No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo

de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras.

Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos [...]

O conceito do instituto da colaboração premiada antes da operação lava jato era pouco utilizada e manifesta. Mesmo tendo previsão legal em diversos crimes, como um benefício dado pela justiça ao acusado, mas seu conceito alastrou-se com a operação lava jato, por ser uma operação que tem uma repercussão mediática elevada e dentre os investigados possuir pessoas do mais alto escalão, são eles: empreiteiros, funcionários da Petrobras, operadores financeiros, e agente políticos.

Para termos consciência da abrangência da operação, ela está investigando os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro que envolve três estados no país: Paraná, Rio de Janeiro e Distrito Federal. O Ministério Público Federal aponta em seus dados: 953 mandados de busca e apreensão, 227 mandados de conduções coercitivas, 103 de prisão preventiva, 118 de prisão temporária, e 06 de prisão em flagrante, atualizado até 04 de abril de 2018. O valor de onze e meio bilhões de reais são alvos de restituição aos cofres públicos através do acordo de colaboração (online).

Os crimes praticados pelas organizações criminosas são crimes complexos, exigindo assim uma investigação interna, com uma maior magnitude. Tendo em vista que a lavagem de dinheiro é justamente para impedir que seja descoberto sua origem ilícita, por seguinte, a corrupção, na qual necessita de ser realizada às cegas e um pacto de silêncio entre as partes, e a organização criminosa que fica com a atividade de ameaçar testemunhas e destruir provas materiais, com a finalidade de dificultar o desvendamento e recolhimento de provas materiais dos crimes.

A operação Lava Jato faz uso comumente dos acordos de colaboração premiada. Haja vista que os crimes praticados envolvem todo um planejamento das atividades desenvolvidas e de pessoas com prerrogativa de função, tendo como consequência uma maior dificuldade e cautela no desmembramento da investigação. A lei nº 12.850/2013 traz normas gerais aplicáveis a tal instituto da colaboração premiada, sendo utilizada

voluntariamente e efetivamente pelos acusados no caso Lava Jato. Conforme o Ministério Público Federal do Paraná, até 04 de abril de 2018, foram 163 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas física⁵. Sendo que 121 acordos, foram submetidos para o Supremo Tribunal Federal, por ser de agentes públicos com prerrogativa de função (online).

No dia 27 de agosto de 2014, por iniciativa própria, o primeiro que fez jus a colaboração premiada foi o ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa, que prestou voluntariamente, colaboração de caráter relevante e efetivo ao auxílio das investigações em troca de benefícios. Cumprindo os requisitos estabelecidos na Lei nº12.850/13, art. 4º, indicando os envolvidos na prática ilícita, restituição do valor recebido ilicitamente e os crimes cometidos. Em seguida, foi a vez do doleiro, Alberto Youssef, com o mesmo objetivo do ex-diretor, no qual teve seu acordo homologado. Vale salientar que o doleiro já havia sido protagonista no primeiro acordo escrito, clausulado e assinado entre Ministério Público e acusado, no Brasil, sendo uma das cláusulas em que se comprometia não cometer mais crimes e colaborar com as investigações, no caso Banestado, em 2003. Sucessivamente vários outros acordos foram firmados com investigados. Em consequência, foram recuperados aproximadamente cerca de meio bilhão de reais. Possibilitando assim o reconhecimento positivo dos acordos homologados, pois não é admissível “meias-verdades” em suas colaborações. Nessa linha, Eduardo Araújo da Silva (2009, p. 83) discorre sobre o pensamento aqui citado:

Admitir que o imputado colaborador possa receber o benefício legal sem que seja, previamente, verificada a verossimilhança de suas declarações, significaria estimular o surgimento daqueles indivíduos que os italianos denominaram de “professioniti del pentitismo” (profissionais do arrependimento), ou seja, de pessoas que comercializam meias-verdades em troca de vantagens indevidas.

Assim como diversos acordo de colaboração que foram homologados, há também os acordos que foram recusados, tendo como justificativa dos poderes responsáveis, a insuficiências de provas, cito como

exemplo, a proposta de acordo de colaboração do acusado Eike Batista que foi negado pela Procuradoria Geral da República.

Como já demonstrado no capítulo anterior, para ser concedido os benefícios, o resultado da colaboração tem que ser efetivo e voluntário, não podendo o colaborador se utilizar de uma falsa imputação a alguém, objetivando apenas a concessão dos benefícios.

Em consonância ao raciocínio de Thiago Bottino (online) em seu senso crítico, cita:

Nesse cenário, o risco que se apresenta é o de que o criminoso colaborador busque incriminar outras pessoas (inocentes ou com participação de menor importância) a fim de maximizar seus benefícios. Essa hipótese ganha maior força nos casos em que o acusado se vê diante de penas potenciais altíssimas e os benefícios concedidos são muito atrativos (como aqueles que constam dos acordos de colaboração examinados).

Afinal, o custo de acrescentar mais alguns anos em sua pena pode ser ínfimo, uma vez que isso aumentará pouco ou mesmo nada no tempo total que permanecerá preso, seja em razão do limite máximo previsto no CP (LGL19402)/1940, seja porque mesmo se computando o acréscimo de pena para a contagem de benefícios na execução penal, os efeitos serão, em regra, muito pequenos.

Por ser os benefícios vantajosos para os acusados, requerem uma rigorosidade para ser concedido, requisitos esses já previstos em lei. Podemos afirmar que os acordos de colaboração firmados entre o Ministério Público e os acusados, foram de suma importância no desembaraço das atividades ilícitas, proporcionando um maior alcance e expansão da investigação mediante a colaboração efetiva e voluntária dos acusados, e tendo como resultado um considerável número em espécie de dinheiro restituído ao erário.

Mas o instituto da colaboração, não é só positividade na operação Lava Jato, acerca que se difundiu de uma forma tão célere, pelos agentes públicos que são alvos de investigações, que por implicação se tornou um

caso midiático muito requisitado. Sendo alvo de crítica por vários juristas, quando se tornou evidente a inobservância dos limites da aplicabilidade dos benefícios que versa o instituto em prol da aclamação por punição a qualquer custo, buscando as autoridades resultados para mostrar a sociedade que a justiça está sendo eficiente no combate a corrupção e os envolvidos estão sendo punidos.

Antes de qualquer conduta praticada, sendo ela lícita ou ilícita, os investigados têm direitos fundamentais, assim como também têm que responderem pelos seus delitos, mas tudo com observância ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. E o Ministério Público deve respeitar a disponibilidade de benefícios que podem ser concedidos e clausulados pelos acordos.

Acerca das prisões com pena privativa de liberdade, podemos afirmar com êxito, que os acordos assinados foram todos realmente de forma voluntária e efetiva, ou que a coação da prisão ajudou de forma significativa aos acusados colaborar com as investigações em contrapartida da concessão dos benefícios?

Renato De Mello Jorge Silveira (online), ao iniciar a operação, indagou, cito:

O que não parece minimamente aceitável, é que o instituto da colaboração premiada ganhe a dimensão que está a tomar sem regras claras, sem que se diga os limites de pressão que venham a ser impostos aos acusados. Não se pode concordar que a aplicação do chamado dilema do prisioneiro sirva para tudo, sempre, mesmo em absoluta violação dos mais inalienáveis direitos do homem. A pressão assim posta não difere, muito, de um ato de pressão tantas vezes visto em prisões arbitrárias. Incomoda, ainda mais, que o instituto da colaboração venha a se mostrar como a institucionalização de um arbítrio, que antes caminhava apenas pelas sombras.

A forma voluntária não abrange coação de privação de liberdade, pois quebra a necessária voluntariedade. A maneira que estão sendo concedidos benefícios não estão sendo respeitados os limites estabelecidos na Lei nº

12.850/2013, uma vez que há limitações, e sendo tais desrespeitados estaremos diante de uma violação ao direito penal e o processo penal, de todo o sistema.

O caso lava jato é contemplado de inobservância quando se trata de limites cominados nas cláusulas dos acordos de colaboração e das lacunas existentes na Lei 12.850/13, da qual decorre uma elasticidade absurda por parte das autoridades interessadas nos acordos de colaboração premiada pelos acusados. Diante da questão prejudicial que se faz presente das reiteradas homologações do instituto na operação lava jato, são relevantes os estudos da análise crítica que serão estudadas no capítulo seguinte.

4 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA OPERAÇÃO LAVA JATO

O alvo de crítica não é o instituto da colaboração, mas sim a sua aplicabilidade e a forma de coerção que estão ferindo garantias individuais e a presunção de inocência dos investigados na operação Lava Jato.

O incentivo ao acordo de colaboração premiada é bastante tentador para quem está em uma situação não tão favorável com a justiça. Conseqüentemente essa mesma pessoa se encontra em um estado de vulnerabilidade, e quando se depara com benefícios que podem ser concedidos para si e sua família, como por exemplo, o perdão judicial, a redução da pena de dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por pena restritiva de direito, resolve assim colaborar com as investigações, voluntariamente e efetivamente, preenchendo os requisitos da Lei. Temos que concordar que a Lei nº 12.850/13 que regulamenta os limites para concessão dos benefícios do acordo, possui lacunas, e conseqüentemente observamos o efeito delas e a aplicação absurda mediante a forma de sua aplicação em que o Ministério Público extrapola a lei, na homologação de acordos nas investigações da operação Lava Jato.

Em seu texto sobre os limites da delação premiada, o jurista Afrânio Silva Jardim (online), cita:

Destarte, o Poder Judiciário não deve homologar acordos de cooperação que consagrem “prêmios” não autorizados na lei cogente e, com mais razão, que contrariem a lei. Não devem ser homologadas

“delações premiadas” que prevejam cumprimento de penas altas em regimes não permitidos pela lei penal ou de execução penal, prisão domiciliar para penas de dez anos, bem como não deve ser homologada suspensão de processos penais para não aumentar penas já aplicadas, renúncias prévias do Ministério Público a eventuais e futuros recursos ou renúncia a propositura de futuras ações penais ou cíveis, etc.

Ao contrário do que temos observados das sentenças em que condenados com mais de 100 anos de pena, iniciando suas penas em regime aberto ou até mesmo em prisão domiciliar.

Houve um fato em que o Poder Judiciário ao se deparar com um investigado que não tinha sido ainda sentenciado, estava tentando saber se um investigado que estava em prisão, irei fazer jus aos benefícios da colaboração premiada. Em ciência desse fato, o Poder Judiciário requereu que o juiz expedisse um mandado de prisão preventiva, utilizando-se do argumento que tal ato configuraria obstrução de justiça. Assim fica evidente que a justiça faz de tudo para obter uma colaboração premiada e tonar ilegal qualquer ato que tente impedir de um investigado de colaborar.

A lei é clara quando se fala em voluntariedade do acusado em negociar um acordo, mas a finalidade das prisões preventivas e temporárias é exatamente ao contrário. Com elas se almeja um acordo tecnicamente ilegal, pois o poder judiciário se vale da privação da liberdade do indivíduo como forma de coerção, considerada ilegal, quebrando a necessária voluntariedade. E agora pelo visto o Poder Judiciário quer criminalizar todo e qualquer forma de ato que tente anteparar um acordo.

Sendo a opção de não fazer um acordo, um tiro no seu próprio pé, porque a autoridade irá fazer de tudo para aplicar uma pena maior ou início do cumprimento da pena em um regime fechado, para que o acusado seja coagido em firmar um acordo.

Outro ponto relevante de crítica é sobre o acordo feito em 2003, no caso Banestado, com o doleiro Alberto Youssef, na qual uma das cláusulas seria que ele se comprometeria em não praticar mais crimes. Quando se passou 06 anos do acordo homologado, ele voltou a lavar dinheiro sujo para políticos, vindo a ser descoberto em 2014 pela operação Lava Jato. Fica então um questionamento, por qual motivo o acordo feito em 2003 não foi

rescindindo, por falta de inadimplência de uma das partes? Vindo a ter outro acordo de colaboração em 2014 pela operação Lava Jato, só pelas partes interessadas no acordo ter uma consequente uma extensão nas investigações? Deveríamos dar crédito as palavras de um sujeito que já esquivou da justiça? Porque o que temos observado é a justiça sentenciado acusados em meras palavras de outros acusados. E aonde fica a observância ao artigo art. 4º, §16, da Lei 12.850/13: "Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador."

E o acordo da colaboração da JBS, em que o Ministério Público extrapolou os limites da lei, concedendo imunidade penal para os empresários. E em toda delação deles entravam em divergência, procurando sempre pessoas para denunciar em troca dos benéficos, até quando foi descoberta informações que foram omitidas, rescindido o poder judiciário o acordo, outro exemplo que temos da falta da prudência do Poder Judiciário em analisar as cláusulas que estão sendo pactuadas entre as partes.

De acordo com o jurista Gustavo Henrique Badaró (2015, p. 460): "a lei não define a natureza do meio de prova do qual advirão os elementos de corroboração do conteúdo da delação". Mas em consonância com a finalidade do instituto, tem que ser aceitas meios de provas que auxiliam de forma efetiva nas investigações, estando a conduta do Poder Judiciário contrário, haja vista que estão aceitando denúncias apenas com base nas denúncias feitas pelos investigados.

Munhoz Conde (2003, p. 83, 84), cita que dar valor probatório a declaração do corrêu implica abrir a porta para a violação do direito fundamental a presunção de inocência e a práticas que podem converter o processo penal em uma autêntica frente de chantagens, acordos interessados entre alguns acusados, entre a Polícia e o Ministério Público, com a consequente retirada das acusações contra uns, para conseguir a condenação de outros.

Assim estaríamos diante da teoria dos jogos. Segundo Alexandre Morais da Rosa (2015, p. 33), o jogo mais clássico que exprime a teoria dos jogos é o Dilema do Prisioneiro, cuja situação que se propõe é a de dois prisioneiros, A e B, suspeitos de cometer um crime, em celas separadas e incomunicáveis um com o outro, que são oferecidos o mesmo acordo pela polícia: se um dos prisioneiros confessar o crime e testemunhar contra o

outro e este outro permanecer em silêncio, o que delatou sairá livre enquanto o que se quedou inerte cumprirá 12 anos na cadeia. Por outro lado, se ambos ficarem em silêncio, a polícia apenas terá provas suficientes para condená-los a 2 anos de cadeia cada um. Ainda, se ambos decidirem por delatar seu companheiro, cada um ficará preso por 10 anos. Dadas essas informações para ambos os presos, como eles reagirão? Qual será a melhor estratégia a se empreender? Fica aqui uma reflexão.

Entre vários acordos ilegais, já citados, é de suma importância abordar sobre o vazamento ilegal dos processos de acordos da Lava Jato através da mídia. A inversão do ônus que se causa nesses vazamentos. Por exemplo, uma pessoa que é considerada "suspeita" em uma determinada investigação, mas que ainda nem foi intimada para prestar esclarecimentos e não tem nenhum tipo de prova contra ela, apenas mera suspeita, e de alguma forma vaza tal informação e começa a circular na mídia, a pessoa fica sabendo e desesperada, ao invés da polícia provar a acusação que é totalmente futura e incerta ou inexistente, é a pessoa que vai atrás da autoridade para provar algo, causando assim uma inversão do ônus da prova.

Vídeos que são gravados de dentro da sala de audiência e são transmitidos em tempo real para um site, entre outros, na presença do juiz, e esse nada se faz. Ferindo os direitos do colaborador e pondo em risco sua família. A lei é existente para ser cumprida e não para que haja como se ela não existisse, utilizando dela apenas os dispositivos que lhe favorecem e deixam de observar o restante.

A imparcialidade do juiz pela CRFB/88 prevê garantias, e preceitua vedações ao magistrado. Mas também confere o direito de ampla defesa e contraditório a pessoa que esteja sendo parte em um processo. Nos processos sentenciados que dos quais têm sido observados, o juiz deseja tanto o fim do processo que acaba atropelando as garantias constitucionais dos investigados, um exemplo evidente, são dos investigados da Operação Lava Jato. De um lado um promotor que quer fazer de tudo para acusar e do outro um juiz quer o quanto antes o fim do processo, enquanto a parte ré do processo fica sem um porto para se segurar ou questionar.

Mediante tantos benefícios, principalmente do início de cumprimento de pena que contraria nosso Direito Penal e Processo Penal Brasileiro, parece realmente que modificaram o nosso sistema. Assim indaga Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (online) cito:

Mas o que é esse “outro”? A serviço de quê(m) ele está? Quais seus limites de incidência? Por mais que se admita que o acordo sobre a pena seja uma tendência mundial e inafastável, (mais) uma questão que preocupa muito é: onde estão essas regras e limites na lei? Onde está o princípio da legalidade? Reserva de lei? Será que não estamos indo no sentido negociação, mas abrindo mão de regras legais claras, para cair no erro do decisionismo e na ampliação dos espaços indevidos da discricionariedade judicial? Ou ainda, na ampliação dos espaços discricionários impróprios do Ministério Público? Fico preocupado, não apenas com banalização da delação premiada, mas com a ausência de limites claros e precisos acerca da negociação. É evidente que a Lei 12.850/13 não tem suficiência regradora e estamos longe de uma definição clara e precisa acerca dos limites negociais.

Os juristas citados na citação anterior, usam uma expressão que identifica a atual aplicação do acordo da colaboração premiada, sendo ela “A barganha e a justiça criminal negocial”. Significando um negócio conseguido por meio fraudulento, por meio de mentiras, falsas imputações. E temos que concordar, haja vista que em meios tantas ilegalidades nos acordos firmados, os pontos positivos e relevantes na qual conseguiram alavancar as investigações ficam camuflados.

Nosso Código Penal e o Processo Penal Brasileiro devem ser respeitados. Os limites das leis têm que ser mais claros e precisos. Senão estaremos colocando em risco todo nosso sistema de garantias constitucionais, ao entrar em um rumo sem sentido.

5 CONCLUSÃO

Concluindo, a colaboração premiada é um instituto que versa sobre meios de obtenção da prova durante o procedimento da investigação criminal, com o auxílio da confissão do réu e delação dos coautores ou partícipes, de forma efetiva e voluntária, em contrapartida considerando a relevância da colaboração prestada, poderá o juiz homologar benefícios disciplinados na Lei nº 12.850/2013, por exemplo, o perdão judicial.

Todavia, percebeu-se que o instituto não vem sendo aplicado de forma coerente nos procedimentos investigativos resultantes da operação lava jato, uma vez que falta observância dos requisitos dispostos na Lei para a concessão de tais benefícios, com tal ato, fere-se os preceitos constitucionais do investigado quanto do processo penal em um todo.

A obstrução da lei nos traz inúmeras consequências e reflexões, como por exemplo, como pode uma pessoa que foi sentenciada por anos de prisões, por roubar milhões do Poder Público, começar a cumprir sua pena em prisão domiciliar em suas mansões compradas com dinheiro "sujo"? Como apresentado, essa pergunta ficará sem resposta, uma vez que a lei dispõe de uma forma e a autoridade aplica de outra.

Em suma, é perspectivo o reconhecimento das vantagens da colaboração premiada, pois com ela vem sendo desvendados diversas organizações criminosas. Porém temos que repudiar a maneira como ela vem sendo aplicada pelas autoridades competentes no âmbito da operação lava jato. Uma vez que, a autoridade está tendo como finalidade a busca de resultados para demonstrar a sociedade que a justiça está sendo feita, mesmo que por meios de inobservâncias das garantias constitucionais do acusado.

6 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015 p. 460.

BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. 1ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato"**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Local: Editora, 2016 v. 122

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
Acesso: 20 de abril de 2018, às 13h e 45 min;

_____. **Lei nº 12.850, de 2 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: 23 de abril de 2018, às 15h;

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm . Acesso: 10 de maio de 2018, às 14h e 30 min;

_____. **Ministério Público Federal: Entenda o caso.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso> . Acesso: 23 de abril de 2018, às 15h e 17 min;

_____. **Ministério Público Federal: A Lava Jato em números no Paraná.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado> . Acesso: 23 de abril de 2018, às 16h e 06 min;

_____. **Ministério Público Federal: A Lava Jato em números no STF.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf> . Acesso: 23 de abril de 2018, às 16h e 12 min;

_____. **CHOUKR, Fauzi. Texto de afrânio silva jardim sobre os limites da delação premiada.** Disponível em: <https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/340941873/texto-de-afranio-silva-jardim-sobre-os-limites-da-delação-premiada> . Acesso: 26 de abril de 2018, às 10h e 33 min;

Código **Filipino.** disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm> .Acesso: 10 de maio de 2018, às 14h e 20 min;

CONDE, Francisco Munhoz. La búsqueda de la verdad em el proceso penal. 2ª Edição. Buenos Aires: Hamurabi, 2003;

LOPES JR. Aury e ROSA. Alexandre Morais da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato.** Revista consultor jurídico. <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>. Acesso: 30 de abril de 2018, às 14:10

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais: um guia prático para acompanhamento da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos.** 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

ROSA, Alexandre Morais da. **A Teoria dos jogos aplicada ao processo penal.** 2ª Ed. 2015, Santa Catarina: Empório do Direito;

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado:** procedimento probatório. 2ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2009;

_____, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas:** Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A revolta do advogado e a angústia do acadêmico: o emprego que se dá sobre a colaboração premiada.** Portal Jota. Publicado em 12.03.2015. Disponível em: <https://jota.info/artigos/a-revolta-do-advogado-e-a-angustia-do-academico-12032015>. Acesso em 24 de abril de 2018, às 16h e 45 min;

TOCANTINS, **Guia de normalização de artigo em publicação periódica científica da católica do Tocantins,** Palmas: 2017;

EQUIPARAÇÃO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE NO PLANO SUCESSÓRIO

JOÃO DANIEL CORREIA DE OLIVEIRA: Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, São Paulo - SP. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Campo Grande - MS. Bacharel em Direito graduado pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB), Vitória da Conquista - BA.

RESUMO: O trabalho analisa a equiparação entre companheiro e cônjuge no plano sucessório, abordando o reconhecimento da união estável como entidade familiar, o tratamento legal sobre o tema ao longo dos anos e a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil brasileiro. Ao fim, conclui-se que a igualdade de regime sucessório entre união estável e casamento se harmoniza com os princípios da igualdade, da liberdade, da não discriminação, da vedação do retrocesso, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade, da boa-fé objetiva e da função social.

Palavras-chave: União estável. Direito das sucessões. Direito Civil. Código Civil.

RESUMEN: El trabajo analiza la equiparación entre compañero y cónyuge en el plano sucesorio, abordando el reconocimiento de la unión estable como entidad familiar, el tratamiento legal sobre el tema a lo largo de los años y la decisión del STF sobre la inconstitucionalidad del artículo 1.790 del Código Civil brasileño. Al final, se concluye que la igualdad de régimen sucesorio entre unión estable y matrimonio se armoniza con los principios de igualdad, de libertad, de no discriminación, de vedación del retroceso, de la dignidad de la persona humana, de la solidaridad, de la afectividad, de la buena fe objetiva y de la función social.

Palabras-clave: Unión estable. Derecho de las sucesiones. Derecho Civil. Código Civil.

Sumário: Introdução. 1. A sucessão do companheiro após a Constituição de 1988. 2. A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da Constituição de 1988, o Estado passou a reconhecer expressamente o “poliformismo familiar”, isto é, a existência de novos arranjos familiares merecedores de proteção jurídica, independentemente de terem sido formados fora do casamento.

Essa verdadeira revolução normativa, impulsionada sobretudo por mudanças reais no perfil da sociedade, pôs em destaque elementos que devem ser considerados no direito de família e no direito das sucessões, tais como os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade, da boa-fé objetiva e da função social.

Sobre o reconhecimento jurídico de novos arranjos familiares existentes na sociedade, o voto da Ministra Nancy Andrighi, proferido no julgamento do Recurso Especial nº 1.026.981 / RJ, é esclarecedor ao apontar a atual valorização da solidariedade e da afetividade em superação a um modelo de família puramente patrimonialista:

[...] A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de

ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável [...] (STJ, REsp 1.026.981 / RJ, Terceira Câmara, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 04/02/2010, publicado em: 23/02/2010).

Diante da amplitude do tema, o presente trabalho se propõe a focar a sua análise na equiparação, quanto aos direitos sucessórios, entre o companheiro sobrevivente e o cônjuge supérstite, adotando como ponto de partida o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar.

Para tanto, serão abordadas as mudanças sobre o tema observadas nas últimas décadas, com destaque para a recente declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e a consequente equiparação entre união estável e casamento no plano sucessório, observando também as posições adotadas pela doutrina e pela jurisprudência

1. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição da República de 1988, através do parágrafo 3º do seu artigo 226, reconheceu expressamente a união estável como uma entidade familiar:

Art. 226.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher

como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Com a edição da Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, as pessoas que viviam em união estável passaram a ter expressamente reconhecidos os direitos a alimentos, usufruto viual, meação e sucessão, merecendo destaque a regra contida no artigo 3º, segundo a qual: "Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens".

Além de exigir que a união fosse formada por pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, a lei estabelecia como requisitos o prazo mínimo de cinco anos de convivência, ou a existência de prole em comum (artigo 1º).

Por sua vez, a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, ao regular o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição, não mais exigia todos os requisitos anteriores, trazendo a definição legal da união estável ao reconhecer "como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família" (artigo 1º), além de garantir, quanto à sucessão, o direito real de habitação:

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. 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, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil brasileiro –, tratou da união estável em título próprio, inserido no livro referente ao Direito de Família (artigos 1.723 a 1.727), bem como em outras disposições

esparsas. O seu artigo 1.723 basicamente se valeu do conceito existente na legislação precedente, estabelecendo que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Destarte, foram evidenciados na lei os seguintes elementos caracterizadores, para que a convivência seja reconhecida como união estável: a) publicidade; b) continuidade; c) estabilidade; d) objetivo de constituir família.

Através da celebração de contrato escrito, podem os companheiros dispor sobre o regime de bens a ser aplicado à união estável, desde que as respectivas regras não violem disposição absoluta de lei (CC, art. 1.655). Caso não haja contrato, serão aplicadas às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens (CC, art. 1.725), havendo presunção de comunhão de aquestos^[1] (ou seja, não se faz necessária a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio), e devendo o regime patrimonial obedecer à norma vigente no momento da aquisição de cada bem^[2].

Ademais, a legislação atual não exige que o companheiro casado tenha antes se divorciado para poder iniciar uma união estável com outra pessoa, sendo suficiente a prévia separação de fato. Caso o novo relacionamento seja iniciado enquanto o companheiro casado conviva com o seu cônjuge, restará configurado concubinato ao invés de união estável, que somente será iniciada após a respectiva separação de fato do companheiro casado (CC, art. 1.727).

Ao explicar a distinção entre união estável e concubinato^[3], Nelson Nery Junior (2007, p. 1092) diz que:

Tanto no caso de “união estável”, quanto no de “concubinato”, as pessoas passam a viver juntas, informalmente, sem manifestarem a vontade de se casar e sem formalizar civilmente o casamento, nos termos da lei civil. A diferença mais marcante entre uma situação e outra decorre da possibilidade (que a

união estável tem), ou não (que o concubinato não tem), de a união de fato vir a ser convolada em casamento.

No que tange às relações homoafetivas, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2011, decidiu que a união entre pessoas do mesmo sexo é uma espécie do gênero união estável, excluindo do artigo 1.723 do Código Civil “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família” (STF, ADI 4277 / DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, publicado em 14/10/2011).

Portanto, desde que cumpridos os requisitos legais, é possível a conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, constituindo matéria relativa ao direito de família as ações judiciais que tenham como objeto a união estável homoafetiva (Enunciados 524 e 526, aprovados na V Jornada de Direito Civil, promovida em 2012 pelo Conselho da Justiça Federal).

Com relação ao regime sucessório dos companheiros na união estável, o Código Civil concentrou o regramento em seu artigo 1.790, que possui a seguinte redação:

Art. 1.790. 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^[4] 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.

O citado dispositivo, localizado fora da parte do Código Civil que cuida da vocação hereditária, sempre foi alvo de críticas por parte da doutrina, especialmente pelas seguintes razões: a) limitação da sucessão aos bens adquiridos onerosamente; b) diferenciação de tratamento nos casos de concorrência com descendentes comuns ou com descendentes exclusivos *de cujus*; c) inferioridade do companheiro em relação aos colaterais do *de cujus*; d) tratamento diferenciado em comparação ao previsto na lei para o cônjuge, criando uma “hierarquia” entre o casamento e a união estável; e) ausência de previsão do direito real de habitação do companheiro sobrevivente.

Desde a entrada em vigor do Código Civil, Giselda Hironaka vem apontando o caráter retrógrado do artigo 1.790 em comparação à legislação anterior. A respeito da ausência do companheiro do rol de herdeiros necessários, a eminente autora sustenta que:

[...] perdeu o legislador a oportunidade de prever, de forma expressa, tal proteção também para o *companheiro supérstite*, já que garantira a este, por força do art. 1.790 do Código Civil atual, a concorrência com os filhos do *de cujus*, na falta destes, com os ascendentes e colaterais do mesmo; e, por fim e na falta de parentes sucessíveis, o recolhimento do total da herança. Tal ordem de vocação, especial para as hipóteses de abertura da sucessão no decorrer de união estável, em muito se assemelha à ordem de vocação do cônjuge supérstite, não se vislumbrando motivo para que as condições do cônjuge e do companheiro não se equiparassem também na proteção da legítima, como, aliás, seria de bom alvitre em face das disposições constitucionais a respeito da equivalência entre o casamento e a união estável (HIRONAKA, 2003, p. 8).

Nesse sentido também é a lição de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p. 422):

O mal localizado, pessimamente redigido e inconstitucional art. 1.790 confere à(ao) companheira(o) viúva(o) – em total dissonância com o tratamento dispensado ao cônjuge – um direito sucessório limitado aos bens adquiridos *onerosamente* no curso da união (o que poderia resultar na aquisição de parte da herança pelo próprio Município, além de colocá-la(o) em situação inferior aos colaterais do morto (um tio ou um primo, por exemplo).

Ao analisar o artigo 1.790 do Código Civil, Paulo Lôbo (2014, p. 150-151) observa a inconformidade do dispositivo com os princípios da igualdade, da liberdade, da não discriminação e da vedação do retrocesso:

As desigualdades de direitos sucessórios perpassam todo o art. 1.790, tornando inviável a interpretação em conformidade com a Constituição, nomeadamente com os princípios da igualdade, da liberdade e da não discriminação. Acrescente-se que o artigo viola o princípio de vedação do retrocesso, em matéria de aquisição de direitos, porquanto reduz os direitos dos sucessórios dos companheiros conferidos pela Lei n. 8.971, de 1994.

Para justificar a alegação de que houve um retrocesso no regime sucessório na união estável, basta lembrar que a Lei nº 8.971/94 colocava o companheiro sobrevivente à frente dos colaterais do *de cuius* (artigo 2º, III), ao passo que, pelo regramento do Código Civil, o companheiro, nas hipóteses de concorrência com outros parentes sucessíveis, teria direito a apenas um terço da herança e somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (artigo 1.790, III).

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 201):

A regulamentação ora comentada constitui, sem dúvida, um retrocesso no critério do anterior sistema

protetivo da união estável, que situava o companheiro em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária, recebendo a totalidade da herança na falta de descendentes e de ascendentes do falecido.

Por fim, faz-se oportuna a lição de Zeno Veloso (SILVA, 2013, p. 1771), segundo o qual a diferença de tratamento nos regimes sucessórios do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, ao contrariar o sentimento e as aspirações da sociedade, viola os fundamentos da Lei Maior:

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.

2. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

No ano de 2017, o Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Roberto Barroso, deu provimento ao Recurso Extraordinário nº 878.694 / MG^[5], para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, declarando o direito da companheira de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico aplicável aos cônjuges, isto é, segundo o artigo 1.829 do Código Civil.

Para fins de repercussão geral e vinculação de outras demandas em curso, foi firmada a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e

companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

Evidente, portanto, que o STF, ao proferir tal decisão, foi ao encontro do entendimento defendido por boa parte da doutrina, reconhecendo a flagrante inconstitucionalidade na distinção legal, para fins sucessórios, de cônjuges e companheiros, por inexistir hierarquia entre as diferentes formas de unidade familiar, harmonizando assim o regime sucessório na união estável com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação ao retrocesso.

Contudo, apesar de incidirem na união estável as regras aplicáveis ao casamento que guardem como fundamento a solidariedade familiar, cumpre ressaltar que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 / MG não igualou a união estável ao casamento.

A propósito, na VIII Jornada de Direito Civil, promovida em 2018 pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado 641, com a seguinte redação:

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.

Nesse mesmo sentido é a lição de Flávio Tartuce (2018), ao afirmar que a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil equiparou as duas entidades familiares somente no plano sucessório, conferindo ao companheiro a condição de herdeiro necessário:

Em suma, a minha posição é que da decisão do Supremo Tribunal Federal retira-se uma equiparação

sucessória das duas entidades familiares, incluindo-se a afirmação de ser o companheiro herdeiro necessário. Porém, ao contrário do que defendem alguns, não se trata de uma equiparação total que atinge todos os fins jurídicos, caso das regras atinentes ao Direito de Família. Em outras palavras, não se pode dizer, como tem afirmado Mario Luiz Delgado, que a união estável passou a ser um casamento forçado. Em resumo, o decísum do Supremo Tribunal Federal gera decorrências de equalização apenas para o plano sucessório.

Desde o referido julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça vem proferindo decisões[6] que reconhecem a inconstitucionalidade do referido dispositivo e, por consequência, garantem ao companheiro os direitos sucessórios inerentes ao cônjuge.

Em 2017, a Quarta Turma do STJ deu provimento ao Recurso Especial nº 1.337.420 / RS[7], declarando a ilegitimidade ativa de colaterais (irmãos e sobrinhos) para a propositura de ação de anulação de adoção após o falecimento do adotante (*de cuius*), em razão de existir uma companheira sobrevivente.

No voto do Relator, Ministro Luis Felipe Salomão (que menciona a posição doutrinária de Flávio Tartuce), foram apontados possíveis efeitos civis decorrentes da equiparação da união estável e do casamento no plano sucessório, podendo-se destacar: a) a aplicação, para o companheiro, do regramento previsto para o cônjuge (CC, art. 1.829); b) a inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários (CC art. 1.845); c) o dever do companheiro de declarar os bens recebidos em antecipação, sob pena de serem considerados sonegados (CC, arts. 1.992 a 1.996); d) o reconhecimento do direito real de habitação do companheiro (CC, art. 1.831).

Apesar de não haver, até o presente momento, pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da totalidade dos efeitos civis decorrentes da declaração de inconstitucionalidade do artigo

1.790 do Código Civil, é certo que para a sucessão do companheiro será aplicável o regramento da sucessão legítima, prevista no artigo 1.829 do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único^[8]); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Portanto, como passou a ocupar a mesma posição do cônjuge na ordem de sucessão legítima, o companheiro: i) a depender do regime de bens adotado para a união estável, irá concorrer com os descendentes; ii) independentemente do regime de bens adotado na união estável, concorrerá com os ascendentes; iii) na falta de descendentes e de ascendentes, receberá a herança sozinho, excluindo os colaterais até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avós e sobrinhos-netos).

O Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil, promovida em 2004 pelo Conselho da Justiça Federal, ao interpretar o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, esclarece que o direito de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujus* é restrito aos bens particulares, e será assegurado somente quando o regime de bens do casamento for: a) o da separação convencional; b) o da comunhão parcial; c) o da participação final nos aquestos. Quanto aos bens comuns, a partilha se dará exclusivamente entre os descendentes, considerando que esta classe bens, a depender do regime adotado, é transmitida ao cônjuge a título de meação.

Assim, haja vista a atual equiparação do casamento e da união estável no plano sucessório, a sistemática acima descrita mostra-se aplicável, no que couber, ao companheiro sobrevivente, com o fim de evitar distorções entre as entidades familiares para o recebimento de herança.

A despeito da ausência de regra legal expressa a respeito, a doutrina e a jurisprudência também admitem a concorrência sucessória entre o cônjuge supérstite e o companheiro sobrevivente na sucessão legítima (Enunciado 525 da V Jornada de Direito Civil), entendimento que se consolida com a inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 / MG.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a equiparação entre companheiro e cônjuge no plano sucessório, o presente artigo abordou o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, as mudanças legislativas sobre o tema ao longo dos anos e, especialmente, a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 / MG, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Esse polêmico dispositivo legal, desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, foi criticado por especialistas, em razão de: a) restringir a sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente; b) prever diferentes regras de sucessão para os casos de concorrência com descendentes comuns ou com descendentes exclusivos do autor da herança; c) colocar o companheiro em posição de inferioridade em relação aos colaterais do autor da herança; d) tratar de maneira diferente a sucessão do companheiro e do cônjuge; e) ter deixado de prever o direito real de habitação para o companheiro sobrevivente.

Assim, a decisão do STF, em observância aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação ao retrocesso, equiparou o regime sucessório da união estável com o do casamento, determinando a aplicação, em ambos os casos, das regras previstas no artigo 1.829 do Código Civil.

Nesse contexto, a sucessão se restringe aos bens particulares do *de cujus*, e o companheiro sobrevivente: i) a depender do regime de bens adotado para a união estável, concorrerá com os descendentes; ii) independentemente do regime de bens adotado na união estável, irá concorrer com os ascendentes; iii) na falta de descendentes e de ascendentes, receberá a herança sozinho, excluindo os colaterais.

É possível afirmar que a equiparação entre companheiro e cônjuge no plano sucessório se apresenta também em conformidade com o princípio da função social, que também deve ser observado no direito sucessório, de acordo com Paulo Lôbo (2014, p. 42-43):

O princípio da função social determina que os interesses individuais dos titulares de direitos econômicos sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevaletentes. A propriedade e a sucessão hereditária dela não podem ter finalidade antissocial (por exemplo, contrariar o meio ambiente). A função social implica imposição de deveres socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. O direito civil é palco, nessa quadra histórica, do conflito entre a marca funcional do direito na solidariedade e a busca do sujeito de realizar seus próprios interesses com liberdade: no direito das sucessões, a marca da solidariedade para com os seus deve se harmonizar com a solidariedade para com todos os outros.

Desse modo, considerando que o direito das sucessões também deverá cumprir a função social, diante da mudança paradigmática decorrente da Constituição de 1988, que suplantou o antigo modelo individualista e patrimonialista, resta concluir que a igualdade de regime sucessório entre cônjuges e companheiros se coaduna com os princípios da igualdade, da liberdade, da não discriminação, da vedação do retrocesso, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade, da boa-fé objetiva e da função social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no direito de família**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 17 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm >. Acesso em 19 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm >. Acesso em 17 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm >. Acesso em 17 set. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. 6v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 7 v.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes: Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida na regra estampada na nova Legislação Civil Pátria, o Código Civil de 2002**. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, em 26 de setembro de 2003. Disponível em:

< http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_giselda_concorrencia.pdf >. Acesso em 19 set. 2018.

Jornada de direito civil VIII: enunciados aprovados / coordenação geral: Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino e Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em: < http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/enunciados/356b1-enunciados_viiiidc.docx > Acesso em 18 set. 2018.

Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados> > Acesso em 17 set. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 5 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PESQUISA de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em 17 set. 2018.

PESQUISA de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em 17 set. 2018.

PESQUISA de Súmulas do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf > Acesso em 20 set. 2018.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.) et al. **Código Civil comentado**. 9 ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: Volume Único**. 6 ed. São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio. **O companheiro como herdeiro necessário**. 2018. Disponível em: <
<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI284319,31047-O+companheiro+como+herdeiro+necessario> >. Acesso em 17 set. 2018.

NOTAS:

[1] Enunciado 115 da I Jornada de Direito Civil, promovida em 2002 pelo Conselho da Justiça Federal.

[2] Enunciado 346 da IV Jornada de Direito Civil, promovida em 2006 pelo Conselho da Justiça Federal.

[3] Súmula 380 do STF: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". Súmula 382 do STF: "A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato". Enunciados aprovados em 03/04/1964 e publicados em 08/04/1964.

[4] Enunciado 266, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida em 2004 pelo Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.790: Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns".

[5] Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade

humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (STF, RE 878694 / MG, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 10/05/2017, publicado em 06/02/2018).

[6] REsp 1332773 / MS, Terceira Turma, Rel. Min Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27/06/2017, publicado em 01/08/2017.

REsp 1337420 / RS, Quarta Turma, Rel. Min Luis Felipe Salomão, julgado em 22/08/2017, publicado em 21/09/2017).

REsp 1139054 / PR, Quarta Turma, Rel. Des. Lázaro Guimarães (convocado do TRF 5ª Região), julgado em 06/02/2018, publicado em 09/02/2018.

[7] RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ADOÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. SUCESSÃO. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL. REGIMES JURÍDICOS DIFERENTES. ARTS. 1790, CC/2002. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. EQUIPARAÇÃO. CF/1988. NOVA FASE DO DIREITO DE FAMÍLIA. VARIEDADE DE TIPOS INTERPESSOAIS DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. ART. 1829, CC/2002. INCIDÊNCIA AO CASAMENTO E À UNIÃO ESTÁVEL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. 1. A diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável, promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional, por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na dimensão do valor intrínseco, quanto na dimensão da autonomia. Ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo artigo 1.829, CC/2002, produz-se lesão ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. Decisão proferida pelo Plenário do STF, em julgamento havido em 10/5/2017, nos RE 878.694/MG e RE 646.721/RS. 2. Na hipótese dos autos, o art. 1790, III, do CC/2002 foi invocado para fundamentar o direito de sucessão afirmado pelos recorridos (irmãos e sobrinhos do falecido) e conseqüente legitimidade ativa em ação de anulação de adoção. É que, declarada a nulidade da adoção, não subsistiria

a descendência, pois a filha adotiva perderia esse título, deixando de ser herdeira, e, diante da inexistência de ascendentes, os irmãos e sobrinhos seriam chamados a suceder, em posição anterior à companheira sobrevivente. 3. A partir da metade da década de 80, o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente, que impôs a realidade à ficção jurídica, fazendo-se necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento, civil ou religioso, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família. 4. Com a Constituição Federal de 1988, uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, surgiu, baseada num explícito poliformismo familiar, cujos arranjos multifacetados foram reconhecidos como aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado família, dignos da especial proteção do Estado, antes conferida unicamente àquela edificada a partir do casamento. 5. Na medida em que a própria Carta Magna abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição da família, emerge, como corolário, que, se os laços que unem seus membros são oficiais ou afetivos, torna-se secundário o interesse na forma pela qual essas famílias são constituídas. 6. Nessa linha, considerando que não há espaço legítimo para o estabelecimento de regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002. Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002 (RE 878.694/MG, relator Ministro Luis Roberto Barroso). 7. A partir do reconhecimento de inconstitucionalidade, as regras a serem observadas, postas pelo Supremo Tribunal Federal, são as seguintes: a) em primeiro lugar, ressalte-se que, para que o estatuto sucessório do casamento valha para a união estável, impõe-se o respeito à regra de transição prevista no art. 2.041 do CC/2002, valendo o regramento desde que a sucessão tenha sido aberta a partir de 11 de janeiro de 2003; b) tendo sido aberta a sucessão a partir de 11 de janeiro de 2003, aplicar-se-ão as normas do 1.829 do CC/2002 para os casos de união estável, mas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública, na data de publicação do julgamento do RE n. 878.694/MG; c) aos processos judiciais com sentença transitada em julgado, assim como às partilhas

extrajudiciais em que tenha sido lavrada escritura pública, na data daquela publicação, valerão as regras dispostas no art. 1790 do CC/2002. 8. Recurso especial provido. REsp 1337420 / RS, Quarta Turma, Rel. Min Luis Felipe Salomão, julgado em 22/08/2017, publicado em 21/09/2017)

[8] Leia-se artigo 1.641 do Código Civil.

A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IGUALDADE

RENATO NASCIMENTO LESSA: Advogado. OAB/BA. Graduado pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera.

RESUMO: O presente trabalho busca atribuir e fundamentar a construção de uma teoria dos precedentes judiciais com base nos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

Palavras-chave: precedentes judiciais, igualdade, segurança jurídica.

ABSTRACT: This study aims to assign reasons for building a theory of judicial precedents based on the principles of equality and legal certainty.

Keywords: previous legal , equality, legal certainty.

INTRODUÇÃO

A teoria dos precedentes judiciais é tema de grande relevância no Direito Processual contemporâneo. A tradicional visão acerca dos efeitos de uma decisão judicial se limitar as partes do processo encontra-se superada, haja vista uma nova realidade de conflitos existentes no meio social.

Sabe-se que o processo sempre foi visto como instrumento para resolver conflitos entre duas pessoas. Assim, o demandante exercia sua pretensão resistida contra alguém, pedindo ao juiz o reconhecimento do seu direito. A decisão judicial, que colocava fim ao conflito, produzia efeitos somente para as partes, já que a lide, neste contexto, não detinha de eficácia social, ou seja, terceiros não recebiam os reflexos de uma decisão judicial.

Todavia, houve uma mutação da realidade social. A evolução econômica do país trouxe como reflexo maior poder aquisitivo das classes tradicionalmente desafortunadas. Se há inclusão de um maior número de pessoas nas relações de consumo, via de conseqüências os conflitos tendem

a aumentar. A massificação das relações sociais aumentou vertiginosamente os conflitos, situação em que o acesso à justiça não se limitava mais aos poucos indivíduos que faziam parte da sociedade de consumo.

O Direito processual, destarte, se viu deparado desta nova realidade. A procura ao judiciário passou a ser uma realidade concreta para toda a sociedade, razão pela qual, os conflitos passaram a se repetir, ser semelhantes. O processualista moderno teve que revisitar tradicionais institutos do direito processual, como, por exemplo, a decisão judicial. Esta, que é produto de uma atividade racional do magistrado, não se resume a conceder a prestação jurisdicional às partes sem se preocupar com seus efeitos perante terceiros. A decisão judicial, em que pese ainda ter como fulcro a resolução do conflito das partes posta em juízo, passa também a ser como um paradigma decisório para outras situações semelhantes. Eis aí o precedente judicial.

O precedente é a decisão judicial que é tomada a luz do caso concreto, cujas razões de decidir podem servir como modelo de julgamento para posteriores julgamentos para casos análogos. Sendo assim, questiona-se, como se compatibiliza o conteúdo da norma jurídica do livre convencimento motivado do magistrado diante da necessidade de dar segurança jurídica aos jurisdicionados? Além do que, é crível que dois casos semelhantes obtenham prestações jurisdicionais contrárias?

É sabida a existência do princípio do livre convencimento motivado. Esta norma tem como conteúdo conceder liberdade ao juiz na produção da decisão judicial, encontrando limites, apenas, na necessária fundamentação da mesma, como requisito legitimador de sua produção. Esta é a visão tradicional da temática.

A teoria dos precedentes judiciais, já em grande evolução no sistema jurídico brasileiro, tem como uma das finalidades a busca da igualdade das decisões judiciais. Veja: casos análogos que recebem tratamento jurisdicional diverso, em que pesem possam estar de acordo com o princípio do livre convencimento do magistrado, é situação fática que traz repercussão social negativa, pois fere a igualdade e a segurança jurídica.

A confecção de uma teoria que respeite os precedentes judiciais tem uma relação intrínseca com os princípios da igualdade e da segurança jurídica, pois estas normas legitimam e, ao mesmo tempo, é a própria finalidade da teoria dos precedentes.

É este o objetivo principal deste labor científico, qual seja, demonstrar ao leitor que toda decisão judicial, malgrado a existência da liberdade de interpretação do direito pelo juiz, deve respeitar a igualdade e à segurança jurídica dos jurisdicionados. E este objetivo é alcançado por um sistema que valorize e respeite os precedentes judiciais.

Ab initio, será demonstrado como os sistemas do Civil Law e do Common Law se convergem na atual realidade jurídica, mostrando, destarte, a importância do respeito aos precedentes também no sistema romano-germânico.

O presente trabalho pretende explicar a estrutura e conteúdo dos precedentes judiciais: como é criado, como é distinguido e como é superado. Compreender estes detalhes facilita o entendimento das suas finalidades.

A presente empreitada também abordará a necessária reflexão de um tratamento igualitário dos jurisdicionados, em ambos os aspectos: substancial e formal.

Por fim e não menos importante, pretende-se trabalhar a relação existente entre uma decisão judicial e à segurança jurídica, no que pertine à legítima expectativa gerada nos jurisdicionados acerca da interpretação do direito elaborada pelo Poder Judiciário.

COMMON LAW E CIVIL LAW. UMA ANÁLISE COMPARATIVA

A percepção do respeito a casos semelhantes para a confecção de uma decisão judicial ocorreu, tradicionalmente, no sistema do common Law. Este, considerado por alguns autores como um "oráculo vivo", é a fonte do direito neste sistema, de onde os juízes extraem - ou constituem - o direito para a resolução dos conflitos que foram levados para a sua esfera de atuação.

O Direito inglês, considerado como a principal experiência do uso do Common Law, tem nos costumes gerais observados pelos Englishmen o núcleo central de todo o ordenamento jurídico. Diferentemente da ideia tradicional do sistema do Civil Law, a função judiciária no Common Law tem participação mais intensa e “criativa” na constituição (ou declaração) do direito no caso concreto, pois, aqui, não há uma pré-codificação inserida nos costumes do povo inglês, razão pela qual sempre se esperou do juiz do common law uma atuação que tornasse concreto e efetivo o direito costumeiro, trazendo estabilidade nas relações sociais.

Se é dos juízes o mister de declarar ou constituir o direito advindo do Common Law, é um truísmo afirmar que a certeza do direito e a sua coerência deve advir do mesmo. É justamente aqui que reside o respeito ao precedente judicial, visto como a técnica que impede que casos análogos tenham decisões judiciais dispares, esta vista como grave ofensa ao princípio jurídico e filosófico da igualdade.

Havia, e de certa forma ainda há, uma divergência doutrinária acerca da natureza da decisão judicial no sistema do Common Law. Havia quem dissesse que a decisão judicial somente declara o direito inserido no “oráculo vivo”; ao revés, afirmava-se que a atividade jurisdicional era criativa do direito. De fato, as teorias acerca da jurisdição no direito costumeiro perpassava por estas duas teorias, todavia, adotando uma ou outra tese, o que realmente importa para distinguir com clareza o sistema do Common Law do Civil Law é a maior ou menor liberdade que se deu à função jurisdicional ao julgar o caso concreto. E, sem dúvida, o Common Law ao permitir maior liberdade de julgamento para os juízes, percebeu a importância de respeito aos precedentes.

...tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva adaptaram-se a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes (LUIZ GUILHERME MARINONI, Precedentes obrigatórios, p. 31, ed.3).

Explico-me.

A revolução francesa foi o contexto histórico que traçou a ideologia que marcaria o sistema do civil law ao longo do século XIX. Neste diapasão, imperou-se a teoria da separação dos poderes elaborada por Montesquieu, que, segundo o qual, para que os ideais revolucionários fossem efetivados, e o regime absolutista fosse superado, era necessário conceder um poder absoluto ao parlamento, pois aos juízes da época lhe faltava um pressuposto processual de validade, mas precisamente o da imparcialidade, já que mantinham laços espúrios com os soberanos.

Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário do que ocorreu na revolução francesa, não houve clima pra desconfiar do judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo (LUIZ GUILHERME MARINONI, Precedentes obrigatórios, p. 34, ed.3).

Concedido o poder absoluto ao parlamento na criação do direito, aos juízes só lhe restavam uma atividade puramente mecânica, qual seja, a mera declaração do Direito. A separação “rigorosa” dos poderes do Estado impôs que aos juízes somente declarassem a vontade concreta da lei – teoria da jurisdição elaborada por Chiovenda -, não havendo qualquer atividade interpretativa em sua atuação. A título de ilustração, na França, foi criada a Corte de Cassação, que possuía uma nomenclatura impropria, já que era uma Corte que fazia parte do Poder Legislativo, e tinha por escopo cassar a interpretação errada da lei.

Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei” (LUIZ GUILHERME MARINONI, Precedentes obrigatórios, p. 52, ed.3).

Pois bem, as legislações dos países que adoram o sistema do Civil Law foram sendo confeccionadas com base nessa ideologia. A Codificação

da época tinha a pretensão de completude, concretude e coerência, mediante o uso da técnica legislativa dos textos casuístico, não se admitindo falhas e lacunas. A Codificação tomava para si a legitimidade exclusiva para dar certeza ao Direito quanto aos jurisdicionados. Ao se admitir a premissa como verdadeira, não há como admitir outra conclusão acerca da natureza da atividade jurisdicional, senão a de que jurisdição tem como único espoco declarar a vontade do legislador. Não foi outra coisa que ocorreu nessa época, momento em que surgiram as clássicas teorias da jurisdição: aplicação da vontade concreta da lei – tese de Chiovenda -; e criação da norma jurídica individual, com fundamento da norma geral (lei) – teoria confeccionada por Carnelutti.

A experiência da atividade jurisdicional do Civil Law estava marcada pelo insucesso. É visível que uma atividade de aplicação de um texto legal no caso concreto exige muito mais do que a simples declaração dos contornos legais. A atividade interpretativa é um meio necessário para conferir concretude a um texto legal, visto que é uma ingenuidade não concluir pelo alto grau de complexidade da intersubjetividade das relações, e, por consequência, da aplicação do texto ao caso sob julgamento. As propostas ideológicas do Civil Law foram se mostrando inefetivas, haja vista que as Codificações se mostravam com inúmeras falhas de regulação e de completude.

...a concepção dogmática de que o Direito se restringe ao produto do legislativo, ancorada na ideologia da Revolução Francesa e no dogma da estrita separação dos poderes, não sobreviveu aos fatos históricos, à conformação diversificada dos sistemas jurídicos dos vários países do Civil Law e, sobretudo, ao advento do constitucionalismo (LUIZ GUILHERME MARINONI, Precedentes obrigatórios, p. 40, ed.3).

O que realmente varia do civil law para o common law é o significado que se atribui aos Códigos e a função que o juiz exerce ao considera-los. No common law, os Códigos não tem a pretensão de fechar os espaços para o juiz

pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos (LUIZ GUILHERME MARINONI, Precedentes obrigatórios, p. 54, ed.3).

O último golpe sofrido pelo sistema do Civil Law foi o surgimento do Neoconstitucionalismo. A supremacia da lei deu lugar à supremacia da Constituição; os juízes passaram a controlar a constitucionalidade das leis no caso concreto; a codificação feita sob a técnica dos textos casuísticos deu lugar a técnica legislativa das cláusulas gerais. Em suma: o Neoconstitucionalismo alterou a própria Teoria do Direito.

Pois bem, a jurisdição já não mais poderia se subordinar a dar concretude a vontade concreta da lei. A aplicabilidade direta da Constitucional, notadamente a aplicação direta dos direitos fundamentais, exige do juiz uma atividade de conformação da lei aos ditames do Constituinte originário. Se o legislador produziu direito legislado em confrontação ao conteúdo constitucional, ou se se omitiu em flagrante inconstitucionalidade por omissão, o juiz deve conformar este comportamento, comissivo ou omissivo, produzindo uma nova norma jurídica para regular o caso concreto. Veja que esta norma jurídica não é a que simplesmente torna concreta a vontade do parlamento, mas sim é aquela que foi extraída após uma filtragem constitucional e, a posteriori, utilizada como regramento do caso sob julgamento. Por fim, o próprio parlamento visualizou a inevitável atuação "criativa" do Poder Judiciário, já que, no uso do poder-dever constitucional de legislar, passou a produzir direito legislador mediante o manejo das cláusulas gerais, técnica que tem como características a incompletude do seu texto, conferindo nortes interpretativos ao juiz na aplicação/criação do direito ao caso concreto.

Após essa análise comparativa entre os dois sistemas, é infalível a afirmativa que os mesmos não mais de divergem; ao revés, se convergem. A atuação do juiz do Common sempre lhe foi dada maior liberdade de aplicação do direito ao caso concreto, já que o Direito inserido nos costumes não dá a ideia de completude e concretude aos jurisdicionados. O juiz do Civil Law, que originariamente estava subordinado à supremacia da lei, hodiernamente exerce atividade jurisdicional ativista, criativa, pois deve, a

priori, conformar a lei aos ditames da Constituição e dos direitos fundamentais, criando a norma jurídica do caso, para, a posteriori, aplicá-la ao caso sob julgamento.

A evolução do Civil Law, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu aos seus juízes um poder similar àquele do juiz inglês submetido ao Common Law e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição (LUIZ GUILHERME MARINONI, Precedentes obrigatórios, p. 38, ed.3).

Destarte, inevitável também é a pergunta. Por que somente o Common Law deu importância jurídica aos precedentes judiciais? Como já foi dito, o Common Law, que é o direito dos costumes, precisa ser concretizado para aplicação nos casos sob julgamento, e esse mister sempre foi delegado aos juízes, verdadeiros colaboradores para a certeza e coerência do Direito costumeiro.

Nos países que não precisaram se iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei, naturalmente aceitou-se que a segurança e a previsibilidade teriam de ser buscadas em outro lugar. E que lugar seria esse? Ora, exatamente nos precedentes, ou, mais precisamente, no stare decisis (LUIZ GUILHERME MARINONI, Precedentes obrigatórios, p. 61, ed.3).

Ao revés, o Civil Law, sob a influência dos ideais libertários da Revolução Francesa, teve a pretensão de conferir ao parlamento o mister de dar concretude e coerência ao Direito, tirando do juiz qualquer poder interpretativo sobre a lei, situação em que os precedentes judiciais não foram percebidos como importantes instrumentos de certeza e coerência do Direito. Todavia, a história mostrou que a ideologia do Civil Law foi infrutífera, pois a Jurisdição, sofrendo forte influência do Neoconstitucionalismo, tem um papel mais criativo na aplicação do direito. Diante desta premissa, os objetivos de coerência e concretude do Direito

não mais podem ser buscados na lei, mas sim na atividade jurisdicional. A jurisdição, ao conformar a lei com o conteúdo constitucional, é o responsável por trazer expectativa de direito aos jurisdicionados.

Enfim, a teoria dos precedentes judiciais, diante desta nova abordagem metodológica também deve ser o instrumento condutor de segurança jurídica no sistema do Civil Law.

JURISDIÇÃO. A CLÁSSICA DISTINÇÃO ENTRE DECLARAR A LEI E CONSTRUÇÃO DA NORMA NO CASO CONCRETO.

A ideologia do positivismo jurídico foi a causa das teorias acerca da natureza do ato jurisdicional. Giuseppe Chiovenda afirmou que Jurisdição é a atividade voltada à vontade concreta da lei. O mesmo autor chegou a afirmar que a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual das partes pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não a vontade concreta da lei para quem alega o direito.

Carnelutti afirma que a jurisdição tem por escopo a justa composição da lide, esta compreendida como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Para o autor, a sentença produzia o que ele denominava de norma jurídica individual, esta entendida como aquela que é confeccionada com base na norma geral criada pelo legislador.

Observe que as tradicionais teorias da jurisdição entendiam a atividade jurisdicional como ato subordinado ao direito legislado pelo parlamento. Tanto a atuação da vontade concreta da lei, quanto a criação da norma individual com escopo na norma geral limitam a atividade jurisdicional a mera atividade mecânica de aplicação da lei suprema.

É evidente que um sistema de respeito aos precedentes obrigatórios não se coadunavam com uma atividade jurisdicional meramente declaratória e subordinativa. Se a lei é o Direito supremo, o sistema não deve se preocupar com a decisão judicial, pois não é neste "locus" que se pretende gerar coerência e certeza do Direito. Ao contrário, a lei era o instrumento que detinha a legitimidade de regular as relações sociais com perfeição. A utopia da completude da lei tornava cega a doutrina ao ponto de não

enxergar a clarividência da importância da decisão judicial no objetivo de buscar expectativa do Direito.

Não obstante tais argumentos, no meu ver mais do que convincentes para uma mudança de paradigma, a aplicabilidade direta da Constituição, notadamente a aplicação direta dos direitos fundamentais, retirou a lei do trono do absolutismo. A jurisdição, que antes tinha como moldura de aplicação somente a lei, passou a ter uma moldura mais extensa e mais complexa. A Constituição alterou a legitimidade para produzir a certeza do Direito, elegendo a atividade jurisdicional a função de conformar a lei aos ditames constitucionais e aos direitos fundamentais. Declarar a lei não mais seria suficiente para conferir efetividade às exigências da Carta Magna, havendo necessidade de ir além e produzir uma norma jurídica mediante a análise da Constituição, lei e do caso concreto. É o que a doutrina moderna denomina de norma jurídica do caso concreto.

Levada essa nova realidade como premissa verdadeira, a decisão judicial passou a ser vista com olhar mais cuidadoso. Decidir é construir algo que ainda está inacabado. Explico-me. A moldura para a aplicação do Direito passou a ser a Constituição, e, como cedo, a Carta Magna não tem pretensão de completude como tinham as Codificações de priscas eras. Uma Constituição, além de prescrever a organização do Estado e dos Poderes, tem por pretensão ditar os valores aceitos pela determinada comunidade, listando, mesmo que de forma exemplificativa, os direitos mais importantes, sem o qual a convivência social não seria possível. São estes os direitos fundamentais.

Direitos fundamentais, com escopo no jurista alemão Robert Alexy, tem como fundamento a teoria dos princípios. Este, como sabemos, é espécie normativa que se caracteriza pela sua textura aberta, cumprindo inúmeras funções, como por exemplo, a função normogenética na criação de uma regra jurídica.

O juiz, ao conformar a lei com os direitos fundamentais, pode se ver diante de uma colisão de direitos fundamentais. Esta colisão, explica com louvor Alexy, deve ser resolvida mediante a técnica da ponderação, não havendo falar em invalidade de um princípio em detrimento do outro no

caso concreto, já que esta espécie de norma jurídica se qualifica como mandado de otimização, ou seja, será aplicado na medida possível das possibilidades fáticas e jurídicas.

Se direitos fundamentais tem natureza de princípio, e estes, em caso de colisão, se resolvem pela técnica da ponderação conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, é uma obviedade a afirmação de que a jurisdição cria uma nova norma jurídica, tendo o juiz como instrumento de trabalho a Constituição, a lei e o caso concreto, pois, como dito supra, o Direito criado pela lei e pela Carta Magna ainda está inacabado.

Alguns poderiam afirmar que a jurisdição ainda declara o direito, todavia esta atividade seria a declaração não mais da lei, e sim da Constituição. Em que pese não concorde com essa afirmativa, o que importa é que se o Direito precisa ser confeccionado pelo magistrado no caso concreto, já que ainda está inacabada, a decisão judicial passa a ser o “locus” onde se procura dar coerência e certeza ao Direito. Em sendo assim, respeito ao precedente judicial é uma exigência constitucional, com escopo de respeitar o conteúdo igualitário das decisões judiciais para casos análogos.

O PRECEDENTE E SUA ESTRUTURA

O estudo do conceito e a estrutura do precedente é assaz importante para o entendimento de que o mesmo não tem a pretensão de eternidade no ordenamento jurídico, tornando-se imprescindível compreender os conceitos de distinguish, overruling, ratio decidendi e obiter dictum.

Ab initio, precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Observe que o precedente pode ser entendido como a decisão judicial ou como a porção da decisão judicial que pode ser utilizado para o julgamento de casos análogos.

Contudo, precedente não é a mesma coisa que jurisprudência. Com esteio no professor Luiz Henrique Volpi Camargo:

Assim, a distinção básica entre precedente e jurisprudência reside na circunstância de que enquanto um precedente é substantivo singular, a jurisprudência é substantivo coletivo, e, para ser corretamente denominada como tal, deve se constituir de decisões ou acórdãos uniformes, que reflitam o pensamento dominante de um determinado Tribunal ou, se possível, do Poder Judiciário por inteiro (LUIZ HENRIQUE VOLPI CAMARGO, A força dos precedentes no moderno Processo Civil brasileiro, p. 05).

A decisão judicial é composta por relatório, fundamentação e dispositivo, elementos estes que prescindem de maiores aprofundamentos. No que concerne ao dispositivo, é neste “locus” da decisão que se insere a norma jurídica do caso concreto ou a norma jurídica individual, como queria Carnelutti. Esta norma jurídica é aquela norma que é produzida em conformação com lei, a Constituição e o caso concreto, cuja principal característica é regular o caso sob julgamento e sofrer a incidência da imutabilidade da coisa julgada.

... ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise (FREDIE DIDIER JUNIOR, Curso de Direito Processual Civil, p. 382, ed. 9).

Ocorre que o núcleo central de uma decisão judicial não é a norma jurídica individualizada. A fundamentação é um elemento da decisão onde o juiz deve expor as suas razões de decidir e demais argumentos laterais. O precedente judicial está inserido na fundamentação e consiste na parte desta que determina qual o sentido da norma jurídica individualizada, ou seja,

precedente é o fundamento determinante para que o dispositivo da decisão fosse confeccionado em determinado sentido. É o que se denomina de “ratio decidendi”.

A ratio decidendi – ou, para os norte-americanos, a holding – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi (FREDIE DIDIER JUNIOR, Curso de Direito Processual Civil, p. 381, ed. 9).

A “ratio decidendi”, ou razão de decidir, é que servirá como modelo de julgamento para os casos análogos. Se é assim, “ratio decidendi” é mais uma norma jurídica que o juiz confecciona ao proferir uma decisão. Todavia, tal norma se difere da norma jurídica individualiza, pois aquela tem pretensão de generalidade, ou seja, é uma norma jurídica geral que será utilizada como paradigma para a atividade jurisdicional para os casos semelhantes o caso originariamente julgado. Só se pode considerar como “ratio decidendi” a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada. Assim, o precedente é a norma jurídica geral, construída a partir de um caso concreto, e que serve de modelo para casos futuros.

A identificação do que é “ratio decidendi” é deveras importante, pois numa fundamentação encontra-se, além das razões de decidir, argumentos de relevância secundária, que, caso não inseridos na fundamentação, o conteúdo da norma jurídica individualiza permanece o mesmo. Estes argumentos laterais são denominados pela doutrina de “obter dictum”, ou melhor, argumentos ditos de passagem. Observe que o que configura norma jurídica geral é a razão de decidir, portanto, argumentos ditos de passagem não podem ser tidos como paradigma de julgamento para casos análogos.

O obter dictum, ou simplesmente dictum, consiste nos argumentos jurídicos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos normativos

accessórios, provisórios, secundários... (FREDIE DIDIER JUNIOR, Curso de Direito Processual Civil, p. 383, ed. 9).

Embora o “obter dictum” não seja o precedente, aquele ainda pode se mostrar de vasta utilidade, pois pode indicar um novo posicionamento do Tribunal. Veja: o precedente judicial pode ser revogado. Este é o instituto do overruling. O overruling é a possibilidade, mediante uma fundamentação robusta, de revogação de um precedente. A causa geradora para a superação do precedente não pode ser simplesmente um novo entendimento jurídico da questão pelo Tribunal, e sim, por exemplo, uma mudança social, científica ou, até mesmo, de alteração da legislação. Este rigor na superação do precedente se justifica pela própria finalidade do instituto, que é permitir a certeza do direito e estabilização das relações jurídicas. Se há necessidade de superação do entendimento, que a razão para isso seja convincente.

Um dos argumentos contrários à utilização dos precedentes judiciais é a possibilidade de obstáculo ao desenvolvimento do Direito. Com a vênia devida aos que pensam nesta linha, o precedente judicial não gera esta estabilização. Se é certo que os casos análogos ao caso em que o precedente se formou merecem o mesmo tratamento jurisdicional, os casos diferentes merecem tratamento diverso. É a simples aplicação da igualdade material. Quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à “ratio decidendi” constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente, o precedente não deve ser aplicado ao caso sub judice. Todo sistema jurídico que trabalha com o precedente judicial deve conceder ao jurisdicionado o direito de distinção, ou melhor, o direito ao “distinguishing”.

O PRECEDENTE À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IGUALDADE

No sistema do Civil Law, a decisão judicial sempre foi vista como um ato de individualidade do juiz. Acreditava-se que o juiz, inspirado no princípio do livre convencimento motivado, teria autorização legal e

constitucional para proferir decisão com o conteúdo que lhe aprover, mesmo que haja violação a igualdade no tratamento dos jurisdicionados.

A justificativa para mostrar o erro crasso deste raciocínio é relativamente simples. Veja: o princípio da igualdade sempre foi visto como conteúdo do devido processo legal. A igualdade está presente no respeito ao contraditório; a igualdade se faz incisiva na confecção de procedimentos especiais em busca de uma tutela jurisdicional diferenciada para o direito material; o princípio da igualdade é a base que fundamenta a existência de tutelas provisórias baseadas em cognição sumária, já que há situações de urgência (ou de evidência) que merecem um tratamento desigual diante de sua peculiaridade; a igualdade sempre esteve presente na concessão de privilégios processuais a determinadas pessoas, como é o caso da Fazenda Pública em juízo ou o incapaz.

Não obstante a relevância do princípio da igualdade em todos os pormenores do devido processo legal, nunca se imaginou a incidência do princípio da igualdade como norteador do conteúdo das decisões judiciais. Já está mais do que na hora de perceber a violência que é permitir que um órgão jurisdicional produza decisões judiciais díspares para casos semelhantes. O juiz do Civil Law, que é individualista por excelência, produz decisão judicial como representante de todo o sistema judiciário. A decisão judicial deve ser vista como um produto do sistema, e como tal não pode admitir decisões contrárias para casos iguais. A igualdade perante a lei inserida na Carta Magna, por razões clarívidas, deve ser interpretada como igualdade perante o Direito, caso em que se insere a decisão judicial, pois é instrumento que produz norma jurídica.

Decerto que o princípio constitucional da igualdade obrigado tanto os particulares quanto o Poder Público e, nesta seara, há de ser observado não apenas quando da edição das leis (em sentido amplo) ou da atuação da administração pública, mas também quando da concretização da função jurisdicional (FREDIE DIDIER JUNIOR, Curso de Direito Processual Civil, p. 399, ed. 9).

A segurança jurídica vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, também é um princípio indispensável para um Estado de Direito.

Neste sentido, interessante são as lições do professor Fredie Didier Júnior.

O indivíduo, muita vez, termina por pautar a sua conduta presente com base num comportamento adotado por outro indivíduo ou, o que mais nos interessa aqui, pelo Estado. Dentro dessa dimensão pública, é natural que as soluções dadas pelo Poder Judiciário às situações que lhe são postas para análise sejam levadas em consideração pelo indivíduo para moldar a sua conduta presente (FREDIE DIDIER JUNIOR, Curso de Direito Processual Civil, p. 400, ed. 9).

Para que haja previsibilidade no Direito, é necessário que o jurisdicionado tenha certeza do que o Poder judiciário entende por Direito. A previsibilidade só estará assegurada se a decisão judicial que produz a norma jurídica respeite a norma jurídica geral que foi produzida na atividade jurisdicional diante dos casos análogos. Como já foi pormenorizada, a decisão judicial é o "locus" de onde se obtém a certeza do Direito, pois a lei e a Constituição produzem Direito que ainda está inacabado, razão pela qual a confecção da norma jurídica geral é o regramento que os jurisdicionados irão se pautar. Este mister da atividade jurisdicional tem como exigência constitucional gerar previsibilidade do Direito para os jurisdicionados.

Se a segurança jurídica exige que a decisão judicial produza previsibilidade do Direito para os jurisdicionados, esta não basta. O precedente que foi produzido também deve ter continuidade na ordem jurídica. De nada adiantaria se fosse possível ao órgão jurisdicional que produziu o precedente obrigatório alterar o seu conteúdo de forma imotivada, pois haveria frustração da expectativa gerada nos jurisdicionados acerca do determinado sentido que existia no precedente formado. Lembre-se que, a revogação de um precedente deve se colmatar em mudanças

sociais, econômicas ou em mudança de legislação, para, só assim, a segurança jurídica dos jurisdicionados não reste prejudicada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma teoria dos precedentes judiciais é uma necessidade para qualquer sistema jurídico que se preocupe com a igualdade das decisões judiciais e a segurança jurídica dos jurisdicionados. A dicotomia tradicionalmente existente entre os sistemas do Civil Law e do Common Law, hodiernamente não se mostram divergentes. A evolução do sistema jurídico romano-germânico alterou as suas premissas ideológicas, notadamente acerca do papel do juiz no exercício da jurisdição.

Se esta é a realidade atual, não há mais espaço para aceitarmos o mito do livre convencimento motivado em detrimento da igualdade das decisões judiciais para casos análogos. A igualdade das decisões judiciais insere-se, também, no conteúdo da decisão judicial, impondo, destarte, que os ordenamentos jurídicos passem a adotar o sistema de precedentes como um instrumento que torne mais eficaz a atividade jurisdicional.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em maio de 2013.

_____. Teoria dos Princípios. [da definição à aplicação dos princípios jurídicos] 13ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2012.

Barroso, Luís Roberto e Barcellos, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro, in Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação Constitucional.

_____ Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009.

_____ *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros Editores.

Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política [IBDC]. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 6, n. 23, abril/junho, 1998.

CAMARGO, Luis Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno Processo Civil Brasileiro*.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil [Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento]* v. 1, *JusPodivm*, 14ª Ed, 2012.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil [Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento]* v. 2, *JusPodivm*, 9ª Ed, 2014.

Ferraz Junior, Tercio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação – 7ª Ed. – São Paulo : Atlas, 2013.*

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria Geral do Processo*, 7ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes Obrigatórios*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção: (as cláusulas gerais no projeto do Código civil brasileiro)*. *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. de 1998. Publicado em 07/1998. Acessado em maio de 2013.

MELLO FILHO, Rogério Machado. A Aplicação do Direito sob a Ótica das Escolas de Interpretação das Normas jurídicas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_50/artigos/art_rogerio.htm. Acesso em maio de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SARMENTO. Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Por um constitucionalismo inclusivo**: história Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

A REPARAÇÃO JUDICIAL DIANTE DO DANO PSICOLÓGICO PROVOCADO PELO ABANDONO AFETIVO

GABRIELLE BRITO DOS SANTOS:
Acadêmica do 9º período do Curso de
Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

ANTÔNIO CÉSAR MELLO

(Orientador)[1]

RESUMO: Esse estudo visa explicar a existência da possibilidade da reparação judicial diante dos danos psicológicos provocados pelo abandono afetivo, abandono paterno-filial ou teoria do desamor, como também é conhecido. O principal objetivo a ser alcançado pelo referido estudo é que seja feita uma análise da reparação via judicial dos danos psicológicos sofridos pelo filho abandonado diante da constatação do ato ilícito praticado pelos pais ou por um desses, tendo em vista o ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, por intermédio do método dialético, foi desempenhada uma comparação entre as partes da relação jurídica de modo fundamentado, esclarecendo os principais aspectos do tema abordado. O meio de pesquisa utilizada é a bibliográfica, extraído das doutrinas, da legislação e jurisprudências os pontos mais relevantes ao assunto. Por fim, o exame da presente temática se iniciou a partir da análise pormenorizada dos princípios orientadores de tal relação, passando a conceituação do ato praticado, bem como a diferenciação deste dos demais, concluindo com o entendimento jurisprudencial acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo; Convivência familiar; Dano psicológico; Dignidade da pessoa humana; Reparação judicial.

ABSTRACT: This study aims to explain the existence of the possibility of judicial reparation in the face of psychological damage caused by affective abandonment, paternal-filial abandonment or theory of dislove, as is also known. The main objective to be achieved by the said study is that an analysis of the judicial reparation of the psychological damage suffered by the abandoned son in view of the illicit act practiced by the parents or by one of them is carried out in order to parental legal order. To this extent, through the dialectical method, a comparison was made between the parties

to the legal relationship in a reasoned way, clarifying the main aspects of the topic covered. The research medium used is the bibliography, drawing from the doctrines, from the laws and jurisprudences the most relevant points to the subject. finally, the examination of this thematic was initiated from the detailed analysis of the guiding principles of such a relationship, passing the conceptualization of the practiced act, as well as the differentiation of this of the others, concluding with the understanding judicial about the topic.

KEYWORDS: Affective abandonment; Family living; Psychological damage; Dignity of the human person; Judicial Reparation.

SUMÁRIO: Resumo. Abstract. Introdução; 1. Os princípios orientadores das relações familiares; 2. O abandono afetivo; 3. O reconhecimento judicial do dano psicológico provocado pelo abandono afetivo; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência que caminha em constante evolução, visando sempre adequar-se as necessidades que a sociedade como um todo lhe impõe. Se no passado as relações entre pais e filhos eram analisadas tão somente no seu aspecto material, hoje já não é assim.

O cenário nacional mudou, o Direito evoluiu e novos direitos surgiram. O ordenamento jurídico atualmente presa pelo bem estar social, bem como pelo individual daqueles que buscam os meios judiciais para satisfazerem seus intentos.

Por bem estar deve-se entender também a saúde mental e psicológica dos indivíduos e eventuais causas que provocarem tais danos de ordem moral podem e devem vir a serem analisadas judicialmente.

É o que ocorre com o filho em situação de abandono afetivo. Aquele que não encontra amparo emocional e não possui convivência com a figura paterna. Cada pessoa pode reagir a tal fato de maneira diferente, alguns podem superar e seguirem suas vidas normalmente apesar de tal ausência.

No entanto, outras pessoas podem arcar com as consequências de referido abandono afetivo em um grau superior de sofrimento, gerando diversas sequelas em sua vida, inclusive na formação da sua personalidade. E é neste ponto que recai a discussão sobre a possibilidade ou não da reparação judicial.

1 OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Os princípios são a verdadeira base de todo ordenamento jurídico, eles possuem como fim a sistematização da estrutura das normas, a garantia da sua existência, aplicabilidade e adequada interpretação.

Assim como os demais ramos do Direito, o Direito de Família faz uso dos princípios de ordem constitucional, bem como possui os seus próprios princípios oriundos das suas relações particulares. Referido ramo jurídico passou por relevantes mudanças ao longo dos anos, o que também refletiu diretamente no uso e interpretação dos seus princípios. As alterações trazidas com o tempo foram com o intento de preservar a unidade familiar e os valores sociais, concedendo a família um tratamento condizente com a realidade vivenciada contemporaneamente e com as suas necessidades e interesses.

No que diz respeito ao tema do abandono afetivo, ora em estudo, faz-se importante a observância de alguns princípios em específico, quais sejam, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Afetividade e o Princípio da Convivência Familiar, analisados individualmente a seguir.

1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Também conhecido como superprincípio, macroprincípio, princípio máximo ou princípio dos princípios, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos da República.

Dentre todos os ramos do Direito Privado, o Direito de Família há que ter destaque quanto a sua aplicação, com a variada interpretação dada pelos juristas e conceituação inexata ante a sua enorme amplitude.

Na busca por atingir uma definição que se aproxima da realidade, o doutrinador Alexandre de Moraes (2017, p. 35) trata da dignidade humana da seguinte maneira:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos* e a busca ao Direito à Felicidade.

Outros doutrinadores do Direito Civil, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 65), também ingressaram na dura tarefa de trazer a conceituação do referido princípio em sua obra:

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.

Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias — estatais ou particulares — na realização dessa finalidade.

Cabe ressaltar, que com o advento do Novo Código de Processo Civil (2015), o legislador também trouxe destaque para esse princípio no seu artigo 8º, versando que o juiz no exercício da sua função ao aplicar o ordenamento jurídico irá resguardar e promover a dignidade da pessoa

humana, de modo a atender os fins sociais e as exigências do bem comum, em observância da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência.

Em síntese, tal princípio deve ser considerado juntamente a realidade social vivenciada. Como uma forma de exemplificar a sua incidência em casos concretos, tem-se a tese do abandono afetivo, estudada mais a frente.

1.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Decorrente da valorização da dignidade da pessoa humana e também da solidariedade surge o Princípio da Afetividade, de enorme importância no estabelecimento dos laços familiares da atualidade, sendo visto como princípio norteador do Direito de Família, fundamentando e estabilizando tais relações. Embora não conste expressamente no texto constitucional, o mesmo é amplamente citado pela jurisprudência e doutrina pátria, sendo lembrado por grandes nomes como Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias e Paulo Lôbo.

Importante se faz ponderar o sentido jurídico dado ao termo afeto dentro das relações entre pais e filhos. A afetividade deve ser vista além do sentimento amor, pois não se restringe a ele, sendo essa apenas uma de suas formas de demonstração, mas alcança também o dever de cuidado e proteção destinado pelos pais aos seus filhos. A juspsicanalista Giselle Câmara Groeninga trata sobre o tema em sua obra de Direito Civil (2008, p. 28):

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.

O direito ao afeto está relacionado ao direito à felicidade, garantido a todos indistintamente, e apesar de não estar expresso na Carta Magna e também não ser citado diretamente na lei civil, a afetividade também está sob o manto da sua proteção jurídica. Presente princípio pode ser notado em alguns dispositivos do Código Civil, como no artigo 1.604, que veda a livre revogação da perfilhação, salvo se por erro ou falsidade do registro que deverão ser constatados judicialmente.

1.3 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O último princípio a ser citado é o Princípio da Convivência Familiar, que tem como premissa a ideia de que pais e filhos devem permanecer juntos, ou seja, como o próprio nome já elucida, devem conviver. Ele visa assegurar um desenvolvimento saudável do filho, haja vista que por meio da convivência familiar é que vão se estabelecer os laços de afetividade.

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

(LOBÔ, 2014, p. 74).

O jurista Paulo Lôbo aponta ainda a convivência familiar como um dos fundamentos essenciais do Princípio da Afetividade citado anteriormente, tendo como base a sua previsão no artigo 227 da Constituição Federal. Aludido dispositivo legal dispõe que é dever conjunto da família, da sociedade e do Estado garantir ao menor, com absoluta prioridade, dentre outros direitos, o direito à convivência familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) regulamenta a supracitada norma constitucional, reconhecendo em seu artigo 7º o direito fundamental ao desenvolvimento sadio e harmonioso dos menores, bem como assegura a esses o direito de serem criados e educados no seio de sua família, previsão essa trazida no artigo 19 do estatuto.

Deve se compreender que a convivência dos filhos com seus pais não há de ser encarada apenas como um direito, mas também como um dever. Além do direito a visita, há também o dever da convivência. A distanciação desses dois entes pode acarretar problemas emocionais e prejudicar o desenvolvimento psicológico e social do menor.

O fato de o filho residir com um dos pais não isenta o outro das suas obrigações para com o menor, pois ambos continuam sendo igualmente detentores do poder familiar. Os laços afetivos nascem e se mantêm a partir da convivência entre os entes familiares, não do sangue.

2 O ABANDONO AFETIVO

O instituto do abandono afetivo foi reconhecido pela jurisprudência recente dos tribunais e para alcançar a sua conceituação, inicialmente se faz necessário estabelecer uma diferenciação entre as variadas formas de abandono, quais sejam o abandono material, intelectual e moral, que possuem maior repercussão no Direito Penal e o abandono afetivo, tutelado pelo Direito de Família.

Atualmente a doutrina fala em quatro espécies de abandono. Os três primeiros tipos tratam-se do abandono material, intelectual e moral, que são crimes tipificados no Código Penal, com previsão no capítulo “Dos crimes contra a assistência familiar”.

O primeiro delito está configurado no artigo 244, com pena de detenção de 1 a 4 anos acompanhada de multa fixada entre 1 e 10 salários mínimos. Ele se efetua quando o responsável deixa, sem justa causa, de prover a subsistência do filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, de forma que não lhe propicie os meios necessários de sobrevivência, falte com o pagamento de pensão alimentícia acordada judicialmente ou deixe de socorrê-lo em situação de enfermidade grave. Também podem ser sujeito

passivo desse tipo penal o cônjuge e o ascendente inválido ou maior de 60 anos. O bem jurídico tutelado por este tipo penal é o corpo familiar, principalmente no que diz respeito ao sustento material que os entes familiares devem ter uns com os outros.

Por outro lado, o abandono intelectual possui previsão legal no artigo 246 do Código Penal. Citada infração penal acontece quando os pais ou responsáveis pelo menor deixam “sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar” e tem como pena 15 dias a 1 mês de detenção ou multa. Referido tipo penal tem como bem jurídico o direito à educação dos filhos menores, possuindo como fundamento constitucional o artigo 229, que versa no sentido de que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”.

A terceira espécie denominada como abandono moral está prevista no artigo 247 do Código Penal e ocorre quando é permitido ao menor que frequente casas de jogo ou conviva com pessoa viciada ou de má vida; frequente ou participe de espetáculo que o perverta ou lhe ofenda o pudor; more ou trabalhe em casa de prostituição ou que mendigue ou sirva a mendigo para gerar a piedade pública. A pena determinada para o presente tipo penal é de detenção de 1 a 3 meses ou multa.

Nota-se que as formas de abandono acima citadas dizem respeito ao cuidado e proteção que os pais como garantidores devem ter com seus filhos e estão sob a tutela de outro ramo do Direito, qual seja o Direito Penal, todavia, não determinam o dever de conceder carinho e afeto. A ausência do sentimento de afeto de um pai para com seu filho pode caracterizar a quarta forma de abandono, o abandono afetivo, também conhecido como abandono paterno-filial ou teoria do desamor.

Tal espécie fica caracterizada com a existência do desinteresse afetivo dos pais em relação aos filhos, independente do auxílio material e intelectual prestado. Significa dizer, por exemplo, que mesmo o pai pagando a pensão alimentícia em dia, caso não destine especial afeto, carinho, interesse de convivência e atenção, isto é, sentimento natural de um pai ou mãe com o filho, e essa ausência de afeto provocar danos ao filho, pode restar configurada tal situação.

A obrigação de cuidar dos filhos recai sobre os seus genitores desde o momento em que a criança vem ao mundo. Esse dever não diz respeito apenas ao amparo material que obviamente deve ser destinado a esses, mas deve contemplar também os cuidados para que o menor cresça com o necessário para o seu pleno desenvolvimento mental e comportamento social. Sempre que os pais são omissos a esse dever de cuidado, com indiferença afetiva, acontece o abandono afetivo.

2.1 CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS DO ABANDONO AFETIVO

A convivência e a assistência afetiva destinada pelos pais aos seus filhos além de um direito é também uma obrigação destes, como já ressaltado. Tal obrigação não se cumpre apenas com o pagamento da pensão alimentícia, que possui caráter de assistência material. Além do dever da guarda, os responsáveis também devem manter o filho em sua companhia, isto é, em frequente convivência, de modo a exercer uma das mais relevantes das funções familiares no que tange a formação da personalidade da criança, qual seja, os laços afetivos.

No campo da psicologia, a influência que a família possui no desenvolvimento e formação do psiquismo infantil é um tema bastante debatido dentro os estudiosos da área. O psiquismo citado consiste no conjunto de características psicológicas de uma pessoa.

As experiências tidas durante a primeira infância, que compreende o período desde o nascimento até os seis anos de idade, com relação ao ambiente familiar e também a relação existente entre pais e filhos, são determinantes para o pleno desenvolvimento do psiquismo infantil. É durante essa fase que a criança irá conhecer o sentimento de afeto que no futuro será reproduzido por si nas relações posteriores com os demais indivíduos. Com o decorrer dos anos e das demais fases da vida a sua personalidade tende a se concretizar e exteriorizar através de suas ações.

A ausência do sentimento afetivo, da convivência, da inexistência da relação pessoal e a falta de familiaridade entre esses entes familiares, podem vir a configurar o abandono afetivo, que por sua vez pode acarretar danos psicológicos ao abandonado que comprometem o seu desenvolvimento

saudável. A materialização de tais danos é tarefa de grande dificuldade, haja vista que esses são compostos pela subjetividade.

O menor em sua fase de formação é dependente dos seus pais não somente no aspecto material, mas, além disso, necessita de laços afetivos e usa os pais como espelho para suas ações. O sofrimento daquele que vive ou viveu em situação de abandono afetivo pode gerar deficiências comportamentais tanto mentais como sociais, refletindo em toda a sua vida, se externando por meio do isolamento, da não convivência com outras pessoas, problemas escolares, depressão e sentimento de baixa autoestima.

É muito comum ver tal situação acontecer nos casos em que os pais são separados e possuem conflitos entre si, que ou envolvem o menor quando este presencia discussões ou o afasta de um dos genitores, impedindo o exercício do seu direito da plena convivência familiar. A psicóloga Rosângela Martins, em artigo de sua autoria, expõe entendimento nesse sentido:

É essencial de que o casal não envolva os filhos em seus desentendimentos, mantendo-os fora da discussão. Estudos realizados mostram que distúrbios emocionais que ocorrem com os filhos de pais separados, não se devem necessariamente a separação, mas a outros fatores envolvidos com a separação tais como pais que apresentam distúrbios de comportamento, que brigam muito e que envolvem os filhos nestas brigas. Quando o processo de separação é bem conduzido à criança não é seriamente afetada e pode ficar mais tranquila à medida que observa que os pais tomaram uma decisão acertada e se sentem melhor assim; com a separação.

Quando a criança não encontra afeto, mas sim rejeição, essa não possui um modelo de identificação a ser seguido, de modo que a integridade psíquica deste menor está em risco, podendo ter como consequência falhas no desenvolvimento da sua personalidade. Os pais têm o importante papel de controlar os impulsos e o comportamento do filho, impondo limites,

orientando quanto ao que é certo ou errado, guiando e inserindo-o no convívio social. O pai, mesmo que vivendo em casa ou cidade diferente, não está isento de referida obrigação e deve também assumir tal responsabilidade moral ante o filho.

2.2 O CASO DO MENINO BERNADO BOLDRINI

O assassinato do menino de onze anos de nome Bernardo Uglione Boldrini, em 2014, na cidade de Três Passos, no Rio Grande do Sul, abalou o país e pode ser citado como o caso mais conhecido de abandono afetivo, que tragicamente chegou a uma situação extrema, tendo como desfecho a sua morte.

Após investigações, a Polícia Civil concluiu que o menino foi morto pelo pai, Leandro Boldrini, pela madrasta, Graciele Boldrini, que contaram com o auxílio da amiga do casal, Edelvania Wirganovicz. A morte foi provocada por uma injeção letal.

Antes do fato, a criança, procurou o Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (Cededita) da cidade de Três Passos relatando insultos feitos pela madrasta e a ausência de interesse do seu pai, porém não chegou a relatar nenhuma agressão física.

No mês de novembro de 2013, ano anterior a sua morte, foi encaminhada à Promotoria da Infância e da Juventude a primeira denúncia de abandono afetivo sofrido pelo mesmo por uma assistente social da prefeitura, após ouvir diversos relatos na comunidade, em que restava evidente a não participação do pai no cotidiano do filho, a difícil relação deste com a madrasta e a indiferença do pai quanto a esse assunto, tendo sido aberto expediente para apurar tal situação de negligência familiar. Na cidade em que viviam, era de conhecimento de muitos os acontecimentos que envolviam o menino Bernardo, que chegava até mesmo a se hospedar com frequência na casa de amigos da escola, sem sequer ser procurado pelo pai.

O assunto também era conhecido pela escola onde Bernardo estudava, que comunicou ao Conselho Tutelar as dificuldades enfrentadas pelo menino, sendo essas explicadas pelos problemas afetivos enfrentados em

casa. A família, por sua vez, ignorava os convites da escola para discutir o tema, ao mesmo passo que o pai demonstrava desinteresse, não comparecendo as reuniões marcadas no Conselho Tutelar.

A promotora responsável pelo caso, Dinamácia de Oliveira, após conversa com o menor, obteve a confirmação das queixas feitas por este e promoveu ação judicial para que a guarda fosse passada a avó materna, que apesar da idade avançada se mostrou favorável a concessão da guarda. Contudo, o juiz titular da ação, Fernando Vieira dos Santos, no mês de fevereiro de 2014, realizou a conciliação entre pai e filho, onde Leandro Boldrini fez o pedido para que lhe fosse concedida mais uma oportunidade de melhorar a relação de ambos, sendo que no mês de maio seriam ouvidos novamente acerca de tal assunto. Entretanto, nesse meio tempo o menino desapareceu, tendo sido ordenado pela Justiça que a partir do momento que reaparecesse fosse retirado da casa em que vivia junto ao pai e madrasta e enviado a um abrigo. Todavia, no dia 14 de abril de 2014, Bernardo foi encontrado morto, dentro de um saco plástico, enterrado em um matagal próximo a um rio na cidade de Frederico Westphalen, vizinha a que vivia.

Posterior ao acontecimento, o juiz da Infância e da Juventude, Fernando Vieira dos Santos, responsável pelo caso, concedeu entrevista ao site de notícias da UOL (2014) em que afirmou: "Nesse caso, como não houve violência, por tratar-se de questão afetiva, nós apostamos na preservação dos laços familiares. Chamamos o pai e suspendemos o processo por 60 dias, esperando que houvesse reconciliação. Infelizmente aconteceu o pior."

Em entrevista ao site da revista Veja (2014), a psiquiatra Maria Conceição do Rosário, professora da Unidade de Psiquiatria da Infância e Adolescência (UPIA) da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), afirmou a excepcionalidade do caso, haja vista não ser comum a criança diretamente procurar a ajuda do Judiciário, ainda que em situações extremas de abuso e abandono.

A especialista aponta como alguns dos principais sinais comportamentais da privação emocional e também de outras formas de abuso a retração, o silêncio, o isolamento, a agressividade, o choro fácil e até

mesmo o mau rendimento escolar. Quanto aos sintomas físicos evidenciam-se os distúrbios do sono, notados pela ocorrência de pesadelos e insônia, alteração dos hábitos alimentares com a perda de apetite ou o aumento exagerado desse. Importante também citar os episódios em que a criança faz xixi na cama, e sente dores físicas sem nenhuma razão aparente.

Em casos que a criança se sente abandonada afetivamente por qualquer dos pais, a tendência é que se apegue a outra pessoa que lhe destine atenção, o que pode vir a ser muito perigoso devido a vulnerabilidade do infante, que fica exposto a ação inclusive de pedófilos nas redes sociais, de uso comum dos jovens e crianças atualmente. Os jovens muitas vezes usam a internet como válvula de escape dos seus sentimentos, expondo-os através de *posts* que refletem o que está vivendo ou sentindo.

Grande parte dos transtornos psiquiátricos tem como origem a carência emocional vivida na infância. Ao chegar à fase adulta, apesar de essa não ser uma regra absoluta, esses indivíduos possuem uma maior tendência ao desenvolvimento da depressão e da ansiedade.

3 O RECONHECIMENTO JUDICIAL DO DANO PSICOLÓGICO PROVOCADO PELO ABANDONO AFETIVO

Referido problema familiar está enraizado no seio social há muito tempo, no entanto somente nos últimos anos foi reconhecida a sua legitimidade judicial, de modo a conceder a indenização as vítimas em questão, no caso os filhos.

Ressalta-se que, conforme bem explica os juristas e doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, na obra Novo Curso de Direito Civil VI: Direito de Família (2012), há dois entendimentos opostos acerca do tema. A primeira corrente se posiciona a favor da ideia que o pai ao não conceder afeto ao filho, de modo a gerar-lhe distintas sequelas psicológicas, estariam cometendo um ilícito civil, agindo de modo contrário ao ordenamento jurídico brasileiro, e assim estariam passíveis de serem responsabilizados civilmente pela omissão afetiva. Nesse sentido, o doutrinador e um dos maiores defensores dessa teoria, Rodrigo da Cunha Pereira, explica em sua obra:

O exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível.

(Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: *Responsabilidade civil no direito de família*. Coord. Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, p. 401).

De forma contrária, a segunda corrente sustenta que seguir tal entendimento acabaria ensejando uma “monetização do afeto”, pois primeiramente a essência de tal sentimento restaria desvirtuada, haja vista que trata-se de sentimento “que deve ser sempre algo natural e espontâneo, e não uma obrigação jurídica, sob controle estatal” (STOLZE, Pablo; FILHO, Rodolfo. 2012. p. 647) e também porque não seria possível medir a quantidade e qualidade do amor dedicado por uma pessoa a outra.

Fato é que apesar de existir tal controvérsia entre a doutrina, a jurisprudência moderna já vem reconhecendo o direito das vítimas do abandono afetivo quando configurado o dano psicológico. As decisões que condenam os pais a pagar indenizações pecuniárias buscam reparar o sofrimento causado pela sua omissão e abstenção de contato com o filho em uma das fases mais importantes de sua vida, que é a formação de sua personalidade.

3.1 OS MEIOS PROCESSUAIS DE REPARAÇÃO

Os processos que envolvem questões de família possuem como característica um menor nível de rigor formalismo jurídico, tendo a aplicação do Princípio da Conciliabilidade, representando um estímulo estatal à autocomposição dos conflitos.

O atual Código de Processo Civil, de forma não muito extensa, dedicou parte do seu texto a estabelecer um regramento processual aos processos de âmbito familiar, o que atribui maior liberdade procedimental, sem importar, contudo, na realização de atividade judicial de maneira irresponsável. Isso se justifica pelo fato da singularidade dos conflitos existentes no meio familiar, de modo a exigir soluções distintas às aplicadas ao procedimento comum.

Há grande incentivo para que seja alcançada a reparação judicial por meio de soluções consensuais, concedendo certa supremacia a esses meios, tanto é que nos processos de família, a audiência de mediação e conciliação pode ser dividida em várias sessões até que seja atingida a melhor solução para as partes, não estando restrita a audiência una, sem, entretanto, causar prejuízos aos envolvidos, inclusive no que diz respeito ao perecimento do direito. O magistrado também pode contar com a contribuição de profissionais de outras áreas, como psicólogos, para alcançar o melhor resultado, conforme fixa o artigo 694, do Código de Processo Civil.

Referidos meios processuais têm como intento a reconstrução dos vínculos perdidos, as relações parentais rompidas e também dos laços afetivos violados, que são na realidade, as reais causas das demandas familiares.

Na verdade, por conta da relevância e particularidade dos direitos tutelados na seara familiar, é permitida certa mitigação dos princípios e regras gerais do Direito Processual Civil, sempre que se verificar conflito entre o formalismo da norma e o direito natural inerente a pessoa.

Em caso de esgotadas as tentativas de autocomposição tendo essas restado infrutíferas, cabe as partes partirem para a instrução processual, com a realização de audiências e a utilização de todos os meios de provas permitidos no direito. Porém, fica evidente que esse não é o desejo do legislador pátrio, que propôs instrumentos processuais que permitissem o acordo entre os envolvidos e garantissem a preservação das relações familiares, evitando o longo desgaste processual, devendo esse ser utilizado somente em último caso.

3.2 OS BENS TUTELADOS NA REPARAÇÃO JUDICIAL

Em sua obra doutrinária, o jurista Rolf Madaleno (2013), tem entendimento no sentido que a condenação do pai ou mãe ao pagamento de indenização, não possui o intuito de reparar a falta de amor concedido por um pai ao filho, mas sim, busca penalizar aquele responsável que descumpriu com seus deveres morais, deveres esses que refletem diretamente nos direitos do filho.

Dentre os bens tutelados judicialmente está a dignidade e integridade moral do filho que sofreu com as consequências do abandono afetivo, sendo essas refletidas através dos danos causados a sua saúde psicológica que repercutem durante toda a sua vida.

Apesar de a falta de amor ou não demonstração de qualquer sentimento para com o filho ser evidente, a reparação judicial visa compensar os eventuais traumas e abalos sofridos por aquele que seu viúvo desprezado pelos pais.

Nas situações de abandono afetivo, a falta de respeito ao dever de convivência é evidente, haja vista que o artigo 1.634 do Código Civil determina como competência dos pais a criação de seus filhos, assim como o dever de mantê-los em sua companhia. No mesmo sentido, estabelece o artigo 229 da Constituição Federal. Quando a inobservância desse dever acarreta danos ao filho, resta configurado o ato ilícito, que possui previsão no artigo 186 do Código Civil. A responsabilidade civil também encontra respaldo no artigo 927 do mesmo código, que impõe a obrigação de indenizar daquele que por meio de ato ilícito causa dano a outra pessoa.

Para se alcançar o julgamento do caso concreto, é necessário que o julgador realize uma análise conjunta dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais, dos direitos relacionados a personalidade, a parte geral do Direito Civil e obviamente, ao Direito de Família. Assim, verifica-se que a tarefa de julgar tais casos não é das mais simples e exige vasto conhecimento do magistrado, que ao enquadrar o caso em tela ao ordenamento jurídico brasileiro deve estar atento a todos esses aspectos jurídicos, bem como ao contexto social vivenciado.

3.3 A REPARAÇÃO DO DANO PSICOLÓGICO PROVOCADO PELO ABANDONO AFETIVO

A grande crítica quanto a reparação do dano psicológico causado pelo abandono afetivo via judicial ao conceder a indenização recai sobre uma possível “monetização” do afeto. Todavia, a Carta Magna deu fim a tal raciocínio ao reconhecer expressamente a legitimidade da reparação de danos extrapatrimoniais, prevendo a possibilidade de condenação por danos morais, no seu artigo 5º, inciso V e X. Exemplo disto é às indenizações concedidas em caso de morte de pessoa da família.

De todo modo, a possibilidade da indenização nos casos de abandono afetivo ainda não está firmada dentre os tribunais, havendo diversas jurisprudências entendendo de modo diverso. Tal situação se justifica pelas particularidades apresentadas por cada caso concreto, que aparentemente se mostram semelhantes, mas que ao fim são dadas soluções diferentes. O que se nota ao fazer uma análise das mesmas é que nos pedidos tidos como procedentes, a prova do dano psicológico causado a pessoa deve ser feita de forma clara e contundente, embasada em laudo psicossocial, não sendo suficiente somente a prova da não convivência, de modo que então resta configurado o ato ilícito, passível de indenização.

Confirmando tal raciocínio, em decisão inédita até então e que abriu precedente para que muitas outras fossem proferidas, a ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nancy Andrighi, condenou o pai a indenizar a filha na quantia de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) por abandono afetivo, conforme decisão que segue abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que

manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

(Ministra NANCY ANDRIGHI. STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1.159.242 - SP 2009/0193701-9)

No citado julgado, que ficou muito conhecido no âmbito do Direito de Família, o STJ reconheceu o cuidado familiar como verdadeiro valor jurídico objetivo e a omissão de tal valor configuraria abandono afetivo, que por sua vez constitui ilícito civil, ensejando o dever de indenizar como forma de reparar o mal provocado. Referido entendimento também possui embasamento no oitavo enunciado do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), ao estabelecer que “o abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado”.

Nas palavras da própria ministra do Tribunal da Cidadania “amar é faculdade, cuidar é dever”. O pai que se matem omisso no convívio com o filho logicamente também não cumpre com o seu dever de cuidado, tendo em vista que cuidado não diz respeito somente a bens materiais, mas é um conjunto de condutas que refletem o afeto e cuidado realizadas por si para que o filho goze de forma plena e integral dos seus direitos e atinja um

desenvolvimento saudável. Nesse sentido, a jurisprudência atual continua seguindo tal entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. REPARAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO DE PAI AO FILHO. MODALIDADE DA INDENIZAÇÃO. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA.

O pedido principal de toda e qualquer ação de reparação de dano, decorrente de ato ilícito, é a condenação do imputado causador do dano a reparar o dano. A forma de reparação (se em dinheiro ou mediante pagamento de tratamento psicológico) é um provimento secundário e consequente do pedido principal, que é a reparação do dano. Portanto, não há nulidade na sentença que fixou a indenização no pagamento pelo pai/requerido de tratamento psicológico ao filho. Isso porque, com base na prova pericial produzida no processo, o tratamento psicológico se mostrou a forma mais efetiva e com maior potencial de "reparar do dano" do filho/apelante, decorrente do abandono afetivo paterno. NEGARAM PROVIMENTO.

(Apelação Cível Nº 70073425175, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 22/06/2017)

Conforme exposto, apesar da ainda existente controvérsia acerca do tema, a jurisprudência, a doutrina e a legislação nacional se mostram favoráveis ao reconhecimento do direito a reparação judicial dos danos psicológicos provocados pelo abandono afetivo do pai. Isso porque, como em qualquer outra relação, se um dos entes da relação paterno-filial tem seus direitos violados, o Poder Judiciário não pode omitir-se, mas possui o dever e a obrigação de estabelecer uma decisão satisfatória as partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A admissão da possibilidade da responsabilização civil causada pelo abandono afetivo mostra como o direito brasileiro tem evoluído e caminhado no sentido da efetivação de todos os direitos inerentes a pessoa. O reconhecimento da afetividade como um relevante valor e princípio jurídico presente nas relações familiares de hoje, deixa claro isso.

É indiscutível que a matéria em estudo ainda há de enfrentar muitos debates entre os juristas, que ora reconhecem a legitimidade de tal direito e ora não. Porém, apenas a constatação da sua existência e relevância jurídica já evidencia que o tema não pode ser ignorado e possui respaldo jurídico. As normas, por si só, não são a solução para todos os problemas familiares, mas buscam minorá-los e propor uma conclusão benéfica as partes, quando esses surgirem.

Assim como todo tema atinente ao direito, a análise do abandono afetivo também deve ser feita levando em consideração os princípios, verdadeiros guias do ordenamento jurídico, dando-se destaque ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Afetividade e Princípio da Convivência Familiar. Esses três em conjunto, servem como um passo inicial para que se entenda do que se trata o abandono afetivo e como a sua ocorrência pode causar danos ao abandonado emocionalmente.

Para o magistrado, enfrentar a questão dos danos psicológicos ocasionados pelo abandono afetivo não é tarefa fácil, tendo em vista inclusive as diferentes soluções apresentadas aos casos concretos em seu julgamento. Contudo, o que deve se ter em mente é a busca pela confirmação dos valores existenciais da pessoa humana e, apesar da indenização pecuniária não suprir ou reparar a ausência e os danos sofridos, serve ao menos como uma forma de garantir uma "sensação" de justiça pelo descumprimento dos seus deveres como pais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado, 2002.

_____. **Código de Processo Civil**, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado, 2015.

_____. **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.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado, 1990.

_____. **Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma)**. Recurso Especial REsp 1.159.242 - SP 2009/0193701-9. Recorrente: ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS. Recorrido: LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012.

_____. **Tribunal de Justiça do RS (Oitava Câmara Cível)**. Apelação Cível Nº 70073425175. Apelante: ROBSON P W. Apelado: RUDIMAR W. Relator: Rui Portanova, Julgado em 22/06/2017

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil. Volume 7. Direito de Família**. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008, p. 28.

IBDFAM. **Enunciado 08**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em 11 de outubro de 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito da Família**. Belo Horizonte: Casa do editor, 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf e BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Rosângela. **Os Filhos e a Separação Conjugal**. Disponível em: . Acesso em 11 de outubro de 2018.

ORLANDO, Patrícia. **Caso Bernardo: como identificar o pedido de ajuda de uma criança**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/caso-bernardo-como-identificar-o-pedido-de-ajuda-de-uma-crianca/>>. Acesso em 09 de outubro de 2018.

SALIM, Alexandre e AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito penal: parte especial - dos crimes contra a pessoa aos crimes contra a família**. Salvador, BA: JusPODIVM, 2017.

UOL. **Menino Bernardo procurou ajuda, mas auxílio só chegou depois de sua morte**. Disponível em: . Acesso em 09 de outubro de 2018.

NOTAS:

[1] Professor do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; orientador deste artigo de conclusão de curso.

DOLO EVENTUAL E DA CULPA CONSCIENTE DO HOMICÍDIO NO TRÂNSITO

MARÍLIA GABRIELLA PEREIRA LIMA:

Bacharelanda do curso de Direito na
Universidade Católica do Tocantins.

ANTÔNIO CÉSAR MELLO^[1]

RESUMO: O presente artigo trata dos crimes de homicídio de trânsito ocasionado por condutor embriagado, previsto no artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro, tendo por objetivo descrever como se dá as diversas interpretações do fato seja sobre o prisma da conduta, normativa (culposos) ou volitiva (dolo eventual). Trata-se de uma revisão narrativa, com pesquisa bibliográfica e documental. Considerando que não havia previsão na norma específica de trânsito do crime de homicídio doloso, porquanto a ilação de se considerar a existência do dolo eventual, no crime de homicídio direção de veículo automotor, transubstanciando o fato para a égide da legislação penal comum é algo no mínimo temeroso.

Palavras-chave: Crime de trânsito, dolo eventual e culpa consciente.

ABSTRACT: The present article treats the depression in old through the prism of the introduction. This article deals with the crime of traffic homicide caused by drunk driver, provided for in article 302 of the Brazilian Transit Code, with the purpose of describing how the different interpretations of the fact are given on the prism of conduct, normative (culpable) or volitional (possible fraud). This is a narrative review, with bibliographical and documentary research. Considering that there was no provision in the specific norm of transit of the crime of willful homicide, since the ilation of considering the existence of possible willfulness, in the crime of homicide in the direction of motor vehicle, transubstantiating the fact to the aegis of common penal legislation is something least fearful.

Keywords: Traffic crime, eventual deceit and conscious guilt.

INTRODUÇÃO

Não é nenhuma novidade o fato de que as mortes ocasionadas por acidentes de trânsito estão entre os principais motivos que acarretam o óbito daqueles que residem no território brasileiro, por ano em média perdemos 47 mil vidas e mais 400 mil brasileiros ficam com alguma seqüela (BERTOLUCCI, 2017).

A cada dia mais de 3 mil pessoas morrem em decorrência de acidentes de trânsito no mundo, a situação está em nível tão catastrófico que a ONU (Organização das Nações Unidas) já trata o problema como uma questão de saúde pública, uma vez que o trânsito é a terceira causa de mortes no planeta ficando à frente de guerras, tuberculose e até mesmo o HIV (OMS, 2012).

A ONU (Organização das Nações Unidas) anunciou o período 2011-2020 como a Década Mundial de Ações para a Segurança Viária, com a meta ambiciosa de reduzir pela metade o número de mortes previsto para 2020.

O anúncio da ONU foi feito com base em estudo da Organização Mundial da Saúde (OMS) que afirmou que somente no ano de 2009 aproximadamente de 1,3 milhões perderam a vida em mortes por acidente de trânsito nos 178 países analisados, a mais cerca de 50 milhões sobreviveram com sequelas (SENADO FEDERAL DO BRASIL, 2012).

Os acidentes de trânsito são a 9º maior causa de mortes no mundo, matando mais que, por exemplo, doenças como Dengue e Leishmaniose, ou seja, perdem-se todos os dias nas estradas ou ruas mais de três mil vidas (SENADO FEDERAL, 2012).

No Brasil com 37.306 óbitos registrados em 2016 e mais duzentos mil feridos é a oitava causa de morte, a frente de alguns tipos de câncer (de pulmão por exemplo) e problemas relacionados ao álcool (PREVIDELLI, 2016; RUIZ, 2017; SENADO FEDERAL, 2012).

Estudos afirmam ainda que como as pessoas que morrem normalmente são economicamente ativas o impacto no Produto Interno Bruto varia entre 1 % e 3%, com um custo anual estimado de 518 bilhões de dólares por ano (SENADO FEDERAL, 2012). No Brasil somente no ano de 2015 foram pagos somente de seguro obrigatório

42.500 indenizações por morte no país e 515.750 pessoas receberam amparo por invalidez (RUIZ, 2017).

O Brasil é o 5º país no mundo em número de mortes em acidentes de trânsito, atrás somente de Índia, China, EUA e Rússia e seguido por Irã, México, Indonésia, África do Sul e Egito (RUIZ, 2017).

Uma das ações mais efetivas para modificar estes números, defendida por uma larga corrente de especialistas, é o aumento da severidade da punição estatal aos responsáveis pelas mortes, nisto se enquadra o delineamento da tese de dolo no homicídio de trânsito.

A ação sobre o comportamento humano é a principal ferramenta para prevenir acidentes, ou seja, qualquer ação que tenha efeito sobre a imprudência por parte dos condutores dos veículos automotores, relacionado a ingestão de substâncias entorpecentes e o excesso de velocidade tem o viés de reduzir estes números.

A aprovação de leis contra o ato de dirigir sob o efeito de álcool, por si só, não são suficientes para desencorajar esses erros, mas quando a legislação é aplicada de forma eficiente tem-se sim o condão de reduzir e prevenir mortes no trânsito.

Sob este prisma de dúvida na aplicação de dispositivos legais, a dosimetria das penalidades e teorizações infundáveis geram somente chicanas improfícuas que beneficiam somente os infratores da norma.

Portanto o presente artigo tem por finalidade estudar estes tipos de acidentes de trânsito, sobretudo anunciar de certa forma o fim da polêmica envolvendo a correta tipificação dos homicídios tratados sob a luz da norma de trânsito (BRASIL, [s.d.]

Portanto, o principal objetivo deste projeto é traçar um caminho a ser seguido, na produção de uma monografia, com uma análise técnico-jurídica dos elementos que constituem a Culpa e o Dolo, de forma que seja possível esclarecer em qual destes institutos aquelas condutas se enquadram.

Para construção deste artigo fez-se uma pesquisa bibliográfica e documental revisando-se a bibliografia em Direito Constitucional, Penal, Processual Penal e Legislação de Trânsito sobre os crimes de homicídio no

trânsito sobre o Dolo eventual e a culpa consciente e ainda procurou-se somente para complementar e não produzir uma peça judicial coletar jurisprudência nos tribunais superiores sobre o tema (FRAGALE FILHO; VERONESE, 2004).

1 CRIMES DE TRÂNSITO

O homicídio de trânsito em geral constitui condutas reputadas como reprováveis e altamente recrimináveis por grande parte da população, alimentando muitas vezes a ânsia punitiva do Estado e a construções de teses jurídicas incompatíveis com nosso ordenamento jurídico.

Não obstante, algumas páginas de jornais e manchetes dos noticiários disseminam a idéia de que a impunidade vigora no país, bem como propagam o entendimento de que a política de encarceramento em massa poderia aniquilar os crimes de trânsito.

No que tange aos homicídios de trânsito, existia uma dicotomia quanto à sua correta tipificação, uma corrente, predominante atualmente, apregoa que ocorre o Dolo Eventual: o condutor que comete o homicídio de trânsito, outracorrente, mais de acordo com a tradição jurídica do país, afirma que tais crimes, mesmo ante o clamor da mídia, são culposos, uma vez que, ele não teria a intenção de matar quando da prática da infração penal (RENOSTO; MILAZOTTO, 2013).

Ao se analisar o tema, qual seja: Aspectos jurídicos dos crimes de homicídio em acidentes de trânsito, observa-se que existia uma certa celeuma no meio jurídico quanto a aplicação do instituto do dolo eventual no ordenamento jurídico brasileiro, quanto a figura do homicídio praticado sob a condução de veículo automotor sob a influência de álcool, em decorrência, sobre a probabilidade ou não ser julgado pelo Tribunal do Júri Popular.

Surgindo então a problemática sobre as situações fáticas que norteiam as decisões jurisprudenciais, com base na legislação sobre o tema, a admitir que a culpa consciente se transverte em dolo eventual nos casos de homicídio em acidentes de trânsito.

Uma vez que a partir de um cotejo no previsto no Código Penal, depura-se que foram adotadas pelo legislador pátrio em sua elaboração as teorias da vontade e do assentimento (CAPEZ, 2012a).

A origem da palavra crime é latina "*crimen*" e em sua origem estava relacionada a uma falha individual que prejudicava toda a comunidade (BAKAOUKAS, 2005). É claro que uma definição uníssona deste termo nos tempos atuais é impossível, assim sendo a legislação pátria se debruça somente em delimitar no espaço, tempo e na forma como se deu a conduta sua punibilidade (CAPEZ, 2012a).

Bem assim crítica Bittencourt ao analisar como o legislador pátrio definiu o crime limitou-se apenas a separar as infrações penais "das consideradas crimes daquelas que constituem contravenções penais, as quais, como se percebe, restringem-se à natureza da pena de prisão aplicável" (2012, p. 592)

Vejamos então que a Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro (Decreto-lei

n. 3.914/41) faz a seguinte definição de crime:

"Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente (BRASIL, 1941) "

Para Washington dos Santos, crime é (SANTOS, 2001):

O comportamento humano positivo ou negativo, provocando, este, um resultado e que segundo o seu conceito formal, é violação culpável da lei penal, constituindo, assim, delito. No crime, temos de distinguir: O fato típico, característico, exposto na lei como ilícito, ou seja, antijurídico, contrário ao direito; segundo o Ministro do STJ, Professor Dr. Francisco de Assis Toledo, o crime

envolve: ação típica, conduta, comportamento; ilícita, isto é, antijurídica; culpável.

Para Capez crime pode ser conceituado sob os aspectos material e formal ou analítico. Assim temos que sob o prisma material busca-se estabelecer as razões pelas qual determinado é tido como crime. Sob essa abordagem, o crime pode ser conceituado como:

Todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social (CAPEZ, 2012b, p. 94).

Sob o aspecto formal pode-se afirmar que crime "é aquilo que a lei descreve como tal, sem qualquer preocupação quanto ao conteúdo"(CAPEZ, 2012b). Todavia tal conceito não é útil em um regime democrático onde a preservação da dignidade humana é princípio fundamental, portanto é necessária uma análise subjetiva da conduta típica.

Portanto o critério científico é o empregado pelos operadores do direito, como intuito de estudar a estrutura dogmática do crime, e procura, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais que integram o crime.

Para Capez (CAPEZ, 2012b):

Sob esse aspecto, há duas concepções diferentes a respeito dos seus elementos integrantes: a bipartida, segundo a qual crime é todo fato típico e ilícito (ou antijurídico), e a tripartida, para quem o crime é todo fato típico, ilícito e culpável (CAPEZ, 2012b).

Um dos fatores que afetam a dosimetria da aplicação da pena por crime, ou até mesmo fazer com que um fato deixe de ser crime, é a conduta ter sido concretizada ou tentada de forma culposa ou dolosa.

Sendo que nos crimes crime de homicídio praticado na condução de veículo

sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso, após uma análise das questões atinentes ao elemento subjetivo da conduta do agente (RENOSTO; MILAZOTTO, 2013).

Dolo é a pretensão despendida do agente de conseguir um certo resultado a partir de uma conduta tipificada como crime. O artigo 18 em seu inciso I do Código penal menciona: "Diz o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo".

A doutrina em geral estabelece que para que ele ocorra o sujeito deve ter consciência de que a sua ação se constitui em crime, e que mesmo antes de ele ter a vontade, ou seja, o sujeito tem a intenção de cometer tal conduta (CAPEZ, 2012a).

O Mestre Washington dos Santos, ao definir a terminologia jurídica do termo afirma (SANTOS, 2001):

(Lat. *dolu.*) S.m. Má-fé, logro, fraude, astúcia, maquinação; consciência do autor de estar praticando ato contrário à lei e aos bons costumes; intencionalidade do agente, que deseja o resultado criminoso ou assume o risco de o produzir (SANTOS, 2001).

Em sua maioria, os doutrinadores dizem que o legislador adotou a teoria da vontade no artigo em questão. Segundo Capez, na teoria da vontade: "dolo é a vontade de realizar a conduta e produzir tal resultado".

Já o conceito de dolo para Capez se relaciona ao elemento subjetivo do crime, perfazendo a parte psicológica (CAPEZ, 2012b):

O dolo é o elemento psicológico da conduta. A conduta é um dos elementos do fato típico, logo o dolo é um dos elementos do fato típico. É a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta (CAPEZ, 2012b).

Grosso modo, para a teoria da vontade basta a simples vontade do agente de realizar a conduta e produzir o resultado. Já para a teoria da representação, somente a aspiração de realizar a conduta, prevendo a

possibilidade de o resultado ocorrer, sem, contudo, desejá-lo. Por fim para a teoria do Assentimento o dolo é o assentimento do resultado, isto é, “a previsão do resultado, com a aceitação dos riscos de produzi-lo” (CAPEZ, 2012b).

Ainda para Capez:

Da análise do disposto no art. 18, I, do CP, conclui-se que foram adotadas as teorias da vontade e do assentimento. Dolo é a vontade de realizar o resultado ou aceitação dos riscos de produzi-lo. A teoria da representação, que confunde culpa consciente (ou culpa com previsão) com dolo, não foi adotada.

Na definição de Bittencourt para a teoria da vontade (BITTENCOURT, 2012):

A essência do dolo deve estar na vontade, não de violar a lei, mas de realizar a ação e obter o resultado. Essa teoria não nega a existência da representação (consciência) do fato, que é indispensável, mas destaca, sobretudo, a importância da vontade de causar o resultado (BITTENCOURT, 2012).

Ponto interessante deste entendimento é que a vontade, para essa teoria, funciona como critério aferidor do dolo eventual, pode ser traduzida na posição do autor de assumir o risco de produzir o resultado representado como possível, na medida em que “assumir” equivale a consentir, que nada mais é que uma forma de querer.

2 DOLO EVENTUAL OU CULPA EM ACIDENTE ENVOLVENDO VÍTIMA FATAL

Indiscutivelmente, um dos temas mais polêmicos envolvendo os crimes praticados na condução de veículos, por isto mesmo após a recente modificação na legislação de trânsito ainda continuará sendo motivo de debate a cada vez que ocorrer um grave acidente envolvendo um condutor embriagado.

Como o escopo deste artigo é analisar a conduta do agente que após ingerir bebida alcoólica, dirige veículo automotor e, por conseguinte, se envolve em acidente de trânsito com vítima fatal. É de suma importância cotejar os conceitos de dolo eventual e culpa aventurar-se sobre o posicionamento dos tribunais e por fim delinear as alterações advindas da Lei nº 13.546/2017 (BRASIL, 2017a).

No dolo eventual segundo Capez (2012c, p. 223) “o sujeito prevê o resultado e, embora não o queira propriamente atingi-lo, pouco se importa com a sua ocorrência”. Ou seja, apesar de não querer que aconteça se acontecer, estará tudo bem, não sendo em razão deste risco que o agente deixa de praticar o crime.

Damásio de Jesus (2009, p. 107–108) ao analisar o dolo eventual especificamente relacionado a crimes de trânsito já considerava de difícil verificação tal conduta, vejamos:

É de difícil comprovação. Ocorre quando, apreciando as condições em que o fato ocorreu, conclui-se que o sujeito tolerou a produção do resultado; que este lhe era indiferente. É o “dane-se”, “para mim tanto faz”, “pouco me importa”. Deve ser comparada essa atitude subjetiva com o comportamento concreto do agente, no sentido de demonstrar-se que ele consentiu na causação da lesão material.

A dificuldade reside no fato que é assaz difícil traçar um liame onde se possa afirmar a existência de dolo eventual situação em o autor teve consciência e fique indiferente de que sua conduta poderia efetivamente lesar ou pôr em perigo uma vida humana, implicando na aceitação do resultado e a situação onde embora prevendo tal resultado, pratica a conduta acreditando, sinceramente, que este resultado não venha a ocorrer.

Nesta segunda hipótese prevalece a culpa consciente, hipótese que segundo Capez (2012c, p. 230) “há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele a afasta, de pronto” acreditando que “evitará e que sua habilidade impedirá o evento”.

Ou seja, o resultado, embora previsto, não é assumido ou aceito pelo agente, que confia na sua não ocorrência. E que atue com indiferença diante de tal possibilidade, de modo que implique aceitação desse resultado.

Ocorre que nos crimes de trânsito escapam do delineamento clássico do Código Penal, como bem pontuou Damásio de Jesus (2009, p. 30), nem “todos os princípios do Direito Penal clássico se prestam aos delitos propriamente de trânsito”.

Portanto em geral a análise dos fatores psicológicos da conduta no crime de homicídio sob efeito de álcool na condução de um veículo, que em geral leva a tese do dolo eventual, deve ser desconsiderada com a prevalência da análise normativa que leva a conclusão da culpa, que foi ratificada com a recente alteração advinda da

Lei 13.546/2017 (BRASIL, 2017a).

Como vimos até aqui existia uma corrente jurisprudencial, influenciada, sobretudo, pelo clamor popular de maiores e mais severas punições a condutores, notadamente sob efeito de substância alcoólica, que se praticam homicídio na condução de veículos automotores em vias públicas.

3 HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO

Grosso modo agora ao invés de ser em regra uma determinante para teorizações sobre o dolo, a embriaguez é uma qualificadora da conduta em tese culposa, relacionada com o crime de homicídio culposos no trânsito.

O rol dos crimes de trânsito está previsto entre os artigos 302 a 312 da Lei 9.503/1997 no Código de Trânsito Brasileiro, veremos *in verbis* a nova redação, no delito de homicídio culposos na direção de veículo automotor:

Art. 302. Praticar homicídio culposos na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente: [\(Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014\)](#) [\(Vigência\)](#)

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; [\(Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014\)](#)[\(Vigência\)](#)

II- praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; [\(Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014\)](#) [\(Vigência\)](#)

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; [\(Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014\)](#) [\(Vigência\)](#)

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. [\(Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014\)](#)[\(Vigência\)](#)

V - [\(Revogado pela Lei nº 11.705, de 2008\)](#)

§ 2º [\(Revogado pela Lei nº 13.281, de 2016\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: [\(Incluído pela Lei nº 13.546, de 2017\)](#) [\(Vigência\)](#)

Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. [\(Incluído pela Lei nº 13.546, de 2017\)](#) [\(Vigência\)](#)

Frisando que com isto temos atualmente três figuras típicas relacionadas ao crime de homicídio no trânsito, ou seja, quando o crime for cometido por alguém não habilitado ou fora da via normal do veículo (calçadas, passeio, etc.) e ainda quando deixar de prestar de socorro a pena poderá ser aumentada de um terço a metade, algo já previsto desde 2014 (BRASIL, 2014).

Contudo se o crime ocorreu com o agente sob a influência de álcool ou qualquer substância psicoativa, surge outro tipo de delito, trocando em miúdos, se o motorista causador da morte estiver dirigindo sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência situação que nos idos da publicação do CTB previa uma pena de mínima de detenção de 2 a 4 anos para a situação atual de 5 a 8 anos de reclusão (BRASIL, 2017b).

Por fim temos a situação Homicídio culposo no trânsito simples antevisto no caput do art. 302 do CTB, cuja pena é de detenção, de 2 a 4 anos, que só poder ser aplicado de forma excludente é subjacente, ou seja, somente calhará se a conduta não se amoldar na qualificadora do §3º do art. 302.

Ressalta-se que o simples ato de beber a dirigir a “embriaguez ao volante” permanece inalterado com a redação dada pelo art. 306 do CTB, portanto o simples episódio de o indivíduo dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, não sofreu alteração bem como não existe de concurso entre eles:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (BRASIL, [s.d.]).

Isto ocorre, pois, o parágrafo de um artigo está vinculado ao caput do dispositivo. De tal modo, que a correta interpretação do parágrafo só pode ser feita sob a luz do caput do artigo.

Com esta alteração foi afastado a possibilidade de fixação de fiança pelo Delegado de Polícia, uma vez que autoridade policial somente pode conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos (BRASIL, 2011).

O condutor responsável pela prática de homicídio culposo, com aquilificadora de estar embriagado portando, só poderá em requerer fiança perante o juiz, que deverá ainda aplicar as normas gerais do Código Penal, mais especificamente o artigo 59, nas situações que não for conflitante com a legislação de trânsito (BRASIL, [s.d.], 1940).

Este ponto é interessante na medida em apesar de prever de uma série de condutas como crime a legislação de trânsito não possui regras claras para definição da dosimetria das penas, e era deixado a critério do magistrado a ponderação sobre a conduta, ilicitude, punibilidade, prescrição e outros institutos do código penal na quantificação da punição, bem como a possibilidade expressa de aplicação da lei que dispõem sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (BRASIL, 1995).

Vale ressaltar que nos crimes de trânsito o juiz continuará a examinar todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. O que a nova Lei determina é que a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime agora apresentam caráter preponderante, ou seja, terão uma relevância maior no momento do cálculo da pena-base (BRASIL, 1940; CAPEZ, 2012b).

Observando que a culpa é um elemento do tipo é a culpabilidade se refere consiste ao grau de reprovação social que o crime e o autor do fato merecem sobre isto Damásio de Jesus afirmou (JESUS, 2009, p. 312):

A culpa pode ser: a) grave (ou lata); b) leve; e c) levíssima.

Em relação à pena abstrata, não há distinção quantitativa da culpa. Seja grave, seja leve ou

levíssima, a pena cominada pela norma incriminadora é a mesma. Na reforma penal de 1984, passando a culpa a constituir elemento do tipo e não da culpabilidade, sua quantidade não interfere na dosagem da pena concreta. É por isso que o art. 59 do CP vigente, ao contrário do antigo art. 42, com redação do estatuto de 1940, não faz referência ao grau da culpa.

Já no caso da lesão corporal culposa, se o agente estiver com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena passa a ser de reclusão de dois a cinco anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo trouxe um tema bastante problemático que seria a aplicação dos institutos do dolo eventual e a culpa consciente. O dolo eventual se configura quando o agente age ou deixa de agir, prevendo a conduta que pode causar um resultado lesivo, mas o agente não se importa se irá causar a lesão ao bem jurídico ou não. No entanto, na culpa consciente é quando o agente prevê o resultado, mas mesmo assim acredita plenamente em suas habilidades para não causar o resultado lesivo, que em nenhum momento foi consentido pelo agente.

Importante ressaltar que uma das diferenças do dolo eventual e da culpa consciente seriam as penas. No homicídio doloso, as penas variam acima de 6 (seis) anos, como disposto no art. 121 do Código Penal. No homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, verificado no Código de Trânsito no art. 302, a pena varia entre 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Ou seja, a diferença é exorbitante.

Considerando que não havia previsão na norma específica de trânsito o crime de homicídio doloso, porquanto a ilação de se considerar a existência do dolo eventual, no crime de homicídio direção de veículo

automotor, transubstanciando o fato para a égide da legislação penal comum é algo no mínimo temeroso.

Sob este aspecto, parece razoável, a mudança na dosimetria da pena, que ao mesmo tempo aumenta a segurança jurídica, mas ainda assim alimenta a visão errônea, principalmente quando se trata de segurança viária de que a solução da questão é a mera criminalização primária e o encarceramento.

REFERÊNCIAS

BAKAOUKAS, M. The conceptualisation of 'Crime' in Classical Greek Antiquity: From the ancient Greek 'crime' (krima) as an intellectual error to the christian 'crime' (crimen) as a moral sin. **ERCES (European and International research group on crime, Social Philosophy and Ethics)**, 2005.

BERTOLUCCI, R. Brasil tem 47 mil crianças em abrigos, mas só 7.300 podem ser adotadas - Jornal O Globo.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 17. ed. re ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro. LEI No 9.503, DE 23 DE SETEMBRO DE 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. **Código Penal - Decreto-lei no 2.848/1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. DECRETO-LEI No 3.914, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1941. **1941**, p. 7-9, 1941.

BRASIL. **LEI No 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. **LEI No 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. **LEI No 12.971, DE 9 DE MAIO DE 2014.** Disponível em: [/www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12971.htm)>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. **LEI No 13.546, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2017.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2015-2018/2017/Lei/L13546.htm>. Acesso em: 21 set. 2018a.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro.**

CAPEZ, F. Direito Penal Simplificado. p. 496, 2012a.

CAPEZ, F. **Direito penal simplificado parte geral.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1o a 120).** 16. ed. ed. São Paulo : [s.n.].

FRAGALE FILHO, R.; VERONESE, A. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. **Rbpg**, v. 1, n. 2, p. 53–70, 2004.

JESUS, D. DE. Crimes de trânsito : anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997). 2009.

OMS. **Relatório mundial sobre prevenção de lesões causadas pelo trânsito.** [s.l: s.n.].

PREVIDELLI, A. As 20 doenças que mais matam no Brasil | EXAME. **REVISTA EXAME**, 2016.

RENOSTO, C.; MILAZOTTO, C. ASPECTOS POLÊMICOS DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA CONSCIENTE DO HOMICÍDIO NO TRÂNSITO. p. 2318–633, 2013.

RUIZ, M. Brasil é o quinto país do mundo em mortes no trânsito, segundo OMS | **Metro Jornal.**

SANTOS, W. DOS. Dicionário Jurídico Brasileiro. **Journal of Chemical Information and Modeling**, 2001.

SENADO FEDERAL. Explosão de motos e mortes. **Revista de audiências públicas do Senado Federal**, 2012.

SENADO FEDERAL DO BRASIL. **Estudo da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre mortes por acidentes de trânsito em 178 países é base para década de ações para segurança**. Brasília: [s.n.].

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 Universidade Católica do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas.

MISTANÁSIA: UM OLHAR SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

LAYZE CASTRO MORAES:

Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

FÁBIO BARBOSA CHAVES

(Orientador)^[1]

RESUMO: A Mistanásia exige uma abordagem sobre mortes provocadas pela conduta omissiva da estrutura hospitalar. O direito à saúde, o direito à liberdade de pensamento, a garantia do exercício da sua auto deliberação, são abordagens necessárias para o enfrentamento entre o paciente acometido de mal relacionado à saúde, impossível de reversão considerando os recursos disponíveis naquele determinado momento. O juízo de ponderação, adotado pelo direito brasileiro a partir de uma nova leitura do texto constitucional e das demais normas que formam o sistema jurídico, se torna necessário a partir de um contexto de conflito, aparente ou não. Os aspectos culturais e históricos não necessários para compreensão da abordagem, distantes de julgamentos pré-estabelecidos da sociedade, e alinhados àquilo que o Poder Judiciário entende como sendo o método pós-positivista de interpretação da norma. A realidade brasileira, no que pertine ao sistema único de saúde, deve necessariamente ser abordada.

Palavras-chave: Mistanásia. Dignidade da pessoa humana. Sistema único de saúde.

ABSTRACT: Mistanasia requires an approach on deaths caused by the omissive conduct of the hospital structure. The right to health, the right to freedom of thought, and the guarantee of the exercise of self-determination are necessary approaches for coping with the patient suffering from health-related illness, which can not be reversed considering the resources available at that particular moment. The weighing judgment, adopted by Brazilian law based on a new reading of the constitutional text and other norms that form the legal system, becomes necessary from a context of conflict, apparent or not. The cultural and historical aspects not necessary to understand the approach, far from pre-established judgments of society, and aligned with

what the Judiciary understands as the post-positivist method of interpretation of the norm. The Brazilian reality, as it pertains to the single health system, must necessarily be addressed.

Keywords: Mistanásia. Dignity of human person. Health Unic System.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. A Saúde e o Sistema Único de Saúde. 4. Morrer Com Dignidade: Diferença Entre Eutanásia, Ortotanásia, Distanásia e Mistanásia. 5. A Mistanásia, o SUS e a Desigualdade Social. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A origem da palavra mistanásia pode ser retirada do grego, *mis* que significa infeliz, e *thanatos* que quer dizer morte, podendo ser compreendido como “uma morte infeliz”. Esse termo é utilizado quando referido à morte de pessoas que quando excluídas socialmente^[2], morrem em razão da falta de tratamento de saúde adequado.

As vítimas da mistanásia são aquelas pessoas que não dispõem de condição financeira para custearem cuidados com a própria saúde e ficam à mercê do Sistema Único de Saúde, o SUS.

Há em todos os estados da federação, inúmeras demandas judiciais que visam compelir o Estado a prestar uma saúde digna, tanto no âmbito da prestação dos serviços quanto ao fornecimento de medicamentos indispensáveis à manutenção da vida.

Dessa forma, o presente artigo visa apontar os fatores que contribuem para essa banalização da vida provocada pela falta de efetividade das políticas públicas concernentes à saúde, com foco principal no princípio da dignidade da pessoa humana e sua violação.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, traz em seu artigo 1º que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, logo, de acordo com esse pacto, todos os homens são titulares de direitos fundamentais.

Para ROCHA (2004, p.17), se comparado o texto ao da nossa Constituição de 1988, que optou por “todos são iguais perante a lei [...]”,

verifica-se que a diferença se encontra na expressão “todos”. No texto da ONU o significado está entendido como: “... significa cada um e todos os humanos do planeta, os quais deverão ser considerados em sua condição de seres que já nascem dotados de liberdade e igualdade em dignidade e direitos.

De acordo com CHAVES CAMARGO (1994, p. 27,28), pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88, vieram os princípios fundamentais, harmonizando e servindo de coerência e consistência ao complexo normativo da Lei Maior, além de estabelecer as bases e os fundamentos da nova ordem constitucional.

É indiscutível a importância desses princípios constitucionais na função ordenadora do Estado, por expressarem o conjunto de valores que inspirou o Constituinte na elaboração da Constituição, orientando ainda as suas decisões políticas fundamentais.

Importante mencionar que são os princípios constitucionais que orientam a ação dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), estabelecendo seus limites e sua atuação (aplicação da lei). Sua função hermenêutica representa um limite protetivo contra a arbitrariedade, como também vem para dirimir dúvidas interpretativas no sentido de determinada disposição de norma ou ainda integrativa *ou* supletiva, preenchendo lacunas deixadas pelas normas constitucionais.

A CRFB/88 apresenta como característica a clareza no que tange seu compromisso com a dignidade humana, em consequência de um histórico recente da história brasileira tendo em vista que a carta foi elaborada num contexto de pós-ditadura e de abertura política, aliados ao profundo sentimento da necessidade de solidariedade entre os povos. Dessa maneira, iniciou-se um novo tempo de garantias individuais, fruto de muita luta contra abusos, até então ser promulgado esse texto.

Os direitos advindos da dignidade humana aderem à pessoa, independentemente de qualquer reconhecimento pela ordem jurídica; por isso podem ser oponíveis tanto ao Estado como à comunidade internacional e, ainda, aos demais indivíduos do grupo social.

Na visão de NOBRE JÚNIOR (2000, p. 04), respeitar a dignidade da pessoa humana, traz quatro importantes consequências: a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação e desrespeito à sua condição de pessoa, tal como se verifica nas hipóteses de risco de vida; c) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou imposição de condições sub humanas de vida. Adverte, com carradas de acerto, que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelos particulares.

Nesse diapasão, podemos trazer o pensamento de SARLET (2001, p.03), segundo o qual a Constituinte de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua e não meio da atividade estatal.

3. A SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

De acordo com a CRFB/88, em seu art. 196, a “Saúde é direito de todos e dever do Estado”. Dessa forma, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), que é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país.

Conforme dados do portal do Ministério da Saúde (BRASIL, 2018), no período anterior a CRFB/88, o sistema público de saúde prestava assistência apenas aos trabalhadores vinculados à Previdência Social, aproximadamente 30 milhões de pessoas com acesso aos serviços hospitalares, cabendo o atendimento aos demais cidadãos às entidades filantrópicas.

A criação do SUS proporcionou o acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação. A atenção integral à saúde, e não

somente os cuidados assistenciais, passou a ser um direito de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida (BRASIL,2018).

Após a CRFB/88 e com o advento da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, Lei Orgânica da Saúde, intensificam debates já existentes acerca do conceito. Nesse contexto, entende-se que saúde não se limita apenas a ausência de doença, considerando, sobretudo, como qualidade de vida, decorrente de outras políticas públicas que promovam a redução de desigualdades regionais e promovam desenvolvimentos econômico e social.

Dessa maneira, o SUS, em conjunto com as demais políticas, deve atuar na promoção da saúde, prevenção de ocorrência de agravos e recuperação dos doentes. A gestão das ações e dos serviços de saúde deve ser solidária e participativa entre os três entes da Federação: a União, os Estados e os Municípios.

A rede que compõem o SUS é ampla e abrange tanto ações, como serviços de saúde. Ela engloba a atenção básica, média e alta complexidades, os serviços urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica.

De acordo com dados constantes no portal do Ministério da saúde, ad princípios doutrinários dos sus referem-se aos ideais do Sistema Único de Saúde e é a partir deles que as estratégias de ação são pensadas. Assim, os princípios doutrinários são:

Universalidade: o Estado deve garantir que todos os cidadãos tenham acesso aos serviços de saúde oferecidos, independente de quaisquer características sociais ou pessoais – gênero, raça, profissão, entre outras.

Equidade: busca diminuir as desigualdades no atendimento e, ao contrário do que parece, significa o respeito às diferenças e às distintas necessidades dos pacientes. Seria “tratar desigualmente os desiguais”, focando esforços especiais onde há maior carência. Um exemplo disso é o direito ao atendimento preferencial de idosos acima dos 60 anos, devido à fragilidade de sua saúde;

Integralidade: políticas públicas, tais como educação e preservação ambiental, para assegurar a garantia de qualidade de vida à população.

Vale elencar também os princípios organizativos do SUS, os quais são maneiras de concretizar os ideais do SUS na prática:

Participação Popular: como já vimos, a população teve um papel importante no processo de elaboração do SUS. Justamente por isso, um dos princípios visa a garantir a continuidade dessa participação por meio da criação dos Conselhos e da realização das Conferências de Saúde. Tais espaços são destinados ao controle e avaliação das políticas de saúde, assim como à formulação de novas estratégias.

Descentralização e Comando Único: dispõe sobre a distribuição de poderes e responsabilidades entre os três níveis de governo (municipal, estadual e federal) de modo a oferecer um melhor serviço de saúde. No SUS, essa responsabilidade deve ser descentralizada até o [nível municipal](#), ou seja, o objetivo é que o município – por si só – tenha condições técnicas, gerenciais, administrativas e financeiras para oferecer os devidos serviços. O princípio da descentralização resulta em outro princípio: o do mando único. O mando único permite a soberania de cada esfera do governo para tomar decisões, desde que sejam respeitados os princípios gerais e a [participação social](#).

Regionalização e Hierarquização: é como o princípio da integralidade torna-se real, já que dentro de uma determinada área geográfica os serviços de saúde devem ser organizados conforme níveis crescentes de complexidade. Isso garante a articulação entre os serviços existentes dentro dessa região de forma a cobrir os diferentes graus de necessidade da população.

De acordo com ROCHA (1999, p. 43) A conceituação de saúde deve ser entendida como a concretização da sadia qualidade de vida, uma vida com dignidade, a ser continuamente afirmada, diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Por conseguinte, a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação de cidadania plena, e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988.

Em se tratando de direitos sociais, a saúde está inserida na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, que são intangíveis e irredutíveis e providos da garantia da suprema norma, o que torna inconstitucional qualquer ato que porventura tente restringi-la ou aboli-la.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional confere unidade de sentido, condicionando a interpretação

das normas junto aos direitos e garantias fundamentais, para o presente estudo, a saúde. Mas o que é certo é que o princípio da dignidade da pessoa humana tem um importante papel a cumprir, principalmente no caso dos direitos fundamentais sociais.” À medida que o princípio da dignidade da pessoa humana determina a proteção da integridade física e moral do ser humano percebe-se que o direito à saúde reflete concretizações diretas a tal princípio” (SILVA, 2014).

4. MORRER COM DIGNIDADE: DIFERENÇA ENTRE EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA, DISTANÁSIA E MISTANÁSIA

Prediz a Constituição Federal, em seu art. 5º, caput, que a inviolabilidade da vida é um dos direitos fundamentais do ser humano, pelo que, a todos é garantida a igualdade perante a lei, sem qualquer distinção.

Art. 5º, caput Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988)

Logo, sabendo que a vida é o maior bem que o ser humano pode ter, razão pela qual a CRFB ressalta sua inviolabilidade, o ordenamento jurídico brasileiro fixou diversas formas de proteção e garantia à vida desde o momento de sua concepção, tanto âmbito penal com a proibição do aborto, ou mesmo no âmbito civil, garantindo-se ao nascituro os alimentos gravídicos.

De início cabe conceituar a eutanásia que segundo VELOSO (2007, p. 381) “é a conduta de abreviar a morte, em virtude de compaixão, ante um paciente incurável, vítima de intensa dor física ou psíquica e com a iminente certeza de morte”.

Assim, consiste em adiantar a morte de um paciente em estado terminal ou sujeito a dores fortes, sofrimentos psicológicos e físicos que implicam e desejam uma morte suave e sem dor, evitando assim o prolongamento da vida que para esse paciente não faz mais sentido.

A prática da eutanásia é considerada no Brasil como homicídio, sendo também expressamente vedada no âmbito do Conselho Federal de

Medicina, por meio da Resolução nº 1.931/2009, conforme abaixo enunciado:

É vedado ao médico:

[...]

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

A medicina é uma das práticas humanas que colocam o profissional diante de seus mais íntimos conflitos, ou seja, em poucas atividades o indivíduo encontra-se tão incisivamente sujeito às pressões, de várias ordens, e ao desgaste profissional (Machado, 1997).

Ainda de acordo com MACHADO (1997) a peculiar face de agir, na maior parte das vezes, nas condições em que pulula a dor – momento em que se rompe o equilíbrio próprio à saúde –, faz do médico um profissional permanentemente confrontado com as indagações evocadas pelo sofrimento, em suas mais diferentes facetas.

De acordo com NEUKAMP (1937), a abreviação do momento da morte poderia ocorrer de distintas formas, em relação ao ato em si, de acordo com uma distinção já clássica, a saber:

1) eutanásia ativa, ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins humanitários (como no caso da utilização de uma injeção letal);

2) eutanásia passiva, quando a morte ocorre por omissão em se iniciar uma ação médica que garantiria a perpetuação da sobrevivida (por

exemplo, deixar de se acoplar um paciente em insuficiência respiratória ao ventilador artificial);

3) eutanásia de duplo efeito, quando a morte é acelerada como consequência de ações médicas não visando ao êxito letal, mas sim ao alívio do sofrimento de um paciente (por exemplo, emprego de uma dose de benzodiazepínico para minimizar a ansiedade e a angústia, gerando, secundariamente, depressão respiratória e óbito).

Por sua vez, a distanásia apresenta-se como uma situação inversa da encontrada na ortotanásia, sendo inclusive vedada, pois se caracteriza pelo prolongamento excessivo da vida de pessoas que se encontram em processo de morte, ferindo a dignidade dos pacientes e daqueles que com ele também sofrem, em geral, seus familiares. Nas palavras de Javier Gafo:

O prefixo grego dis teria o sentido de "deformação do processo de morte", de prolongamento, de dificuldade. Por isso, a palavra distanásia significaria o prolongamento exagerado do processo de morte de um paciente e seria quase uma crueldade terapêutica, porque provocaria uma morte cruel ao doente. [...] O prefixo grego orto daria o sentido de "morte digna". Ortotanásia tem o sentido da morte "a seu tempo", sem abreviar propositadamente nem prolongar desproporcionalmente o processo de morrer. Essa ortotanásia é diferente da eutanásia - na nova terminologia que propomos -no sentido em que não pretende pôr termo à vida de um paciente.

Já a mistanásia, é o termo que denomina a morte de milhares de pessoas "sem nenhuma assistência, deixadas à própria sorte, em lixões, embaixo de viadutos, pontes, ruas e, principalmente, nos hospitais com corredores lotados, com pacientes moribundos e abandonados pelo Estado e por todos" (ARTIN apud NÒBREGA FILHO, 2016).

O termo foi criado por Martin (1998, p. 174) para destacar a impropriedade do uso corrente da expressão eutanásia social. Para o autor, a

eutanásia, tanto em sua origem etimológica como em sua intenção, pretende ser um ato de misericórdia, quer propiciar ao doente que está sofrendo uma morte boa, suave e indolor. As situações a que se referem os termos eutanásia social e mistanásia, porém, não têm nada de boas, suaves, nem indolores.

5. A MISTANÁSIA, O SUS E A DESIGUALDADE SOCIAL

Diariamente, é comum vermos os noticiários divulgando casos em que o cidadão, ao procurar os serviços básicos de saúde, em postos ou hospitais, depara-se com negativas ou mesmo omissão em seu atendimento, essa conduta quando não gera a morte, provoca danos muitas vezes irreversíveis àqueles que buscaram tal serviço.

A CRFB de 88 prevê, em seu art. 196, caput, que “a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”. Dessa maneira, estabelece, sobretudo que o acesso à saúde deve ser universal e igualitário.

Entretanto, alerta LAVOR (2018) que em que pese a norma constitucional estabelecer de forma expressa o direito à saúde e a facilitação de seu acesso a todos os indivíduos, não raras vezes, observamos a inauguração de hospitais sem o mínimo de infraestrutura para a demanda exposta, a existência de elevado número de profissionais da saúde mal remunerados e com sobrecarga de trabalho, a ausência de leitos para cidadãos que aguardam atendimento nos nosocômios públicos, além dos incontáveis pleitos de liminares judiciais a fim de que haja uma mínima tutela à vida, exemplos da omissão estatal em uma área fundamental, a saúde.

Ainda segundo LAVOR (2018) as denúncias que emanam de órgãos de fiscalização não param, especialmente dos Conselhos de Medicina, as quais, além de apresentarem a realidade dramática e cruel vivenciada pelas pessoas carentes doentes e o tratamento nada digno que lhes é ofertado pelo Estado, mostram a precariedade dos serviços experimentada pelos profissionais da saúde que laboram junto à rede pública, prestando serviços à exaustão física e psicológica, diante da falta de estrutura dos locais de trabalho.

Esses profissionais diante do quadro de caos de muitos hospitais e postos de saúde do Brasil, chegam ao ponto de se tornarem verdadeiros “juízes” do destino da vida de pessoas, tendo que optar qual vida salvar, infelizmente atribuindo a prevalência de uma vida sobre a outra, situação em que se verifica a mistanásia.

Ainda conforme o entendimento de LAVOR (2018) a mistanásia alcança sobremaneira aqueles que, em virtude de carência de recursos, sequer têm acesso aos serviços médicos básicos, restando sua prática em evidente violação a um dos fundamentos da República, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana por parte do Estado. A morte prematura de pessoas por ausência de um tratamento digno, lamentavelmente, acaba sendo banalizada.

Mesmo diante da pressão da mídia e ao mostrar o descaso por parte dos entes públicos responsáveis pela, além das ações promovidas pelo Ministério Público, Defensoria Pública, bem como das decisões do Poder Judiciário, percebe-se que o Estado mantendo-se inoperante frente as demandas de pessoas carentes, permanecendo numa postura de “desprezar” os indivíduos que clamam, há décadas, por um tratamento minimamente digno, optando por justificar sua omissão com base na reserva do possível e olvidando do mínimo existencial.

De acordo com HÄRBELE (2003), o mínimo existencial possui, assim, uma relação com a dignidade humana e com o próprio Estado Democrático de Direito, no comprometimento que este deve ter pela concretização da ideia de justiça social. Essa teoria não pode ser utilizada como forma de justificar, apenas com singelas alegações, a omissão do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais tendo em vista que essa surgiu em um contexto socioeconômico completamente diverso do brasileiro e seu critério norteador jamais foi exclusivamente o econômico, mas a razoabilidade e a proporcionalidade na realização de políticas públicas pleiteadas pela sociedade, razão pela qual é totalmente inaplicável em nossa realidade.

A mistanásia, prática vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, vai muito além de insuficiência financeira do Estado, ela é o resultado de um

mau e cruel relacionamento humano, diante de um quadro de banalização da morte, mormente das mais carentes social e financeiramente, atingindo-se um processo de coisificação do indivíduo, em que sua vida não apresenta a devida relevância nem para o Estado, nem para a sociedade.

Dessa maneira, a ineficiência do Estado no âmbito da saúde pública resulta na institucionalização de um processo contínuo de mortes prematuras e desarrazoadas, as quais poderiam ser evitadas com os devidos cuidados médicos LAVOR (2018).

Assim, ainda segundo LAVOR (2018) para justificar as mortes por falta de um tratamento digno, o Estado utiliza-se da suposta impossibilidade financeira de arcar com os custos decorrentes de insumos, pessoal e tratamentos hospitalares.

Contudo, observamos que tal tentativa de repelir sua responsabilidade constitucional se apresenta inverossímil, porquanto notamos que vultuosos valores são alocados em despesas que não possuem prioridade frente a vida humana, como é o caso de gastos com publicidade institucional.

E por fim, desse modo, torna-se imperiosa a mudança de postura gerencial de recursos públicos pelo Estado, a fim de que as pessoas que recorrem ao Sistema Único de Saúde não sejam vítimas da mistanásia, sobretudo por entender que, além de afetar a dignidade dos pacientes, atinge severamente os próprios profissionais da saúde em sua dignidade pessoal e profissional, já que submetidos a ambientes laborais com alto nível de estresse, bem como compelidos a optar por qual vida salvar, ante a ausência da estrutura material necessária.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível constatar a partir desse estudo que a mistanásia, como o fenômeno social perverso que é, corrói o delicado liame entre a dignidade humana, a cidadania e o respeito aos direitos fundamentais. Consiste num terrível e extemporâneo contraponto aos ideais históricos da humanidade, de liberdade, de igualdade e de fraternidade.

Por outro lado, o problema da mistanásia é como se fosse a ponta de um iceberg, ou seja, é a parte visível de problemas estruturais muito

maiores, é a consequência deles. A Magna Carta positivou os direitos e garantias fundamentais, consagrando a dignidade da pessoa humana como fio condutor de todo o ordenamento jurídico.

A legislação infraconstitucional segue o mesmo norte, compatibilizando-se com a doutrina moderna, fruto de um longo processo sócio-histórico e alicerçada nas longas e árduas lutas da humanidade em defesa do reconhecimento de seus direitos. Mas a letra da lei não promove, por si só, a transformação da realidade social. Peca por sua ineficácia.

Por triste ironia, a Constituição cidadã não garante a formação de cidadãos. Urge uma reforma política do Estado que priorize a participação efetiva do povo na construção de uma democracia efetiva. Um Estado democrático realmente de direito, em que floresça uma cultura de intolerância à corrupção, aos desvios de verbas e à malversação dos recursos públicos.

É urgente a proposição e adoção de políticas públicas adequadas e consistentes, que promovam e garantam condições dignas de saúde, moradia, previdência e bem estar social. Urge o resgate da confiança dos cidadãos e a garantia de acesso de toda a população a uma justiça ágil, efetiva, eficiente e eficaz, gratuita ou, ao menos, não excludente.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTIN, Leonard M. apud NÓBREGA FILHO, Francisco Seráfico Ferraz da. **Eutanásia e dignidade da pessoa humana: uma abordagem jurídico-penal.** Disponível em: <http://www.cj.ufpb.br/pos/contents/pdf/bibliovirtual/dissertacoes-2008/_eutanasia-e-dignidade-da-pessoa-humana-uma-abordagem-juridico-penal.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab>. Acesso em 01/10/2018.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal.** São Pulo: Sugestões Literárias, 1994.

GAFO, Javier. apud SANTOS, Jozabed Ribeiro dos; DUARTE, Hugo Garcez. **Eutanásia: o direito de morrer à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 148, maio 2016. Disponível em: . Acesso em 29/09/2018.

Häberle, Peter. **El Estado Constitucional.** Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003..

MENDONÇA, Márcia Helena; SILVA, Marco Antônio Monteiro da. **Vida, dignidade e morte: cidadania e mistanásia.** Disponível em:

<<file:///C:/Users/chelp/Downloads/150-633-1-SM.pdf>>. Acesso em: 30/09/2018.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Juris Síntese, 2000.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito de Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Ltr, 1999.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Vida Digna: Direito, Ética e Ciência**. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004,

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NOTAS:

^[1] Doutor em Direito Privado pela PUC MINAS. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela PUC GOIÁS. Especialista em Direito Processual pela UNAMA. MBA em Gestão Pública pela UNITINS. E-mail: fabio.barbosa@catolica-to.edu.br

^[2] Por falta de um remédio; por falta de leitos em um hospital; por falta de uma máquina de realizar exames de tomografia, por exemplo.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E VOTO FACULTATIVO

BENEDITO CARLOS COSTA SANTOS FILHO:

Graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina- PE- FACAPE.

WÂNIA JAGUARACY DE SENA MEDRADO

(Orientadora)¹

RESUMO: A pesquisa aqui pretendida traz o enfoque histórico-cultural das mais variadas formas da organização eleitoral em nosso país, demonstrando a evolução democrática do que se denomina atualmente sufrágio universal e os seus reflexos sociais em relação a inclusão ativa dos hipossuficientes no sistema participativo eleitoral. A modificação da organização social relacionado às formas de votos e os requisitos para participação política será um dos objetivos deste trabalho, perfazendo uma crítica sobre as possíveis evoluções do indivíduo e a político que o rodeia. Também será demonstrado, no decorrer deste trabalho, segundo a ótica da doutrina nacional, os pontos positivos e negativos do voto obrigatório e facultativo. Observando-se esses pontos, submetido a uma análise crítica construtiva, verificar-se-á possíveis consequências, salutaras e prejudiciais, para a manutenção e enriquecimento da Democracia. Também será alvo desta pesquisa a possibilidade de aplicação do sistema eleitoral dos países mais desenvolvidos no que se refere ao modelo de voto, compulsório ou facultativo, em nosso país e seus possíveis resultados para a nossa organização e regime de governo. Depois dessas análises, serão expostos os argumentos a favor e contra da mudança do tipo de voto, modificando do

¹Wania Jaguaracy de Sena Medrado: Professora Especialista em Direito Empresarial pela Pontifca Universidade Católica de Minas Gerais. waniamedrado@gmail.com

obrigatório para o facultativo, bem como o saldo final da implantação do voto facultativo no sistema eleitoral pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: democracia, história, cultura, sufrágio, voto, obrigatório, facultativo, consequências.

ABSTRACT: The research sought here brings the historical-cultural approach of the most varied forms of electoral organization in our country, demonstrating the democratic evolution of what is now known as universal suffrage and its social reflexions in relation to the active inclusion of the under-achievers in the electoral participatory system. The modification of the social organization related to the forms of votes and the requisites for political participation will be one of the objectives of this work, being a critique on the possible evolutions of the individual and the political that surrounds him. It will also be demonstrated, in the course of this work, from the point of view of national doctrine, the positive and negative points of compulsory and optional voting. Observing these points, submitted to a constructive critical analysis, there will be possible salutary and harmful consequences for the maintenance and enrichment of Democracy. It will also be the subject of this research the possibility of applying the electoral system of the most developed countries with regard to the model of voting, compulsory or optional, in our country and its possible results for our organization and government regime. After these analyzes, the arguments for and against the change in the type of vote will be presented, changing from the mandatory to the facultative, as well as the final balance of the implantation of the facultative voto in the electoral electoral system.

KEYWORDS: democracy, history, culture, suffrage, vote, compulsory, optional, consequences.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução Histórico-Cultural Do Voto No Brasil; 2 Estado Democrático De Direito E Sufrágio Universal; 2.1 Princípio Da

Segurança Jurídica; 3 Exercício Do Voto; 3.1 Defesa Do Voto Obrigatório; 3.2 Defesa Do Voto Facultativo; 4 Conclusão; Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país relativamente jovem, quando comparamos a outros países mais desenvolvidos, principalmente os Europeus. Mais jovem ainda é o nosso Regime de Governo, que trouxe uma face mais democrática no direito ao voto. Ao longo da história registrada pelo material didático e científico, a República Federativa do Brasil passou por inúmeras fases econômica e, por consequência, política, das quais a organização da sociedade em relação ao regime de governo a que ela estava submetida teve significativas mudanças para o indivíduo.

Dependendo do momento em que o país se encontrava, da forma de governo, dos interesses, e de outros fatores secundários, o voto era organizado de formas diferentes. Em sua grande maioria, este direito não se mostrou democrático, marginalizando o setor plebeu da decisão da organização política e estatal, fazendo com que se refletisse na sociedade, dentre outros motivos, a promoção da desigualdade social. Esta desigualdade nas camadas da sociedade é justificada quando a maioria da população, ou seja, a de baixa renda, não tinha representantes nos poderes.

No início da organização política do país, o voto era reservado para uma pequena parcela da população, ou seja, para os mais afortunados, para aqueles que possuíam bens e capital. Consequência dessa espécie de voto era a ascensão de Representantes das camadas mais ricas, representando os interesses políticos e sociais dessa classe social.

A Constituição Cidadã de 1988 dispõe em seu parágrafo único do art. 1º que *"todo poder emana do povo, que o exerce por meio de*

representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", porém, como foi exposto no parágrafo anterior desta introdução, seria impossível reproduzir de fato este mandamento se o voto não evoluísse para critérios democráticos, fazendo com que o indivíduo, independente de posição social, pudesse participar ativamente no futuro do país por meio do seu direito ao voto.

Partindo de uma análise doutrinária, embasada em uma pesquisa bibliográfica sob o método dogmático a partir de Ferraz Junior (2018, p. 10), elencados na verticalização do Positivismo Jurídico Kelseniano, tal pesquisa busca analisar a fundamentação e os pressupostos legais da possibilidade do voto facultativo. Nos decorrerres dos capítulos serão desenvolvidas análises e construções científicas, com base na literatura nacional, para verificar a relação dos Princípios Constitucionais, direitos, garantias e segurança jurídica do cenário político, bem como os contrapontos positivos e negativos do voto obrigatório e facultativo

Depois dessa iniciação ao tema, basta fazermos algumas perguntas: esse direito adquirido ao longo dos anos é realmente um direito ou uma obrigatoriedade? O critério dessa obrigatoriedade retira a natureza de direito que o voto possui, segundo a Constituição Federal de 1988? Qual seria a ofensa aos princípios constitucionais se este voto não mais fosse obrigatório, mas sim facultativo? Quais seriam as possíveis consequências da implementação do voto facultativo em nossa organização política?

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CULTURAL DO VOTO NO BRASIL

Antes mesmo de se verificar o aspecto histórico do voto no Brasil, para auxiliar a análise das possíveis evoluções que o cenário social e político sofreu ao longo do tempo, salutar é entender os ensinamentos do que é

lecionado sobre Estado Democrático de Direitos, que será tratado com mais ênfase em capítulo específico deste trabalho.

Segundo disciplina Dallari (1998, p.14), dentre outros aspectos e pilares, o voto é um grande desdobramento e característica desse Estado Democrático de Direitos, sendo a supremacia da vontade popular a garantia de que o poder emana do povo, conforme preconiza o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988. Ainda sobre o pensamento do autor supramencionado, este desdobramento caracterizador desse Estado Democrático de Direitos também é uma expressão do conceito de cidadania, que tira o indivíduo da margem da sociedade, trazendo-o para a participação ativo das decisões Estatais.

Mas nem sempre foi assim tão democrático o voto, ferramenta que garante o exercício do direito ao Sufrágio Universal. Os critérios que garantia ao indivíduo o direito ao voto eram totalmente diferentes conforme a época em que se encontrava.

O Brasil, desde o seu descobrimento no ano de 1500, passou por vários momentos históricos que determinaram a forma com que o sufrágio universal se apresentou. Dependendo do momento e do regime de governo em que o país se encontrava, o direito ao voto se apresentava de forma diferente.

Porém, as primeiras demonstrações do que se pode verificar de uma organização eleitoral aconteceram a partir do ano de 1822, pois foi no período do primeiro império que o Imperador Dom João VI convocou o Brasil para a escolhas de deputados para compor a Corte da Capital do Império, Lisboa (LINHARES, 2002, p. 28).

Neste mesmo exato momento supramencionado, o formato das eleições, sejam internas ou que diziam respeito a Lisboa, era totalmente

diferente do que é atualmente: voto descoberto e oral, como forma de controle ou “cabresto”, os analfabetos podiam votar e correspondiam a quase 80% da população. Primeiro se escolhia a população que iria votar, depois se escolhia quem poderia participar do pleito, ou seja, aqueles que teriam direito de serem votados. Os senadores eram escolhidos pelo imperador por uma lista tríplice. Eram considerados eleitores somente os indivíduos do sexo masculino, maiores de 25 anos e que tivessem uma renda líquida anual de 100 mil réis. Os eleitores do 2º escrutínio teriam de ter todos esses requisitos, mais uma renda de 200 mil réis (CHAIA, 1989, p. 01).

Segundo pode ser extraído da citação do autor retro mencionado, apesar de ser possível o voto de analfabetos, estes eram utilizados de massa de manobra para a escolha de representantes que funcionaria como procuradores das classes economicamente mais favoráveis. Bem como, nesse período imperial do Brasil, existia um controle assíduo em relação ao voto dos indivíduos.

Depois desse período e desse formato eleitoral, no ano de 1881, ainda no Brasil Imperial, houve mudanças quanto ao modelo e forma da organização eleitoral, especificamente ao direito do voto. Novas regras foram impostas como: o pagamento não mais de 100 mil réis, mas 200 mil réis, dificultando ainda mais o acesso ao direito de votar.

Existia um raciocínio e um estabelecimento da relação de que só existia capacidade e interesse em mudança e crescimento do país aqueles que possuíam certa quantidade de dinheiro e posses. Segundo esse pensamento em relação ao voto censitário, somente a elite econômica tinha a capacidade de tomar decisões ideais para a nação.

Depois dessa fase imperial, que nada guardou relação com o Estado Democrático de Direitos, as primeiras modificações no período Republicano ocorreram no ano de 1932, momento em que foi permitido o alistamento

eleitoral de forma voluntária e por iniciativa do cidadão, que deveria comparecer ao cartório eleitoral para se alistar ou de forma obrigatória e ex-officio, que, de acordo com a legislação eleitoral da época, os chefes das repartições públicas dos Entes eram obrigados a enviar, aos cartórios eleitorais, a relação dos seus funcionários, para efeitos de inscrição eleitoral. Foi a primeira vez que foram estabelecidas sanções caso essa última inscrição não acontecesse. Foi o nascimento do que entendemos atualmente como voto obrigatório.

A Constituição Federal de 1934 trouxe uma novidade quanto às regras para poder votar, que foi a alteração do patamar mínimo para o exercício do sufrágio universal. Para essa Constituição, a idade mínima passaria de 21 anos para 18 anos de idade. Também estabeleceu o sistema proporcional em relação as eleições a deputados.

Segundo Castro (2007, p. 89), a experiência democrática dos anos 30 foi interrompida pelo que a história denomina Golpe de 1937, em que houve a proibição dos partidos políticos funcionarem, houve a suspensão de todas as eleições e o fechamento do Congresso Nacional. Por mais de 10 anos (entre outubro de 1934 e dezembro de 1945) as eleições foram suspensas no país.

Conforme dispõe Linhares (2002, p.189), no ano de 1945 houve as primeiras eleições que aconteceram sem o registro de fraudes, o que era uma grande evolução no sistema eleitoral, pois os anos eleitorais que antecederam tal acontecimento foram marcados de grandes manipulações e controle das urnas.

A Carta Magna de 1946, reformulou mais uma vez o cenário sistemático eleitoral, confirmando o direito de voto para os alfabetizados maiores de 18 anos e, mais uma vez a obrigatoriedade de alistamento e de

voto. O Chefe do Executivo Federal e o seu vice eram eleitos simultaneamente por maioria simples, mas em pleitos independentes.

No ano de 1950 foi promulgado o Código Eleitoral, no qual foi disposto algumas outras regras eleitorais, tais quais poderemos elencar as seguintes: o alistamento *ex-officio* não era mais obrigatório, agora, o alistamento ocorria apenas por voluntariedade do eleitor: todo cidadão alfabetizado e maior de 18 anos era obrigado a ir até o cartório eleitoral para tirar o título de eleitor. Também houve inovação quanto a distribuição de cadeiras dos partidos políticos nas eleições da Câmara dos Deputados.

Importante observação deve ser feita em relação ao período compreendido entre 1946 e 1964. Nesses quase 10 anos o direito ao voto dos analfabetos foi tolhido, gerando um grande impacto na participação eleitoral. Menciona-se esse fato, pois, a população alfabetizada entre as décadas de 40 e 60 representava uma média aproximada de 43% da população, fazendo com que a participação e a ida as urnas fossem bastante defasada (CASTRO, 2002, p.147).

Já o período compreendido entre 1964 a 1985, segundo dispõe os registros do autor Nicolau (2002, p.118), foi marcado por várias regras eleitorais que se desvinculavam ao que se entende com democrático. Outras regras, a contrário entendimento do que o regime militar impôs para o sistema eleitoral, por meio do novo Código Eleitoral de 1965, com a inclusão participativa dos analfabetos no cenário eleitoral, foi um grande avanço democrático nos ditames eleitorais. Apesar de ganharem a capacidade eleitoral ativa, ou seja, de poderem votar, tal como é atualmente na Constituição de 1988 não obtiveram a capacidade eleitoral passiva, a de poder ser votado.

Por último acontecimento histórico ligado a este tema, o direito ao voto e o sistema eleitoral, a redemocratização foi momento que antecipou a

promulgação da Constituição Cidadã de 1988, trazendo novas regras e princípios que norteiam os direitos individuais e eleitorais, fazendo com que normas infraconstitucionais, conforme entendimento extraído de Hans Kelsen, devem obediência a este Princípios Constitucionais.

Mesmo sendo democrática e cidadã, esta Constituição determinou o caráter obrigatório do voto, com as demais disposições: voto permitido e facultativo aos analfabetos, facultativo também para os maiores de 70 anos e os que tiverem entre 16 e 18 anos, voto direto e secreto, sendo permitido o alistamento eleitoral para os nacionais, natos ou naturalizados, dentre outras regras estabelecidas ao longo da Constituição Federal de 1988.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O SUFRÁGIO UNIVERSAL

Segundo pode ser extraído dos ensinamentos de Silva (2006, p.42), o Estado Democrático de Direito é a junção de dois pilares, o Estado Democrático e o Estado de Direito. Enquanto aquele dispõe conceitos com relação de valores (liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana), sendo um conceito mais abrangente e extensivo, este significa a organização de um Estado norteado pelas regras que Ele mesmo criou.

Segundo o entendimento supramencionado, o Estado Democrático de Direito, criado de acordo com os parâmetros dos dois pilares mencionados acima, expressa a posição organizacional de um Estado que, dentre vários conceitos principiológicos, de que ao mesmo tempo em que garante direitos e garantias democráticas para o indivíduo, também deve obediência às próprias normas que o povo permitiu que entrassem em vigor no país.

Outro autor a lecionar sobre este tema é Alexandre de Moraes que em sua Obra Direito Constitucional leciona exatamente da seguinte forma:

“O Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado, por exemplo, no caput do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, para mais adiante, em seu art. 14, proclamar que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular”. (MORAES, 2012, p. 6)

Conforme pode ser extraído dos ensinamentos do autor citado, o Estado Democrático de Direito, dentre vários outros pilares que poderia ser trazido por este artigo, porém, com o objetivo de obediência à pertinência temática, que todo o Sufrágio Universal mencionado pela citação acima traz todos os mecanismos garantidores desse direito absolutamente democrático que temos na atualidade. Ou seja, além do voto, outros mecanismos garantem a participação direta do indivíduo na vida e questões públicas, demonstrando-se a natureza política que está enraizada no interior do cidadão,

Segundo dispõe o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988, o poder emana do povo, e este poder deve ser expressado, em regra, pelos representantes eleitos pelo voto popular. Por meio desses representantes eleitos, principalmente no que se refere ao Poder Legislativo, o povo pode externar suas vontades, suas leis.

Diferente de um Estado absolutista ou de caráter Déspota, o Estado Democrático de Direito, quando o povo exerce o seu poder constitucional por meio desse Poder Legislativo, deve total obediência as essas disposições legais nascidas por esta via indiretamente popular.

Ainda sob os fundamentos do Professor José Afonso da Silva, a caracterização e configuração do Estado Democrático de Direito se apresenta da seguinte forma:

“A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático. Consiste na verdade na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionários do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui no Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando”. (SILVA, 2006, P. 62)

Segundo o doutrinador constitucional supramencionado, o Estado Democrático de Direito, expressamente criado e citado na Constituição Federal de 1988, traz um conceito criador, desde o seu nascimento Estatal, uma nova ordem, um novo Estado, preconizado efetivamente por interesses e objetivos voltados à proteção e garantias de direitos imprescritíveis e inalienáveis, levando-se em conta alguns Princípios Imutáveis, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Sobre este último princípio mencionado no parágrafo anterior, Celso Ribeiro de Bastos, em sua Obra “Curso de Direito Constitucional”, dispõe da seguinte forma:

“Embora dignidade tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico. Por outro lado, o termo “dignidade da pessoa” visa a condenar as práticas como a tortura, sob todas as suas modalidades, o racismo e outras humilhações tão comuns no dia-a-dia de nosso país”. (BASTOS, 2002, P.248)

A preocupação do Constituinte em garantir uma vida digna aos indivíduos passa por vários fatores, a garantia de segurança, saúde, respeito individual do Estado para com o administrado, a garantia de emprego e salário justo, dentre vários outros aspectos materiais possíveis. Dentre estes e outros, a garantia da participação do indivíduo na política e na decisão sobre o futuro da nação, o voto, sem critérios condicionantes econômicos ou sociais, é um mecanismo proveniente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sem dúvidas.

Segundo este Princípio, quando se promove, mesmo que tardiamente, o direito dos analfabetos, das mulheres e dos hipossuficientes economicamente a participação política, garante-se dignidade e respeito ao ser humano. Proveniente desse raciocínio é a garantia de que o voto terá o mesmo valor pessoa por pessoa, expressando o ideal de Igualdade entre os indivíduos.

Com base nessa celeuma, norteado pelos Princípios de Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana, o art. 14 da Constituição Federal de 1988 dispõe que "*a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante...*", trazendo um caráter protetivo de grande importância para a formação de um Estado norteado por critérios democráticos.

Basta agora entendermos o que seria esse Sufrágio Universal. Segundo Lenza (2012, p. 1.128), é o direito de votar e ser votado, sendo o voto o mecanismo pelo qual se pode exercitar esse direito.

Conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, é necessário, para poder exercer esse direito ao Sufrágio Universal, que o indivíduo esteja na condição de "cidadão". Segundo a Carta Magna, para que o indivíduo seja considerado cidadão, é o nacional que se encontra em pleno gozo dos seus

direitos políticos, podendo assim dispor, dentre outros e sob algumas condições, da capacidade eleitoral passiva e ativa.

Segundo orientação doutrinária do professor Dalmo Dallari, em sua obra "Direito Humanos e Cidadania", o conceito de cidadania é a seguinte:

"A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social". (DALLARI, 1998, P. 14)

Ou seja, o que torna o indivíduo cidadão e evita a marginalização política deste indivíduo é a plenitude dos seus direitos políticos, tendo a capacidade eleitoral ativa e passiva protegidos.

Considerando tais premissas, o Sufrágio Universal é um dos principais sucedâneos e demonstração do Estado Democrático de Direito, trazendo o indivíduo para um status de cidadão, antes ausente da participação política do seu país, promovendo a cidadania para os administrados.

O voto, citado pela doutrina nacional como o doutrinador Pedro Lenza, é o mecanismo, a ferramenta por meio da qual se expressa o direito inalienável do Sufrágio estabelecido na Constituição Cidadã.

Atualmente, este mecanismo, normalmente é obrigatório. O art. 14, no seu § 1º da CF/88 dispõe da seguinte forma:

§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I - _ para os maiores de dezoito anos;

II - Facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Fora alguns grupos específicos da sociedade, em regra, o voto é obrigatório para a maioria. Este caráter obrigatório poderia ser considerado

para alguns como sendo ponto de colisão entre o direito em destaque (sufrágio e o seu mecanismo de exercício) e os Princípios até aqui expostos. Questionamentos são levantados segundo os critérios democráticos sobre essa característica obrigatória do voto. Poderia ser questionado a possibilidade de o voto perder o status "direito", sendo ao mesmo tempo uma obrigação.

O caráter de direito poderia ser compreendido da seguinte forma: só constitui um direito se o detentor desse direito puder o exercer ou não, sem ser compelido a consequências pelo seu não exercício.

Segundo orientação doutrinária de Lenza (2009, p. 671), "*os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional*", não se referindo ao questionamento supramencionado no parágrafo anterior. O fato de sofrer sanção ou não pelo não exercício desse direito, conforme orientação do doutrinador citado, não retira o seu caráter e seu status de "direito".

Importante, dentro desta celeuma, deixar claro que não se pode confundir os conceitos de direitos e garantias individuais. Aqueles dizem respeito ao direito em si, inerente ao indivíduo, sendo disposto de Constituição como formalmente direitos. Por sua vez, as garantias individuais, segundo Moraes (2013, p. 46) são os mecanismos para efetivarem o exercício do direito estabelecido na Constituição. Exemplo disso seria o Habeas Corpus, ação constitucional (mecanismo) garantidor do exercício da liberdade. Com base nessas premissas, pode-se entender que o voto é uma garantia fundamental para se garantir o direito ao Sufrágio Universal. Essas implementações de garantias dentro da Carta Magna é mais uma manifestação do Estado Democrático de Direito.

Basta, depois destes apontamentos, expor as possíveis consequências de o voto permanecer em caráter obrigatório e as

consequências de se implantar o voto facultativo no Brasil, fazendo uma relação com o Princípio da Segurança Jurídica do cenário político nacional.

2.1 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Em relação a este Princípio, é fato afirmar que a doutrina nacional traz vários conceitos sobre o tema, sendo um conceito um tanto quanto amplo. Porém, fazendo menção a Constituição Federal de 1988, o art. 5º inciso XXXVI dispõe que *"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"*, trazendo uma segurança para os indivíduos e para o próprio Estado.

Segundo André Ramos Tavares, o Princípio da Segurança Jurídica é formada pela composição estrutural de três elementos:

"a) a necessidade de certeza, de conhecimento do Direito vigente e de acesso ao conteúdo desse Direito; b) a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados; e c) a estabilidade da ordem jurídica. A estabilidade mínima da ordem jurídica consiste em cláusulas pétreas, decorrente da dificuldade de alteração das normas constitucionais; e em limitações materiais impostas ao legislador e às demais fontes do Direito". (TAVARES, 2009, p. 728)

Este Princípio tem o condão de levantar um ponto considerável, antes mesmo de apontar a possibilidade de implementação do voto facultativo, em relação à segurança jurídica não do cidadão em si e seus direitos, mas da estabilidade ou instabilidade política do país.

O conceito de segurança jurídica, como foi mencionado no início deste capítulo, é deveras amplo e desconstituído de definição reta e determinada. No que se refere a este artigo, propõem-se a possibilidade de manutenção ou não da estabilidade política estatal em face da possibilidade de implantação do voto facultativo.

O que se argumenta e o que se questiona é a possibilidade de o nacional ter ou não consciência de se fazer presente no cenário político, especificamente no momento de exercer o seu Sufrágio Universal, especialmente na questão de ir às urnas para decidir o futuro do País.

Com base no questionamento levantado no parágrafo anterior, surge o receio de que a Segurança Jurídica da Organização Política ficar ou não ameaçada se for implementada a forma do voto facultativo para todos.

Decorrência lógico-jurídica deste receio supramencionado são os possíveis resultados da implementação do voto facultativo, ou seja, a possibilidade de grande número de abstenções nas urnas e, havendo esta hipótese, os possíveis prejuízos para o andamento das eleições.

A priori, se houver grande abstenção dos cidadãos em relação ao voto, segundo o que dispõe o Código Eleitoral vigente, nenhum prejuízo procedimental poderá ocorrer, nem ao menos existe a possibilidade de anulação das eleições por conta dessa abstenção. O que pode levar a um equívoco é o que dispõe o art. 224 do Código Eleitoral de 1965, vejamos:

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

Este dispositivo se refere ao ato de nulidade, que deve ser confirmado por decisão judicial, levando ao entendimento equivocado de que se mais de 50% do eleitorado se utilizar do direito de anular o seu voto poderá gerar a nulidade das eleições, o que é um mito. Uma situação é o ato de anular nas urnas o próprio voto, ou situação são os casos de nulidade eleitoral. Vejamos os casos de nulidade eleitoral:

Art. 220. É nula a votação:

I - Quando feita perante mesa não nomeada pelo juiz eleitoral, ou constituída com ofensa à letra da lei;

II - Quando efetuada em folhas de votação falsas;

III - Quando realizada em dia, hora, ou local diferentes do designado ou encerrada antes das 17 horas;

IV - Quando preterida formalidade essencial do sigilo dos sufrágios.

V - Quando a seção eleitoral tiver sido localizada com infração do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 135.

Em momento nenhum, o dispositivo supramencionado traz as situações de anulação das eleições ou pelo fato de abstenção de mais de 50% do eleitorado ou de mais de 50% dos eleitores anularem na urna os seus votos. Portanto, analisando a Segurança Jurídica Política, independentemente de a população brasileira ter cultura ou não para entender a importância da participação nas decisões políticas, nenhuma consequência danosa aconteceria, segundo o que pode ser extraído da Reserva Legal do Código Eleitoral de 1965.

Este, antecipando o capítulo das vantagens e desvantagens de cada tipo de voto, obrigatório e facultativo, é um indicativo de que sendo facultativo, a princípio, nenhum bem jurídico maior ficaria submetido a qualquer tipo de prejuízo. Mas, por questão de cautela, é salutar que não haja conclusões precipitadas a cerca deste tema.

3. EXERCÍCIO DO VOTO (DIREITO, GARANTIA OU DEVER)

Em momento oportuno, o tema foi iniciado com os seus preceitos estabelecidos com base na doutrina citada, porém, este capítulo traz um enfoque um pouco mais aprofundado sobre o tema.

Ao longo da história do Brasil, conforme capítulo primeiro deste trabalho, verificou-se que o voto passou por profundas mudanças, tendo sido alvo de grandes lutas e conquistas.

Mulheres, analfabetos e pessoas de baixa renda tiveram o seu “direito” garantido de poder participar das decisões políticas em seu país, podendo colocar nos poderes legislativos e executivos pessoas que representariam os seus anseios. Não foi por acaso que a palavra direito foi mencionada entre aspas, pois, segundo o que já foi referendado em momento pretérito deste artigo, o voto é o mecanismo, ou melhor, é considerado pela doutrina dominante como sendo uma garantia individual, pela qual se exerce o direito do Sufrágio Universal.

Porém, segundo o que estipula a Constituição, tal ferramenta não se expressa somente como uma garantia, mas também um dever cívico, sendo de caráter obrigatório em regra. Além da Constituição preconizar tal característica, o Código Eleitoral, no ano de 1965 já trazia esta regra, sendo somente recepcionada pela Carta Magna de 1988. Tal regra está disciplinada no art. 82 deste Código Eleitoral de 1965 dispendo que *“o sufrágio é universal e direto; o voto, obrigatório e secreto”*.

Este mesmo Código trazia um rol mais amplo para a obrigatoriedade e facultatividade do voto. Vejamos:

Art. 6º O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de um e outro sexo, salvo:

I - Quanto ao alistamento:

- a) os inválidos;*
- b) os maiores de setenta anos;*
- c) os que se encontrem fora do país.*

II - Quanto ao voto:

- a) os enfermos;*
- b) os que se encontrem fora do seu domicílio;*
- c) os funcionários civis e os militares, em serviço que os impossibilite de votar.*

Deve-se fazer um comparativo destes dispositivos com os dispositivos elencados na Constituição Federal. Segundo regras de aplicação de lei no tempo, o que deve ser observado é o instituto jurídico da Recepção

Constitucional. A Constituição Federal de 1988 dispõe que o alistamento é facultativo para analfabetos, maiores de 70 anos e os que tiverem idade entre 16 e 18 anos.

Quantos aos enfermos que não puderem se locomover ou expressar sua opinião e funcionários civis ou militares que estejam em serviço no dia da votação, mesmo não sendo reproduzido na CF/88, podem votar, mas não são obrigados.

Pela característica obrigatória, em regra, o voto expressa um dever, sendo aplicados àqueles que não votarem sem justificativa, sanção administrativa. Segundo regras eleitorais, aqueles que se absterem do exercício do voto, não tendo justificado no local em que se encontrem, devem pagar uma multa à Justiça Eleitoral. Segundo o Superior Tribunal de Justiça o eleitor que não votar ou não se justificar deve pagar uma multa de R\$ 3,51 (três reais e cinquenta e um reais) por cada turno que não compareceu as urnas.

3.1 DEFESA DO VOTO OBRIGATÓRIO

Segundo pesquisa elaborada pelo Data Folha no ano de 2010, podendo ser verificado na URL <http://direito.folha.uol.com.br/blog/quem-obrigado-a-votar>, em relação a opinião dos brasileiros sobre o voto ser obrigatório:

[...] "48% dos entrevistados são favoráveis e 48% são contrários à obrigatoriedade de votar. Os números da pesquisa, realizada entre os dias 20 e 21 de maio, mostram mudança de direção na rota crescente de apoio ao voto obrigatório. O levantamento anterior, de dezembro de 2008, registrara o recorde de 53% de eleitores favoráveis à obrigatoriedade e 43% contrários a ela". (DATA FOLHA, 2010, <http://direito.folha.uol.com.br/blog/quem-obrigado-a-votar>)

Segundo essa pesquisa, onde 4% não opinaram, a população brasileira está dividida em relação ao caráter obrigatório do voto. A priori, quando um tema é visivelmente prejudicial existe automaticamente uma rejeição em sua grande maioria, o que não é o caso.

Também para levantar argumento em prol do caráter obrigatório é o fato das gerações atuais, por uma questão de respeito e valorização de valores cívicos, submeterem-se e se comprometerem com o voto como sendo um dever que o cidadão deve expressar para com a contribuição da organização política.

Segundo dispõe Silva (2004, p. 357), de fato, o voto obrigatório nem existe. O que existiria é uma obrigatoriedade em relação ao alistamento eleitoral. Conforme este entendimento, o cidadão não é obrigado a votar, podendo anular o seu voto, votar em branco ou se justificar pela ausência. O autor conclui expondo um posicionamento de que a obrigatoriedade de alistamento trouxe grandes benefícios no sentido de reforçar o sentimento democrático do país, trazendo também um estímulo à participação popular no processo político.

Segundo este autor, a organização político-eleitoral atual traz muito mais benefícios do que a possível ofensa ao direito individual (liberdade) do cidadão em não poder ter o caráter facultativo no seu voto. Dispõe o autor que o povo não tem cultura para se comportar como se espera se o voto for facultativo. Pelo pensamento exposto pelo autor citado, entende-se que existe vários riscos se o voto não tiver o caráter obrigatório. Além de possível abstenção em massa, ele externa a preocupação na possibilidade de corrupção no voto. Essa Preocupação na abstenção do voto e o seu caráter corruptível poderia ser explicada pelo fato de prejudicar um ou outro candidato que, se os seus eleitores não se corrompessem em não ir às urnas,

geraria um prejuízo ao sistema eleitoral e o seu caráter democrático. Ou seja, a vontade popular não seria externada nas urnas.

O voto obrigatório, segundo parte dos cientistas políticos, traz o cidadão mais perto da organização do Estado, fazendo deste indivíduo peça fundamental para as decisões administrativas, retirando uma passividade e um caráter meramente de espectador da vida pública.

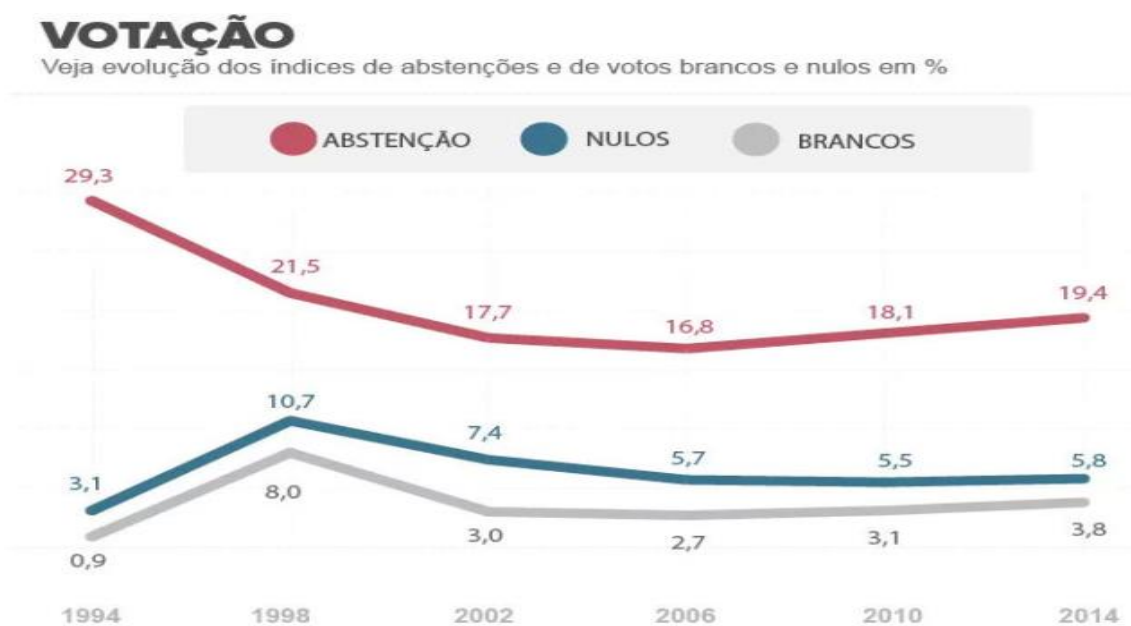
Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Sampaio (1981, p. 61) em exposição de seus pensamentos sobre o caráter obrigatório do voto no Brasil, o doutrinador externa o posicionamento de que o voto não seria somente um "direito", mas também e não menos importante uma função pública, tendo um caráter de dever jurídico, estando numa categoria de norma de dever cívico e moral. Segundo estes ensinamentos, o voto obrigatório evitaria uma exclusão ou marginalização do indivíduo, que por muitas vezes não compreende a importância e o valor do dever cívico, do sistema político-eleitoral.

A possibilidade de abstenção eleitoral poderia ocasionar um retrocesso grave no setor da economia e do social das camadas mais hipossuficientes da sociedade; a forma obrigatória do voto faz com que a sociedade participe dos acontecimentos políticos e perpetue a inserção dos futuros eleitores, em crescimento.

A democracia nacional passa por graves crises morais e por consequência, econômicas. Talvez, esse anseio pela retirada do caráter obrigatório do voto seja pela crise moral que o sistema político-eleitoral se encontra. Vários escândalos envolvendo corrupção por parte daqueles que foram eleitos democraticamente faz nascer no meio dos eleitores a falta de interesse e confiança no pleito eleitoral. Tal situação afasta a vontade do cidadão ir às urnas e depositar mais uma vez as suas esperanças, o que gera

um grande prejuízo para a democracia em si. O voto obrigatório supriria esse perigo que atenta contra o sistema democrático eleitoral.

Segundo pesquisa do Tribunal Superior Eleitoral cita e publicada pelo URL <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/blog/eleicao-em-numeros/post/nivel-de-abstencao-nas-eleicoes-e-o-mais-alto-desde-1998.html>, as eleições de 2014 obtiveram os índices mais altos de abstenção e votos nulos desde as eleições de 1998. Vejamos o gráfico a seguir:



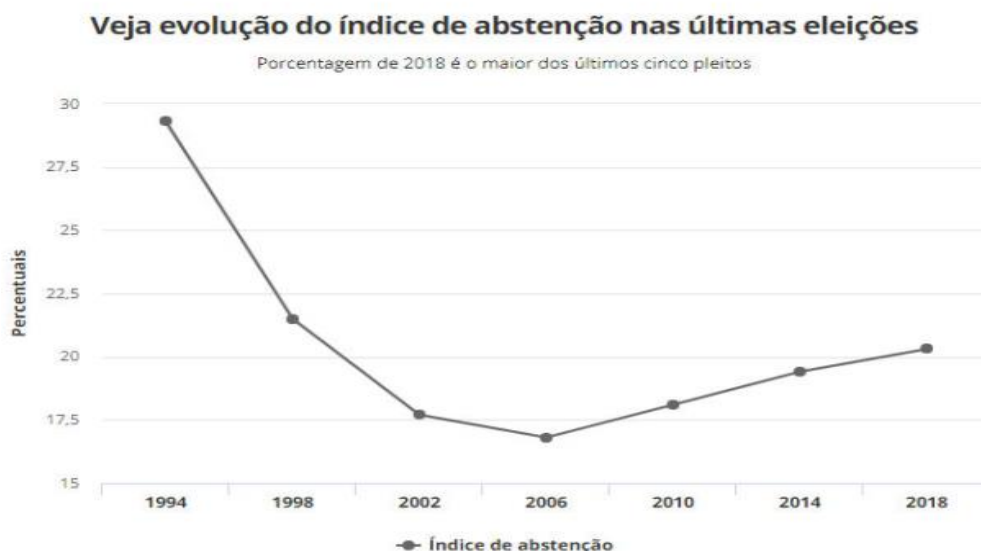
Segundo este gráfico, nas eleições de 2014, obtivemos os espantosos índices de 19,4% (dezenove vírgula quatro por cento) de abstenções, 5,8% (cinco vírgula oito por cento) e 3,8% (três vírgula oito por cento). Ainda sobre a pesquisa realizada na época, não se observava tantas abstenções desde o ano eleitoral de 1998. Aos olhos da Democracia e da participação cívica do pleito eleitoral, estes números são extremamente prejudiciais, pois pode representar que os eleitos naquele ano não representassem os interesses da maioria. Os resultados eleitorais daquele ano, pelo menos em segundo turno, foram acirrados. Não havendo essa

grande porcentagem de abstenção os resultados em segundo turno poderia ser diferente.

Importante mencionar que, mesmo construindo o pensamento crítico supramencionado, os resultados das eleições do ano 2014, independentemente do número de abstenções, foram legítimos, pois, por questão de Segurança Jurídica e de Princípio de Legalidade, dispõe a legislação pertinente que sai vencedor das eleições em segundo turno aquele que obtiver 50% (cinquenta por cento) mais um dos votos válidos obtidos nas urnas.

O que se discute não é a instabilidade das eleições em si, mas a instabilidade da Democracia, da participação da sociedade na Organização Político-Eleitoral.

Vejamos agora os índices de abstenção nas eleições deste ano de 2018. Tal pesquisa também foi realizada pelo TSE e publicada pelo mesmo site citado no gráfico anterior. Segue o gráfico:



Segundo os estudos levantados pelo TSE, quase 30 milhões de eleitores não compareceram às urnas, representado 20,3% (vinte vírgula três

por cento) do eleitorado. Mais uma vez um grande prejuízo para com a Democracia e a participação do cidadão na vida política.

Quando se analisa o voto obrigatório e a liberdade individual em não ser compelido a fazer (ir às urnas) algo, colocando-se numa balança, apontando possíveis prejuízos a bens jurídicos maiores (bens jurídicos públicos “democracia” e bens jurídicos particulares “liberdade”), deve-se ter em mente que os bens jurídicos públicos e as possíveis ameaças a eles devem ser prevenidas, para que se proteja e seja assegurado o bem maior para a sociedade.

3.2 DEFESA DO VOTO FACULTATIVO

Neste capítulo, tal como o capítulo menciona, serão levantadas teses e pontos positivos da implementação do modelo de voto facultativo a ser estendido para todos, sem distinção.

O Estado Brasileiro está submetido ao que já foi tratado neste trabalho como sendo Estado Democrático de Direito. Para a Doutrina atual, segundo Bobbio (2013, p. 10), traduzido por Marco Aurélio Nogueira, Democracia pode ser entendido como o instituto jurídico que estabelece o Regime de Governo onde o poder nasce e emana do povo, sendo este poder utilizado para o povo, preconizando-se pela implementação de direitos e liberdades que rompe com qualquer característica de Estados absolutistas.

A Democracia, segundo o autor supramencionado, é a constituição pactuada de um conjunto de regras estabelecidas pela vontade da maioria. Esta vontade é expressada por meio do sistema político-eleitoral vigente, onde os cidadãos escolhem por maioria os seus representantes, fazendo nascer os seus anseios.

Já o Doutrinador Pedro Lenza, em sua Obra Direito Constitucional Esquemático dispõe da seguinte forma:

“Democracia semidireta ou participativa, um sistema “híbrido”, uma democracia representativa, com peculiaridades e atributos da democracia direta, a qual constitui um mecanismo capaz de propiciar, “além da participação direta, concreta do cidadão na democracia representativa, controle popular sobre os atos estatais”. (LENZA, 2012, p. 1121)

Quando se faz uma análise da natureza jurídica do voto, uns entendendo como um dever, um compromisso cívico, outros entendendo como “direito”, no caso do entendimento já externado por este trabalho, conforme o arcabouço literário e jurídico que se baseia esta pesquisa acadêmica, como sendo na verdade uma garantia do direito ao Sufrágio Universal, há autores que não concebem o entendimento e a justificativa de ser obrigatório esta ferramenta de democratização do indivíduo. Vejamos o seguinte entendimento do autor Antônio Augusto Mayer Santos sobre o tema:

“Inicialmente, tal linha argumentativa propõe-se a obter inferências esclarecedoras a partir da oposição entre direitos e deveres. Assim, o voto, por ser um direito, e não um dever, não poderia ser objeto de exigência por parte de ninguém (Estado e outros grupos sociais, internacionais ou nacionais). Uma vez exigido, o voto perderia um de seus atributos essenciais, a saber, o de ser uma manifestação livre da vontade do eleitor”. (SANTOS, 2009, p. 102)

Apesar desta pesquisa, mais uma vez, discordar da nomenclatura “direito” que é utilizada por este autor quando se refere à ferramenta que garante o exercício do direito ao Sufrágio, o voto, mesmo assim este trabalho, neste ponto, compreende o pensamento citado acima. Novamente devemos fazemos construir um pensamento crítico e compararmos um “direito” com um dever. Fazendo essa comparação, em uma Democracia, seria uma contradição o Estado compelir o cidadão a comparecer às urnas.

Tal situação poderia apresentar uma situação de contrassenso, levando-se em conta o Regime Político que o Estado Brasileiro está submetido.

Alguns autores, como o citado acima, ver a possibilidade da implementação do voto facultativo sem a presença de nenhum prejuízo individual ou coletivo.

Conforme capítulo anterior, "3.1 DEFESA DO VOTO OBRIGATÓRIO", foram apresentados dois gráficos em que se demonstra o percentual das abstenções das eleições de 2014 e deste ano no primeiro turno. O que se analisa é, mesmo sendo obrigatório e impondo uma sanção administrativa para esses eleitores que se abstiveram do ato de votar, quais foram efetivamente os prejuízos para a Democracia, para o indivíduo ou para a coletividade?

Segundo o cientista político e professor da FGV-Rio de Janeiro Carlos Pereira, em entrevista dada a revista exame, encontrada na URL <https://exame.abril.com.br/brasil/o-que-falta-para-o-brasil-adotar-o-voto-facultativo/>, com base em estudos científicos, tem o pensamento sobre o voto facultativo da seguinte forma:

"O argumento de que o eleitor pobre e menos escolarizado deixaria de votar parte de um pressuposto da vitimização. É uma visão muito protecionista", diz Pereira. "O eleitor mais pobre tem acesso à informação e é politizado: ele sabe quanto está custando um litro de leite, uma passagem de ônibus, se o bairro está violento, se tem desemprego na família. É totalmente plausível que ele faça um diagnóstico e decida em quem votar e se quer votar. O Chile passou a ter voto facultativo recentemente e a população de baixa renda não deixou de participar do jogo de forma significativa", diz Pereira. "Aqui, as sanções que parecem brandas, como a multa e impossibilidade de participar de concursos, pesa na vida de quem é mais pobre e torna a eleição um fardo a ser cumprido". (PEREIRA, 2017, <https://exame.abril.com.br/brasil/o-que-falta-para-o-brasil-adotar-o-voto-facultativo/>)

Segundo esse pesquisador, não existiria o risco de uma grande defasagem da presença do eleitorado brasileiro no cenário político, mesmo que as últimas pesquisas apontem para uma média de 20% (vinte por cento) de abstenções. Isso seria um número aceitável quando analisamos o caráter democrático do que seria o voto facultativo.

O que poderia servir como ponto positivo do voto facultativo, segundo os números de abstenções e a pesquisas recentes, é que traria para o sistema político-eleitoral os eleitores presumivelmente mais conscientes para com o valor e importância do voto, ao passo que somente exerceriam o seu “dever” não compelido por lei, mas por valores cívicos. Esta celeuma traz para o voto uma qualidade muito maior do que aqueles que são obrigados a comparecerem às urnas.

Se por um lado teríamos cerca de 80% (oitenta por cento) de participação eleitoral por parte dos cidadãos e, em média, 20% (vinte por cento) de abstenções, teríamos duas situações sendo preservadas ao mesmo tempo: o caráter democrático do voto em escolher se participa ou não do pleito eleitoral, e a garantia da participação de pessoas engajadas no futuro da nação, dos estados ou dos seus municípios.

É fato que, para que haja a mudança no modelo do voto, ou seja, para que transformemos o voto obrigatório em voto facultativo, deve-se utilizar do poder constituinte decorrente reformador pela via da PEC (proposta de emenda à constituição). Segundo o que dispõe o § 4º do art. 64 da Constituição Federal de 1988, teremos a proteção das cláusulas pétreas da seguinte forma:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Quando se analisa a possibilidade jurídica da implementação do voto facultativo, orientando-se pelas cláusulas pétreas estabelecidas no dispositivo constitucional supramencionado, entende-se que não existe nenhum óbice à mudança do caráter obrigatório dessa garantia. O que se protege e o que não pode retroceder são as características "direto", "secreto", "universal" e "periódico". Portanto, obedecendo os requisitos procedimentais das PEC's, conclui-se que a mudança é constitucionalmente possível.

Importante ainda mencionar, em um cenário global, como se apresenta a utilização do voto facultativo e obrigatório, fazendo uma análise com outras características desses países, como economia, cultura, educação.

O que pode ser verificado é que, levando-se em conta países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, dentre outros da Europa, o voto facultativo foi tomado como adoção. Essa é somente uma das expressões e consequências de países desenvolvidos, trazendo um conceito sobre o voto muito mais democrático dos que ainda adotam o voto obrigatório.

O que não se pode afirmar nem pode ser comprovado por estudo nenhum é que a adoção do voto facultativo, o que seria uma conclusão imatura, não é a causa desses países serem potências econômicas. Porém, pode-se levantar a possibilidade de que o fato de serem econômico e culturalmente mais desenvolvidos, sendo a adoção do voto facultativo somente uma demonstração do desenvolvimento que alcançaram no que se refere ao crescimento do conceito democrático, trazendo o voto para um teor muito mais livre.

Segundo pesquisa da Data Folha publicada pela URL <http://direito.folha.uol.com.br/blog/voto-obrigatorio-no-mundo> do ano de 2010, das 15 (quinze) maiores economias mundiais, aquelas que ultrapassam o valor de US\$ 1 trilhão em seu Produto Interno Bruto, o Brasil é o único que ainda adota o voto obrigatório. Vejamos:

País	PIB ajustado ao poder de compra em bilhões US\$ (09)	Voto
1 EUA	14,140	Facultativo
2 China	8,748	Facultativo
3 Japão	4,150	Facultativo
4 Índia	3,570	Facultativo
5 Alemanha	2,810	Facultativo
6 Reino Unido	2,128	Facultativo
7 Rússia	2,110	Facultativo
8 França	2,097	Facultativo
9 Brasil	2,013	Obrigatório
10 Itália	1,739	Facultativo
11 México	1,465	Facultativo
12 Coreia do Sul	1,364	Facultativo
13 Espanha	1,362	Facultativo
14 Canada	1,279	Facultativo
15 Indonésia	963	Facultativo

Levando-se em conta o tamanho da economia do país, pelo menos para aquela época, e sua importância como nação, a manutenção do voto obrigatório é retrógrado, não seguindo a tendência dos países mais desenvolvidos.

Certamente que a adoção do voto facultativo não fará do país uma nação desenvolvida econômica, cultural ou socialmente, porém, seria somente um aspecto de que este país está na busca pelo desenvolvimento, tentando acompanhar as tendências de países mais evoluídos.

A *contrário sensu*, para os que defendem a manutenção do voto obrigatório, sustentam, dentre alguns argumentos, que o eleitor brasileiro não tem educação e cultura políticas suficientes para que seja implantado o

voto facultativo. Como se esta possível deficiência foi suprida por ato impositivo do Estado. Ou seja, o eleitor não tem capacidade de entender o valor e a importância do voto, porém, quando obrigamos este eleitor a comparecer às urnas contra a sua vontade, por um passe de mágica sua capacidade cultural político-eleitoral se transformasse, exercendo de forma consciente o voto.

Se o eleitor não tem capacidade de entender a importância do exercício do direito ao Sufrágio, a solução não é obriga-lo a comparecer às urnas, mas investir em educação básica, média e superior, trazendo ensinamentos sobre deveres cívicos, para que cultive em cada indivíduo o sentimento de que ele é um ser político, e como tal, tem suas obrigações morais que devem ser exercidos. Quando o indivíduo entende o que é dever moral, qualquer lei é desnecessária para dizer-lhe o que fazer ou o que não fazer.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa, antes de adentrar na análise do mérito, com base na bibliografia citada no decorrer do trabalho, desenvolveu subtemas que envolvem e permeia a problemática proposta, ou seja, a possibilidade jurídica da implementação do voto facultativo, os pontos positivos de cada espécie de voto (obrigatório e facultativo), bem como possíveis consequências da implementação deste voto facultativo.

Também foi realizada um breve estudo comparativo dos países que adotam o voto facultativo, fazendo uma relação com a situação político-econômica e o seu grau de desenvolvimento com base nos gráficos apresentados.

Antes de todos os pontos mencionados nos parágrafos anteriores, e não menos importante, também foi realizado um apanhado sobre a

evolução histórico-cultural do voto no Brasil, e a forma com que vem evoluindo com o passar do tempo.

Com base nessa argumentação supramencionada, a evolução de um país não pode estagnar, sob pena de trazer prejuízos para o desenvolvimento natural da nação. O tempo passa, as necessidades e anseios se modificam, e a norma deve acompanhar o que a realidade fática requer. Sobre essa celeuma, a norma, legislação e até a Constituição vigente deve proteger e expressar o que realmente a sociedade necessita para aquele momento. Deve, segundo Moraes (2013, p. 38), trazendo a sintetização do Sentido Sociológico de Constituição criado por Ferdinand Lassalle, a Norma Constitucional deve expressar exatamente, sob pena de ser mera letra em papel, a somatória dos fatores reais do poder.

Sobre este prisma, esta pesquisa conclui que, apesar de ser formalmente obrigatório e estipular uma consequência para o descumprimento de um dever, ou seja, ir às urnas para exercer a cidadania, tal situação não explica de fato este cumprimento desta obrigação.

Para que este artigo seja mais claro sobre o que foi supramencionado, o fato de ser punido com uma multa de R\$ 3,51 (três reais e cinquenta e um centavos) não justifica aquele que escolhe não votar, assim o faz por medo de ter que pagar tal multa. Com base nisso, o caráter obrigatório do alistamento eleitoral e do voto, é meramente formal, ofendendo, *a priori*, somente os pilares democráticos estabelecidos pelos Princípios Constitucionais.

Por conta disso, não haveria o que falar em possível prejuízo ao processo eleitoral, ao passo que a população, sendo a reprimenda muito pouco prejudicial, poderia se fazer muito mais ausente no momento do voto do que já é. Conclui-se então que, ao contrário dos que acreditam e que

defendem o caráter obrigatório do voto, a sociedade é mais consciente politicamente do que imaginam ser.

Outra conclusão que pode ser construída é o fato de que, implementando-se o voto facultativo, mesmo havendo a possibilidade de um pequeno aumento no número de abstenções, traria ao processo político-eleitoral somente os que entendem a importância do exercício da cidadania, refletindo assim uma maior qualidade no teor de cada voto. Ou seja, o voto facultativo promoveria um conceito mais consciente no exercício do voto.

Com base no que foi apresentado pelo gráfico que traz uma comparação dos países mais desenvolvidos e a adoção do voto facultativo, pode-se observar e chegar a um entendimento que não é o fato de se implementar o voto facultativo que faz com que o país se desenvolva, porém, a adoção desse modelo de voto seria só mais um fator característico de um país democraticamente mais evoluído, bem como uma característica de desenvolvimento.

Por fim, levando-se em conta a grande possibilidade, pelos indicativos aqui trazidos, de ausência de prejuízo para o processo político-eleitoral, a adoção por completo do voto facultativo seria um grande avanço contributivo para com o conceito mais profundo de Democracia. Conforme este pensamento, a implementação do voto facultativo, rompendo-se por completo com o caráter obrigatório do mecanismo garantidor do direito ao Sufrágio Universal, enriqueceria o nosso já consagrado Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 23^a Ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Futuro da Democracia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República do Brasil**, 1988. Brasília, Artigos: 1º, 5º inc. XXXVI, 14, 64 §4º.

CHAIÁ, Vera Lúcia. **Reformas do Sistema Partidário e o Poder Central no Brasil**, São Paulo: Fundação SEADE, Vol. 03. Disponível em: <
<http://www.pucsp.br/fundasp/textos/downloads/o-voto-no-Brasil-pdf>>.

Acesso em: 08 out. 2018.

DALLARI, Delmo. **Direitos Humanos e Cidadania**. 7ª Ed. São Paulo: Moderna, 1998.

ELEITORAL. Código. **Código Eleitoral**, 1965. Brasília, Artigos: 6º, 82 e 224.

FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Gen, 2018.

FOLHA. Data. **Quem é Obrigado a Votar**. Disponível em: <
<http://direito.folha.uol.com.br/blog/quem-obrigado-a-votar> >. Acesso em:
10 out. 2018.

LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LINHARES. Maria Yedda. **História Geral do Brasil**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

MAYER SANTOS. **Antônio Augusto. Reforma Política** – Inércia e Controvérsia. 1ª Ed. São Paulo: Editora Age, 2009.

MORAES. Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NICOLAU. Jairo. **História do Voto no Brasil**. 4ª Ed. São Paulo: Jorge Zahar Editora, 2002.

PAIXÃO. André. **Abstenção Atinge 20,3%, Maior Percentual Desde 1998.**

Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numericos/noticia/2018/10/08/abstencao-atinge-203-maior-percentual-desde-1998.ghtml> >. Acesso em: 09 out. 2018.

PEREIRA. Carlos. **O Que Falta Para o Brasil Adotar o Voto Facultativo.**

Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/brasil/o-que-falta-para-o-brasil-adotar-o-voto-facultativo>>. Acesso em: 08 out. 2018.

SAMPAIO. Nelson de Souza. **Eleições e Sistemas Eleitorais**, in Revista de Jurisprudência – Arquivos do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro/RJ, 1981.

SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

TAVARES. André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VELASCO. Clara. **Nível de Abstenção nas Eleições é o Mais Alto desde 1998.** Disponível em:

<<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/blog/eleicao-em-numericos/post/nivel-de-abstencao-nas-eleicoes-e-o-mais-alto-desde-1998.html>>. Acesso em 27 out. 2018.